UNIVERSITAT DE BARCELONA

Tensiones entre el discurso de los derechos humanos y las reivindicaciones de mujeres indígenas desde la perspectiva del ordenamiento jurídico internacional

Ana Florencia González

Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència *Reconeixement- SenseObraDerivada 3.0. Espanya de Creative Commons*.

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia *Reconocimiento - SinObraDerivada 3.0. España de Creative* Commons.

This doctoral thesis is licensed under the *Creative Commons Attribution-NoDerivatives 3.0. Spain License.*

UNIVERSITAT DE BARCELONA

FACULTAT DE DRET

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

TENSIONES ENTRE EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS REIVINDICACIONES DE MUJERES INDÍGENAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

Director: Dr. Jordi Bonet Pérez
Codirector: Dr. Marco Aparicio Wilhelmi

ANA FLORENCIA GONZÁLEZ

BARCELONA, 2017

Tensiones entre el discurso de los Derechos Humanos y las reivindicaciones de mujeres indígenas desde la perspectiva del ordenamiento jurídico internacional

En 2006 una sentencia de la Corte de Justicia de Salta trascendió el ámbito meramente jurídico para generar distintos posicionamientos sobre el tratamiento de la diversidad cultural en Salta, una provincia del norte argentino. La Corte declaró la nulidad de un juicio que acusaba a un joven indígena de haber abusado sexualmente de una menor indígena de la misma comunidad, quien se encontraba embarazada al momento de la denuncia.

Para el máximo tribunal los jueces intervinientes no habían prestado debida atención a las pericias antropológicas que indicaban que era costumbre del pueblo indígena que las mujeres comenzaran su vida sexual luego de la primera menstruación. La Corte fundamentaba su decisión en la obligación de respetar la diversidad cultural del imputado, reconocida en la Constitución nacional y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, el código penal argentino considera delito mantener relaciones sexuales con menores de 13 años.

La sentencia de la Corte generó posicionamientos de los más variados. Tanto los argumentos a favor como en contra tenían en común invocar la defensa de los derechos humanos. Del tratamiento diferenciado y hasta contradictorio de los derechos humanos, nace el interés de realizar un análisis más profundo de las distintas preguntas que el caso genera. En este contexto, se estudian desde una perspectiva jurídica las tensiones que surgen entre la aplicación de los derechos humanos y las demandas de reconocimiento de la diversidad cultural de pueblos indígenas del norte argentino, prestando especial atención a las reivindicaciones de mujeres indígenas. Se analiza la respuesta que el ordenamiento jurídico brinda en este caso, para valorar si la intervención de la justicia es respetuosa con los distintos derechos consagrados tanto en el ordenamiento jurídico nacional como internacional.

Tensions entre el discurs dels Drets Humans i les reivindicacions de dones indígenes des de la perspectiva de l'ordenament jurídic internacional

L'any 2006 una sentència de la Cort de Justícia de Salta va transcendir l'àmbit merament jurídic per generar diferents posicionaments sobre el tractament de la diversitat cultural a Salta, una província del nord argentí. La Cort va declarar la nul·litat d'un judici que acusava un jove indígena d'haver abusat sexualment d'una menor indígena de la mateixa comunitat, qui es trobava embarassada en el moment de la denúncia.

Per al màxim tribunal els jutges que van intervenir no havien prestat deguda atenció a les perícies antropològiques que indicaven que era costum del poble indígena que les dones comencessin la seva vida sexual després de la primera menstruació. La Cort fonamentava la seva decisió en l'obligació de respectar la diversitat cultural de l'imputat, reconeguda en la Constitució nacional i en instruments internacionals de drets humans. No obstant això, el codi penal argentí considera delicte mantenir relacions sexuals amb menors de 13 anys.

La sentència de la Cort va generar posicionaments dels més variats. Tant els arguments a favor com en contra tenien en comú invocar la defensa dels drets humans. Del tractament diferenciat i fins a contradictori dels drets humans, neix l'interès de realitzar una anàlisi més profunda de les diferents preguntes que el cas genera. En aquest context, s'estu-

dien des d'una perspectiva jurídica les tensions que sorgeixen entre l'aplicació dels drets humans i les demandes de reconeixement de la diversitat cultural de pobles indígenes del nord argentí, prestant especial atenció a les reivindicacions de dones indígenes. S'analitza la resposta que el l'ordenament jurídic ofereix en aquest cas, per valorar si la intervenció de la justícia és respectuosa amb els diferents drets consagrats tant en l'ordenament jurídic nacional com a internacional.

Tensions between the Humans Rights discourse and indigenous women's claims from the perspective of the International Legal Order

In 2006 a sentence of the Court of Justice of Salta transcended judicial context to generate different positioning over the treatment of cultural diversity in Salta, a province in the north of Argentina. The Court declared the nullity of a trial in which a young indigenous man was accused of sexual abuse to an underage girl from the same community, who was pregnant at the moment of the accusation.

For the Supreme Court, the judges involved did not give the necessary importance to the anthropological reports which stated that it was a custom in that indigenous people that indigenous women begin their sex life after the first menses. The Court based its decision on the obligation of respecting the cultural diversity of the accused, expressed in the National Constitution and in instruments of International Human Rights. Nevertheless, the criminal code of Argentina pronounces as a crime to maintain sexual intercourse with a person under the age of thirteen years.

The sentence of the Court caused different viewpoints. All the arguments, whether against of the judgment or not, had in common to appeal to the defense of the human rights. Different types of interpretations of the Human Rights produce a concern of carrying out a deeper analysis of the interrogations about this case. In this context, the conflicts produced by the applications of the Human Rights and the obligation of respecting the cultural diversity of indigenous people of the north of Argentina are carefully studied, paying special attention to the claims of indigenous women. The answer given by the legal order is analyzed, to observe whether the intervention of justice is respectful towards the different rights enshrined in national and international Law.

Para Milucho

por el presente de su mirada

con el dolor de su ausencia.

AGRADECIMIENTOS

Tras años de estudio, experiencias y lecturas para darle cuerpo a esta tesis doctoral he podido constatar que una nunca hace las cosas sola. Que los resultados, la mayoría de las veces, son fruto de esfuerzos colectivos, continuos, silenciados que transcurren en el día a día. Al comenzar por el final, quiero agradecer a aquellas personas con las que he podido *caminar preguntando*.

En primer lugar quisiera agradecer a mis directores, Jordi Bonet y Marco Aparicio. Gracias Jordi por el apoyo y compromiso con este trabajo, por la lectura rigurosa y los comentarios sugerentes que lo han enriquecido en gran medida. Gracias Marco por la gran generosidad en compartir tus miradas y saberes, por tu lectura crítica y por la compañía paciente en estos años de aprendizaje.

También quisiera agradecer a mis profesoras y profesores que me han apoyado para llevar a cabo esta investigación. Agradecer a Laura Huici, por alentarme a seguir con el doctorado tras finalizar el master y por recomendarme en trabajos para poder financiar mis estudios ante la imposibilidad de acceder a becas doctorales. Gracias José Antonio por tu amistad y tu inmensa generosidad que me ha hecho sentir en casa en los momentos difíciles, gracias por tu escucha atenta y tu gran sensibilidad.

Gracias a las personas que integran el Instituto de Derecho Público, que me permitieron conocer el mundo universitario catalán, trabajar en un ambiente cálido y resolver mis inacabables cuestiones con los *papeles*. Gracias por la generosidad, el apoyo en mis estudios y por posibilitar mi estancia en esta ciudad.

Gracias a mis maestras y *compas* feministas por su apoyo desinteresado y cómplice. A las integrantes del Simref por interesarse en los inicios por mi proyecto de tesis y alentarme a emprenderlo. Gracias a las investigadoras del Seminario de Filosofía de Género de la Universidad de Barcelona por alentar el cierre y por sus ricos comentarios cuando andaba desorientada. En especial, gracias a Elena Laurenzi, Fina Birulés y Lorena Fuster por permitirme compartir charlas, dudas e inquietudes en este andar hacia una investigación feminista.

Gracias Aldo por tu paciencia y por el cariño con que me has ayudado a resolver mis interminables dudas jurídicas desde la distancia que separa a Salta de Barcelona.

Mis estudios universitarios no hubieran sido posibles sin la política en la calle, en los talleres, en las asambleas y en las manifestaciones. Gracias *compas* de la Adhesiva, de la CIMB, de Oximora, de ayotzi, del T.O. y del no grupo por la acción, las charlas, los debates, las fiestas, peleas y reflexiones colectivas. Por asumir el riesgo de pasar a la acción y por poner el cuerpo, la alegría y la rabia en la transformación.

Tampoco hubiera llegado a término sin mis rizomas afectivos, amorosos, poli/múltiples, deslocalizados y transatlánticos. Gracias mamá y papá por aceptar, acompañar y apoyar estos procesos de aprendizaje. Su presencia, desde la libertad y el amor, es lo que me ha permitido el movimiento sin olvidar las raíces. Gracias por su amor y apoyo incondicional en todo momento. Gracias Diego por confiar en mí, gracias por Justina.

Por último, agradecer a Karo, Natalia, Creux, Tamara, Caru, Iván, Alonso y Raquel por la compañía constante, por los cuidados, por el día a día y por la paciencia con este final, que como la tradición lo marca, es incierto y con mucha adrenalina. Gracias por hacer mis días más cálidos y amorosos.

Este resultado, sin dudas, es fruto del amor, la amistad, complicidad, rebeldía, rabia y cariño compartidos. Gracias. Seguimos…

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 15

CAPÍTULO 1. PRESENTACION DEL CASO Y PREGUNTAS TEÓRICAS 23

1. INTRODUCCIÓN 23

2. RECONSTRUCCIÓN DEL CASO 24

2.1. Denuncia de una violación 24

2.2. Diferentes voces wichí 26

2.3. Las pericias antropológicas: la libertad sexual de las wichí 31

3. FALLO Y CONTROVERSIA. ARGUMENTOS JURÍDICOS 33

3.1. Argumentos de las partes 33

3.2. El voto mayoritario de la Corte: identidad étnica el imputado 34

3.3. Voto en disidencia: los derechos de la niña wichí 36

3.4. Repercusiones del Caso José Fabián Ruiz 39

3.5. Algunas reflexiones 41

4. APUNTES DESDE LA ANTROPOLOGÍA 43

5. TENSIONES Y ASPECTOS TEÓRICOS 47

5.1. Doctrina en torno al caso 47

5.2. Preguntas teóricas a desarrollar. 52

CAPITULO 2. FORMACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO Y PUEBLOS INDÍGENAS 55

1. INTRODUCCIÓN 55

2. MARCO TEÓRICO 57

2.1. La cara oculta de la Modernidad: la colonización constitutiva de la modernidad. 57

2.2. La colonialidad del poder, del saber y del ser: racialización de la población 61

3. LA FORMACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO: LA NACIÓN COMO PROYECTO HOMOGENEIZADOR 67

3.1. De la Revolución de Mayo a la constitución del Estado oligárquico: política de exterminio 68

3.2. De las repúblicas oligárquicas a los gobiernos populares: la pedagogía 75

3.3. Los pensadores del progreso y la civilización en Argentina 79

3.4. La nación como proyecto unificador 86

4. TRAS 200 AÑOS DE ESTADO ARGENTINO: DE LA INTEGRACIÓN AL DESARROLLO 89

5. EL ROL DEL DERECHO EN EL PROYECTO CIVILIZATORIO ARGENTINO: IGUALES PERO INFERIORES 93

5.1. La Constitución de 1853/60 93

5.2. Derechos y el estatus constitucional indígena 95

5.3. El principio de igualdad 97

5.4. Las críticas feministas al principio liberal de igualdad y exclusión de las mujeres 99

6. REFLEXIONES FINALES 108

CAPÍTULO 3. MARCO JURÍDICO 111

1. INTRODUCCIÓN 111

2. DERECHO CONSTITUCIONAL 112

2.1. Ciclos constitucionales en América Latina 112

2.2. El Derecho Constitucional argentino 115

2.3 Criticas al multiculturalismo liberal 120

3. EL DERECHO PENAL ANTE LA PRESENCIA INDÍGENA 122

3.1. Nudo en el ámbito penal 123

3.2. El tratamiento penal de la "excepción indígena" en la perspectiva comparada 127

3.3. El debate doctrinario: entre la adaptación y la novedad 129

3.4. Corriente abolicionista: la territorialidad y recepción legislativa 136

3.5. Recapitulación: nuevas dimensiones de la igualdad. 139

4. DERECHOS INDÍGENAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL 140

4.1. Instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* indígena 140

4.1.1. Convenio 169 de la OIT: el reconocimiento de la calidad de pueblos 143

4.1.2. La Declaración de ONU de los Derechos de los Pueblos Indígenas: un largo camino hacia el reconocimiento a la libre determinación. 149

4.2. Características del corpus iuris 153

4.2.1. Calidad de pueblo 154

4.2.2. Titularidad colectiva de derechos 165

4.2.3. Reconocimiento de la identidad cultural 167

4.3. Aportes del Derecho internacional 176

4.4. Límites del Derecho internacional de los pueblos indígenas 179

4.5. Recapitulación del ámbito internacional 185
5. PROCESOS DE BOLIVIA Y ECUADOR 186
5.1. Reforma constituyente: propuesta descolonizadora 186
5.2. El Derecho penal luego de las reformas constitucionales 192
5.2.1. Reglamentación y limitación de los derechos constitucionales en Bolivia 192
5.2.2. El proceso ecuatoriano y la jurisprudencia de la Corte en el ámbito penal 195
5.3. Conflictos latentes 199
6. ALGUNOS APUNTES DEL MARCO JURÍDICO 201
CAPÍTULO 4: SITUACION DE LOS DERECHOS Y REIVINDICACIONES DE MUJERES INDÍGENAS EN ARGENTINA 205
1. INTRODUCCIÓN 205
2. LA HISTORIA Y LA RELIGIÓN EN EL NORTE ARGENTINO 206
2.1. Breve contexto histórico del norte de país. 207
2.2. Las mujeres indígenas en los relatos históricos 209
2.3. La religión en la región chaqueña 212
2.4. La religión y las mujeres indígenas 216
3. LOS Y LAS WICHÍ 218
3.1. El pueblo Wichí 218
3.2. Las mujeres wichí desde la mirada antropológica 220
3.3. La complementariedad de género y el patriarcado occidental 225
3.4. El patriarcado ancestral y la recuperación del primer territorio cuerpo 229
4. ACCESO A DERECHOS: RESEÑAS DEL MAL VIVIR 232
4.1. Contexto del norte argentino, acceso a la salud y educación. 233
4.1.1. Empobrecimiento: mayor exclusión al interior 233
4.1.2. Derecho a la educación: un bien escaso y carente de contenidos 234
4.1.3. Salud: mayores riesgos sanitarios y violencias múltiples 237
4.2. Participación política 242
4.3. Acceso a tierra, territorios y recursos naturales 246
5. ACCESO A LA JUSTICIA 250
5.1. Obstáculos procesales 250
5.2. Obstáculos estructurales y culturales 253
5.3. Acceso a la justicia de las mujeres indígenas 254

5.4. Algunas reflexiones sobre el acceso a derechos de las mujeres indígenas..... 257
6. REIVINDICACIONES DE LAS MUJERES INDÍGENAS EN ARGENTINA: CAMINAR HACIA EL BUEN VIVIR 259
6.1. "Queremos seguir siendo protagonistas de nuestra lucha"..... 260
6.2. Reivindicaciones de mujeres indígenas a nivel nacional. 264
CAPÍTULO 5: PROPUESTAS FEMINISTAS CONTRA-HEGEMÓNICAS Y LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL. 271
1. INTRODUCCIÓN 271
2. PROPUESTAS DE LOS FEMINISMOS CONTRA-HEGEMÓNICOS..... 272
2.1. Feminismos negros..... 272
2.1.1. La interseccionalidad como herramienta analítica 272
2.1.2. ¿Acaso no soy una mujer?..... 278
2.2. Perspectivas feministas postcoloniales: del silenciamiento a la colonización. 282
2.2.1. Entre la representación y el silenciamiento: ¿Puede hablar la subalterna? 283
2.2.2. Los discursos coloniales en la academia feminista occidental…….. 286
2.3. Propuestas feministas desde Abya Ayala..... 289
2.3.1. La colonialidad del género y la deshumanización de las Otras..... 289
2.3.2. Patriarcado de baja intensidad en las sociedades precolombinas..... 294
2.3.3. El feminismo hegemónico como racionalidad 298
2.4. Algunas reflexiones..... 299
3. LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL 300
3.1. La CEDAW y Recomendaciones del Comité 301
3.2. Análisis interseccional de las Recomendaciones del Comité CEDAW 307
3.3. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y Relatora Especial.... 313
3.4. La protección de las mujeres indigenas en el ambito internacional……..……..... 317
3.5. Algunas reflexiones …….…… 325
4. PROPUESTAS Y DECLARACIONES DE MUJERES INDÍGENAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL 325
4.1. Declaración de Beijing de las Mujeres Indígenas 325
4.2. Informe del Foro Internacional de Mujeres Indígenas 328
4.3. Diálogos entre mujeres indígenas de saberes sobre violencia..... 331
CAPÍTULO 6: ANÁLISIS DEL CASO Y PROPUESTAS 335

1. INTRODUCCIÓN 335

2. VALORACIONES GENERALES EN TORNO AL CASO..... 337

3. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHO HUMANOS 346

3.1. Tratamiento dicotómico y algunas herramientas para evitarlo..... 346

3.2. Las disposiciones aplicables para el caso. 352

3.3. Aplicación de lo dispuesto al caso 357

4. REPENSAR ALGUNOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL..... 360

4.1. Del derecho penal a la justicia indígena..... 362

4.2. El principio de igualdad desde una perspectiva pluridimensional 372

4.2.1 La doble dimensión de la diferencia..... 374

4.2.2. Dimensión colectiva de la igualdad..... 375

4.2.3. Dimensión feminista de la igualdad 377

5. HERRAMIENTAS PARA LA INTERPRETACIÓN INTERCULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: HACIA UNA JUSTICIA DESCOLONIAL 378

5.1. Hacia una interpretación de los derechos humanos en clave intercultural 378

5.2. Algunas notas para una justicia descolonial..... 382

5.2.1. Dimensión intercultural y descolonial..... 383

5.2.2. Dimensión interna y material..... 386

CONCLUSIONES 391

BIBLIOGRAFÍA 401

INTRODUCCIÓN

En 2006 una sentencia de la Corte de Justicia de Salta trascendió el ámbito meramente jurídico para generar cierto debate a nivel social sobre la diversidad cultural en Salta, una provincia del norte argentino. En el sonado caso, la Corte declaró la nulidad de un auto de procesamiento que acusaba a un joven indígena wichí de haber abusado sexualmente de una menor indígena wichí de la misma comunidad, quien se encontraba embarazada al momento de la denuncia.

Para el máximo tribunal los jueces intervinientes no habían prestado debida atención a las pericias antropológicas que indicaban que era costumbre del pueblo wichí que las mujeres comenzaran su vida sexual luego de la primera menstruación. La Corte fundamentaba su decisión en la obligación de respetar la diversidad cultural del imputado, reconocida en la Constitución nacional y en tratados de derechos humanos. Sin embargo, el código penal argentino considera delito mantener relaciones sexuales con menores de 13 años.

Los hechos se desarrollan en un contexto de gran diversidad cultural, como es el norte argentino, donde se concentran la mayor cantidad de pueblos indígenas del país: solo en Salta viven 11 pueblos indígenas. En la actualidad no hay certeza acerca del porcentaje de indígenas que viven en la provincia de Salta. Mientras que, según el último censo nacional, representan un 6,5% de la población salteña, organismos del gobierno provincial señalan que constituyen el 10%. Sin embargo, en 2015 desde el Programa de Atención Primaria de la Salud se identificó que un 18,3% de las personas se declaraban indígenas, frente a la media nacional de un 2,3%[1]. En este sentido, las respuestas que brinden los tribunales de justicia con relación a los pueblos indígenas y la diversidad cultural cobra especial relevancia.

La sentencia de la Corte generó posicionamientos de los más diversos y enfrentados. Si bien los argumentos, tanto a favor como en contra, eran de los más variados tenían en común invocar la defensa de los derechos humanos. Este tratamiento diferenciado y hasta contradictorio de los derechos humanos, generó la inquietud de realizar un análisis más profundo del caso para visibilizar las distintas cuestiones que generaba.

Desde el punto de vista teórico y político, la complejidad del asunto se manifiesta porque se afirma el interés de respetar la diversidad de los pueblos indígenas, que históricamente fue negada por el Estado argentino. Pero igualmente se procura evitar los errores que autoras feministas han señalado, como la esencialización de las prácticas culturales, la aceptación de situaciones de opresión a las mujeres bajo la supuesta protección cultural, la consideración de los grupos como un todo homogéneo, etc.

[1] CAUQUI, O., "Educación" en GOBIERNO DE SALTA, *Mapa social de la provincia de Salta para la Cooperación internacional 2015*, Consejo Federal de inversiones, 2016. Pág. 191.

Por su parte, el estudio de la literatura jurídica sobre la temática refleja la tendencia a tratar la cuestión como el típico enfrentamiento entre dos derechos aparentemente irreconciliables, el derecho a la diversidad e integridad cultural frente los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia. Otras aproximaciones abordan solo una dimensión de la cuestión al centrarse en la identidad étnica del imputado o en los derechos que amparan a la menor por su género. Lo que genera la pregunta sobre si es posible tratar de manera dicotómica y por separado estos aspectos cuando se estudia la situación de las mujeres indígenas.

Los interrogantes que genera el caso reflejan de manera concreta la confluencia de los distintos posicionamientos que intervienen al tratar los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, de las mujeres indígenas en países como Argentina donde el Estado tienen una sólida base monocultural. Así, se utiliza el caso para problematizar y profundizar sobre ciertas cuestiones que surgen al tratar la situación de mujeres que pertenecen a grupos culturalmente diversos respecto a la sociedad hegemónica.

En este contexto, el objetivo general de la investigación es analizar desde una perspectiva jurídica las tensiones que surgen entre la aplicación de los derechos humanos y las demandas de reconocimiento de la diversidad cultural de pueblos indígenas del norte argentino, en especial las reivindicaciones de las mujeres indígenas. Interesa analizar la respuesta que el ordenamiento jurídico brinda a estos casos, para valorar si la intervención de la justicia es respetuosa con los distintos derechos consagrados tanto en el ordenamiento jurídico nacional como internacional.

Además de estudiar la actuación de la justicia salteña en el caso concreto se plantean los siguientes objetivos específicos:

En primer lugar, analizar si el ordenamiento jurídico argentino es capaz garantizar el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas o si son necesarias una serie de transformaciones más profundas para acoger las distintas obligaciones que surgen de los instrumentos internacionales en materia indígena.

En segundo lugar, indagar sobre cómo deben interpretarse los derechos humanos en caso de conflicto entre los derechos de los pueblos indígenas y el resto de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. La mayoría de los instrumentos jurídicos que reconocen derechos indígenas establecen cláusulas que limitan tal reconocimiento, ya sea al respeto de la Constitución, de los derechos humanos y/o de los derechos de las mujeres. Ello requiere reflexionar sobre cómo deben interpretarse de una manera atenta con la diversidad cultural consagrada.

En tercer lugar, profundizar sobre la manera en que los derechos deben interpretarse para garantizar el respeto de los derechos de las mujeres indígenas y la diversidad cultural. Se advierte que en general las interpretaciones que se realizan sobre este conflicto tratan el

tema desde una perspectiva unidimensional, teniendo en cuenta la cuestión de género y étnica por separado.

Se elige desarrollar la investigación a partir de un caso concreto porque su tratamiento detallado refleja de manera clara las distintas dimensiones y posibles tensiones que pueden surgir al reconocer la diversidad cultural y los derechos de las mujeres. Asimismo, permite contextualizar la situación en la que surgen los conflictos y buscar causas más profundas de determinadas problemáticas. Lo cual permite aportar una visión panorámica del contexto donde los derechos humanos se aplican y las tensiones que pueden surgir.

El análisis de un caso concreto sigue las propuestas de autoras feministas[2] de realizar análisis locales que conecten la vida cotidiana, los contextos e ideologías locales, con las estructuras políticas y económicas más amplias, y con las ideologías hegemónicas. Permite realizar análisis fundamentados y particularizados con marcos políticos y económicos más amplios e incluso globales. Los análisis locales generan categorías teóricas a partir de la situación y el contexto que se está analizando. Ello puede sugerir estrategias más efectivas para actuar contra la opresión de las mujeres o comunidades de personas excluidas.

Ante la multiplicidad de cuestiones que presenta el caso se propone "desarmarlo", para analizar los distintos elementos que intervienen por separado y finalmente analizarlo con las distintas herramientas recogidas durante los distintos capítulos.

En el primer capítulo se presenta el caso y los distintos posicionamientos que surgieron alrededor del mismo. El debate trascendió el ámbito meramente jurídico y, tras de la sentencia de la Corte, distintos sectores manifestaron opiniones diversas sobre la decisión judicial. Igualmente dentro del pueblo wichí existieron diferentes reacciones ante los hechos. Tras reconstruir el caso y presentar los argumentos de las distintas partes, se definen las preguntas específicas que se busca responder a lo largo de la investigación.

Para comprender el contexto en el que se reivindican los derechos de los pueblos indígenas, en el segundo capítulo, se estudia la formación del Estado argentino y su relación con los pueblos indígenas. Durante el periodo de formación y consolidación del Estado nacional se establecieron mecanismos institucionales y jurídicos que regularon estas relaciones a partir de una política de homogeneización de la población.

Con relación a los pueblos indígenas, dos aspectos atraviesan la construcción del Estado nacional. En primer lugar, la necesidad de las elites que gobernaban de colonizar el territorio ocupado por los pueblos indígenas para expandir lo que llamaban "fronteras inte-

[2] MOHANTY, M., "Bajo los Ojos de occidente: Academia feminista y discursos coloniales" y en "De vuelta a: bajo los ojos de Occidente" en SUAREZ NAVAZ, L., *Descolonizando al Feminismo: Teorías y prácticas desde los Márgenes,* Ed. Cátedra, Madrid, 2008; SHIVA, V. *et al., The Enclosure and Recovery of the Commons: Biodiversity, Indigenous Knowledge, and Intellectual Property Rights*, Research Foundation for Science, Technology and Ecology, Nueva Deli, 1997.

riores". En segundo lugar, la necesidad de crear en la población un sentido de pertenencia a un mismo proyecto nacional, un sentido común de nación. En este sentido, se presentan algunos lineamientos teóricos desarrollados por autores y autoras latinoamericanas que ayudan a comprender la profundidad de los acontecimientos y pensamientos que marcaron la constitución del Estado argentino y que se actualizan en el presente.

Por otra parte, en la construcción del Estado argentino también las mujeres estuvieron excluidas de la participación formal. Se presentan los cuestionamientos que autoras feministas han realizado sobre el principio de igualdad y las distintas propuestas para modificar la discriminación que viven las mujeres. En este aspecto el Derecho, a través de diferentes mecanismos, ha desarrollado un importante papel. El análisis de ambos ejes es fundamental para comprender la situación de las mujeres indígenas y de sus derechos en la actualidad.

Con el transcurso de los años la relación entre los pueblos indígenas y el Estado argentino fue cambiando. Tras la vuelta de la democracia se inició un proceso de diálogo social donde los pueblos indígenas tuvieron una mayor participación en el ámbito público. Ello permitió que parte de sus demandas fueran incluidas en la reforma constitucional del 1994. Además, se adoptaron instrumentos internacionales sobre derechos indígenas que complementaron la reforma constitucional.

Sin embargo, junto con el reconocimiento de derechos se desplegaron una serie de medidas económicas tendientes a lograr una mayor apertura económica para facilitar las importaciones y las inversiones extranjeras. En este contexto, el capítulo tercero estudia el marco jurídico que protege los derechos los pueblos indígenas, tanto en el ámbito nacional como internacional. Se indaga qué elementos contribuyen a una mayor protección de sus derechos y cuáles son los límites de tal reconocimiento.

Igualmente se estudia la reforma constitucional de 1994 que reconoció la preexistencia étnica de los pueblos indígenas y su calidad de sujetos colectivos, junto a una serie de derechos dirigidos a garantizar su identidad e integridad cultural. Sin embargo, el ordenamiento jurídico argentino presenta limitaciones que se reflejan en el debate del derecho penal acerca del reconocimiento de la diferencia cultural en este ámbito.

Luego, se estudia el Derecho internacional de los derechos humanos que dispone de un importante *corpus iuris* que protege los derechos de los pueblos indígenas. En especial en el ámbito americano donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una importante labor jurisprudencial. Por último, se estudian los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador que presentan novedades al haber realizado mayores reconocimientos de los derechos de los pueblos indígenas.

En el capítulo cuarto se trata la situación de los derechos y reivindicaciones de mujeres indígenas en Argentina. El capítulo tiene como objetivo realizar un breve panorama

sobre la situación actual de los pueblos indígenas del norte argentino, en especial el pueblo wichí. Un tema que llama especialmente la atención en los estudios sobre cuestiones indígenas es la relación entre los miembros en el interior de las comunidades, en especial las relaciones de género. Sobre ello se profundiza y se estudian los planteamientos que mujeres indígenas de Latinoamérica han realizado sobre este aspecto.

Luego, se realiza una aproximación sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, haciendo especial hincapié en la situación de las mujeres indígenas. Ante este panorama se presentan sus distintas reivindicaciones de las mujeres indígenas tanto locales como nacionales. En los distintos apartados del capítulo se tiene en consideración cómo las diferentes problemáticas impactan sobre las mujeres indígenas, ya que inciden de diferente manera que en los varones indígenas. Diferentes marcas, como las de género, clase social, condición étnica interseccionan en la vida (y cuerpos) de las mujeres indígenas situándolas en una posición diferente respecto a los varones indígenas y mujeres blancas/criollas.

En el capítulo cinco se estudian las propuestas de feministas de autoras diversas y los derechos de las mujeres en el ámbito jurídico internacional. El capítulo tiene por objetivo estudiar cuáles son las herramientas teóricas y analíticas que proponen las autoras para tratar la situación específica de las *mujeres de color*. Lo que permite tratar de una manera más adecuada las necesidades de mujeres que quedan fuera de los relatos dominantes tanto de los movimientos antiracistas y feministas o de mujeres.

Luego, se presentan los instrumentos internacionales que reconocen los derechos a las mujeres y las distintas actuaciones de los órganos y organismos de derechos humanos en la materia. En especial, se analiza el tratamiento que reciben las mujeres indígenas dentro de este ámbito. En función de las propuestas realizadas por las autoras presentadas en la primera parte, se rescatan las herramientas que son útiles para la defensa de los derechos de las mujeres indígenas y se cuestionan aquellas que reproducen lógicas eurocéntristas. También se presentan algunas propuestas que mujeres indígenas de Latinoamérica han realizado en el ámbito internacional para combatir las múltiples formas de violencias que enfrentan.

Por último, el capítulo sexto, tiene por objetivo analizar el caso presentado en el primer capítulo con los distintos elementos que se recogieron a lo largo de la investigación. Igualmente, se propone responder preguntas más amplias que el caso genera y se sugiere una interpretación de algunos principios del ordenamiento jurídico que sea acorde con los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. En especial se trata el principio de igualdad, ya que las distintas reflexiones que surgieron en torno al caso hicieron referencia a su supuesta vulneración ante el reconocimiento de derechos especiales o frente al trato diferenciado a personas que integran pueblos indígenas.

Además, se tratan distintas propuestas desarrolladas por los ordenamientos jurídicos para abordar las tensiones entre el derecho estatal y los derechos indígenas. Por último, se exponen algunas notas preliminares para reflexionar sobre una noción de justicia más amplia atenta a las necesidades de los diferentes grupos culturales que viven en sociedades heterogéneas como las latinoamericanas. En especial, para que se pueda garantizar que el reconocimiento de la pluralidad cultural sea respetuoso con los derechos y reivindicaciones de las mujeres indígenas.

Para desarrollar la investigación se recurre a una multiplicidad de fuentes que varían según el objetivo de los capítulos. Así, para reconstruir y analizar el caso se toma la sentencia de la Corte de Justicia de Salta y demás estudios, informes y artículos jurídicos elaborados alrededor del mismo. Debido a la importancia mediática que adquirió el caso se recurre a fuentes periodísticas que informan sobre los distintos posicionamientos alrededor del mismo. Igualmente se toman estudios antropológicos para conocer la cosmovisión wichí, su composición y forma de vida.

Para analizar el marco jurídico que protege los derechos de los pueblos indígenas y de las mujeres se recurren principalmente a instrumentos internacionales de derechos humanos; jurisprudencia de los órganos creados por los tratados internacionales para el control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados; informes y estudios de distintos órganos que integran las Naciones Unidas (ONU) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT); informes de Relatores Especiales. También cobra especial importancia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha desarrollado una importante labor en la defensa de los derechos indígenas. En el ámbito nacional se recurre a la legislación nacional, estudios de la doctrina y la jurisprudencia de distintos tribunales.

Para conocer la situación de los derechos indígenas en el norte argentino se recurre a informes, estudios e investigaciones desarrolladas por distintas entidades de derechos humanos, ya sean estatales o civiles. En el caso de las reivindicaciones de las mujeres indígenas se priorizan documentos elaborados por las propias mujeres indígenas, ya sean comunicados, denuncias, proyectos, entrevistas, artículos, etc.

Por último, cabe mencionar algunas dificultades que surgen de la investigación. Ante la sospecha de las limitaciones que generan los tratamientos unidimensionales que tienen en cuenta la dimensión de género y étnica por separado, se aborda el caso desde una doble perspectiva que tiene en cuenta el respeto de la diferencia cultural y las reivindicaciones de mujeres indígenas. Por ello, en distintas oportunidades se hace referencia al mismo tiempo las exigencias del respeto de la diversidad cultural y a las propuestas feministas para garantizar los derechos de las mujeres. Si bien el tratamiento conjunto puede generar cierta confusión, responde al interés de tratarlo de manera conjunta para visibilizar la estrecha relación que existe entre ambos.

Otra dificultad que se advierte es la limitación de acceso a ciertas fuentes como sentencias e informes realizados por el poder judicial con relación al caso. La mayor parte de la investigación se realizó en la ciudad de Barcelona, mientras que los juzgados se encuentran ubicados en el interior de la provincia de Salta. Pese a esta dificultad, se ha accedido a la información accesoria a través de fuentes contrastables y reconocidas

CAPÍTULO 1. PRESENTACION DEL CASO Y PREGUNTAS TEÓRICAS

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se estudia un caso ocurrido en la provincia de Salta, Argentina, ante la denuncia de abuso sexual a una menor wichí por parte de un joven miembro de la misma comunidad indígena. La denuncia fue realizada por la madre de la menor y directora de la escuela rural donde asistía. El debate trascendió el ámbito meramente jurídico y tras de la sentencia de la Corte de Justicia de Salta desde sectores académicos e institucionales se manifestaron opiniones diversas sobre la decisión judicial. Asimismo dentro de la comunidad indígena wichí existieron diferentes reacciones ante los hechos.

Por un lado, las pericias antropológicas coincidieron en que la iniciación sexual de las jóvenes a partir de su primera menstruación es una práctica habitual en las comunidades wichí. Por el otro, el ordenamiento jurídico argentino considera que es delito mantener relaciones sexuales con una menor de 13 años. La mayor parte del debate jurídico posterior fue sobre la compatibilidad entre el respeto a la diversidad cultural y los derechos humanos, en especial los derechos de las mujeres. Tanto la Corte de Justicia de Salta (CJS), como el análisis posterior realizado por la mayoría de la doctrina trataron la cuestión como una confrontación entre dos derechos: el derecho a la identidad/diversidad cultural y el derecho a la integridad de la menor.

Desde el punto de vista teórico y político, la complejidad del asunto se manifiesta porque se afirma el interés de respetar la diversidad de los pueblos indígenas, que históricamente fue negada por el Estado argentino. Pero igualmente se procura evitar los errores que algunas autoras feministas han señalado, como la esencialización de las prácticas culturales, la aceptación de situaciones de opresión a las mujeres bajo la supuesta protección cultural, la consideración de los grupos como un todo homogéneo, etc.

En el capítulo se presenta el caso y los distintos posicionamientos que surgieron alrededor el mismo. Se considera relevante tener en cuenta no sólo los argumentos jurídicos sino también las opiniones de las diferentes partes involucradas aunque no hayan intervenido en el proceso judicial. Muchas voces quedaron excluidas, no solo del proceso judicial sino también de los análisis posteriores, por considerar que carecían de las capacidades necesarias para intervenir en el debate o que su opinión era irrelevante.

En el primer apartado se relatan los hechos y se presentan las diversas posiciones que surgieron dentro de la comunidad wichí y los resultados de las pericias antropológicas. Luego, se presenta el fallo y los argumentos jurídicos sostenidos por la defensa y la CJS. La diversidad de opiniones permite reflejar las distintas aristas que el caso genera y la necesidad de considerarlas para dar respuesta integral a los conflictos que surgen en el marco de sociedades culturalmente diversas.

En segundo lugar, se consideran algunas propuestas realizadas desde la antropología que resultan útiles al momento de estudiar conflictos que surgen en una realidad ajena para los operadores jurídicos y muchas veces lejana.

Por último, se presentan los distintos posicionamientos jurídicos que surgieron en torno al caso. El estudio de la literatura jurídica sobre la temática refleja la tendencia a tratar la cuestión como el típico enfrentamiento entre dos derechos aparentemente irreconciliables o a realizar tratamientos unidimensionales que abordan solo un aspecto de la cuestión. Sin embargo, al considerar las diferentes aristas que este caso genera se hacen evidentes los límites de tales aproximaciones. Ante lo cual se definen algunas preguntas que el caso genera para buscar a lo largo de la investigación alternativas que respondan a las necesidades de las diferentes partes involucradas, en especial de las mujeres y niñas indígenas que es a quien el ordenamiento jurídico pretende proteger.

2. RECONSTRUCCIÓN DEL CASO

2.1. Denuncia de una violación

Los hechos se conocieron en 2005 cuando Teodora Tejerina, residente de una comunidad wichí, denunció a su concubino José Fabián Ruiz de haber abusado de su hija menor. La denuncia la realizó acompañada por la directora de la escuela rural donde asistía su hija, Estela, que en aquel momento se encontraba embarazada fruto de la relación con Ruiz.

El juez que tomó conocimiento de la causa la caratuló como abuso sexual agravado, porque el imputado convivía con la menor por lo que se trataba de su "padrastro y cuidador". Luego de unas semanas tanto la denunciante, Teodora Tejerina, como los miembros de la comunidad comenzaron a exigir la libertad del imputado. En la declaración ante la sede judicial afirmó que había sido obligada a realizar la denuncia por la directora de la escuela.

Fabián Ruiz, de 28 años de edad, permaneció privado de libertad hasta el año 2012. En primera instancia el juez consideró que existían elementos suficientes para calificar el hecho como delito, por lo que elevó la causa a juicio oral y público. Luego de que la Cámara de Acusación rechazara el recurso de apelación deducido contra el auto de procesamiento, la defensa interpuso un recurso ante la CJS[1], máximo tribunal dentro de la provincia. El tribunal aceptó el recurso impuesto, declaró la nulidad del juicio y aconsejó al juez que al fallar considerara las pautas culturales del pueblo wichí.

[1] Los aspectos procesales del juicio como los argumentos de la defensa y las consideraciones de los jueces están recogidas en el fallo Corte de Justicia de Salta, R., J.F.-Recurso de Casación, Expte. Nº CJS 28.526/06, 29 de septiembre de 2006.

La nulidad fue declarada por la falta de motivación del auto de procesamiento al omitir valorar aspectos fundamentales de la prueba que podrían haber incidido en la declaración de presunta culpabilidad del imputado. Para la CJS la obligación de motivar las resoluciones imponía al juez la obligación de tomar en cuenta todos los elementos que pudieran haber incidido en la culpabilidad del imputado.

Ante la recomendación de la CJS, el juez de Instrucción Formal núm. 2 de Tartagal resolvió procesar nuevamente a Ruiz por el mismo delito, fundamentando que más allá de las costumbres del pueblo wichí, la menor no estaba en condiciones de decidir sobre su propio cuerpo. La defensa apeló la decisión ante la Cámara de Acusación, cuya Sala Tercera confirmó nuevamente el auto de procesamiento por considerar a Ruiz autor del delito de abuso sexual calificado con acceso carnal reiterado.

Finalmente, tras 11 años de juicio, en 2016 el Tribunal de Juicio Distrito Orán, declaró al imputado penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la convivencia preexistente y le impuso una pena de 8 años de prisión de cumplimiento efectivo. Dado que el imputado había cumplido 7 años de prisión con anterioridad, se dispuso que quedara en libertad.

Para el Ministerio Público Fiscal de Salta, "la importancia de esta condena radica en que pese a las distintas instancias planteadas teniendo en cuenta las distintas pautas culturales y las costumbres ancestrales, se llegó a una condena que sienta un precedente en estos hechos que se repiten y que constituyen un delito para la ley penal."[2]

Dos aspectos fueron controvertidos. El primero relacionado con la edad de la menor, ya que si bien su documento de identidad señalaba que tenía 9 años al momento del embarazo, la madre sostenía que la inscripción en el Registro Civil se realizó tiempo después de su nacimiento y que era mayor. La edad cobra importancia porque el art. 119 del Código Penal[3] argentino tipifica como abuso sexual mantener relaciones sexuales con me-

[2] "Tras 11 años se llegó a una condena en un polémico caso de abuso", 2 de mayo de 2016, en Ministerio Publico Fiscal de la Provincia de Salta. http://www.fiscalespenalesalta.gob.ar/tras-11-anos-se-llego-a-una-condena-en-un-polemico-caso-de-abuso/. Fecha de consulta: 22/02/2017.

[3] El art. 119 vigente al ocurrir los hechos establecía: "Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.
La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.
La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.
En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:
a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;

nores de 13 años. La dificultad de conocer con precisión la edad de la menor se debe a que algunas comunidades indígenas se encuentran en zonas alejadas de los centros urbanos por lo que realizar la inscripción de los nacimientos en el Registro Civil, a veces, no es una tarea sencilla.

En este caso, en 2004 los funcionarios del registro civil se trasladaron a la zona donde vive la comunidad, Lapacho Mocho, para inscribir a los niños y niñas wichí. Según relata el antropólogo John Palmer[4] en aquel momento la madre señaló que no podía precisar la fecha de nacimiento de la niña. Por ello los funcionarios del registro civil de acuerdo con el aspecto físico de la niña consideraron que tenía 8 años. Más allá que la cuestión de la edad determina el tipo penal, estos hechos permiten reflejar las diferentes situaciones que se viven en las comunidades indígenas, en contextos territoriales, sociales y culturales distintos a los urbanos. La legalidad exigida por las normas, en este caso la obligación de la madre o padre de inscribir a los recién nacidos en el Registro Civil, es difícil de cumplir.

El segundo aspecto controvertido es que el imputado había mantenido una relación sentimental con la madre de la menor. Algunos estudios antropológicos[5] señalan que en determinadas comunidades indígenas de Latinoamérica el matrimonio privignático, es decir, la relación del marido de la madre con la hija de aquella, es una práctica frecuente. El antropólogo John Palmer[6], cuya pericia fue presentada por la defensa, sostuvo que el hecho que el imputado fuera el marido de la madre no constituye un impedimento porque para el pueblo wichí los matrimonios dobles son permitidos siempre que no provoque un conflicto doméstico. Sin embargo, para la CJS esta práctica no ha sido suficientemente probada entre la comunidad wichí involucrada.

2.2. Diferentes voces wichí

Dentro de las comunidades wichí existieron diferentes opiniones con relación a los hechos. En una entrevista que realizó un periódico local a la menor en 2009, Estela Tejerina relató: "El me gustó. Se lo conté a mi madre, y después que ella aceptó, fui con Qa'tu (Ruiz)".

---

c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.
En el supuesto del primer párrafo la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incs. a, b, d, e o f".

[4] PALMER J., "La comunidad esta de duelo por la muerte simbólica de Fabián". Entrevista realizada al antropólogo en el sitio web "Del origen". Disponible en: http://argentina.indymedia.org/news/2007/11/560785.php. Fecha de consulta: 29/03/2017.

[5] BRAUNSTEIN, J. y PIGNOCCHI, J., "Matrimonio privignático o violación calificada: una encrucijada de nuestra cultura jurídica", en *La Ley Litoral*, año 10, núm. 4 (mayo 2006). Pp.407-408.

[6] PALMER, J., "Qa´tu y su segunda esposa. Una apreciación desde la antropología jurídica". Material brindado por el autor pendiente de publicación.

Además dijo "yo soy mujer, esposa de Qa'tu y madre de Menajen"[7]. Sostuvo que "era mujer libre cuando lo elegí a él. Mi madre, las mujeres y la comunidad aceptaron lo que quise, pero ahora mi hombre está preso, no me dejan verlo. Por eso me duele el alma. La Justicia de los blancos tiene que escucharme y soltar a Qa'tu. Todos lo necesitamos". En el mismo artículo José Fabián Ruiz, desde la cárcel, decía "después que Estela me dijo que me quería, yo hablé con Teodora. Ella les preguntó a las mujeres de nuestra comunidad, después a todos, y me dieron permiso. Entonces comencé a estar con Estela"[8].

Por su parte, una de las autoridades de la comunidad de Lapacho Mocho, Roque Miranda[9], sostuvo que la directora debía haber recurrido a las autoridades locales, los caciques, antes de denunciar el hecho a la justicia. Ya que ellos son los encargados de atender los problemas y decidir si es necesario acudir a la justicia ordinaria. Señaló que no se pueden hacer denuncias sin el consentimiento de las autoridades comunitarias ya que tradicionalmente las comunidades wichí cuentan con autoridades propias que atienden las diversas cuestiones que surgen en el seno de la comunidad y las representa.

El relato de otra de las autoridades de la comunidad, recogido en la sentencia, sostiene: "quisieran conocer más sobre las leyes porque, frente al problema que se le hace conocer al Cacique, éste escucha a las personas y decide lo que es más conveniente, reúne si es necesario a la comunidad y recién va a la ley, 'para que intervenga el juez'"[10]. En caso de conflictos entre familias se desarrollan asambleas donde participan los miembros de la comunidad y se toman las decisiones de manera consensuada.

Con referencia al caso que se analiza, Viviana Figueroa, abogada de origen quechua, se preguntaba:

> …por qué en primera instancia la madre no habló con las autoridades de la comunidad. Porque la nuestra es una sociedad comprometida. En las asambleas se tratan esos temas, pero la decisión de las autoridades ya no tiene valor, por eso se sale a buscar una solución afuera. A la vez, tenemos una gran falencia en el sistema judicial por no contar con traductores o por la falta de infraestructura. Cuando nosotras queremos denunciar al hombre blanco, porque a diario hay violaciones, nunca nos la toman[11].

En este sentido, es oportuno reflexionar sobre el rol que actualmente cumplen las autoridades indígenas. Estudios antropológicos desarrollados en comunidades wichí señalan que en la antigüedad cada grupo tenía su propio jefe (*Niyat*) que se mantenía aún cuando se reunían con otros grupos para formar una banda[12]. Para Marcos Castillo[13] antigua-

[7] "Menajem" en wichí, significa: "Por quien su padre está preso".
[8] "La Corte Suprema decide el destino de un wichí" en Diario El Tribuno Salta, 31 de diciembre de 2009.
[9] "Absuelven a un aborigen acusado de embarazar a una wichí de 10 años" en Diario *El Tribuno Salta*, 20 de octubre de 2006.
[10] CJS, R., J.F. Recurso de Casación… *Op. Cit.* Considerando 24. Pág. 23.
[11] "El sí de las niñas" Diario *Página 12*, 7 de diciembre de 2007. http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-3772-2007-12-10.html Fecha de consulta: 06/06/2017.
[12] Una "banda" se constituye a partir de la integración de varios "grupos wichí".

mente en los pueblos wichí en general el poder no se presentaba concentrado en una sola persona sino que se distribuía horizontalmente. Donde más centralizadas estaban las decisiones era en el Consejo de Ancianos, al cual el jefe del grupo o de la banda, estaba supeditado.

Diversos estudios señalan que la figura de cacique es moderna y surge como resultado de una multiplicidad de factores históricos. En un trabajo de campo realizado en comunidades wichí de Rivadavia Banda Norte, un departamento de la provincia de Salta, el antropólogo Castillo advierte que la figura actual del cacique se construyó sobre la base de la figura del antiguo *Niyat* en el contexto de procesos de modernización que se dieron en la región del Chaco con la expansión de las fronteras argentinas. Advierte que "el Cacicazgo emerge, en gran medida, a partir de la concentración de poder que el hombre blanco realizó sobre su figura"[14]. Ello respondía a diversos intereses del momento ya que los ingenios azucareros recurrían a los caciques para asegurar el reclutamiento de zafreros y el ejército para realizar actividades militares. En la actualidad, partidos políticos en campaña electoral o instituciones públicas o privadas que quieren realizar proyectos con las comunidades indígenas recurren al cacique como representante de la comunidad.

Sin embargo, el poder de las autoridades se encuentra en constante pugna debido a diferentes factores como la influencia de las iglesias cristianas de la zona donde la figura del *pastor* adquiere vital importancia, tanto en el ámbito religioso como político. También impacta la legislación estatal que obliga a las comunidades indígenas a adquirir personería jurídica (personalidad jurídica) para poder ejercer los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, ya que impone formas de organización ajenas a las indígenas.[15] Además, los

---

[13] CASTILLO, M., "Modernidad y pueblos indígenas: Algunas observaciones en torno a la comunidad indígena de Alto de la Sierra (Provincia de Salta – Dpto. Rivadavia B/Norte)" Tesis de licenciatura en Antropología, Universidad Nacional de Salta Facultad de Humanidades, Salta, Argentina, 1999.

[14] *Ibíd.* Pág. 180.

[15] En este sentido es representativa la Ley de 23.302 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes que regula la personería jurídica de las comunidades indígenas y crea el Registro de Comunidades Indígenas. En el artículo 4 dispone que "las relaciones entre los miembros de las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida se regirán de acuerdo a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación".

En 1996, a través de la Resolución Interna 4811/96 el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) reglamentó el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y señaló que el artículo 4 de la Ley 23.302 incorporaba conceptos y previsiones incompatibles con el respeto a la identidad histórica de las comunidades indígenas, ajenas a sus tradiciones y pautas de organización propias. Por ello dispuso, en el artículo 2, que los únicos requisitos para la inscripción de las comunidades indígenas serían los siguientes: nombre y ubicación geográfica de la comunidad, reseña que acredite el origen étnico cultural e histórico, con presentación de la documentación disponible; descripción de las pautas de organización y de los mecanismos de designación y remoción de sus autoridades; nómina de los integrantes con grado de parentesco, mecanismo de integración y exclusión de sus miembros. Sin embargo, numerosas provincias continuaron en la mayoría de los casos aplicando las figuras propias de derecho civil para "otorgar" la personería.

En el Foro Nacional "Derechos de los Pueblos Indígenas en la Política Pública", convocado por el INAI, la Comisión de Trabajo sobre Política Indígena sostuvo que era necesario "Desterrar la imposición compulsiva de formas asociativas del derecho positivo argentino federal o provincial, ajena a la voluntad y forma de organización tradicional y de requisitos contable o de libros societarios, por resultar violatorios de

propios cambios generacionales en las comunidades generan diferentes visiones sobre cómo relacionarse con las autoridades estatales y los modelos de desarrollo que se desean. Ello sumado a las políticas del Estado hacia los pueblos indígenas que han debilitado su autonomía y su organización interna.

En este contexto, distintas personas y autoridades indígenas de Salta presentaron un petitorio ante las autoridades estatales donde explicaban su versión de los hechos y exigían la libertad para Ruiz. En primer lugar, denunciaron que Teodora había sido obligada por la directora de la escuela a presentar la denuncia ante la policía y que la edad que aparecía en el documento nacional de identidad de la menor era errónea.

Además, señalaron que tanto la Teodora como Estela eran "mujeres necesitadas" por no tener parientes en la comunidad porque procedían de otro lugar llamado Esperanza. Consideraban que la situación de las mujeres había empeorado con la prisión del imputado ya que sufrían privaciones por su ausencia y que el niño no había podido conocer a su padre. Dice el petitorio:

> La joven por la que el hombre está preso es hija de un criollo. Ese criollo se aprovechaba de la mujer wichí hasta que ella quedó embarazada. Luego la botó.
>
> Entonces la mujer se fue del lugar, llevando consigo a su criatura. Después de unos años, ella se quedó a vivir en Hoktek Tol (km. 18). Allí tenía una hermana que se había juntado con un hombre de la comunidad. Después ella también se juntó con un miembro de la comunidad. Y cuando su hija alcanzó la mayoría de edad (con el comienzo de sus periodos menstruales) ella también se juntó con el esposo de su madre. Estaba todo bien. Ambas disfrutaban la relación con el hombre y con su familia.[16]

En el petitorio afirmaron que Ruiz no debía ser encarcelado ya que la relación era consentida por ambas partes y tenían un hijo en común. Con relación a la temprana edad de Estela apuntaron que según sus mayores (autoridades) no es frecuente que una joven recién adulta forme pareja ya que "no sabe desempañarse como ama de casa". Cuando esos casos ocurren, intentan disuadirla pero:

---

las culturas indígenas." ((Ver ZAPIOLA, L., "El derecho consuetudinario indígena y la personería jurídica de las comunidades" en FRITES, E., *El derecho de los pueblos indígenas*, PNUD, Buenos Aires, 2011. Pág. 73-81) Por otra parte, el Comité para la eliminación de la discriminación racial (CERD), en el Informe de Recomendaciones a Argentina en 2010, expresó su preocupación porque a pesar de los mecanismos legales instalados, la decisión final acerca de las formas de representatividad indígena se hallaba en manos del Estado y no de los propios pueblos representados. (CERD, Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Vigésimos informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2008. Argentina, doc. CERD/C/ARG/19-20, 8 de junio de 2009).

Para un análisis sobre el impacto e interrelación que la legislación sobre la personería jurídica tiene en torno a las "comunidades indígenas", consultar COWAN ROS, C. y NUSSBAUMER, B., "Comunidad indígena": (des)encuentros de sentidos entre miembros de la institucionalidad pública y de comunidades aborígenes del departamento de Yavi, provincia de Jujuy en *Cuadernos de Antropología Social,* núm. 37, Universidad de Buenos Aires, 2013.

[16] "Indígenas exigen libertad de wichí detenido por violación, argumentan leyes ancestrales" en Copenoa, Agencia de Noticias del Norte Argentino en http://www.copenoa.com.ar/Indigenas-exigen-libertad-de-wichi.html. Fecha de consulta: 09/04/2017.

> …a veces no nos hace caso. Entonces aceptamos la relación porque sabemos que prohibir que una mujer esté con el hombre al que quiere suele provocar un disturbio social. Es así porque la joven se siente agraviada. Y por eso ella es capaz de suicidarse. Lo mismo ocurre con el joven: si pretendemos prohibirle que este con la mujer a quien quiera, él también es capaz de suicidarse. Eluden nuestros consejos y no quieren separarse, entonces para nosotros es mejor que estén juntos y que la relación prospere, para que no haya inconvenientes.[17]

Por otra parte, para los firmantes del petitorio la relación entre Estela y Fabián no constituye delito porque ambas mujeres lo eligieron y convivían en paz. Señalaron que la acusación había sido realizada por una persona ajena a la comunidad. Para los firmantes Ruiz debía estar en libertad ya que "nosotros vemos que no es culpable de nada". Ante ello solicitaron poner fin a "la injusticia que están todos sufriendo, para restablecer la tranquilidad normal de la vida nuestra que somos wichí"[18].

Por último, exigieron:

> … que la justicia haga valer nuestros derechos, no solamente en nuestro carácter de ciudadanos argentinos sino también como miembros del pueblo indígena preexistente wichí. Por ley, nuestra identidad étnica y cultural debe ser objeto de respeto. Esto significa reconocer, entre **otras cosas que nosotros también sabemos distinguir entre el bien y el mal, como también sabemos corregir, cuando sea necesario, lo que percibimos como la delincuencia**. Que haya, pues un **diálogo intercultural sobre cuestiones de derecho**. De esa manera los jueces sabrán quizás valorar nuestro sistema legal ancestral. ¿Será que ellos piensan que durante miles de años vivimos sin ley en nuestras tierras?[19] (Resaltado propio)

Sin embargo, existieron voces que se opusieron enérgicamente a estos argumentos y al fallo de la Corte. Octorina Zamora, *niyat* wichí, sostuvo que no puede ser justificado un abuso bajo el argumento de respeto a las pautas culturales. Dice, que "además de desproteger a la niña, se está poniendo en tela de juicio la moralidad de mi pueblo. No existe eso entre los wichí. En nuestra religión existen mitos en contra del incesto y en contra de las relaciones prematuras"[20]. Según Zamora, las relaciones incestuosas, la violencia familiar, el abandono de hijos o hijas son contrarios a su cosmovisión.

Además, expresa que el sexo femenino es venerado por su origen mitológico, y que las mujeres siempre fueron protegidas porque son madres, fuente de educación y resguardo para los niños. Por ello, en contra del fallo de la Corte, Zamora interpuso una denuncia ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). En su

---

[17] "Indígenas exigen libertad de wichí detenido por violación… *Op. Cit.*
[18] *Ibíd.*
[19] *Ibíd.*
[20] SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN, *Mujeres dirigentes indígenas. Relatos e historias de vida.* Ed. Secretaria de Cultura Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 2008. Pág. 39.

dictamen el INADI[21] calificó la resolución como discriminatoria hacia las niñas y mujeres wichí de la Argentina.

Las diferentes reacciones que genera la cuestión permiten observar que aún dentro de la misma comunidad wichí existen diferentes opiniones sobre sus costumbres y tradiciones. Esto se debe a que son grupos culturales dinámicos que atraviesan procesos de constante transformación. Muchas pautas culturales antes indiscutidas hoy reciben críticas por parte de las mujeres wichí. Así la líder Octorina Zamora mantiene otra forma de considerar la sexualidad: "a mí me inculcaron que uno debe tener relaciones sólo cuando llega al matrimonio. Hasta entonces debe ser puro"[22].

Los diferentes posicionamientos alrededor del caso no solo surgieron dentro de las comunidades wichí, también en el ámbito antropológico y jurídico existieron diferencias. A continuación se presentan los análisis realizados por antropólogos y antropólogas que intervinieron en el caso.

2.3. Las pericias antropológicas: la libertad sexual de las wichí

Las pericias antropológicas presentadas por la defensa y la ordenada por el juez sostuvieron que es costumbre en el pueblo wichí que las mujeres inicien su vida sexual luego de la primera menstruación ya que a partir de ese momento gozan de libertad sexual.

El antropólogo John Palmer, cuya pericia fue presentada por la defensa, sostuvo que para la comunidad no existía delito puesto que las mujeres luego de su primera menstruación pasan a ser adultas con capacidad, independencia y voluntad propia. Según su pericia dentro de la comunidad la relación era aceptada, tanto a nivel general como por parte de la primera y segunda esposa, ya que en caso de que hubiera existido violación la comunidad no hubiera apoyado de ninguna manera al acusado. Ello explica, según Palmer[23], que la denuncia fuera realizada por una persona ajena a la comunidad.

La pericia antropológica solicitada por el juez de la causa, realizada por Víctor Márquez, también señaló que las jóvenes wichí gozan de libertad sexual a partir de su primera menstruación. "Es la joven quien lleva a su pretendiente a su núcleo de familia y lo presenta ante el jefe del clan, quien es el que consiente la relación", indica la pericia. "Con esta libertad sexual que se da desde la primera menstruación, la chica elige compañero. Generalmente la elección se da entre chicos de su mismo rango de edad, aunque no es una cues-

[21] INADI, Recomendación general núm. 4: Contra la discriminación por privación de derechos a los pueblos indígenas y sus integrantes, Buenos Aires, 2008.
[22] "Octorina Zamora niega que el abuso forme parte de la cultura wichí" Entrevista realizada en octubre de 2006 a Octorina Zamora por el sitio web Iruya.com. http://www.iruya.com/iruya/articulos/costumbres/193-octorina-zamora-niega-que-el-abuso-forme-parte-de-la-cultura-wichi.html Fecha de consulta: 16/06/2017.
[23] PALMER, J., "Qa´tu y su segunda esposa… *Op. Cit.*

tión condicionante"[24]. El antropólogo añade que "la atracción en una pareja wichí se da mutuamente, pero ella, al tener libertad sexual, ostenta un poder de decisión en este aspecto que no lo tiene el pretendiente, sobre todo si es menor de edad"[25].

Por otra parte, la antropóloga Guadalupe Barúa[26] explica que luego de la primera menstruación las mujeres adquieren de hecho una nueva libertad que les permite relacionarse sexualmente con jóvenes sin que sea necesario entablar compromisos estables.

Sin embargo, dentro del ámbito antropológico existieron voces disidentes. La antropóloga Mónica Tarducci se opuso a las interpretaciones realizadas anteriormente. Señala que el caso refleja la ausencia de examen de las relaciones de poder implícitas entre la relación de un adulto con una niña. Considera que si bien debe reconocerse la agencia de los niños y niñas, a la vez, debe tenerse presente que están situados dentro del grupo más vulnerable. Especialmente las niñas que están expuestas a mayores riesgos por condición de género. La antropóloga cuestiona la afirmación que tras el rito de iniciación las niñas se conviertan en mujeres adultas pues existe un problema en la definición de la niñez entre el pueblo wichí, ya que el proceso de escolaridad influye en sus vidas. No se trataría de mujeres adultas, sino de adolescentes con mayores responsabilidades en la vida familiar. Recurre a los trabajos de las antropólogas Barúa, Dasso y Franceschi y menciona las constantes referencias de los conflictos entre el antes y el ahora, que incluso las abuelas lamentan que las mujeres se embaracen tan jóvenes. Por lo que afirma que "no sólo no habría ese salto a la adultez con la primera menstruación sino que la concurrencia a la escuela las define como niñas"[27].

Igualmente, para Mariana Gómez y Silvana Sciortino[28], la representación de las jóvenes del Chaco como libres electoras de sus compañeros sexuales y cónyuges debe ser problematizada por dos aspectos. En primer lugar, porque responden a discursos producidos en épocas pasadas donde ha predominado la mirada masculina de etnólogos europeos que visitaron la región del Chaco en las primeras décadas del siglo XX. En segundo lugar, en virtud de los cambios sociales e históricos que se produjeron en los pueblos indígenas del Gran Chaco, en especial, a partir de su conversión a religiones cristianas y católicas. Donde las nuevas funciones atribuidas a las mujeres impactaron sobre su cotidianeidad y prácticas.

---

[24] "La polémica sobre el abuso" Artículo periodístico publicado el 13/10/2006. Diario Página 12. http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-74407-2006-10-13.html Fecha de consulta: 20/05/2017.
[25] *Ibíd.*
[26] HIRSCH, S., *Mujeres indígenas en la Argentina: cuerpo, trabajo y poder.* Ed. Biblos, Buenos Aires, 2008. Pág. 123.
[27] TARDUCCI, M., "Abusos, mentiras y vídeos. A propósito de la niña wichí" en *Boletín de Antropología y Educación*, año 4, núm. 05, 2013. Pp. 7-13.
[28] GÓMEZ, M. y SCIORTINO, S., "Mujeres indígenas, derechos colectivos y violencia de género: Intervenciones en un debate que inicia" en *Entramados y perspectivas*, *Revista de la Carrera de Sociología*, vol. 5, núm. 5, 2015. Pág. 46.

Si bien en el ámbito antropológico tampoco existe unanimidad sobre las prácticas wichí, debe tenerse en cuenta que los pueblos indígenas son grupos culturales dinámicos. Multiplicidad de factores intervienen y hacen que ciertas prácticas sean mantenidas, cuestionadas o modificadas con el transcurso del tiempo. Las comunidades que se encuentran más próximas a los centros urbanos reciben mayor influencia de la sociedad criolla que las zonas más alejadas. Al respecto la antropóloga Susana Morales señala

> … algunas pautas culturales en estas comunidades están cambiando, es una construcción, una fusión de identidades, criolla, extranjera y la suya. Esto se concreta a través de la incorporación de nuevas pautas culturales... con nuevas formas de consumir, de alimentar a la comunidad, nuevas marcas, vestimentas, música, etc.[29]

En el caso de las comunidades wichí la relación con la sociedad mayoritaria, la educación formal y la presencia de iglesias cristianas son factores que repercuten en sus vidas y modifica sus prácticas culturales. Tratar de entender a las comunidades indígenas como grupos homogéneos, estáticos o ajenos a todo conflicto sería un error y crea el peligro de mantener posiciones esencialistas que idealizan a los pueblos indígenas.

Lo que el caso genera es la pregunta sobre cómo deben ser tratados estos conflictos, en el ámbito jurídico, con todas las complejidades que presenta. En el siguiente apartado, se presenta el tratamiento que la justicia salteña hizo del mismo y los argumentos jurídicos que sostuvieron las distintas partes durante el juicio. Se analiza especialmente los fundamentos de la CJS al revocar el auto de procesamiento y ordenar al juez de primera instancia que tuviera en cuenta las pautas culturales durante la instrucción.

3. FALLO Y CONTROVERSIA. ARGUMENTOS JURÍDICOS

3.1. Argumentos de las partes

Al interponer el recurso de casación ante CJS, la defensa sostuvo que Ruiz no conocía la criminalidad del acto y que al faltar el elemento subjetivo, el dolo, la conducta no tipificaba como delito. Dice:

> …que el imputado carecía de la capacidad de comprender la criminalidad del acto atento a que, de conformidad con la cultura de su pueblo, la mujer, a partir de su primera menstruación, es libre de tener relaciones con quien quiera, siendo las mujeres las que eligen al hombre para que sea su esposo.[30]

Para la defensa la realidad fáctica del imputado, como indígena, le impedía vivir conforme a la ley penal o según preconceptos de la moral dominante. Por ello, consideraba que la resolución era arbitraria al no considerar prueba decisiva que acreditaba la necesidad

[29] MORALES, S., "Las prácticas jurídicas y pautas culturales colisionan en las comunidades de la ciudad de Tartagal: Un estudio de caso". Seminario de Antropología del desarrollo y Ciencias Sociales. FLASCO Sede República Argentina, 2007. Pág. 34.
[30] CSJ, R., J.F.-Recurso de Casación… *Op. Cit.* Voto de la Dra. María Cristina Garros Martínez, Considerando 9.

del respeto a la identidad étnica y cultural del imputado. Advirtió que al dictar el procesamiento, el Tribunal había desestimado cuestiones fundamentales como son las pautas culturales que determinaban la atipicidad del hecho y la inimputabilidad del acusado.

Además, para la defensa, "el modo de aplicar el "derecho de igualdad" implica una discriminación porque emite un juicio sobre una conducta sólo comprensible en términos del "código" de la comunidad indígena, aplicando para ello otro código, el penal, sin que exista una relación intercultural de mutuo entendimiento."[31]

Por último, sostuvo que la supuesta víctima poseía la madurez requerida, ya que había sido antropológicamente demostrado que la conducta descripta era un modo de vida largamente compartido en la comunidad. Además, sostenían que había existido engaño y mala interpretación en las primeras manifestaciones de la denunciante y que su denuncia había sido inducida por la directora de la escuela.

Ante ello, para la defensa, el fallo de la Cámara vulnera el derecho constitucional indígena y los art. 15 y 18 de la Constitución Provincial que garantizan el respeto a la identidad étnica y cultural de los indígenas argentinos, el ejercicio de la defensa en juicio y el debido proceso. Además, los artículos 1.4 y 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los proyectos de Declaración sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas de la ONU y de la OEA[32].

Por su parte, el fiscal de la CJS consideró que los preceptos constitucionales invocados por el recurrente, es decir, el reconocimiento de la preexistencia étnica de las comunidades indígenas del art. 75 de la Constitución Nacional, debían ser ponderados en consonancia con el principio de igualdad. El fiscal entendió que la aplicación de la excepción penal para el imputado implicaría consagrar un privilegio y que atentaría contra el objetivo perseguido en los textos constitucionales consistentes en la unidad nacional. Tras estas consideraciones solicitó que no se hiciera a lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa.

3.2. El voto mayoritario de la Corte: identidad étnica el imputado

La mayoría de la CJS declaró la nulidad del auto de procesamiento al considerar que no se encontraba debidamente fundamentado porque omitía ponderar prueba fundamental.

Para la CJS los jueces intervinientes no habían tomado en justa consideración las pericias antropológicas presentadas. Sólo habían sido objeto de una valoración peyorativa para el imputado sin tener en cuenta aspectos importantes, tales como la aceptación social

[31] CSJ, R., J.F.-Recurso de Casación… *Op. Cit* Considerando 3.
[32] En aquel momento ni la Declaración de Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de los pueblos indígenas, ni de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, se encontraban aprobadas. Ambos proyectos eran discutidos en distintos órganos de la ONU y la OEA respectivamente.

que en los grupos tendría que las mujeres mantengan relaciones sexuales a partir de la primera menstruación. Igualmente, consideró que no se tuvieron en cuenta las manifestaciones de perplejidad de la comunidad indígena por la consideración penal de la conducta del imputado.

Para el voto mayoritario de la CJS estos elementos no constituían meras presunciones debido a que del informe antropológico "se desprende la existencia del puntual contexto de convivencia del imputado y de la víctima en un marco de costumbres ancestrales que resulta útil para apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto penal"[33].

En cuanto a la valoración peyorativa de la prueba aportada, apunta la Corte:

> Cuando la ley impone al Juez el deber de motivar sus resoluciones, le pide mucho más que la simple enunciación de los elementos colectados; la exigencia transita concretamente por un ejercicio racional que involucre una apreciación equilibrada de la prueba de la que se deriven conclusiones en función del derecho vigente**. El referido equilibrio impide que se soslayen o se dejen en un plano de carencia de gravitación elementos útiles para la solución del caso, lo que aquí ha ocurrido cuando, al dictarse el procesamiento, se entendió que los aspectos antes mencionados, claramente indiciarios de un particularismo etno-cultural, no eran sino componentes de una trama de encubrimiento basada en la identidad cultural de los aborígenes. Desde esa óptica no ha sido razonable la evaluación que el juez hiciera de la influencia que tendrían, en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena** convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas… [34] (Resaltado propio)

Es decir, que para el voto mayoritario de la CJS, la evaluación del juez interviniente no fue razonable al omitir considerar la multiplicidad de datos que intervenían acerca de la supuesta costumbre indígena. Ello impugnaba el auto de procesamiento debido a que la exigencia legal impuesta al juez de motivar sus resoluciones exige la apreciación de todos los elementos útiles para la solución del caso.

Además, para la CJS, el juez al subestimar el valor probatorio de las pericias antropológicas presentadas olvidó que el auto de procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos de los componentes del delito. Señala:

> …el procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo de los que hacen a su tipicidad como se indica en la mencionada resolución. Desde la óptica de apreciación integral que aquí se subraya, en modo alguno es dable procesar al imputado dejando la comprobación de su culpabilidad para la etapa plenaria, lo que podría

[33] CSJ, R., J.F.-Recurso de Casación… *Op. Cit.* Considerando 7.
[34] *Ibíd.*

> traerle aparejado un gravamen irreparable, aspecto este precisamente individualizado al aceptarse la queja.[35]

Así, para la mayoría de la CJS, la supuesta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas podría haber suscitado distorsiones en la comprensión del delito. Sin este elemento no podría calificarse como delito el accionar del imputado porque no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino.

Ante ello, los jueces consideraron que la motivación del procesamiento había sido deficiente al sostener que era irrelevante todo lo relativo a la forma de vida de la comunidad wichí. Concluyeron que no se había realizado una ponderación integral al descuidar la incidencia que tiene en el elemento subjetivo la pertenencia del imputado a un pueblo originario.

Teniendo en cuenta estas consideraciones la CJS, por mayoría, declaró la nulidad del auto de procesamiento en virtud a los artículos consagrados constitucionalmente que garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas. Afirmó que en materia penal, para que exista responsabilidad, debe existir una ponderación en el caso concreto de las particularidades sociales del imputado. Aspecto, que para los jueces, no había sucedido en la resolución cuestionada.

3.3. Voto en disidencia: los derechos de la niña wichí

Si bien el fallo fue emitido por mayoría, la jueza María Cristina Garros Martínez votó en contra y solicitó la desestimación del recurso deducido por la defensa. A diferencia de las consideraciones de la mayoría de los jueces tuvo en cuenta la situación de la víctima de la supuesta violación. Ello introdujo un elemento importante que no había sido tratado por la mayoría del Tribunal que al dictar sentencia se había centrado en la identidad indígena del imputado.

La principal línea de argumentación de la Dra. Garros Martínez fue la siguiente: si bien surgen distintas cuestiones al aplicar los derechos indígenas, debe tenerse una perspectiva que sin dejar de reconocer sus derechos fundamentales, tampoco relativice sus obligaciones como actores del conflicto. Dice Garros Martínez:

> Los hechos del presente caso revelan con certidumbre una gran densidad cultural y suscitan una particular línea de reflexión, dado que conllevan la necesidad de analizar la tensión que se plantea entre los distintos puntos que entran en conflicto cuando deben resolverse cuestiones acerca de comunidades indígenas o sus miembros, requiriéndose para ello de una perspectiva que, sin dejar de reconocer sus derechos fundamentales, en modo alguno se desconozca o niegue derechos vinculados, de otra naturaleza o

[35] CSJ, R., J.F.-Recurso de Casación… *Op. Cit.* Considerando 8.

> alcance, que le asistan al resto de los individuos involucrados, como tampoco se relativicen las obligaciones que es dable exigir a todos los actores del conflicto.[36]

Advierte que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar sus costumbres e instituciones siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales del sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Para la jueza el acceso carnal recurrente a menores hasta alcanzar su embarazo resulta objetivamente violatorio de los derechos de integridad de la persona y de la dignidad del ser humano. Considera que las sentencias deben evitar defender este tipo de costumbres ya que no sólo son contradictoria al sistema jurídico nacional sino con el conjunto de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Expresa:

> En efecto, el acceso carnal a menores cuya edad que, aunque fuere de modo impreciso, pueda situarlas en una franja entre los 9 y los 11 años –como ocurre en el caso, sin que la recurrente haya logrado modificar este presupuesto fáctico-, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuestos consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCR [San José de Costa Rica], 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no deben dejar de aplicarse a la menor Estela Tejerina por la circunstancia de que ambos -víctima y procesado- pertenecen a la etnia wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación, y 16 de la C.N. y C.P.)[37]

En su voto considera que la defensa pretendía "subordinar un derecho esencial de la naturaleza humana al hecho de la pertenencia a un estado cultural determinado"[38]. Señala que el demandado no puede pretender la inaplicabilidad de la ley penal por su condición indígena y por su identidad cultural ya que las garantías constitucionales no se dejan de aplicar por la circunstancia de que las partes involucradas pertenezcan al pueblo wichí. Dice la jueza:

> …la demandada no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso.[39]

---

[36] CSJ, R., J.F.-Recurso de Casación… *Op. Cit.* Voto en disidencia de la Jueza María Cristina Garros Martínez. Considerando 10.
[37] *Ibíd.* Considerando 12.
[38] *Ibíd.*
[39] *Ibíd.* Considerando 10.

Al tratar los fundamentos que realiza la defensa del imputado, Garros Martínez, considera que ellos se enmarcan dentro de la teoría del "relativismo cultural". A la que explica de la siguiente manera:

> Dicha teoría afirma que todos los sistemas culturales son intrínsecamente iguales en valor, y que los rasgos característicos de cada uno tienen que ser evaluados y explicados dentro del sistema en el que aparecen… y defiende la postura según la cual toda pauta cultural es intrínsecamente tan digna de respeto como las demás. A la luz de estas dos afirmaciones, la actividad de organizaciones **"occidentales" (como denomina la defensa a la cultura que supuestamente impide el desarrollo de la cultura wichí), tales como Amnistía Internacional UNICEF, etc., que intentan combatir ciertas prácticas consideradas aberrantes de comunidades nativas dentro de las cuales constituyen parte irrenunciable de su identidad cultural, es entendida como un acto destinado a destruir ese patrimonio cultural;** según el relativismo cultural, en cambio, debería admitirse que dichas prácticas identitarias (como la mutilación genital femenina –clitoridectomía- o las relaciones sexuales de hombres mayores con niñas con las que se convive en razón de la unión parejal con la madre -matrimonio privignático-), son intrínsecamente tan dignas de respeto como cualquier otra, y tienen valor por el mero hecho de existir y de enriquecer la diversidad cultural mundial. Bajo tal premisa, concretamente, las niñas y mujeres que han sufrido aquellas mutilaciones, o que a partir de los 8, 9, 10, 11 años contraen matrimonio o son "tomadas" por la pareja de la madre para formar una "forma típica de unión matrimonial", vivirían en plenitud su identidad cultural. Las razones que dan los nativos para justificar estas prácticas son muy variadas, y de manera general se repiten en culturas muy diversas.[40] (Resaltado propio)

Dentro de este ámbito, para la jueza, se ubican los fundamentos que la defensa del imputado brinda para convalidar cierto tipo de costumbres Sin embargo, para la Garros Martínez la opinión de las mujeres indígenas en este aspecto es muy diferente. Tomando como referencia investigaciones llevadas a cabo en *comunidades americanas diversas*, principalmente mexicanas, advierte que las propias mujeres indígenas cuando tienen la oportunidad de expresarse sobre estos temas manifiestan la intención de mantener *los usos y costumbres* siempre y cuando respeten los derechos de las mujeres. Es decir, piden que la justicia se imparta según los usos y costumbres, pero rechazando aquellos que las perjudican.

Al tratar la situación de las mujeres de la comunidad wichí involucrada, la magistrada considera que, el hecho que decidan desde los doce años con quien quieren tener una relación "se relacionaría más con un cierto determinismo cultural que con la convalidación de una costumbre buena o positiva, que justifique su tolerancia frente a la norma penal contraria".[41] Además, sostiene que de las pruebas aportadas no surge que las relaciones sexuales con menores de edad integraran una práctica habitual en la comunidad. Dice:

---

[40] CSJ, R., J.F.-Recurso de Casación… *Op. Cit.* Considerando 13.
[41] *Ibíd.*

> En efecto, no surge de las pruebas aportadas sobre el modo de vida wichí que las relaciones sexuales con menores de edades inferiores a los 13 o 14 años integren las practicas habituales de la comunidad "Misión Wichí – km. 18 – Ruta 86", a la que pertenece el imputado; más aún, de la prueba pericial… se verifica que en la entrevista realizada al Sr. Roque Miranda, Presidente de la Comunidad, el 6.7.05, éste dejó sentado que "dichas relaciones son frecuentes y consideradas normales dentro de la comunidad aborigen", pero que la madre se había separado de Ruiz en diciembre de 2004 y que "la menor tiene 11 años, en diciembre de este año cumplirá 12 años; por lo que le habían recomendado a Ruiz que no tuviera relaciones con la niña, porque podría tener problemas"[42]

Por último, advierte que no puede concluirse que la comunidad wichí constituya un *grupo étnico totalmente cerrado que mantenga principios culturales en forma totalmente pura*. En el caso de análisis el imputado era beneficiario de un plan asistencial del Estado, Plan Jefe de Hogar, lo que quedaba demostrado que tenía contacto con las instituciones del país. Dice la jueza:

> Cabe mencionar que del informe ambiental… surge que José Fabián Ruiz, cursó hasta tercer grado del nivel primario y desde hacía tres años era beneficiario del Plan Jefes/as de Hogar, lo que evidencia que tuvo contacto con las instituciones del país, sin que se demuestre que no estaba en condiciones de comprender la ilicitud de los hechos cometidos.
>
> Asimismo, de la audiencia celebrada ante el Sr. Procurador de la Provincia de Salta, surge que, como se sostiene en la resolución recurrida, no puede concluirse que Misión Wichí importe un grupo étnico totalmente cerrado que mantenga sus principios culturales en forma totalmente pura, pues allí se pone de manifiesto que se habrían presentado denuncias en la Policía "para que se investigue lo que está sucediendo en la comunidad", hay contacto con los barrios, cuyas costumbres "desgraciadamente" ellos adoptaron, receptan influencia de la Iglesia Evangélica…[43]

Ante lo expuesto, Garros Martínez aconsejó la desestimación del recurso de casación deducido por la defensa al considerar que la actuación de los jueces intervinientes fueron respetuosas a las garantías judiciales aseguradas en el Pacto de San José de Costa Rica (artículos 8 y 25).

3.4. Repercusiones del Caso José Fabián Ruiz

El pronunciamiento del tribunal generó profundos cuestionamientos no sólo por parte de los movimientos indígenas, sino también por sectores académicos, organismos políticos y de la sociedad en general. A continuación se presenta un informe que emitió la Comisión de la Mujer de la Universidad de Salta (UNSA) sobre el caso y la resolución del INADI, organismo que tiene como objeto elaborar políticas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo. Es relevante atender estos posicionamientos porque ambos hacen hincapié en la situación de la menor y reflejan, en cierta manera, el tratamiento dominante que reali-

[42] CSJ, R., J.F.-Recurso de Casación… *Op. Cit.* Considerando 18.
[43] *Ibíd.* Considerando 24.

za ante estas situaciones. En el caso de la Comisión de la Mujer más adelante se expone cómo autoras feministas cuestionan alguno de argumentos allí sostenidos.

En INADI[44] consideró que la sentencia de la CJS era discriminatoria hacia las niñas y mujeres wichí de Argentina porque omitía aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Señaló que respetar los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, no eximía de la aplicación de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la normativa vigente en materia penal a quien fuera acusado de abusar sexualmente de una niña wichí. A efectos de que esta situación no se repitiera recomendó a la Corte de Justicia adoptar un enfoque de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos e incorporar, en sus resoluciones y sentencias, la perspectiva de género.

Por su parte, la Comisión de la Mujer de la UNSA emitió un comunicado titulado "Diversidad cultural y derechos fundamentales" donde criticó duramente la actuación de la CJS y sentó su posición sobre el fondo de la cuestión.

Entre los diversos temas que trata el comunicado interesa considerar dos aspectos. En primer lugar, la Comisión de la Mujer de la UNSA hace referencia al supuesto enfrentamiento entre los derechos de identidad cultural y el derecho de la integridad de las menores wichí. Señala que si bien el derecho a la identidad cultural forma parte de los derechos humanos no se puede considerar como derecho una práctica, que fundada en costumbres ancestrales, vulnera la dignidad de las personas. Considera que es parte del derecho a la identidad cultural que a una comunidad se le reconozca el derecho a la educación bilingüe, pero "no forma parte de ese derecho vulnerar la integridad física, psicológica, emocional y sexual de cualquiera de sus integrantes, mucho menos de las/os menores"[45].

Sostiene que no existe contradicción entre el derecho a la identidad cultural y la aplicación del derecho penal argentino a quien atenta contra un derecho humano fundamental de otra persona. Ello según lo establecido tanto en la Constitución Nacional como en las convenciones internacionales de derechos humanos a las que Argentina se ha adherido. Al igual que la jueza considera que la justicia no se puede amparar en el respeto a la diversidad cultural para justificar prácticas reñidas con los derechos humanos que atenten contra la dignidad humana. Dice:

> Sostener que debe respetarse la identidad cultural de un pueblo no implica la justificación de prácticas reñidas con los derechos humanos "iguales e inalienables de todos los

[44] INADI, Recomendación general núm. 4: Contra la discriminación… *Op. Cit*.
[45] PALACIOS, M., y CARRIQUE, V., "Diversidad cultura y derechos humanos fundamentales" en *Revista Claves* núm. 153, noviembre 2006, Salta, Argentina. Disponible online en el portal de noticias Iruya.com, http://www.iruya.com/iruya/articulos/colaboraciones/227-diversidad-cultural-y-derechos-humanos-fundamentales.html. Fecha de consulta: 09/04/2017.

> miembros de la familia humana", como afirma la Declaración de 1948. En la noción de dignidad humana, trabajosamente elaborada por la humanidad a lo largo de los siglos, se sostiene la cultura de los derechos humanos que enseña que las prácticas aberrantes (el abuso sexual lo es) deben erradicarse, no importa cuán enraizadas estén en una cultura determinada.[46]

Para las autoras el hecho de que las prácticas sean aceptadas, consentidas o toleradas por la comunidad wichí no las convierte en moralmente aceptables porque violan los derechos humanos. Ante ello el Estado está obligado a proteger los derechos de las niñas indígenas en virtud de los compromisos asumidos a nivel internacional y no puede hacer distinciones de raza, color, etnia, sexo o de cualquier otra índole.

El segundo aspecto al que hace referencia el comunicado es al supuesto consentimiento de la menor. Considera que aunque manifieste que la relación fue consentida por su edad carece de conciencia, libertad y conocimiento acerca de las consecuencias de una acción. Resaltan lo contradictorio que resulta, por una parte, exigir esa conciencia a la menor y, por la otra, aducir falta de comprensión del acusado sobre la ilicitud del acto. Al igual que el voto de Garros Martínez, para las autoras del comunicado existe una efectiva integración de las comunidades indígenas en la mayoría de los ámbitos de la vida cotidiana.

Para la Comisión de la Mujer de la UNSA, tal como lo tipifica el Código Penal, una relación sexual entre un adulto con una niña es abuso agravado por el vínculo cuando existe una relación familiar. En virtud de lo expuesto concluyen:

> La Comisión de la Mujer, desde su más firme convicción de la universalidad de los derechos humanos y su permanente compromiso con su cumplimiento efectivo, particularmente para las mujeres, cuya situación de vulnerabilidad es reiteradamente denunciada, quiere expresar su indignación por los discursos y la ambigua actitud de quienes tienen el deber de garantizar, defender y promover los derechos humanos de niños y niñas (funcionarios, jueces, legisladores, educadores) y que, con argumentos como los señalados, tienden a exculpar a quienes amenazan y vulneran su dignidad.[47]

3.5. Algunas reflexiones

El objetivo de analizar detalladamente este caso responde a que los distintos posicionamientos presentados reflejan alguna de las aristas que confluyen al tratar la diversidad cultural, en la que intervienen no solo aspectos jurídicos sino también antropológicos, políticos y filosóficos.

Las diferentes miradas antropológicas tratadas evidencian que no existe un único punto de vista sobre la existencia de la práctica en la comunidad wichí involucrada. Mientras algunos informes antropológicos hacen hincapié en las prácticas ancestrales, otros centran su análisis en los cambios que en la actualidad las mismas experimentan. Si bien no es

[46] PALACIOS, M., y CARRIQUE, V., "Diversidad cultura y derechos humanos fundamentales"… *Op. Cit.*
[47] *Ibíd.*

el objetivo de este trabajo estudiar el caso desde una perspectiva antropológica es necesario precisar sobre estos aspectos para tratar la diversidad cultural de una manera más clara. Además, de los debates presentados se advierte que las comunidades indígenas son grupos heterogéneos atravesados por relaciones de poder donde no existe un único punto de vista sobre la existencia de ciertas prácticas.

Ello repercute en el ámbito jurídico ya que las pericias antropológicas son una fuente importante de prueba porque brindan información sobre aspectos culturales que los operadores jurídicos, en general, desconocen. Aportan más herramientas para comprender un caso concreto, pero al mismo tiempo, generan mayor complejidad para ponderar una solución integral frente a los distintos elementos que se incorporan. En el fondo, el debate antropológico invita a reflexionar sobre cuáles son las características que los pueblos indígenas, considerados culturalmente diferentes, deben "conservar" para que puedan ejercer los derechos reconocido en las últimas décadas. De este hecho, surgen las mayores críticas a las políticas identitarias desplegadas en los últimos años, ya que terminan por reforzar visiones esencialistas y estáticas de las diferencias culturales.

Además, en el supuesto que la existencia de cierta práctica fuera aceptada por la comunidad surge la pregunta sobre quién está facultado para valorar si es moralmente y jurídicamente aceptable o no. ¿Le corresponde a la justicia estatal de acuerdo a los parámetros del ordenamiento jurídico nacional o internacional? ¿En su caso, cómo debería intervenir? ¿O se trata de una competencia exclusiva de los y las indígenas que se ven afectadas por las mismas y el Estado debería abstenerse de intervenir? Estas preguntas, que surgen del análisis del caso, forman parte de un debate más amplio que está presente en las sociedades culturalmente diversas. Plantean la necesidad de reflexionar sobre cómo tratar estos conflictos de una manera que sea respetuosa con los diferentes valores en juego.

Por otra parte, de los argumentos jurídicos sostenidos surgen dos cuestiones a tratar con mayor detalle. En primer lugar, se advierte la tensión que surge ante obligación del Estado de aplicar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y los principios clásicos del derecho que vertebran el ordenamiento jurídico. Surge la pregunta si es posible "acomodar" el reconocimiento de los nuevos derechos con estos principios, ya que en algunas instancias parecieran incompatibles.

La segunda cuestión es si el sistema jurídico puede dar respuesta a estas cuestiones de una manera que sea respetuosa con los múltiples valores en juego, especialmente el respeto a la diferencia de los pueblos indígenas y los derechos de las mujeres indígenas, teniendo en cuenta tanto su condición de género como étnica. De la presentación del caso se advierte que existe gran dificultad para tratar conjuntamente ambos aspectos ya que mientras la defensa y el voto mayoritario hacen referencia solo a la *identidad cultural* del imputado, el voto de la jueza y el informe de la Comisión de la Mujer de la UNSA centran su mirada en los derechos de la menor, atendiendo solo a su condición de *género*. Ante este

análisis unidimensional surge la pregunta si es posible separar la condición de género y étnica al tratar los derechos de las mujeres indígenas.

Cobra relevancia profundizar sobre estas cuestiones ya que los argumentos sostenidos por las distintas partes involucradas en el caso reflejan debates jurídicos, políticos y filosóficos que se han intensificado en las últimas décadas. Ello tras la aplicación de políticas identitarias que reconocen una serie de derechos específicos hacia determinados grupos sociales como mujeres, pueblos indígenas, inmigrantes, grupos LGTIBQ, etc. En el caso de los pueblos indígenas el reconocimiento de derechos surge ante las demandas y movilizaciones indígenas desarrolladas durante largos años tanto en el ámbito nacional como internacional.

A continuación se presentan algunos apuntes desde la antropología para luego a profundizar sobre los análisis jurídicos desarrollados por la doctrina local.

4. APUNTES DESDE LA ANTROPOLOGÍA

Esther Sánchez Botero[48] señala que el Derecho estatal no puede ir más allá de sus propios límites para interactuar con otros derechos sin la concurrencia de otras ciencias y conocimientos que le permitan trascender sus referentes propios para analizar, explicar y evaluar la conducta social de un individuo o de un grupo, cuyos hechos forman parte de una cultura específica. Recurrir a otras áreas del saber aporta conocimientos fundamentales no solo para confrontar las conductas de las personas o grupos sociales diversos sino al propio Derecho.

Sin embargo, se advierte que en los estudios jurídicos existe cierta tendencia a considerar a "las otras culturas" como entidades homogéneas, estáticas y ancladas en un tiempo pasado. En el caso de los pueblos indígenas muchas de las imágenes los asocian como seres primitivos, pre-modernos, asilados y tienden a esencializar las diferencias. Son tratados como grupos homogéneos lo cual contrasta con la realidad de cualquier grupo humano atravesado por conflictos, relaciones de poder y diversidad de intereses.

Para evitar estas aproximaciones distorsionadas es importante tener en cuenta que al acercarnos a una realidad diferente lo hacemos desde *referentes culturales propios*. La antropóloga Teresa San Román[49] explica que el proceso de enculturación y sociabilización en los seres humanos produce un efecto diferencial en la conformación y estructuración de los procesos mentales. Los referentes culturales configuran las estructuras mentales, potencia unas capacidades sobre otra, crea hábitos, interioriza modelos de relación entre las personas y valores culturales. Ello nos permite hablar y decir con sentido, relacionarnos. Es lo que

[48] SÁNCHEZ BOTERO, E., *Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Ámsterdam, 2006. Pág. 68.
[49] SAN ROMÁN, T., *Los muros de la separación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

dota de sentido a la vida de cada persona, a los hechos vitales, a los datos de la experiencia personal y colectiva.

Estos referentes producen una orientación valorativa de las propuestas culturales, tanto propias como ajenas, ya que el seno de las mismas culturas existen proyectos culturales distintos, contradictorios, complementarios o compatibles. Se trata de un proceso de adquisición de referentes éticos que no supone ausencia de capacidad de autocrítica, de comunicación, de empatía y de construcción de convivencia interétnica. Para la antropóloga la adquisición de referentes culturales es universal y modela a las personas con independencia de la herencia genética. Tener en cuenta los referentes culturales propios, permite un acercamiento a realidades culturales diversas con menor riesgo de asumir actitudes etnocéntricas.

Para Teresa San Román[50] el *etnocentrismo* implica la valoración de una cultura o parte de ella en términos de otra, precisamente de aquella que realiza el juicio, incorporada a los individuos concretos a través de un proceso de sociabilización o enculturación. Es el juicio peyorativo de la diferencia cultural en términos de la valoración propia como verdadera, universal, natural o simplemente mejor por principio. Propone el *etnocentrismo crítico*, al que prefiere llamar *etnorreferencialismo crítico,* que implica la búsqueda consciente y el conocimiento del referente cultural propio, que se conoce en tanto se contrasta con otros referentes culturales ajenos y con la propia historia de cambios y mutaciones. Supone la consciencia de maleabilidad, el saberse cambiante, pensarse como capaz de ser convencido por los argumentos del otro u otra.

Frente a quienes sostienen la imposibilidad de realizar juicios sobre prácticas culturales diversas, se considera que es posible y hasta necesario atender a los conflictos que surgen en sociedades culturalmente diversas. Teniendo en cuenta que en el acercamiento habrá limitaciones para entender las dinámicas y significados de las prácticas culturales ajenas. Por esta razón surge la necesidad de generar canales de intercambio para conocer las opiniones y explicaciones de personas que pertenecen a otros grupos culturales, en este caso a pueblos indígenas. Otra fuente de información útil surge de áreas más especializadas del saber, como la antropología, que puede brindar explicaciones más precisas para encontrar respuestas conjuntas a los conflictos.

La cuestión radica en cómo articular las relaciones entre los grupos culturalmente diversos y cuáles son los mecanismos más óptimos en un contexto donde el Estado, provincial y federal, incumple sus obligaciones con relación a los derechos de los pueblos indígenas. Según el informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas[51],

[50] SAN ROMÁN, T., *Los muros de la separación…Op. Cit.* Pág. 48 y ss.
[51] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Argentina. doc. A/HRC/21/47/Add. 2, 4 de julio de 2012. La situación de los derechos de los pueblos indígenas se estudia con mayor detalle en el cuarto capítulo.

James Anaya, en Argentina persiste una brecha significativa entre el marco normativo establecido y su implementación real. Luego de su visita al país, concluye que es necesario que el Estado priorice y dedique mayores esfuerzos a los temas relacionados con derechos humanos de los pueblos indígenas.

Por otra parte, existe la tendencia a esencializar e idealizar a las comunidades indígenas como grupos armónicos y carentes de conflictos. Estos relatos se encuentran presentes tanto en investigaciones académicas como en los discursos de algunos líderes indígenas. San Román las cuestiona ya que terminan por utilizar los mismos esquemas que se critican, señala que "el racismo mantiene el complejo ideológico del nosotros/civilización y otro/bárbaro. El antirracismo se define como el otro-inocente frente al nosotros-culpables"[52].

Lo problemático de mantener estos discursos es que no solo se concentran en tratar de mostrar la bondad/inocencia de las personas del grupo culturalmente diverso, sino que todo signo de opresión dentro del grupo pareciera justificar el no reconocimiento de sus derechos. Así, como lo advierte la antropóloga, el problema que surge ante esta presunta inocencia, tanto individual como colectiva, es que pareciera que allí radica el fundamento del reconocimiento de sus derechos. Y, ante "el descubrimiento" de situaciones de opresión o de no inocencia dentro de los grupos, pareciera quedar deslegitimadas esas reivindicaciones de derechos.

Por último, en contra de la idea de que se tratan de grupos estáticos y aislados cabe señalar que la propia existencia de "lo indígena" está determinada por la colonización española y luego por expansión estatal. Se trata de una categoría social construida culturalmente que surge en un contexto histórico determinado, con contenidos arbitrarios y que homogeneiza la diversidad de pueblos que vivían en América antes de la conquista. En Argentina la creación de lo indígena como "otro interno" permitió la consolidación de un "nosotros nacional", fundamental en la formación y consolidación de las fronteras del país. Como señala la Rita Segato[53] la diferencia con lo indígena no se trata de un hecho de la naturaleza sino de un producto histórico.

En el caso del pueblo wichí Marcos Castillo[54] sostiene que la categoría étnica "wichí" es una construcción social e identitaria relativamente nueva. Antes de la colonización no era un término con el que se identificara a un grupo cultural y étnico como en la actualidad. A partir de los nuevos contactos que impuso la *intrusión colonial*[55], con el establecimiento de relaciones asimétricas y de subordinación, diferentes grupos indígenas comenza-

[52] SAN ROMÁN, T., *Los muros de la separación…Op. Cit.* Pág. 145.
[53] SEGATO, R., *La Nación y sus Otros. Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de la identidad*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2007. Pág. 37 y ss.
[54] CASTILLO, M., "Modernidad y pueblos indígenas… *Op. Cit.* Pág. 218.
[55] SEGATO, R., *La guerra contra las mujeres*, Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2016. Pág. 95.

ron a identificarse bajo un imperativo cultural y étnico común, grupos que antes rivalizaban entre sí o eran indiferentes.

Este proceso de unificación identitaria, denominada *etnogénesis*, fue una nominación que por un lado se realizó para clasificar a un grupo poblacional que comenzaba a tener cierta importancia en la escena del Estado nacional y, a la vez, fue posible porque culturalmente estos grupos compartían lenguajes culturales comunes. Sin embargo, como indica Castillo, no se trató de una aceptación pasiva sino que los propios pueblos indígenas la resignificaron a lo largo de la historia:

> …los wichí empezaron a ser wichí en el momento en que entraron en contacto con el hombre blanco y en ese sentido, éste último fue el que le propicio no sólo un nombre étnico sino, y sobre todo, el que lo ubicó en un lugar determinado dentro de la división social del trabajo. También está claro, sin embargo, que los "wichí" se reapropiaron de su nominación étnica y construyeron una identidad y clasificación social basada en ella.[56]

Otro aspecto que da cuenta del dinamismo y de las transformaciones sociales que viven los pueblos wichí está dado por lo mencionado anteriormente con relación al rol de las autoridades indígenas en la actualidad. La figura del cacique en el norte argentino surge como una nueva figura que toma elementos de la antigua autoridad wichí, el *Niyat*. Igualmente responde a prácticas instauradas por la relación con la sociedad dominante. Al ser las autoridades, empresarios o militares quienes buscaban un referente al entrar en contacto con las comunidades, la figura del cacique como representante indígena se va configurando y adquiere mayor fuerza. En este sentido Castillo[57] advierte que esta transformación no solo fue un cambio de nombre sino que incluyó una reorganización de los aspectos de la vida social, política, cultural y económica de los indígenas.

Por ello, como indica San Román[58], la comparación no debe hacerse "entre culturas" sino a través de relaciones culturales complejas que exhiben características comunes con las otras culturas, esta similitud es definida teniendo en cuenta su inscripción en un contexto. En relación con estas consideraciones se propone entender a los pueblos indígenas como grupos humanos dinámicos, sujetos a constantes cambios y atravesados por conflictos internos debido a las diferentes situaciones de poder de sus miembros tienen. Si bien la diferencia no es ontológica sino fruto de un proceso histórico, también se basa en prácticas culturales, filosofías de vida y formas de relacionarse con el mundo distintas.

---

[56] CASTILLO, M., "Modernidad y pueblos indígenas… *Op. Cit.* Pág. 220 y ss.
[57] *Ibíd.* Pág. 188.
[58] SAN ROMÁN, T., *Los muros de la separación…Op. Cit.* Pág. 146.

5. TENSIONES Y ASPECTOS TEÓRICOS

5.1. Doctrina en torno al caso

Por último, interesa considerar cuál ha sido el análisis que la doctrina realizó en torno al caso. En este sentido, cabe recordar lo sostenido por Garros Martínez al dictar sentencia puesto que la mayoría de los análisis posteriores han coincidido con su decisión. La jueza hace hincapié en la tensión que surge ante la obligación del Estado de respetar los derechos de los pueblos indígenas sin desconocer o negar los derechos que asisten al resto de los individuos involucrados, ni tampoco relativizar las obligaciones que deben exigirse a los actores involucrados en el conflicto. Afirma, que si bien es responsabilidad del Estado argentino proteger los derechos de los pueblos indígenas, no se pueden defender prácticas que atenten contra los derechos fundamentales de la persona humana. Ante estas consideraciones concluye:

> …el tribunal resolvió correctamente la tensión entre los derechos culturales de Ruiz y los derechos inherentes a la vida y a la integridad personal de Estela Tejerina, o entre la libertad del primero de vivir de acuerdo a sus pautas culturales y las prerrogativas del Estado en virtud del bloque de constitucionalidad analizado, e incluso a la luz de **la falta de libertad y el determinismo social a que este tipo de conductas genera en personas como esta niña.**[59] (Resaltado propio)

En general, pareciera existir consenso entre los autores y autoras que los derechos de los pueblos indígenas tienen como límites los derechos humanos consagrados internacionalmente. Así, Rubén Figari, tras realizar un extenso análisis de la evolución de la legislación penal y diversidad cultural en diferentes países de Latinoamérica, concluye que las regulaciones constitucionales y los tratados establecen el límite hasta donde puede respetarse la aplicación del derecho indígena "siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona" [60]. Para el autor, en el caso analizado se ha hecho prevalecer correctamente lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño aplicable a la menor Tejerina y las reglas del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (núm. 169), adoptado en 1989 por la OIT (Convenio 169 de la OIT)[61].

En esta misma línea, Renato Rabbi-Baldi, desde una perspectiva filosófica-jurídica, considera que el caso refleja la tensión ante la dialéctica multiculturalismo y universalismo. Tras analizarlo, afirma que los derechos, principios y tradiciones de los pueblos indígenas no ostentan un carácter absoluto sino que coexisten en un mundo plural en el cual están llamados a integrarse, *en lo posible*, de manera armónica. Señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Convenio 169 de la

[59] CJS, R. J. F.- Recurso de Casación... *Op Cit* Voto en disidencia Considerando 23.
[60] FIGARI, R., "Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual" en *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, Lexis Nexis, núm. 3, 2007. Pág. 449.
[61] El Convenio 169 de la OIT, de 1989, fue aprobado por la Argentina en 1992 por Ley 24.071. Sin embargo recién fue ratificado ante la OIT el 3 de julio de 2000, por lo que entró en vigencia el 3 de julio de 2001.

OIT son claros en este sentido al establecer que las prácticas de los pueblos indígenas no pueden contravenir el umbral que proporcionan los derechos consagrados en los textos constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, el autor advierte que los derechos básicos que se hallan en la base de los ordenamientos jurídicos e instrumentos internacionales no siempre compatibilizan con la pluralidad de culturas existentes. Para superar esta dicotomía de una manera no traumática propone *penetrar en el corazón mismo de las culturas* (en este caso la wichí), ya que allí se constataría que emergen las mismas preocupaciones que las consagradas por los derechos universales. Afirma que "parecería, pues, que en el fondo de cada tradición cultural emergen notas esenciales o… "indisponibles", lo que revela la vitalidad de la larga tradición de los derechos universales, esos derechos que, desde siempre, han sido conocidos como "naturales"."[62]

El autor propone un diálogo intercultural como una apertura intersubjetiva y recíproca de unos a otros a fin de reconocerse y comprenderse en una espiral de reflexiones y propuestas. Señala que tanto las culturas indígenas como las hegemónicas deben realizar una lectura crítica y revisión de sus presupuestos y de los ajenos para advertir la "imposibilidad de autosuficiencia". Apunta "así como no cabe someter a la instancia reflexible crítica de la razón solo a una cultura (la indígena)... tampoco corresponde eximir a aquellas tradiciones indígenas de esa instancia"[63]. Este diálogo viene delimitado por el respeto a los umbrales de los derechos humanos porque ellos, según Rabbi-Baldi, se hallan en la esencia de las diferentes culturas y son universales. Constata que a lo largo de la historia ha existido una constante preocupación por la figura del *excluido, del humillado, del insignificante* que, "si bien se mira como principio general y constante, toda cultura, en toda época, ha procurado y procura proteger en primer línea, antes que a cualquier otro individuo"[64].

Por otra parte, Adolfo Sánchez Alegre[65] apunta que el voto mayoritario de la Corte de Justicia omite toda referencia a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que se encuentran vigentes en Argentina y que guardan especial relación con el tema, en especial la Convención de los Derechos del Niño y la Convención sobre la

[62] RABBI-BALDI CABANILLAS, R., "Universalismo y multiculturalismo. Un análisis filosófico-jurídico a la luz de la jurisprudencia sobre pueblos originarios en la jurisdicción de Salta" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, 2011. Pág. 19.
[63] RABBI-BALDI CABANILLAS, R., "Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas: de la tensión del universalismo- multiculturalismo a la interculturalidad" en Sodero, E. *et al XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social: Multiculturalismos, interculturalidad y Derecho*, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014. Pág. 70.
[64] *Ibíd.* Pág. 77.
[65] SÁNCHEZ ALEGRE, A., "El derecho a la integridad sexual en confrontación con el derecho a la cultura" disponible en http://indigenas.bioetica.org/not/nota62.htm. Fecha de consulta: 25/06/2017.

eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer[66] (CEDAW). El autor también hace referencia al debate sobre el universalismo y relativismo cultural, y sostiene que si bien es cierto que los derechos humanos están determinados por el contexto cultural, no puede defenderse a ultranza la relatividad cultural ya que ello llevaría a negar la existencia de normas universales.

Sánchez Alegre afirma que tampoco puede enrolarse un universalismo radical que implique aseverar que la cultura es irrelevante para juzgar los derechos morales y las normas. Concluye que si bien se debe respetar la identidad cultural de los pueblos, el respeto a sus tradiciones, usos y costumbres debe mantenerse siempre y cuando garanticen el respeto a los derechos de las mujeres indígenas. Al igual que el voto minoritario de la Corte considera que no cabe duda que los hechos imputados a Ruiz resultan objetivamente violatorios a los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano.

Desde la perspectiva del Derecho internacional público Gustavo Barbarán estima que uno de los puntos centrales de la cuestión es determinar si los jueces aplicarán lo establecido en el Código Penal o si recurrirán a "una normativa o uso tribal de carácter consuetudinario"[67]. Advierte que ello podría acarrear importantes consecuencias para la estructura institucional argentina que asiste a un importante proceso de desintegración social. Al analizar el significado de la palabra *pueblo* considera que un manejo *desprevenido o ideologizado* de la problemática podría permitir el reconocimiento a los pueblos originarios de derechos o prerrogativas propios de las comunidades autónomas, lo que abriría la posibilidad de exigir la libre determinación. Según el autor, ello conspiraría contra el principio de soberanía nacional y de integridad territorial del Estado argentino, principios fundamentales del Derecho internacional.

Sin embargo, en Argentina aunque no existe una única manera en la que los distintos movimientos indígenas se relacionan con los gobiernos, se puede advertir que el principal interlocutor es el Estado. De las demandas, petitorios y manifestaciones surge que le exigen al Estado el cumplimiento de sus obligaciones y el reconocimiento a los pueblos indígenas como sujetos políticos. No hay una voluntad de separarse del Estado o crear uno nuevo, sino una exigencia del cumplimiento de sus obligaciones. Por ejemplo, la Coordinación de Organizaciones Mapuche ha declarado:

> Concebimos que la autonomía y el gobierno propio dentro del Estado es una de las formas de la libre determinación para los pueblos originarios. No amenaza la integridad territorial del Estado y, ciertamente, puede afirmarse que estas reglas o transformaciones sirven para fortalecer la unidad de la sociedad argentina. La autonomía y el

[66] Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer adoptada por la Asamblea General en Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979; entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27.
[67] BARBARÁN, G., "Aporte para la problemática indígena" en *Revista Claves,* núm. 155, Salta, diciembre 2006.

> gobierno propio deben considerarse, por lo tanto, como elementos que contribuyen a un funcionamiento democrático real[68]

Por otra parte, distintos autores y autoras[69] han centrado su análisis del caso en la tensión que existe entre el reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas y los derechos individuales de las mujeres indígenas. Manifiestan la preocupación que el reconocimiento de derechos colectivos justifique prácticas que atenten contra los derechos individuales de las mujeres. Al igual que el informe emitido por la Comisión de la Mujer de la UNSA cuestionan la sentencia porque bajo la protección de los derechos de diversidad cultural se ampara y justifica la violación de los derechos de la menor.

Estos análisis incorporan una perspectiva que la mayoría de los análisis jurídicos antes mencionados habían dejado de lado que es la situación de las mujeres y las propuestas teóricas desarrolladas por autoras feministas. Ello es importante porque al destacar la importancia de garantizar los derechos de los pueblos indígenas también se plantea la urgencia de respetar los derechos de las mujeres que forman parte de esos pueblos.

Los aportes del movimiento y teoría feminista han permitido visibilizar la exclusión estructural que atraviesan las mujeres. En las sociedades actuales existen prácticas culturales que violan los derechos de las personas que tienen menos poder dentro de los grupos, como las mujeres o personas con identidades sexuales no hegemónicas. Esto también afecta a las mujeres indígenas y las expone a situaciones de mayor vulnerabilidad no solo por su género sino también por su condición étnica.

Además del *corpus iuris* que protege a los pueblos indígenas existe un conjunto de derechos que protegen a específicamente a la menor como el derecho a la vida; a la integridad personal, que comprende la integridad física, psíquica y moral; el derecho a la salud física y mental; el derecho a la honra y la intimidad; el derecho a la libertad y el derecho a la dignidad del ser humano, protegidos tanto en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Para la mayoría de la doctrina la no aplicación de estos derechos por la identidad étnica de la menor, viola la obligación del Estado de tratar de un modo igualitario a sus habitantes, derecho amparado en los artículos 24 Pacto San José de Costa Rica, 26 PIDCP, 5 Convención sobre la Discriminación, y 16 de la Constitución Nacional y Constitución Provincial. Existen otros instrumentos internacionales que también amparan sus derechos como la Convención sobre los derechos del niño. Según la cual se considera que es niño o

[68] CANET, V., "Institucionalización de las prácticas de los pueblos y comunidades indígenas en la Argentina, Aportes a la doctrina" en *Revista Derecho del Estado*, núm. 18, junio 2006. Pp. 107-125.
[69] CROXATTO, G., "¿Es el multiculturalismo es malo para las mujeres? Respondiendo a la famosa pregunta de Susan Moller Okin a partir de un caso argentino" en *Revista Pensar en Derecho*, núm. 5, año 3, Buenos Aires, 2014. ALMIRÓN, S. y LUIS, L., "Multiculturalismo y respeto por los derechos de las mujeres. Tensiones y estrategias a partir de las decisiones de la justicia en Argentina", documento de trabajo, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Disponible en www.ela.org.ar Fecha de consulta: 06/06/2017.

niña toda persona menor de 18 años y dispone que todas las medidas que tomen las instituciones públicas que les conciernan deberán atender a su interés superior. El artículo 34 establece expresamente que es obligación del Estado protegerles de los abusos sexuales.

Asimismo la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer* define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (Art.1). En el artículo tres dispone que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia y derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos consagrados por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Ente otros: a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral; a la libertad y seguridad personal; a la igualdad de protección ante la ley, al rápido acceso ante los tribunales para el amparo ante actos que violan sus derechos, etc.

Estos análisis reflejan la multiplicidad de factores que intervienen y la dificultad de parte de la doctrina de tratar estas cuestiones de una manera más comprehensiva que pueda atender a la variedad de intereses en juego. Esta dificultad va más allá de la propia limitación de hacer efectivos los derechos que se reconocen. En el caso de los pueblos indígenas la aplicación de sus derechos pareciera poner en cuestión premisas fundamentales sobre las que se asienta el ordenamiento jurídico y el propio Estado. Esto dentro de un contexto donde predomina una concepción esencialista y estática de los pueblos indígenas y una visión formal del Derecho y la justicia.

Si bien existe consenso en que la defensa de los derechos humanos es el límite para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. No se plantea una reflexión más profunda sobre cómo deben ser aplicados en el caso concreto para responder a las necesidades de las partes involucradas, en especial las de las mujeres indígenas que es a quienes el ordenamiento jurídico intenta proteger en el caso de análisis. No se profundiza sobre cómo los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico internacional, en especial los de las mujeres, deben ser interpretados en virtud del reconocimiento de la diversidad cultural. La mayoría de la doctrina señalada concibe a los derechos humanos como límites estáticos, abstractos, que representan valores universales sobre los que supuestamente ya existe un consenso universal.

Sin embargo, distintas son las voces que cuestionan tal legitimidad y plantean la necesidad de una interpretación intercultural de los derechos humanos. Puesto que en numerosas ocasiones, bajo la pretensión de garantizar los derechos humano, se han sostenido concepciones y políticas etnocéntricas y coloniales. Por ello, es necesario indagar sobre alternativas que permitan una interpretación de los derechos humanos que sea acorde con la diversidad cultural existente en las sociedades contemporáneas y las reivindicaciones de las mujeres.

Por otra parte, se deben considerar los derechos de las mujeres indígenas desde una perspectiva más amplia que tenga en cuenta su condición de género y étnica. Al atender las experiencias y reivindicaciones de las mujeres indígenas se observa que exigen el cumplimiento de sus derechos como mujeres y como integrantes de pueblos indígenas.

Los análisis jurídicos aquí presentados permiten advertir que el reconocimiento de la diferencia cultural es defendido en la medida que no altere ni cuestione los principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico. Ante la existencia de ciertas prácticas culturales que parecieran cuestionar los límites establecidos por este marco jurídico, en general, la respuesta consiste en traducir la cuestión como una contradicción entre dos intereses jurídicos aparentemente incompatibles (derechos culturales vs. derechos humanos/de las mujeres) y se inclina por la protección de los últimos. En vez de buscar alternativas que puedan conciliar ambos aspectos se reduce la cuestión a una mera disyuntiva sin atender a la complejidad y los desafíos que el reconocimiento de la diferencia de los pueblos indígenas plantea.

Con ello llegamos a uno de los aspectos centrales de la cuestión expresado claramente por Yuva-Davis[70] al afirmar que todo el debate sobre el multiculturalismo tambalea con el hecho de que los límites de la diferencia, así como los límites de los derechos, están determinados por específicos discursos hegemónicos, que aunque utilicen un lenguaje universalista definitivamente no lo son. Por ello, a menudo encubren construcciones racistas, sexistas y clasistas porque no tienen en cuenta los diferentes posicionamientos de aquellos a quienes se refieren.

5.2. Preguntas teóricas a desarrollar.

El análisis del caso genera una serie de preguntas teóricas que es necesario tratar con mayor profundidad porque están presentes en los debates sobre la diversidad cultural. Debates que en general reducen la complejidad de las cuestiones al plantearlos como una disyuntiva entre dos derechos aparentemente irreconciliables. Ante esta situación surgen tres cuestiones centrales sobre las que se debe profundizar.

La primera se relaciona con el rol y la composición del Estado. Surge la pregunta si es posible garantizar el cumplimiento de los derechos indígenas consagrados en un sistema jurídico que se vertebra bajo la concepción de Estado monocultural. O si de lo contrario, para garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos son necesarios una serie de cambios más profundos que interpelan la noción tradicional de Estado y Justicia.

Para comprender el contexto en que se reivindican los derechos de los pueblos indígenas es necesario estudiar cómo se ha construido el Estado argentino y cuál fue su relación con los pueblos indígenas. Durante el periodo de formación y consolidación del Estado

[70] YUVAL-DAVIS, N., *Gender and Nation,* Ed. Sage Publications Ltd, Londres, 1997. Pág. 45.

nacional se establecieron mecanismos institucionales y jurídicos que regularon estas relaciones a partir de una política de homogeneización de la población.

En particular cabe indagar sobre el principio de igualdad, ya que es frecuentemente invocado en el caso de análisis y en general frente al reconocimiento de derechos específicos. Para algunos autores y autoras[71] el reconocimiento de derechos especiales a los pueblos indígenas atenta contra la igualdad consagrada en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, desde la teoría feminista se ha desarrollado un profundo análisis sobre este principio y se realizaron diversas interpretaciones sobre el alcance del mismo. Indagar sobre esta cuestión es fundamental para el análisis del caso puesto que las mujeres indígenas están atravesadas tanto por relaciones de género como étnicas. En este sentido, es necesario reflexionar sobre cómo han sido tratadas las mujeres durante la formación del Estado argentino.

En segundo lugar, cabe preguntarse sobre el rol del Derecho y la capacidad de las reformas jurídicas para cumplir con las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Durante las últimas décadas ha existido un importante reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas. Es necesario indagar acerca del marco jurídico vigente en Argentina y cuáles son los desafíos que a nivel jurídico el reconocimiento de estos derechos genera. Desde la doctrina jurídica se han intensificado los debates en torno a las diferentes preguntas que ello ha planteado tanto en el ámbito del derecho penal, constitucional e internacional. Ante los conflictos que surgen de la aplicación de los derechos indígenas una de las estrategias desarrollada por parte de la doctrina es buscar ampliar las categorías jurídicas existentes para dar cabida a lo indígena.[72]

Sin embargo, la mayoría de las reformas legislativas comentadas establecen una serie de límites a los derechos indígenas, dados por el respeto a la Constitución, los derechos humanos o derechos de las mujeres. Ello requiere reflexionar sobre cómo deben interpretarse estos límites en un contexto que respete la diversidad consagrada y los derechos de las mujeres.

En Argentina estas reformas operaron en contextos contradictorios. Mientras que por un lado se reconocían derechos a los pueblos indígenas en la Constitución Nacional y Provincial, por el otro el Estado desarrollaba medidas económicas incompatibles con estos.

---

[71] SEGOVIA, G. y SEGOVIA J., "Protección de los indígenas" en AA.VV. *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Ed. Depalma, Mendoza, 1995. Pág. 317 y ss.

[72] Por ejemplo es interesante el análisis que realiza Manuel Moreira sobre el valor de la costumbre para el derecho estatal y para los pueblos indígenas. Advierte que existe una tendencia por parte de los y las juristas a tratar al *derecho consuetudinario indígena* como equivalente de la costumbre clásicamente definida por la teoría jurídica. Cuestión que genera problemas ya que se tratan categorías diferentes como si fueran iguales. El *Derecho consuetudinario indígena* se ve reducido a la interpretación que el derecho occidental hace de la costumbre. Por ello se propone hablar de Derecho indígena para evitar la asimilación con el derecho consuetudinario.

Frente a las contradicciones de la actividad estatal hay autores y autoras[73] que consideran que las reformas legales son una de las formas en las que opera la gobernanza neoliberal. Otras han cuestionado las reformas argumentando que han importado un proceso de reconocimiento limitado de la diferencia que termina vaciando sus contenidos críticos.[74] Así, mientras existe cierto consenso en reconocer el derecho a la propia lengua y a la educación bilingüe, hay mayor reticencia en aceptar otros derechos como la autonomía en la administración de sus instituciones políticas y jurídicas o la obligatoriedad de la consulta previa en caso de que el Estado quiera desarrollar políticas que les afecten.

Por último, cabe analizar cómo garantizar que el reconocimiento de la pluralidad cultural sea respetuosa son los derechos de las mujeres indígenas, atendiendo a su condición de género y étnica. Numerosos discursos han utilizado la aparente protección de la diversidad cultural para justificar prácticas que lesionan derechos fundamentales de las mujeres, como es el derecho a la integridad física, sexual, la libertad, la dignidad e incluso la participación política. El análisis del caso plantea la necesidad de buscar fórmulas que permitan garantizar los derechos de las mujeres en contextos de diversidad cultural. Además, reflexionar si en el caso de la existencia de prácticas culturales violatorias a los derechos de las mujeres, es el Derecho Penal quien se encuentra mejor capacitado para neutralizarlas.

Por ejemplo, Rosalva Hernández Castillo[75] señala que reivindicar el derecho de los pueblos indígenas a regirse de acuerdo a sus propios sistemas normativos y reconocer los derechos de las mujeres indígenas en ciertos contextos puede ser contradictorio y hasta excluyente. Sin embargo, lo que interesa es plantear la cuestión no en términos excluyentes como lo ha hecho la mayoría de la doctrina, es decir, elegir entre dos bienes jurídicos o derechos en pugna sino pensar alternativas que permitan hacerlo de una forma compatible. En este sentido cobra especial relevancia atender a las experiencias y propuestas que mujeres indígenas han desarrollado para que sus intereses sean considerados.

Estas cuestiones serán tratadas con mayor detalle en los siguientes capítulos, para poder obtener una visión más específica acerca de cuáles son los derechos de los pueblos indígenas, su situación en Argentina y las demandas de las mujeres indígenas. Luego de realizar una aproximación más completa, se podrá realizar un análisis más riguroso sobre el caso que se presenta y poder valorar así la actuación de la justicia en este caso concreto.

---

[73] SPEED, S., "Ejercer los derechos/reconfigurar la resistencia en las Juntas de Buen Gobierno zapatistas" en BARONNET, B., MORA BAYO, M. y STAHLER-SHOLK, R., *Luchas "muy otras": zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*, Ed. UAM-Xochimilco, CIESAS, UNACH, México, 2011. Pp. 135-162; BROWN, W. y HALLEY, J., *Left Legalism/Left Critique*. Ed. Duke University Press, Durham, 2002.

[74] Consultar SIERRA, M. T., "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad" en STANLEY, R. (comp) *Estado, Violencia, Ciudadanía en América Latina*, Ed. Vervuert. Madrid, 2006.

[75] HERNÁNDEZ CASTILLO., R., "Re-pensar el multiculturalismo desde el género. Las luchas por el reconocimiento cultural y los feminismos de la diversidad" en *Estudios de Género. La ventana*, núm. 18, diciembre, 2003. Pp. 9-39.

CAPITULO 2. FORMACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO Y PUEBLOS INDÍGENAS

1. INTRODUCCIÓN

Para comprender el contexto argentino en el que se reivindican los derechos de los pueblos indígenas es necesario considerar la evolución histórica de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas tras la independencia. Durante el periodo de formación y consolidación del Estado nacional se establecieron mecanismos institucionales y jurídicos que regularon estas relaciones a partir de una política de homogeneización de la población.

La declaración de independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata[1] de la Corona española no alteró sustancialmente la situación de los pueblos indígenas que vivían en aquel territorio. Durante el proceso de independencia y formación del nuevo Estado, los pueblos indígenas fueron objeto de distintas políticas que variaron desde el genocidio[2], la negación de su existencia hasta la asimilación forzada.

El ejercicio de la violencia contra los pueblos indígenas operó de manera continua a lo largo de la formación del Estado argentino. La expansión del sistema capitalista, la idea

[1] A partir de 1810 los nombres oficiales del país fueron cambiando: Provincias Unidas del Río de la Plata, Confederación argentina, República Argentina.

[2] En este sentido, dice Zaffaroni: "…la colonización –y muy especialmente la americana… redujo masivamente la población originaria del continente y extinguió muchas etnias, destruyó sus culturas, persiguió sus religiones, sometió a servidumbre a millones de personas, etc. En términos jurídicos contemporáneos se trató de un genocidio. El orden jurídico de los países colonizados tenía por base este hecho. La Independencia de América rompió con ese orden, pero estableció otro que no puede negar su condición de sucesor, en la medida en que no proclame y haga realidad su propia independencia respecto de esos crímenes.

Los sobrevivientes del genocidio nunca fueron reparados, su propiedad originaria nunca fue devuelta. Pero el genocidio es imprescriptible, y esto no puede entenderse sólo limitado a la materia penal, sino también a la civil. No puede alegarse prescripción, porque eso importaría la contradicción flagrante –o mejor, la aberración intolerable- de que un genocidio, por el simple paso del tiempo, se convierta en fuente legitimante del derecho". En SALGADO, J., y GOMEZ, M., *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino*, Ed. Observatorio de Derechos Humanos de pueblos indígenas y IWGIA, Neuquén, 2010. Pág. 10.

Para una explicación más detallada de los argumentos del autor, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal", en AAVV, *Derechos ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009. Pp. 99-121.

Al igual que Zaffaroni, distintos autores y autoras toman la definición de la Convención de la ONU para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio como herramienta para abordar el proceso de sometimiento estatal de los pueblos indígenas. Para Juan Manuel Salgado y María Gómez, no se trata de una apreciación extra-legal, sino de un enfoque estrictamente jurídico ya que la Convención lo define como un delito preexistente y su caracterización coincide con las acciones realizadas antes y después de la independencia de la Corona Española. Ver: Investigadores como Diana Lenton, Walter Delrio, Pilar Pérez, Alexis Papazian, Mariano Nagy, Marcelo Musante, entre otros. Ver: BAYER, O. (coord.), *Historia de la crueldad argentina, Julio A. Roca y el genocidio de los Pueblos Originarios*, Ed. El Tugurio, Buenos Aires, 2010; AA.VV. "Huellas de un genocidio silenciado" en *Revista Conceptos*, vol. 90, Buenos Aires, 2015; DELRIO, W., *Memorias de Expropiación. Sometimiento e incorporación indígena en la Patagonia (1872-1943)*, Ed. Universidad de Quilmes, Buenos Aires, 2005; BRIONES, C., y DELRIO, W., "La "Conquista del Desierto" desde perspectivas hegemónicas y subalternas" en *Runa, archivo para las ciencias del hombre*, vol. XXVII, 2007.

de progreso, modernización y el nacionalismo fueron las bases para consolidar el nuevo Estado. En este contexto la existencia de los pueblos indígenas era considerada por las elites oligárquicas como un obstáculo al proyecto modernizador que deseaba implementarse tras la independencia. No solo porque ocupaban amplias extensiones de territorio, a las que consideraban desiertas, sino porque representaban el pasado, lo pre-moderno, "la barbarie" según la célebre frase de Sarmiento. Esta concepción dominó el pensamiento de la época frente a otros planteamientos que proponían reivindicar lo autóctono.

Con relación a los pueblos indígenas, dos aspectos atraviesan la construcción del Estado nacional. En primer lugar, la necesidad de las elites que gobernaban de colonizar el territorio ocupado por los pueblos indígenas para expandir lo que llamaban "fronteras interiores". Ello implicó la guerra y el exterminio de los pueblos indígenas *libres* que aún habitaban grandes extensiones del territorio. En segundo lugar, la necesidad de crear en la población un sentido de pertenencia a un mismo proyecto nacional, un sentido común de nación. Con el transcurso del tiempo este sentimiento de unidad, de pasado común, estaría constituido principalmente por la reivindicación de los orígenes europeos de la población y la negación de la diferencia cultural de los pueblos indígenas. Para lograrlo, se desarrolló una tarea civilizatoria, pedagógica, tendiente a disolver las prácticas culturales indígenas para integrarlos a la vida nacional.

El ejercicio de la violencia y la pedagogía no siempre fueron sucesivas sino que coexistieron, los gobiernos recurrieron a distintas estrategias según las necesidades del momento. Ambas tenían en común el objetivo de homogeneizar a la población, y por ende, borrar todo rastro de diferencia, en especial, la presencia indígena considerada inferior. Como Rita Segato[3] advierte el Estado argentino, a través de sus agencias, fue una verdadera máquina de aplanar las diferencias, con una extrema e insuperable eficacia.

El proyecto modernizador no podría ser entendido sin considerar su relación con los legados coloniales y las diferencias raciales introducidas durante la época colonial, en particular con los pueblos indígenas. Para introducir este capítulo, se presentan algunos lineamientos teóricos desarrollados por autores y autoras latinoamericanas que ayudan a comprender la profundidad de los acontecimientos y pensamientos que marcaron la constitución del Estado argentino y que se actualizan en el presente.

Por otra parte, en la construcción del Estado argentino también las mujeres estuvieron excluidas de la participación formal. Desde la teoría feminista y los movimientos de mujeres se ha puesto en evidencia su exclusión y se ha señalado cómo el Derecho ha contribuido para legitimarla. Las autoras feministas han problematizado el principio de igualdad en el que se asienta el ordenamiento jurídico y le han otorgado distintos significados para modificar la discriminación que viven las mujeres.

---

[3] SEGATO, R., "Alteridades históricas/identidades políticas: una crítica a las certezas del pluralismo global" en SEGATO, R., *La Nación y sus Otros. Raza, etnicidad y diversidad… Op. Cit.* Pp. 37-70.

En el capítulo se estudia cómo durante la formación del Estado argentino tanto la presencia de los pueblos indígenas como la participación de las mujeres fue excluida. En este aspecto el Derecho, a través de diferentes mecanismos, ha desarrollado un importante papel. Las propuestas teóricas de autores y autoras *decoloniales* ayudan a comprender cómo la violencia constitutiva de la modernidad y la introducción de la ficción "raza" operaron en el proceso de formación del Estado argentino. Por su parte, pensadoras feministas estudian con profundidad los efectos que la exclusión de las mujeres ha tenido en el ámbito político. Ambos ejes son fundamentales para comprender la situación de las mujeres indígenas y de sus derechos en la actualidad.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. La cara oculta de la Modernidad: la colonización constitutiva de la modernidad.

El surgimiento de los Estados latinoamericanos respondió a una realidad histórica marcada por la experiencia colonial y las nuevas relaciones de poder que se configuraron a partir del Descubrimiento/Invasión[4] del continente. Para comprender la formación del Estado argentino deben tratarse los efectos de las nuevas relaciones de dominio y explotación impuestas a partir de 1492 con la Conquista de América.

La conquista y colonización de América produjeron un cambio en el patrón de poder mundial[5] que dio inicio a una nueva etapa histórica. Frente a la idea extendida que data el comienzo de la modernidad en los siglos XVII y XVIII, Enrique Dussel desarrolla la tesis que su constitución se inicia con el Descubrimiento/Invasión de América. Este hecho histórico fue fundamental tanto en el aspecto económico como en la constitución de la subjetividad europea y en la ubicación de Europa como centro del *sistema-mundo*.

Dussel cuestiona la idea tradicional de la modernidad caracterizada como un fenómeno intra-europeo[6], fruto de su propia racionalidad, que luego se expande o se "exporta" al resto del mundo. Recurre al concepto *sistema-mund*o, propuesto por Wallerstein[7], para explicar la modernidad como un proceso mundial que surge a causa del conjunto de redes y circuitos comerciales establecidos a partir de 1492. Allí se crearon las condiciones histórí-

[4] Para Dussel el proceso histórico iniciado en 1492 puede nombrarse como Descubrimiento o Invasión según quien realiza el enunciado. Desde la perspectiva europea se trataba de un "descubrimiento" puesto que no se conocía sobre la existencia del continente, mientras que desde la perspectiva de los pueblos que sufrieron la llegada de los conquistadores se trató de una verdadera invasión, causante de más de 60 millones de muertes. Consulta: DUSSEL, E., *1492. El encubrimiento del otro: hacia el origen del "mito de la modernidad"*, Ed. Plural Editores, Centro de información para el desarrollo, Bolivia, 1994. Pág. 23.

[5] El fenómeno del poder es caracterizado por Quijano como un tipo de relación social constituido por la presencia permanente de tres elementos: dominación, explotación y conflicto, que afecta a las cuatro áreas básicas de la existencia social y que es resultado y expresión de la disputa por el control de ellas: el trabajo, el sexo, la autoridad colectiva y la subjetividad/intersubjetividad. QUIJANO, A., "Colonialidad del poder y clasificación social" en *Journal of world-systems research*, vol. 2, summer/fall 2000. Pp. 342-386.

[6] Sostenida por la mayoría de la filosofía occidental, como Hegel, Habermas, Lyotard. Ver: HABERMAS, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Ed. Taurus, Madrid, 1989.

[7] WALLERSTEIN, I., *El Moderno sistema mundial*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1979.

cas y geográficas para la mundialización del capitalismo una vez que el mar Mediterráneo fue reemplazado por el Océano Atlántico, lo que permitió que Europa adquiriera centralidad.

Para el autor existen dos modernidades[8]. En la modernidad temprana se constituye una primera forma de subjetividad, a la que describe como el *yo conquistador* que se forma frente al "otro" americano (indios, negros y mestizos) en una relación excluyente de dominio. Este *yo conquistador* constituye el antecedente del *ego cogito* de la segunda modernidad. En virtud de lo cual, Santiago Castro-Gómez[9], advierte que la subjetividad moderna no es solamente la subjetividad burguesa, como lo ha señalado la teoría social desde el siglo XIX, sino que en las colonias hispánicas se generó una subjetividad relacionada con el imaginario aristocrático de la blancura, en la *distinción étnica frente al otro*. Esta subjetividad, desde el siglo XVI, formaba parte de la modernidad y coexistió con el nacimiento de la burguesía europea.

Para Dussel con la expansión de Portugal y España, Europa logra colocarse en el centro de la Historia Mundial. Al convertirse en *centro* de la historia mundial constituye por primera vez a las demás culturas como su *periferia*. Ello tiene impacto en la constitución de la subjetividad moderna ya que con la conquista y colonización, estos países son los primeros en tener la originaria experiencia de constituir al *Otro* como dominado bajo el control del conquistador. Dice:

> La modernidad temprana se constituye desde una afirmación eurocéntrica de lo occidental y desde una negación excluyente de dos modos históricos de la Exterioridad: la Alteridad del originario habitante americano, el indio y del negro africano. Esta Alteridad pasa desde una completa Exterioridad, anterior a la conquista o al proceso de la esclavitud, hacia una subsunción opresiva creciente en América, que niega todo reconocimiento a la dignidad del Otro, por medio de una violencia sanguinaria inhumana inaudita, origen mismo del proceso de la Modernidad, como la cara oculta de la Exterioridad del sistema, desconocida también por la filosofía moderna y contemporánea.[10]

Con ello explica que la colonización, con su violencia inaudita, es constitutiva de la modernidad[11]. Si bien esta fue gestándose en ciudades medievales europeas, tuvo la posibilidad de nacer cuando Europa pudo confrontarse con el "Otro" y controlarlo, vencerlo y violentarlo. Para Dussel el "el Otro no fue 'des-cubierto' como Otro, sino que fue 'encubierto' como 'lo Mismo' que Europa ya era desde siempre"[12]. La Conquista niega la alte-

[8] La primera, a la que denomina temprana, se inicia en 1492 y ocupa todo el siglo XVI. Italia, Portugal y España son las protagonistas. La segunda, posibilitada por la primera, corresponde a los siglos XVII y XVIII, absorbe de las experiencias y descubrimientos avances técnicos del siglo XV, es liderada por Inglaterra y Holanda.

[9] CASTRO-GÓMEZ, S., *La Hybris del Punto Cero. Ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada 1750-1816)*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005. Pág. 73.

[10] DUSSEL, E., *Política de la liberación. Historia mundial y crítica*, Ed. Trotta, Madrid, 2007. Pág. 186.

[11] Esta tesis también es sostenida y desarrollada extensamente por Eduard Said con concepto de *Orientalismo*.

[12] DUSSEL, E., *1492: el encubrimiento del otro… Op. Cit.* Pág. 8.

ridad del "Otro", lo subsume como lo mismo, "es negado como Otro y es obligado… alienado a incorporarse a la Totalidad dominadora como cosa, como instrumento, como oprimido, como 'encomendado', como 'asalariado' (en las futuras haciendas), o como africano esclavo (en los ingenios de azúcar u otros productos tropicales)"[13].

Con esta tesis pone en entredicho la idea dominante de la modernidad solo como un proceso de emancipación, de liberación frente al poder autoritario, de salida de la inmadurez por el esfuerzo de la razón crítica.[14] Para Dussel esta concepción emancipadora encubre el contenido secundario y negativo de la Modernidad, crea el "mito de la modernidad" y justifica una praxis irracional de violencia.

El autor[15] describe al mito de la modernidad bajo una serie de premisas. En primer lugar, la civilización moderna, eurocentrada, se auto-comprende como la más desarrollada, la superior. Lo que crea la exigencia moral de desarrollar a quienes aún no se encuentran en ese estadio, los menos desarrollados, los primitivos, los barbaros. El camino que debe recorrerse para alcanzar ese proceso de desarrollo es el que ya ha seguido la civilización moderna, la más desarrollada. Pero como el primitivo se opone al proceso civilizatorio, se puede ejercer contra él una acción pedagógica o la violencia necesaria para destruir los obstáculos que impiden la modernización. Si bien la dominación produce víctimas, se trata de un acto casi-ritual de sacrificio, donde ellas son las culpables por oponerse al proceso de civilizatorio. La modernización no solo es inocente de la violencia ejercida sino que, a través del sacrificio, genera un bien para las culturas dominadas puesto que les permitirá su emancipación, su desarrollo, su progreso.

Para Dussel este acto irracional de violencia, oculto, es la contradicción misma de la Modernidad. Por ello existen dos paradigmas que conviven: la Modernidad eurocéntrica, y la Modernidad subsumida en un horizonte mundial, donde el primero cumplió una función ambigua. Por una parte, como emancipación; y, por otra, como mítica cultura de la violencia. El continente americano entra en esa modernidad como "la otra cara", oculta, dominada, explorada.[16] Así, mientras que la modernidad eurocentrica tiene un núcleo racional fuer-

---

[13] DUSSEL, E., *1492: el encubrimiento del otro… Op. Cit.* Pág. 41.

[14] Otros autores como Boaventura Sousa Santos, Michael Hard y Antonio Negri realizan un tratamiento similar de la modernidad. Para Michael Hardt y Antonio Negri la modernidad no es la linealidad de la racionalidad occidental, sino la historia de una revolución permanente e incompleta. Un desarrollo contradictorio entre dos fuerzas alternativas que se mantienen en punga. Por un lado, las fuerzas inmanentes del deseo, la asociación, el amor a la comunidad y la emancipación frente a todo destino trascendental de la actividad humana. Por el otro, las fuerzas de la autoridad que impone y hace cumplir un orden dentro del campo social, que propone un poder trascendente constituido contra un poder inmanente constitutivo. Esta es la fuerza que se impone y triunfa en la modernidad, aunque la primera permanezca latente. Ver: HARDT, M. y NEGRI, A., *Imperio*, Ed. Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 2002. Pág. 77 y ss.

[15] Ver: DUSSEL, E., *1492 El encubrimiento…Op. Cit.*; DUSSEL, E., "Europa, modernidad y eurocentrismo" en LANDER, E. (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas,* Ed. CLACSO, Buenos Aires y Caracas, 2000. Pp. 41-53.

[16] En este sentido Boaventura Sousa Santos realiza un tratamiento similar. Para el autor el pensamiento occidental moderno es un pensamiento abismal que se caracteriza crear un sistema de distinciones visibles e invi-

te hacia dentro, como salida de un estado de inmadurez regional, provinciana; hacia fuera esa modernidad, se trata de un proceso irracional, que justifica la praxis de la violencia como medida de "civilización".

Con los aportes de estos autores se puede advertir que la Conquista de América no solo implica el comienzo de un nuevo tipo de dominación económica, política y militar, sino que influye en la constitución de la subjetividad moderna. Además, consolida una base epistémica que legitimó el dominio colonial europeo. Frente a la promesa de emancipación y racionalidad que proclama la modernidad, también le es constitutiva el ejercicio de la violencia irracional hacia quienes rechazan o suponen un obstáculo para este proyecto civilizador. Ante lo cual, Nelson Maldonado Torres, explica que el "descubrimiento" y la conquista de América fue un evento histórico con implicaciones metafísicas, ontológicas y epistémicas.

Así, la modernidad se trata de un fenómeno planetario que se constituye en base a relaciones asimétricas de poder entre Europa y sus otros, que son subalternizados tanto en sus prácticas como subjetividades. Con la modernidad se impone un nueva matriz de poder, llamada *colonialidad*, que producirá una nueva clasificación de la población mundial y la afectará en todos los ámbitos de su vida. Anibal Quijano, junto a otros autores y autoras, ha estudiado con profundidad este aspecto, tanto su constitución como actualización con el correr de los años.[17]

---

sibles. Lo que está "del otro lado de la línea" se excluye totalmente, desaparece como realidad y se convierte como no existente. Pero lo visible se fundamenta, se apoya, en lo invisible. Así, mientras que en un lado de la línea, en las sociedades metropolitanas, la tensión de la modernidad se da como regulación/emancipación. En los territorios colonizados la tensión moderna se traduce en apropiación/violencia. Lo que marca la distinción entre ambas líneas es el uso (o no) de la violencia para la gestión de los conflictos.

Para Santos los territorios coloniales desaparecen como realidad, son no existentes, y no fueron pensables como lugares para el desarrollo del paradigma regulación/emancipación, sin que ello comprometiera el paradigma de la universalidad de la modernidad. Para el autor tanto el conocimiento moderno como el derecho moderno son las manifestaciones más consumadas del pensamiento abismal. Ver: SANTOS, B., "La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental" en *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentir común en el derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2009. Pp. 29-51; SANTOS, B. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ed. Tricle, Montevideo, 2010.

[17] Las reflexiones de Enrique Dussel, junto con las de otros autores y autoras como Walter Mignolo, María Lugones, Santiago Castro-Gómez, Ramón Grosfoguel, Arturo Escobar, Edgardo Lander, Catherine Walsh, Anibal Quijano, Rita Segato, entre otros, se enmarcan dentro de la propuesta *decolonial*. Desde esta perspectiva se han desarrollado categorías analíticas propias, algunas se presentan en distintos apartados, para estudiar en profundad las relaciones de dominio y explotación que surgieron a partir de la Conquista.

Forman parte del Programa de investigación Modernidad/Colonialidad, un grupo de investigadores e investigadoras con una perspectiva de pensamiento crítico que surge durante los años noventa. Se proponen configurar otro espacio para la producción de conocimiento, desde la reflexión continuada de la realidad cultural y política de Latinoamérica. Para una introducción sobre el pensamiento decolonial, consultar: ESCOBAR, A., "Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación de modernidad/colonialidad" en ESCOBAR, A., *Más allá del Tercer Mundo. Globalización y Diferencia*, Ed. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2005; CASTRO-GÓMEZ, S. y GROSFOGUEL, R., (eds.) *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2007; LANDER, E. (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales... Op. Cit.*;

2.2. La colonialidad del poder, del saber y del ser: racialización de la población

Para Anibal Quijano este nuevo universo de relaciones materiales y subjetivas que surge con la constitución de América establece un nuevo patrón de dominación, al que denomina *colonialidad*. Ella "se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular de dicho patrón de poder y opera en cada uno de los planos, ámbitos y dimensiones, materiales y subjetivas de la existencia social cotidiana y a escala societal"[18].

A partir de la Conquista las diferencias entre conquistadores y conquistados serán codificadas en términos de "raza" y constituirá el criterio fundamental para la distribución de la población en posiciones, lugares y roles sociales. La consideración de que "por naturaleza" existen razas superiores y razas inferiores, será una de las ideas fundamentales en virtud de la cual la Corona española consolidó su poder en América Latina y sirvió como legitimación científica del poder colonial europeo. Amparándose en una supuesta diferencia biológica se ubicará a unas personas en una situación de natural inferioridad con respecto de otras. Si bien la idea de raza se venía gestando durante las guerras de reconquista en la península ibérica, para Quijano, es con la formación del sistema-mundo en el siglo XVI que se convierte en la base epistémica del poder colonial. Esta idea fue el elemento fundante de las relaciones de dominación que la conquista impuso y se consolidará en los siglos XVII y XIX.

MIGNOLO, W., "Postoccidentalismo: El argumento desde América Latina" en *Cuadernos Americanos 67*, 1998.

Por su parte, los estudios postcoloniales también realizan una mirada crítica hacia el universalismo etnocéntrico de Occidente y sobre sus efectos colonizadores. Los distintos análisis surgen en 1980 para estudiar el colonialismo inglés y francés y los procesos de descolonización ocurridos tras la Segunda Guerra Mundial. Las distintas aportaciones ofrecen una mirada crítica hacia la modernidad en su conjunto, permiten analizarla desde distintas localizaciones y experiencias lo que cuestiona las narrativas eurocéntricas. En su origen se podría situar la obra de Edward Said, *Orientalismo*, en 1978. También la creación de los Estudios de la Subalternidad por Ranajit Guha permitió un mayor desarrollo de esta corriente. Las aportaciones de Spivak y Mohanty serán fundamentales (que se analizan más adelante).

Aunque los estudios postcoloniales tienen puntos de encuentros con el pensamiento decolonial, también presentan algunas diferencias. Entre lo común está la postura anticolonial, la crítica al universalismo occidental y a los relatos hegemónicos sobre la modernidad. Sobre todo la mirada evolucionista de la historia y la epistemología sobre la que se asienta. Por su parte, una de las diferencias más importantes sería el ámbito temporal sobre el cual versa sus análisis y las consecuencias que a ello le asigna. Los estudios decoloniales centran su análisis en el colonialismo portugués y español que comenzó en el siglo XVI hasta XIX. Consideran que experiencia colonial comienza en 1942, toman las experiencias de resistencia del continente americano ante la injusticia de la colonización y realizan una crítica sistémica/epistémica. Para profundizar sobre las diferencias, ver: CURIEL, O. "Construyendo metodologías feministas desde el feminismo decolonial" en AA.VV. *Otras formas de (re)conocer*, Ed. Universidad del País Vasco, Simref, Bilbao, 2014. Pp. 45-60; MIGNOLO, W., "La razón postcolonial. Herencias coloniales y teorías postcoloniales" en *Revista chilena de Literatura*, núm. 47, 1995 Pp. 91-114.

[18] QUIJANO, A., *Colonialidad del poder y clasificación social… Op. Cit*. Pág. 342.

Walter Mignolo[19] distingue la colonialidad en tres ejes: poder, saber y ser. En los últimos años, se ha incorporado un cuatro eje que es la colonialidad de la madre naturaleza y de la vida misma. El primero, la *colonialidad del poder*, introdujo la categoría "raza" como patrón universal de clasificación y dominación de la población. A partir de entonces, sostiene Quijano, se fueron configurando nuevas identidades sociales: *indios, negros, aceitunados, mestizos, blancos* y las geoculturales del colonialismo como *América, África, Lejano Oriente, Cercano Oriente, Occidente* o *Europa*.

Por su parte, las experiencias del colonialismo y la colonialidad[20], fundidas con las necesidades del capitalismo, fueron configurando un nuevo universo de relaciones intersubjetivas de dominación bajo la hegemonía eurocentrada. A ello, se llama la *colonialidad de saber*, ya que el nuevo patrón de poder concentró su hegemonía en el control de la subjetividad, la cultura y en especial en la producción del conocimiento.

A partir del siglo XVII se fue consolidando una manera de producir conocimiento para dar respuesta a las necesidades cognitivas que la expansión del capitalismo imponía en los centros hegemónicos del poder. El conocimiento, de allí surgido, fue impuesto como la única racionalidad válida y emblema de la modernidad. Para Quijano el *eurocentrismo* se constituye por mucho tiempo como la forma hegemónica de control de la subjetividad.

Como consecuencia de ello las sociedades colonizadas sufrieron la destrucción de sus estructuras sociales, la población fue despojada de sus saberes y de sus medio de expresión. En aquellos lugares donde no fueron destruidas completamente se impuso la hegemonía de la perspectiva eurocéntrica en las relaciones intersubjetivas con los dominados. Sus conocimientos fueron situados en una posición natural de inferioridad, puesto que se consideraban razas inferiores capaces de producir solo culturas inferiores. Ello significaría el despojo de su lugar en la historia de la producción cultural de la humanidad. Luego de la

---

[19] MIGNOLO, W., *Historias locales /diseños globales: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*, Ed. Akal, Madrid, 2003; MIGNOLO, W., "Herencias coloniales y teorías postcoloniales" en GONZÁLES STEPHAN, B. *Cultura y tercer mundo: cambios en el saber académico*, Nueva Sociedad, Caracas, 1996. Pp.99-136.

[20] La *colonialidad* debe distinguirse del colonialismo, al que define como "una estructura de dominación/explotación donde el control de la autoridad política, de los recursos de producción y del trabajo de una población determinada lo detenta otra de diferente identidad y cuyas sedes centrales están además en otra jurisdicción". Aunque distintos, ambos conceptos se relacionan ya que la colonialidad fue engendrada dentro del colonialismo europeo. Si bien el colonialismo de orden político explicito fue destruido, la colonialidad es, para estos autores, el modo más general y extenso de dominación del mundo actual. QUIJANO, A., *Colonialidad del poder y clasificación social… Op. Cit.* Pág. 381.

En este sentido, dice Maldonado Torres "Así, pues, aunque el colonialismo precede a la colonialidad, la colonialidad sobrevive al colonialismo. La misma se mantiene viva en manuales de aprendizaje, en el criterio para el buen trabajo académico, en la cultura, el sentido común, en la auto-imagen de los pueblos, en las aspiraciones de los sujetos, y en tantos otros aspectos de nuestra experiencia moderna. En un sentido, respiramos la colonialidad en la modernidad cotidianamente." MALDONADO TORRES, N., "Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto" en CASTRO-GÓMEZ, S. y GROSFOGUEL, R., (coord.) *El giro decolonial… Op. Cit.* Pág. 131.

conquista, la población que vivía en un continente sumamente diverso en grupos culturales fue reducida a una sola categoría: la de indios.

Además, se obligó a los pueblos colonizados a aprender la cultura de los dominadores, tanto la lengua, la religión, etc. Ello implicó, a largo plazo, la colonización de "las perspectivas cognitivas, de los modos de producir u otorgar sentido a los resultados de la experiencia material o intersubjetiva, del imaginario, del universo de relaciones intersubjetivas del mundo, de la cultura en suma"[21].

Otra de las consecuencias fue la imposición de una nueva perspectiva temporal de la Historia, donde las historias y culturas de los pueblos colonizados fueron colocadas en el pasado de una trayectoria histórica cuya culminación era Europa. Sin embargo, como indica Quijano, no fueron ubicados en una misma línea de continuidad con la historia europea sino en una categoría diferente. No solo eran razas inferiores, sino también anteriores temporalmente a Europa. Ello fue posible en virtud de uno de los elementos nucleares del eurocentrismo: el evolucionismo. Es decir, la idea de que la historia de la civilización humana es una trayectoria que parte de un estado de naturaleza y culmina en la civilización europea u occidental. Ello origina una perspectiva de cambio unilineal y unidireccional de la historia de la humanidad. Además, supone una reubicación en el tiempo histórico, donde los pueblos colonizados son colocados en el pasado, siempre primitivos.

Al hablar de eurocentrismo no se hace referencia a toda la historia del conocimiento en Europa, ni en Europa Occidental. Si no a una específica racionalidad que se hace mundialmente hegemónica, colonizando e imponiéndose a los demás saberes concretos, tanto de Europa como del resto del mundo. El eurocentrismo no es la perspectiva cognitiva de los europeos exclusivamente, o de quienes dominan el capitalismo mundial, sino del conjunto de educados bajo su hegemonía. Por lo que la colonialidad no solo está presente en las relaciones internacionales sino también en las relaciones internas de los Estados.

El tercer eje es la *colonialidad del ser*, en virtud del cual se ejerce la inferiorización, la subalternización y deshumanización de parte de la población. Para Catherine Walsh[22] es a partir de la racionalidad moderna que se considera a los pueblos indígenas como bárbaros, no-modernos y no-civilizados, y los pueblos y comunidades negras como no existentes o, en el mejor de los casos, extensión de los indígenas.

Nelson Maldonado realiza un desarrollo más profundo de la colonialidad de ser, y dice, que ella responde a "la necesidad de aclarar la pregunta sobre los efectos de la colonialidad en la experiencia vivida, y no sólo en la mente de sujetos subalternos"[23]. Explica

[21]QUIJANO, A., "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina" en LANDER, E. (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales… Op. Cit.* Pág. 246.
[22] WALSH, C., "Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de redundar el Estado" en *Tabula Rosa*, núm. 9, julio-diciembre, Colombia, 2008. Pp. 133-152.
[23] MALDONADO TORRES, N., "Sobre la colonialidad del ser… *Op. Cit.* Pág. 131.

que mientras la colonialidad del *poder* se refiere a la interrelación entre formas modernas de explotación y dominación; la colonialidad del *saber* al rol que la epistemología y la producción del conocimiento tienen en la reproducción de regímenes de pensamiento coloniales; la colonialidad del *ser* se refiere, entonces, a la experiencia vivida de la colonización y su impacto en el lenguaje.

Este aspecto también fue tratado por Franz Fanón, al señalar que el sistema de dominación capitalista, colonial/racista, opera al mismo tiempo en el plano psicológico y económico. Al estudiar los efectos psicológicos que en la colonización genera, advierte que el *complejo de inferioridad* de la población colonizada se produce tras un doble proceso. En primer lugar económico y, en segundo, por la interiorización *o epidermización* de tal inferioridad. Afirma que todo pueblo colonizado se posiciona frente al lenguaje de la nación civilizadora, es decir, de la cultura metropolitana. La persona colonizada deberá hacer suyo los valores culturales de los colonizadores para escapar de la inferiorización impuesta. Afirma "será más blanco en la medida en que haya rechazado su negrura"[24].

Un último eje, propuesto por Catherine Walsh a partir de los desarrollos anteriores, es la *colonialidad de la madre naturaleza y la vida misma*. Diversos autores y autoras[25] realizan un análisis más profundo de la relación entre la naturaleza y la colonización partiendo de un contexto específico que es la mirada de los pueblos indígenas y afroamericanos de América del Sur. Se cuestiona la división binaria entre naturaleza y sociedad donde predomina una lógica de dominio de lo humano sobre la naturaleza. Se propone incorporar las prácticas y filosofías de vida indígenas y afroamericanas que tienen en cuenta las relaciones ancestrales entre mundos humanos y espirituales.

La colonialidad, entre otras consecuencias, permitió consolidar una concepción de la humanidad según la cual la población del mundo se diferenciaba en inferiores y superiores, irracionales y racionales, primitivos y civilizados, tradicionales y modernos. La invención de la "raza" explica las relaciones de superioridad e inferioridad establecidas a través de la dominación[26]. Pero no se trata de una cuestión biológica sino de poder. La racialización de las relaciones de poder fue lo que permitió legitimar las relaciones de dominación

[24] FANÓN, F., *Piel negra, mascaras blancas*, Ed. Akal, Madrid, 2009. Pág. 50.

[25] Autores como Edgardo Lander, Arturo Ecobar, Caterine Walsh trabajan en profundidad estas cuestiones. Consultar: WALSH, C., *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Ed. Abya Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009. Pág. 168 y ss.

[26] Como advierte Nelson Maldonado Torres, el significado de "raza" fue cambiando a través de los siglos. No tuvo el mismo significado en el siglo XVI que en el siglo XIX, cuando se produjo una categoría biológica de raza. Sin embargo, señala que puede existir una semejanza entre el racismo del siglo XIX y la actitud de los colonizadores con respecto a la idea de los grados de humanidad de las personas que habitaban los territorios colonizados. Dice "de algún modo, puede decirse que el racismo científico y la idea misma de raza fueron las expresiones explícitas de una actitud más general y difundida sobre la humanidad de sujetos colonizados y esclavizados en las Américas y en África, a finales del siglo XV y en el siglo XVI. Yo sugeriría que lo que nació entonces fue algo más sutil, pero a la vez más penetrante que lo que transpira a primera instancia en el concepto de raza: se trata de una actitud caracterizada por una sospecha permanente." MALDONADO TORRES, N., "Sobre la colonialidad del ser… *Op. Cit.* Pág. 133.

impuestas por la conquista. El nuevo patrón de poder es material y subjetivo. Es decir, que sus efectos operan tanto a nivel subjetivo como en todos los ámbitos de la existencia material de los pueblos sometidos.

Como consecuencia de la introducción de la categoría "raza" las diferencias fenotípicas serán usadas y definidas como la expresión externa de las diferencias "raciales". El "color de piel" será la marca racial más significativa entre los dominantes/superiores de un lado, y el conjunto de los dominados/inferiores del otro lado. Sin embargo, la categoría "raza" no opera de forma homogénea entre todas las personas, sino que "la escalera de gradación entre el 'blanco' de la 'raza blanca' y cada uno de los otros 'colores' de la piel, fue asumida como una gradación entre lo superior y lo inferior en la clasificación social 'racial'." [27]

En este sentido, Rita Segato[28] entiende la ficción de la "raza" como un signo, como la marca de una historia de dominación colonial que continúa presente hasta nuestros días. No está solamente relacionada con lo étnico/racial, como cuestión que incide únicamente en lo indígena o afroamericano, sino que permea a toda la población latinoamericana marcada por el mestizaje. Para la autora "el signo racial en el cuerpo mestizo es nada más y nada menos que indicio de que se estuvo en una determinada posición en la historia y de que se pertenece a un paisaje: un signo corporal leído como trazo, resto y huella"[29].

Por lo tanto, la raza se trata de un fenómeno cognitivo, que constituye una pista en dirección a quién se fue, y a quién, por lo tanto se es. Para Segato lo que hoy se percibe como no-blancura "es siempre resultado de la identificación de un trazo que la lectura contemporánea de los cuerpos vincula a los pueblos vencidos, aunque más no sea por habitar el mismo paisaje de su otrora derrota bélica en el proceso de la conquista"[30].

Por ello, la lectura racial habla de las marcas de origen inscriptas en los cuerpos de los sujetos a partir de los eventos ocurridos en su espacio y tiempo. De esta lectura dependerá su inclusión o exclusión en el ambiente social "en que se realiza la operación de racialización, como cálculo clasificatorio y jerárquico"[31]. La comprensión del fenómeno racial debe realizarse desde una perspectiva compleja y teniendo en cuenta las relaciones de poder originadas en la constitución del sistema colonial moderno.

En este sentido, Quijano advierte que la colonialidad no solo se refiere a la categoría de raza sino también de género y clase. Con la Conquista y colonización de América, en el

---

[27] QUIJANO, A., "Colonialidad del poder y clasificación social… *Op. Cit.* Pág. 375.
[28] SEGATO, R., "Los cauces profundos de la raza latinoamericana: una relectura del mestizaje" en SEGATO, R., *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos. Y una antropología por demanda*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2013.
[29] *Ibíd.* Pág. 224.
[30] *Ibíd.* Pág. 230.
[31] *Ibíd.* Pág. 225.

capitalismo mundial, las personas serían clasificadas según el trabajo, raza y género. Estas categorías no están separadas sino que operan de manera conjunta. Sirin Abldi Sibai, al definir la colonialidad, explica que existen diferentes cadenas de poder que operan en distintos niveles de generalidad. Dice la autora:

> La colonialidad, desde este punto de vista, se concibe como múltiples aparatos de poder variados y variables, que funcionan en múltiples niveles diferentes y se hayan interconectados entre sí, retroalimentándose mutuamente, pero sin determinaciones últimas necesarias de un nivel sobre otro. Es decir, no hay super estructuras que *a priori* determinen las infraestructuras, ni viceversa; sino que son relaciones de determinación mutua que varían en relación a cada contexto socio-político o histórico concreto.[32]

Así, por ejemplo, con la articulación de la categoría raza y trabajo se produjo la racialización en la división del trabajo. En virtud de la cual, las poblaciones indígenas y negras durante mucho tiempo quedaron excluidas del acceso al salario. Como puntualiza Quijano, el vasto exterminio de indígenas de las primeras décadas no fue causado principalmente por la violencia de la conquista, ni por las enfermedades transmitidas, sino por el trabajo forzado hasta la muerte. En cambio, las poblaciones mestizas gradualmente fueron incorporándose y desarrollando trabajos a los que en un principio solo podía acceder la población española. Aunque el trabajo asalariado se concentraba en mayor parte en la población blanca, masculina.

Mientras que para Quijano la colonialidad opera tanto en las relaciones de dominación y explotación, tanto internas como externas, hay autores y autoras que proponen la noción de *colonialismo interno* para explicar la continuidad de las relaciones de dominio en el interior de los Estados. Para Pablo González Casanovas[33] los Estados de origen colonial e imperialista y sus clases dominantes rehacen y conservan las relaciones coloniales con las minorías y las etnias colonizadas que se encuentran en el interior de sus fronteras. El colonialismo opera de las formas internacionales clásicas pero también al interior de los Estados colonizados, que tras las guerras de independencia mantienen con las poblaciones nativas las mismas o parecidas relaciones de explotación de los antiguos colonizadores. A ello hay que añadirles las empresas y regiones transnacionales que se articulan para realizar expropiaciones y despojos de territorios y recursos.

Estas herramientas teóricas, brevemente presentadas, explican el origen de las nuevas relaciones de dominio y explotación instauradas a partir de 1492. En el siguiente apartado se analiza cómo estas nuevas relaciones operaron en la creación de los Estados lati-

---

[32] ADLBI SIBAI, S., *La cárcel del feminismo. Hacia un pensamiento islámico decolonial*, Ed. Akal, España, 2017. Pág. 22.

[33] GÓNZALEZ CASANOVA, P., "Colonialismo Interno (una redefinición)" en *Revista Rebeldía*, núm. 12, Octubre, 2003; RIVERA CUSICANQUI, S., *Violencias (re) encubiertas*, Ed. Piedra Rota, La Paz, 2010; SOUSA SANTOS, B. y GRIJALVA, A., (Eds.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Ed. Abya Yala, Quito, Ecuador, 2012.

noamericanos, en especial el argentino, y en relación con los pueblos indígenas que habitaban dentro de las nuevas fronteras estatales.

3. LA FORMACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO: LA NACIÓN COMO PROYECTO HOMOGENEIZADOR

La construcción de los Estados latinoamericanos no puede ser entendida sin considerar la relación constitutiva de la colonización con la modernidad. Los legados coloniales y las diferencias étnico-raciales introducidas por el nuevo patrón de poder (moderno y colonial) marcaron desde un principio la existencia del Estado argentino.

La modernización del país, anhelada por las elites gobernantes, implicó y justificó el ejercicio de la violencia hacia quienes eran considerados como un obstáculo para tal proyecto. Además, se desarrolló una labor pedagógica tendiente disciplinarlos para adaptarlos a la vida civilizada y a homogeneizar a la población, a través del sentimiento de pertenecer a una misma y única Nación.

La política que siguió el Estado argentino frente a los pueblos indígenas fue sistemática y continúa en el tiempo, pese a que ciertos hechos históricos marcaron momentos culmines. Como advierten Claudia Briones y Walter Delrio el Estado "partió de promover un ejercicio sistemático, material y conceptual, de des-indianización y des-tribalización, buscando concretar a posteriori del período de conquista militar la imagen de un "desierto" necesitado de pioneros europeos"[34].

Por su parte, al analizar la situación de Argentina, debe considerarse la heterogeneidad que existe en su interior. Las políticas nacionales no han tenido, ni tienen los mismos efectos en las distintas provincias. Como advierte Briones[35], no es sencillo hablar de todo el país cuando las prácticas y discursos hegemónicos no impactan de manera perfecta e igualitaria en las distintas provincias. Advierte la autora que existen estilos locales propios de construcción de hegemonía por lo que en las provincias existen diferencias en las formaciones de alteridad. Es decir, en cómo han sido tratados y pensados los pueblos indígenas que viven en el interior de las mismas. Pese a ello, entiende a los Estados como puntos de condensación que revelan cierta regularidad debido a operaciones que han sido normalizadas a través de distintos dispositivos y se encuentran sedimentadas en el sentido común de la población argentina.

[34] BRIONES, C. y DELRIO, W., "La "Conquista del Desierto" desde perspectivas hegemónicas y subalternas" en *Runa, archivo para las ciencias del hombre*, vol. XXVII, 2007. Pág. 24.
[35] BRIONES, C. (Comp.), *Cartografías argentinas: políticas indígenas y formaciones provinciales de alteridad*, Ed. Antropofagia, Buenos Aires, 2005. Pp. 9-40.

3.1. De la Revolución de Mayo a la constitución del Estado oligárquico: política de exterminio

El periodo de formación del Estado argentino inicia en 1810, luego de la Revolución de Mayo, tiene su hito en 1853 con la sanción de la Constitución Nacional y se consolida hacia finales del siglo XIX. Si bien se trató de un proceso complejo, marcado por las disidencias entre las provincias, aquí el análisis se centra en las políticas desarrolladas por los gobiernos nacionales hacia los pueblos indígenas.

Luego de los procesos de independencia liderados por las elites criollas, los nacientes Estados latinoamericanos atravesaron un largo y dificultoso camino para lograr la "consolidación nacional". En Argentina ello estuvo marcado por una multiplicidad de factores: el intento de mantener la misma extensión territorial del Virreinato del Rio de la Plata y los consecuentes enfrentamientos que ello generaba; la existencia de proyectos nacionales divergentes expresado en el largo enfrentamiento entre unitarios y federales; las batallas libradas contra los pueblos indígenas que constituían una "frontera interior" dentro del territorio; la presencia del colonialismo español e inglés, etc.

Pese a la heterogeneidad de factores que atravesaron el proceso de creación del Estado, interesa hacer hincapié en dos aspectos que mantienen continuidad durante la historia argentina y que repercuten especialmente en los pueblos indígenas. Uno es la conexión que existe entre la consolidación del Estado y el proceso de homogeneización cultural de la población que habitaba el territorio del país. El otro, la idea de forjar y consolidar a la "Nación argentina" se presenta como un proyecto indispensable para afianzar las instituciones estatales y lograr "la paz interior".

Rita Segato advierte que en Argentina la sociedad nacional fue el resultado del "terror étnico", del pánico de la diversidad, por lo que la vigilancia cultural (no solo étnica) pasó por mecanismos institucionales, oficiales, desde la escuela hasta la prohibición de las lenguas indígenas donde todavía se hablaban. Además de las estrategias informales de vigilancia, como la burla del acento a los extranjeros, la vigilancia para no "hablar mal", que se entrecruzaron en toda la sociedad. A diferencia de otros países, donde la idea de nación se forjó a partir del mestizaje o la diversidad, en Argentina la nación se constituyó como la gran antagonista de las minorías. Para la autora el papel del Estado argentino y sus agencias fue el de una verdadera "máquina de aplanar diferencias de extrema e insuperable eficacia". Señala:

> Todas las personas étnicamente marcadas, sea por la pertenencia a una etnia derrotada (los indios y los africanos) o a un pueblo inmigrante (italianos, judíos, españoles, polacos, rusos, sirios y libaneses, alemanes, ingleses o tantos más) fueron convocadas o

> presionadas para desplazarse de sus categorías de origen para, solamente entonces, poder ejercer confortablemente la ciudadanía plena.[36]

Para lograr este objetivo era necesario conseguir el control sobre la totalidad del territorio considerado argentino y su libre disposición para expandir el proyecto económico de las elites criollas. El cumplimiento de ambos objetivos, a lo largo del siglo XIX, fue clave para forjar el Estado nacional. En este sentido, Claudia Briones y Walter Delrio señalan que tanto la argentinización como extranjerización fueron dispositivos que primero operaron simbólicamente y recién con el tiempo se inscribirían materialmente. Por ello, hablan de las acciones tendientes a *territorializar el Estado*[37].

Los autores señalan cómo las versiones hegemónicas de los orígenes de la argentinidad se narran a partir de un territorio que desde un pasado remoto se concibe como "argentino". Este territorio se inscribe dentro de los límites del Virreinato del Rio de la Plata y es pensado como la herencia recibida por los criollos que en 1810 gestaron la Revolución de Mayo. Ante ello no solo se buscó conservar los territorios virreinales sino también ampliarlos como parte inherente de la nueva república. Dicen Briones y Delrio:

> De ahí las lamentaciones (y guerras) por la pérdida de algunas provincias del virreinato como el Alto Perú, la Banda Oriental, la gobernación de Asunción y los recurrentes y extendidos en el tiempo conflictos limítrofes con Chile. Más aún, tierras indígenas nunca incorporadas al control español efectivo también fueron vistas como parte de esa herencia colonial. Frente a este panorama, lo relevante aquí es que los sucesivos bloques hegemónicos que buscaron imponerse durante distintas coyunturas políticas se posicionaron ante los extensos territorios por entonces considerados "tierra de indios" como necesitados de un acto de recuperación más que de expansión.[38]

Sin embargo, luego de la independencia, la situación de los pueblos indígenas en el territorio era heterogénea. Existían *pueblos libres*, como los tehuelches, araucanos, charruas, chiringuanos y atacamas, que mantenían su autonomía, autoridades propias, formas de subsistencia originaria y control territorial. Otros, ya habían sido sometidos durante la época colonial y se encontraban en proceso de mestizaje con el resto de la población. En virtud de estas diferencias la relación entre el incipiente Estado y los pueblos indígenas era distinta. Mientras que con los ya "domesticados", "amansados" se desarrollaban políticas de "civilización" para la integración a la cultura nacional, con otros, los que resistían a la dominación, las relaciones variaban entre la firma de tratados y/o la declaración de guerra.

En estas relaciones el Derecho jugó un rol fundamental; a partir de la independencia se promulgaron variadas disposiciones, reglamentos, leyes, decretos tendientes a regular la situación de los pueblos indígenas. Una de las primeras disposiciones de la Junta de Go-

---

[36] SEGATO, R., "Alteridades históricas/identidades políticas… *Op. Cit.* Pág. 17.
[37] BRIONES, C. y DELRIO, W., "La "Conquista del Desierto"… *Op. Cit.* Pág. 30 y ss.
[38] *Ibíd.* Pág. 31.

bierno, luego de la Revolución de Mayo en junio de 1810, fue declarar la igualdad jurídica de los oficiales indígenas y los oficiales españoles. Así lo disponía Mariano Moreno:

> En lo sucesivo no debe haber diferencia entre el militar español y el indio: **ambos son iguales y siempre debieron serlo**, porque desde los principios del descubrimiento de estas Américas quisieron los Reyes Católicos que sus habitantes gozasen de los mismos privilegios que los vasallos de Castilla.[39] (Resaltado propio)

En 1811 la Junta Grande emitió una orden que disponía que cada intendencia debía designar un representante indígena, con igual carácter y representación que los demás los diputados, para la participación del Congreso Constituyente que se celebraría años posteriores. En el mismo año la Junta sancionó un decreto por el cual se suspendía el tributo que pagaban los indios a la corona de España. La Asamblea de 1813 confirmó la suspensión del tributo y extinguió la mita, la encomienda, el yanaconazgo y todo servicio personal, declarando que los indígenas eran hombres libres e iguales a todos los demás ciudadanos. Disponía:

> Siendo la voluntad de esta Soberna corporación el que del mismo modo que les haya y tenga a **los mencionados indios de todas las Provincias Unidas por hombres perfectamente libres, y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos** que las pueblan, debiendo imprimirse y publicarse este Soberano decreto en todos los pueblos de las mencionadas provincias, traduciéndose al efecto fielmente en los idiomas guaraní, quechua y aymará, para la común inteligencia.[40] (Resaltado propio)

Sin embargo, el reconocimiento formal de la igualdad solo estaba dirigido hacia los pueblos indígenas ya sometidos. Los demás, todavía en resistencia, recibieron otro trato por parte de los líderes revolucionarios.

Durante el período de organización constitucional, tanto los gobiernos nacionales como provinciales celebraron tratados con caciques de los pueblos indígenas para regular distintas cuestiones: cooperar en la defensa de las fronteras interiores, autorizar el comercio entre cristianos e indígenas, ofrecer protección, posibilitar la entrada de misiones religiosas, la construcción de caminos, etc. En varios de los acuerdos los caciques se comprometían a cooperar con el gobierno nacional en la defensa de las fronteras, hacer la guerra a las tribus enemigas y se sometían a la autoridad del gobierno nacional. A cambio el gobierno ofrecía protección, alimentación, la propiedad de las tierras que estimara conveniente y elementos de trabajo, tales como arado, semillas y animales. Sin embargo, las autoridades indígenas denunciaban constantemente el incumplimiento de los tratados por parte de las autoridades argentinas.

---

[39] Comando General del Ejército, *Política seguida con el aborigen (1750-1819)*, Ed. Dirección de Estudios Históricos, Tomo I, Buenos Aires, 1973. Pág. 542.

[40] Asamblea del Año XIII, Sanción Decreto de 1811 de supresión del tributo indígena, 12 de marzo de 1813. Disponible en Argentina Histórica: http://www.argentinahistorica.com.ar/. Fecha de consulta: 24/05/2017.

Por su parte, durante 1810 y 1828 se realizaron distintas acciones, entre militares y pacíficas, para afianzar y fijar las fronteras interiores. Con el transcurso de los años y en la medida que la frágil institucionalidad del país comenzaba a afianzarse, la necesidad de expansión de las fronteras se hacía más evidente. A pesar de la firma de tratados, la tensión iba en aumento y durante las siguientes décadas los gobiernos argentinos libraron verdaderas batallas dirigidas a dominar a los pueblos y a apropiarse de sus territorios.

En 1823 en el intento de expandir la frontera de Buenos Aires hacia el sur y, tras la resistencia de los pueblos tehuelches y ranqueles, el gobernador de Buenos Aires, Martín Rodríguez, declaraba:

> La experiencia de todo lo hecho nos enseña el medio de manejarse con estos hombres; **ella nos guía el convencimiento que la guerra con ellos debe llevarse hasta su exterminio…**. Veríamos, también con dolor, que los pueblos civilizados no podrán jamás sacar ningún partido de ellos ni por la cultura, ni por ninguna razón favorable a su prosperidad. En la guerra se presenta el único, bajo el principio de desechar toda idea de urbanidad y **considerarlos como a enemigos que es preciso destruir y exterminar**[41](Resaltado propio)

El aumento de la violencia contra los pueblos indígenas llegaría a su punto máximo en los próximos años donde los gobiernos nacionales cometieron un verdadero exterminio. Frente al avance del Estado, los pueblos indígenas desarrollaban distintas formas de resistencia y se enfrentaban al ejército argentino. En este contexto de gran inestabilidad interna, tanto territorial como política, para las elites criollas la unión del país se lograría a partir de la consolidación de las instituciones estatales. No podría existir espacio donde el Estado no tuviera jurisdicción y llevara su proyecto de modernización y civilización. Las acciones para *territorializar el Estado* llevó a ejercer campañas militares de mayor contundencia en los territorios indígenas libres del dominio estatal, en especial el Chaco y la Patagonia.

La acción militar del gobierno tenía como objetivo, además de controlar los territorios indígenas, expandir un modelo económico que asegurara la riqueza privada. En 1876, previo a una batalla contra los pueblos indígenas, Alsina, por ese entonces ministro de Guerra, expresaba ante sus tropas los objetivos de su misión:

> La misión que el gobierno os ha confiado es grande -**asegurar la riqueza privada, que constituye al mismo tiempo, la riqueza pública**- vengar tanta afrenta, como hemos recibido del salvaje –abrir ancho campo al desarrollo de la única industria nacional con que hoy contamos- salvar las poblaciones cristianas de la matanza y del pillaje del bárbaro- en una palabra **combatir por la civilización**. [42] (Resaltado propio)

Frente a la resistencia de los pueblos indígenas a la imposición de un modelo civilizatorio ajeno, la violencia y el exterminio fue la vía elegida por el gobierno nacional para

[41] MARTINEZ SARASOLA, C., *Nuestros paisanos los indios*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 1992. Pág. 195.
[42] *Ibíd.* Pág. 270.

fundir la nacionalidad argentina y consolidar el Estado nacional. Así lo proclamaba el general Julio Argentino Roca:

> **Sellaremos con sangre y fundiremos con el sable, de una vez y para siempre, esta nacionalidad argentina**, que tiene que formarse, como las pirámides de Egipto y el poder de los imperios, a costa de la sangre y el sudor de muchas generaciones[43](Resaltado propio)

Como justificación de la expansión de las fronteras y ocupación de territorio indígena afirmaba:

> Hasta nuestro propio decoro como **pueblo viril** a someter cuanto antes, por la razón o por la fuerza, a un puñado de salvajes que destruyen nuestra principal riqueza y nos impiden ocupar definitivamente, **en nombre de la ley del progreso** y de nuestra propia seguridad, los territorios más ricos y fértiles de la República[44](Resaltado propio)

Con estos antecedentes se inicia la "Conquista del Desierto" (1879- 1885) destinada a extender las fronteras hacia el sur, eliminar a los pueblos indígenas que resisten y desintegrar sus culturas. La "limpieza" del territorio, ya sea a través del exterminio o confinamiento de las poblaciones hacía territorios más alejados, era necesaria para la consolidación de la Nación. En 1885, el general Vintter informaba:

> En el Sud de la República **no existen ya dentro de sus territorios fronteras humillantes impuestas a la civilización** por las chuzas del salvaje. Ha concluido para siempre en esta parte, la guerra secular que contra el indio tuvo su principio en las inmediaciones de esa Capital el año de 1535[45] (Resaltado propio)

Finalizada la "Conquista del Desierto" se consumaría el despojo de sus tierras, la división de sus territorios, el reparto de los mismos entre la oligarquía, la transformación económica y el reemplazo de la población indígena por colonos que comenzarían a poner en marcha el proyecto civilizatorio planeado por los gobiernos nacionales.

El reparto de las tierras fue principalmente destinado a quienes habían financiado la empresa militar y eran poseedores de certificados de deuda pública emitida por el gobierno. En segundo lugar, a los militares que habían participado de la Conquista y a quienes las adquirieron por remate público. Solo una parte ínfima de territorio sería para los indígenas que habían prestado cierta colaboración con la compaña de despojo.[46] A los y los indígenas

---

[43] PIGNA, F., *Los mitos de la historia argentina 2*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2005. Pág. 312.

[44] Mensaje y proyecto del señor Ministro de Guerra y Marina, General Julio A. Roca, sobre la traslación del a frontera sur de los ríos Negros y Neuquén al Honorable Congreso de la Nación, Buenos Aires, 14 de agosto de 1878. Disponible en: http://www.el-historiador.com.ar/documentos/documentos.php#_ftn8. Fecha de consulta: 25/05/2017.

[45] WALTHER, J., *La conquista del desierto*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1970. Pág. 536.

[46] La Ley de Remate Público del 3 de diciembre de 1882 otorgó 5.473.033 de hectáreas a unos pocos compradores a través del fraude a la ley dando origen al sistema latifundista como forma de posesión de la tierra. Luego, la Ley 1552, adjudicó 820.305 hectáreas a 150 propietarios. La Ley de Premios Militares, de 5 de septiembre de 1885, tenía como objetivo "premiar con tierras públicas a los que habían contribuido a su conquista y segundo, arraigar población mediante la propiedad". En virtud la misma se entregaron a 541 oficiales

que resistieron les tocaría la prisión, el confinamiento en colonias que tenían como objetivo la conversión al catolicismo y la incorporación forzada a nuevos hábitos y formas de vida, el traslado a lugares alejados para trabajar en las haciendas o como servidumbre de las familias de Buenos Aires, etc.

Tras la "Conquista del Desierto" la actividad estatal no fue unilineal con relación al destino que tendrían los pueblos indígenas derrotados. Las políticas de confinamiento duraron por más de una década luego que fuera oficialmente finalizada la actividad militar al sur del país. Distintos estudios[47] señalan los destinos ulteriores que tuvieron los pueblos indígenas, que varían entre matanzas, deportaciones masivas, traslados, encierro, apropiación de los niños y niñas indígenas, etc. Alexis Papazian[48], en base al análisis de archivos oficiales, demuestra cómo la Isla Martín García fue utilizada como un campo de concentración que funcionó antes, durante y después de la Campaña del Desierto.

Sin embargo, la actividad expansiva del Estado no había finalizado aún, durante las próximos años las regiones del norte, especialmente el Chaco, sería objeto de expediciones y continuas guerras contra las poblaciones indígenas aún no sometidas. En la región del Chaco la Revolución de Mayo de 1810 no había alterado demasiado la vida de las comunidades indígenas que seguían viviendo en *territorios libres*. Durante las siguientes décadas se realizaron distintas expediciones pero las condiciones climáticas y geográficas dificultaban en gran medida el acceso de los colonizadores.

Fue a partir de la segunda mitad del siglo XIX cuando comenzó la actividad militar en el norte de país. Durante los años 1862 y 1899 murieron por la actividad estatal cerca de 1.000 indígenas en el Chaco. Se mantenía, ahora hacia el norte, la misma política de "limpieza" del territorio, ya sea exterminando a las poblaciones indígenas o confinándolas a lugares más remotos. El informe del Coronel Manuel Obligado al Ministerio del Interior, explicaba los objetivos de las acciones:

---

superiores del Ejército Argentino 4.679.510 hectáreas en las actuales provincias de La Pampa, Río Negro, Neuquén, Chubut y Tierra del Fuego. Finalmente en 1887 una Ley especial del Congreso de la Nación premió al general Roca con otras 15.000 hectáreas. A los caciques de la zona Namuncurá, Pichihuinca, Trapailaf y Sayhueque les fueron asignadas 24 leguas en total (aproximadamente 11.587 hectáreas).
El historiador Felipe Pigna, concluye "si hacemos números, tendremos este balance: La llamada "conquista del desierto" sirvió para que entre 1876 y 1903, es decir, en 27 años, el Estado regalase o vendiese por moneditas 41.787.023 hectáreas a 1.843 terratenientes vinculados estrechamente por lazos económicos y/o familiares a los diferentes gobiernos que se sucedieron en aquel período." Consultar: PIGNA, F., *Los mitos de la historia argentina... Op. Cit.* Pp. 317-321.

[47] MASES, E., *Estado y cuestión indígena. El destino final de los indios sometidos en el sur del territorio (1878-1910)*, Ed. Prometeo libros/ Entrepasados, Buenos Aires, 2002; ESCOLAR, D., *Los Dones Étnicos de la Nación. Identidades huarpe y modos de producción de soberanía en Argentina*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2007; OLIVERA, M. y BRIONES, C., "Proceso y estructura: Transformaciones asociadas al régimen de 'reserva de tierras' en una Agrupación mapuche" en *Cuadernos de Historia Regional*, núm. IV (10), Buenos Aires, 1987; VIÑAS, D., *Indios, Ejército y Frontera*, Ed. Santiago Arcos Editor, Buenos Aires, 2003.

[48] NAGY, M. y PAPAZIAN, A., "El campo de concentración de Martín García. Entre el control estatal dentro de la isla y las prácticas de distribución de indígenas (1871-1886)" en *Corpus*, vol. 1, núm. 2, 2011. Disponible en: www.corpusarchivos.revues.org/1176. Fecha de consulta: 25/05/2017.

> Y no los **hemos de traer a la vida civilizada** sino cumpliendo nuestras promesas, o de lo contrario, **habrá que proceder franca y enérgicamente a su exterminio,** pues para que estos territorios se pueblen rápidamente necesitamos pasarlos con toda tranquilidad y ofrecer a sus pobladores completa garantía.[49] (Resaltado propio)

Así, como resultado de la actividad estatal durante el siglo XIX fueron exterminados en los *territorios libres* de la Pampa, Patagonia y Chaco aproximadamente 12.335 indígenas araucanos, vorogas, ranqueles, tehuelches, mocovies, abipones y tobas. Estas cifras solo considera a los muertos en combate, por lo que excluye a las muertes en prisión y/o por heridas. Además, es el estimado mínimo que surge de la documentación oficial asentada en partes de guerras, correspondencias o informes al Parlamento. Teniendo en cuenta estas cifras Carlos Martínez Sarasola estima que se trataba de un 14% de la población indígena que vivía en esos territorios.

Durante el siglo XIX fruto de las actividades tendientes a territorializar el Estado, tanto operaciones militares como campañas de colonización, morirían 20.000 indígenas de forma violenta. Para esta época prácticamente ya no quedarían pueblos indígenas libres, salvo algunas regiones del Chaco y del Litoral que todavía no han sido conquistadas pero si "rodeadas". Recién a mitad del siglo XX se logrará un control estatal total en los territorios habitados por los pueblos indígenas.

Como reflejan los discursos de los generales el uso de la violencia y el extermino era justificado ante la resistencia de los pueblos indígenas a aceptar el proyecto civilizatorio que se proponías las elites. La modernización era concebida como un proyecto emancipatorio, que implicaba la salida de un estado de barbarie, por lo que se encontraban justificados los eventuales sufrimientos que puedan padecer "los salvajes" durante ese proceso.

Como explica Dussel con la Conquista el Otro, es negado como *otro* y es obligado a incorporarse a la totalidad dominadora, como cosa, como instrumento, como oprimido. Luego de esta conquista, la colonización opera como un proceso de "modernización", de civilización del otro, para *alienarlo* como *lo mismo*. Así, en Argentina, tras el ejercicio de la violencia, a través del exterminio, comienza una praxis pedagógica, cultural, política y económica de dominio sobre los dominados. Comienza la colonización en todos los ámbitos de la vida cotidiana de las comunidades indígenas tendiente adaptarlas e integrarlas a la vida nacional. Sin embargo, el ejercicio de la violencia no fue abandonado totalmente, sino que se recurrirá al mismo cuando sea necesario.

Así, durante el siglo XX se desarrollará una intensa actividad tendiente a "civilizar" a los pueblos indígenas para adaptarlos a las labores que exigen la expansión de la economía. La incorporación a los trabajos en los ingenios azucareros y plantaciones de algodón se realiza en condiciones de sobreexplotación y esclavitud. Además, de la proliferación de políticas tendientes a erradicar aquellas prácticas culturales consideradas contrarias a la

[49] MARTINEZ SARASOLA, C., *Nuestros paisanos… Op. Cit.* Pág. 302.

vida civilizada. Francisco Ortiz, Ministro de Relaciones Exteriores, luego de las Compañas del Desierto, expresaba esta política con gran claridad:

> Este es el problema a resolver**: si rechazaos a esos indios, si los asesinamos, si los mantenemos en guerra perpetua; o si se hacen los sacrificios necesarios para amansarlos, domesticarlos, civilizarlos** gradualmente, para que se incorporen a nuestra civilización, haciendo de ellos hombres útiles en lugar de salteadores, de asesinos.[50] (Resaltado propio)

Para cumplir este objetivo el papel de las misiones religiosas, existentes desde la Conquista, fue destacado y ambiguo. Si bien denunciaban las terribles condiciones que vivían las poblaciones indígenas, fruto de los trabajos en las haciendas o por el contacto con los ejércitos, también afianzaban el proceso de aculturación. Las poblaciones indígenas eran forzadas a abandonar aquellas prácticas culturales que se consideraban "salvajes", (prácticamente la mayoría), y eran instruidas en las labores que requerían la nueva economía regional.

Briones y Delrio[51] apuntan que las misiones estatales y religiosas fueron concretadas solo en territorios del norte el país, donde las nuevas industrias requerían concentración de mano de obra y los indígenas se pensaban más primitivos al ser cazadores y recolectores. En la Pampa y en la Patagonia no se concretaron misiones duraderas, salvo en Tierra del Fuego. Igualmente la norte del país fue trasladada gran parte de la población sometida en el sur como fuerza de trabajo.

El exterminio a grandes poblaciones indígenas no solo respondía a la necesidad de extender las fronteras interiores del país sino también a homogeneizar la población para facilitar la consolidación de la "paz interior". Luego, de acuerdo a las necesidades de la producción, fueron incorporados como mano de obra barata para trabajar en los ingenios de azúcar al norte del país.

3.2. De las repúblicas oligárquicas a los gobiernos populares: la pedagogía

Luego de la sanción de la Constitución de 1853, los gobiernos nacionales representaron los intereses de las oligarquías propietarias de las grandes extensiones territoriales despojadas a los pueblos indígenas. Los Estados en Latinoamérica fueron calificados como *oligárquicos*, puesto que los gobiernos eran liderados por la oligarquía y la elección de sus autoridades era principalmente a través del fraude electoral. En Argentina los sectores populares estuvieron excluidos de la participación política hasta 1912 cuando por la Ley de Saenz Peña se aprobó el "voto universal"[52], que facultaba a los varones mayores de edad a votar.

---

[50] CARRASCO, M., *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina,* Ed. IWGIA, Buenos Aires, 2000. Pág. 29.
[51] BRIONES, C. y DELRIO, W., "La "Conquista del Desierto"… *Op. Cit.* Pág. 35.
[52] Las mujeres recién adquirirían ese derecho en 1949.

Con la presidencia de Hipólito Yrigoyen en 1916, primera elección presidencial fruto de la implementación del "voto universal", se produce un cambio histórico que permite la lenta incorporación a la vida política de sectores sociales antes excluidos. Este proceso alcanzará otra ampliación años posteriores con el surgimiento del peronismo, que marcará el destino político del país durante las siguientes décadas.

Estos gobiernos, caracterizados como *populares*, generaron cambios en la relación con los pueblos indígenas al comenzar a desarrollar con mayor intensidad políticas de tutela y de protección. Si bien existió cierto interés en tratar la "cuestión indígena" para mejorar las condiciones de vida de las poblaciones originarias, la actividad estatal respondía a la misma política de homogeneización cultural e incorporación forzada a la vida de la Nación. En estos años se intensificaría la política de "pedagogía" hacia los pueblos indígenas.

Con el gobierno de Yrigoyen se comienza a discutir la necesidad de la *reparación cultural* hacia los pueblos indígenas y a poner énfasis en la necesidad de protección frente a la explotación que se vivían en los trabajos en las haciendas. En 1927, cuando se discutía en el Parlamento un proyecto de Código de Trabajo, el diputado Pedro Bidegain señalaba:

> Nuestros indios continúan siendo explotados por empresarios sin escrúpulos que aprovechan su trabajo sin darles otra paga que la de unos cuantos litros de alcohol, cuyos estragos señala la estadística, cuando denuncia cifras pavorosas de tuberculosis en las pocas tribus que van quedando.
>
> En el Norte del país, por otra parte, las mujeres indias constituyen la principal mercancía de la trata de blancas, llegando la impudicia hasta organizar remates públicos, durante los cuales son vendidas al mejor postor. De esta suerte, las enfermedades venéreas se unen a la tuberculosis, diezmando día a día las poblaciones indígenas.[53]

Si bien se produce un cambio de política, ahora destinada a la protección y tutela de la población indígena, continúan destinadas a su civilización e integración a la vida del país. Así lo expresa el discurso del diputado Carlos Montagna, en 1939, al presentar un proyecto ante la Cámara de Diputados para la formación de una Comisión Nacional de Protección al Indígena. El proyecto proponía la defensa de las comunidades indígenas y el traslado a Colonias, donde recibirían una fuerte tutela por parte del Estado hasta que se consideraran aptas para la incorporación en la vida "civilizada":

> Y no sólo debemos considerar el problema del indio por razones de humanidad y de orden moral superior, sino porque **son seres fácilmente adaptables a nuestra civilización, útiles en el trabajo y de gran rendimiento** cuando se les orienta, se les encauza, se los guía en sus primeros pasos de adaptación, hasta por sí solos poder independizarse, como ha acontecido en las colonias sostenidas por la Comisión Honoraria de Reducciones de Indios.[54] (Resaltado propio)

[53] MARTINEZ SARASOLA, C., *Nuestros paisanos… Op. Cit.* Pág. 398.
[54] *Ibíd.* Pág. 402.

El establecimiento de Colonias, se presentaba como un instrumento útil donde serán confinados para imponer la sedentarización, introducir nuevas pautas culturales y reclutarlos forzosamente para el trabajo en las haciendas. Así lo relataban los documentos oficiales de la época:

> Por lo que hemos tenido ocasión de presenciar e inspeccionar, el Régimen de Colonias es el más práctico y eficiente para **la adaptación del indio al tipo de vida social del hombre moderno.**
>
> En ellas, el indio protegido económicamente y orientado moral y espiritualmente, trabaja en paz y **ha cambiado su tipo de patrimonio cultural**, ha modificado su 'standard' de vida materia y de 'confort', **abandona sus viejos conceptos espirituales, ritos y supersticiones** en lo que tienen de antisociales o de inadaptación a la colectividad nacional argentina **y aprende a valorar la costumbre de la previsión económica**. Ha visto en ellas al indio vestir mejor, comer mejor e iniciarse en el ritmo del sueño del hombre blanco, así como en la práctica del ahorro y adoptar nuestras modalidades sociales.[55] (Resaltado propio)

Luego de considerarlos aptos para la vida nacional, en ciertas ocasiones hasta se les tomaba juramento "de argentinidad". Así lo relata el informe del doctor Ramón Pardal que había evaluado las actividades de la Comisión Honoraria de Reducciones de Indios, creada en 1916, sobre el funcionamiento de las Colonias creadas en el norte del país:

> Por conversaciones que en la Facultad de Medicina había tenido con el Dr. Domínguez, sabía que constituía para él una vieja aspiración **tomar a los indios juramentos de argentinidad.** El acto constituyó una tocante ceremonia de un alto significativo político social. Para comprender su alcance, hay que recordar hasta hace pocos años muchos caciques que con sus tribus besaron hoy la bandera argentina, en otros tiempos hicieron famosos sus nombres al combatir con el ejército que llevase esa insignia.
>
> La interesante ceremonia tuvo lugar en la calle central de la colonia… Los indios se alinearon en largas filas; una par los hombres, otra para las mujeres y otras para los niños, y fueron desfilando ante el grupo de los caciques en cuyo centro, un indio del sur de raza arauco-pampa, nieto del famoso cacique Pincen, de la Pampa, sostenía la bandera de guerra de la Nación y ante ella desfilaron uno a uno besándola.[56] (Resaltado propio)

Por su parte, durante la presidencia de Perón se desarrollaron políticas dirigidas hacia los pueblos indígenas. Para Morita Carrasco[57] los dos gobiernos peronistas marcaron un cambio de actitud hacia la cuestión indígena, ya que importaron la incorporación masiva de sectores populares a la vida política del país. En el caso de los pueblos indígenas se entregaron documentos de identidad actualizados a fin que pudieran ser incorporados a la masa electoral.

---

[55] MARTINEZ SARASOLA, C., *Nuestros paisanos… Op. Cit.* Pág. 338.
[56] *Ibíd.* Pág. 406.
[57] CARRASCO, M., *Los derechos de los pueblos indígenas… Op. Cit.* Pág. 30.

Igualmente, a través de la Ley 14.254/53 se crearon nueve Colonias Granjas "de adaptación y educación a la población aborigen en las provincias de Salta, Jujuy, Presidente Perón y territorios de Formosa y Neuquén". Durante los planes quinquenales se preveía la implementación de programas de colonización de tierras fiscales, donde se adjudicarían tierras a los indígenas. En el Segundo Plan Quinquenal, que comprendía de 1953 a 1975, aprobado por la Ley 14.184, establece que "la población indígena será protegida por la acción directa del Estado mediante la incorporación progresiva de la misma al ritmo y nivel de vida general de la Nación".[58]

En 1958 se crea la Dirección de Asuntos indígenas a través del Decreto 5.463/58, dependiente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Entre las funciones se destacan:

a. Atraer a los aborígenes nómades a las organizaciones de carácter cultural, social y económico que a los fines del presente decreto se funden, procurándoles trabajo remunerado, alimentación y vestuario, creándoles un fondo de estimulo y ahorro y asegurándoles educación y capacitación técnica.

b. Orientar y disciplinar la actividad de los indígenas que hubieran alcanzado un mayor grado de adaptación, posibilitando su arraigo definitivo a la tierra y su adiestramiento en los métodos modernos de trabajo.

c. Fomentar el ahorro y el cooperativismo, como asimismo desarrollar las artes y manufacturas autóctonas.[59]

Estas políticas tenían como objetivo modificar las prácticas culturales indígenas para integrarlos a la vida de la Nación. El Decreto 3.998 de 1965 dispone la realización de un censo indígena con el fin de:

> …iniciar la ejecución de una política indigenista coherente y continua… **para inducir cualquier proceso de aculturación tendiente a producir mejoras en el desarrollo económico, en las condiciones de sanidad, educación, trabajo,** debe partirse de un conocimiento conceptual de la realidad cultural y de la estructura antroposociológica de las comunidades indígenas.[60] (Resaltado propio)

Si bien este censo no terminó de realizarse, fue el primer intento de conocer la población indígena que habitaba en el territorio. Estas referencias históricas reflejan que a pesar de los cambios de la política hacia los pueblos indígenas durante el transcurso del tiempo, existía una continua política homogeneización, a través de la negación de la diversidad cultural, y de apropiación de sus territorios. En un principio con el exterminio y, lue-

[58] Ley 14.184, Segundo Plan Quinquenal de la Nación, 21 de diciembre de 1952. Publicada en el Boletín Oficial del 30 de enero de 1953, núm. 17.327. Disponible en: https://www.boletinoficial.gob.ar/ Fecha de consulta: 25/05/2017.

[59] Dirección de Información Parlamentaria, *Tratamiento de la Cuestión Indígena* Serie Estudios e Investigaciones núm. 2 Secretaría Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 30 de diciembre de 1991. Pág. 101.

[60] Decreto 3.998/65, 27 de mayo de 1965. Publicado en Boletín Oficial de 3 de junio de 1965. Número 20.708. Disponible en: https://www.boletinoficial.gob.ar/. Fecha de consulta: 25/05/2017.

go, a través de las políticas indigenistas que tenían como objeto civilizarlos, educarlos, para adaptarlos a la vida nacional.

Como advierte Rita Segato desde la propia fundación de la nación argentina, con la Constitución de 1853, se vio dirigida a aplanar las diferencias culturales existentes. Los arquitectos de la nación, una mezcla de políticos, educadores, estrategas e higienistas, elaboraron las políticas tenientes a "educar y sanear" que "fueron los grandes eufemismos del proyecto de limpieza cultural (pero no en todos los casos étnica) que resultó en la homogeneización profunda de sus habitantes en la extensión entera del territorio y especialmente en las fronteras"[61].

Es necesario indagar sobre que entendían por "progreso" "modernización" y "civilización" los líderes que influyeron tanto en el accionar del Estado como en el pensamiento de la época. Las políticas del gobierno nacional respondían a las ideas de pensadores como Sarmiento, Alberdi e Ingenieros que ejercieron gran influencia en el "proyecto de nación" argentina desde la segunda parte del siglo XIX. Pensaban que la nacionalidad argentina, no debía basarse en un pasado autóctono indígena, derrotado y deshonroso, sino en el futuro europeo que traería al territorio nacional los beneficios y aportes de la modernidad.

Las ideas de Alberdi constituyen las bases de la Constitución Nacional de 1853, cuya matriz no ha cambiado hasta la actualidad, aunque fue reformada en 1994. Sarmiento, fue presidente de la República y, sobre todo, gran impulsor de la educación pública. José Ingenieros, representa la crítica hacia la oligarquía conservadora, durante su juventud participa en la creación del Partido Socialista Obrero, es gran exponente del positivismo en Argentina y propulsor de la reforma universitaria de 1918.

3.3. Los pensadores del progreso y la civilización en Argentina

Las propuestas de Juan Bautista Alberdi, principalmente las expresadas en su libro *Bases y Puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, fueron fuente de la Constitución Nacional de 1853. Gran defensor del pensamiento liberal consideraba que el progreso del país se lograría a través de la industrialización y población del territorio con migración proveniente del norte de Europa, en especial Inglaterra, Alemania y Suiza. Admirador de la experiencia estadounidense, pensaba que la prosperidad y civilización solo vendría de Europa. Afirmaba:

> ¿Cómo, en qué forma vendrá en el futuro el espíritu vivificante de la civilización europea a nuestro suelo? Como vino en todas las épocas: Europa nos traerá su espíritu nuevo, sus hábitos de industria, sus prácticas de civilización, en las inmigraciones que nos envíe. Cada europeo que viene a nuestras playas nos trae más civilización en sus hábitos que luego comunica a nuestros habitantes, que muchos libros de filosofía.

[61] SEGATO, R., "Identidades políticas/alteridades históricas… *Op. Cit.* Pág. 17.

> ¿Queremos plantar y aclimatar en América la libertad inglesa, la cultura francesa, la laboriosidad del nombre de Europa y de Estados Unidos? Traigamos pedazos vivos de ellas en las costumbres de sus habitantes y radiquémoslas aquí.[62]

Para Alberdi la nueva Constitución debía responder a las necesidades económicas del país. Consideraba que en el periodo posterior a la Revolución de Mayo los líderes habían puesto énfasis en la seguridad y libertad para mantener la independencia de España. Sin embargo, el nuevo contexto histórico exigía que las leyes, en especial la Constitución, crearan las condiciones necesarias para garantizar el progreso económico del país. Por ello, la Carta magna debía fomentar la industria, la libre navegación de los ríos, la inmigración, la libertad religiosa, suprimir las aduanas, fomentar la inmigración, etc. La nueva política debía:

> …glorificar los triunfos industriales, a ennoblecer el trabajo, a rodear de honor a empresas de colonización, de navegación e industria, a reemplazarlas costumbres de los pueblos, como estímulo moral, la vanagloria militar por el honor al trabajo, el entusiasmo del guerrero por el entusiasmo industrial que distingue a los países libres de la raza inglesa...[63]

Para fortalecer la industrialización la juventud debía ser formada en la vida industrial. La educación debía centrase en las ciencias y artes de aplicación, en conocimientos que pudieran aplicarse de manera material e inmediata. Alberdi, consideraba que el *hombre sudamericano* debía ser formado para vencer "al grande y agobiante enemigo de nuestro progreso: el desierto, el atraso material, la naturaleza bruta y primitiva de nuestro continente."[64] Para ello se debía proseguir con la colonización que había comenzado España y que aún no había sido concluida.

Para Alberdi, América del Sur era un desierto que se encontraba a medio poblar y a medio civilizar. Para suplir esta deficiencia, el fin político de la Constitución debía ser convertirlo en un país poblado. Con su lema "gobernar es poblar" apuntaba a la necesidad de *civilizar* a América Latina con poblaciones de la Europa más adelantada en la libertad e industria. Criticaba a las constituciones latinoamericanas que limitaban la inmigración porque impedían el progreso y bienestar, ya que para el pensador, la población autóctona era *inepta para la industria y para la libertad*.

Su propuesta de fomentar la inmigración europea se vio reflejada en el artículo 25 de la Constitución Nacional, aún vigente, que establece:

> …el Gobierno Federal fomentará la inmigración europea y no podrá restringir, limitar, ni grabar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

---

[62] ALBERDI, J., *Argentina (1852)*, Ed. Linkgua ediciones, Madrid, 2010. Pág. 74.
[63] *Ibíd.* Pág. 178.
[64] *Ibíd.* Pág. 26.

Además, consideraba que toda la legislación, en especial la civil y comercial, debía constituirse como un medio para estimular la población y el desarrollo de la república. Las exigencias de la economía y de la industria debían servir de base para las reformas legales y constitucionales. El crédito privado, "el agente heroico llamado a civilizar este continente desierto"[65], debía ser fomentado ya que el capital permitiría el desarrollo de la industria, la construcción de caminos, de ferrocarriles, etc.

Alberdi estaba firmemente convencido de la unidad de la población argentina por su origen y composición europea. La unidad era entendida en términos de homogeneidad cultural: unidad en el origen español de la población, en las creencias y culto, costumbres y de idioma. Así, señalaba "los americanos de hoy somos europeos que hemos cambiado de maestros: a la iniciativa española ha sucedido la inglesa y francesa. Pero siempre es Europa la obrera de nuestra civilización"[66].

Consideraba que, a diferencia de los primeros periodos de independencia, ya no podía existir rechazo hacia lo europeo, puesto que de allí venía la civilización:

> Todo en la civilización de nuestro suelo es europeo; la América misma es un descubrimiento europeo (....) la poblaron de la gente que hoy la posee que ciertamente no es indígena...
>
> No tenemos una sola ciudad importante que no haya sido fundada por europeos… Todas nuestras ciudades importantes recibieron nombres europeos de sus fundadores extranjeros.
>
> Hoy mismo, bajo la independencia, el indígena no figura ni compone mundo en nuestra sociedad política y civil. Nosotros, los que nos llamamos americanos, no somos otra cosa que europeos nacidos en América. Cráneo, sangre, color, todo es de fuera.
>
> ... ¿Quién conoce caballero que haga alarde de ser indio neto? ¿Quién casaría a su hermana o a su hija con un infanzó de la Araucanía, y no mil veces con un zapatero inglés? En América todo lo que no es europeo es bárbaro; no hay más división que esta: 1º), el indígena, es decir, el salvaje; 2º) el europeo, es decir, nosotros los que hemos nacido en América y hablamos español, los que creemos en Jesucristo y no en Pillán (dios de los indígenas)[67]

Al hablar sobre la necesidad de poblar el interior el país y facilitar la navegación de los ríos, era consciente de que *la maquinaria del progreso* traería el fin de los pueblos que allí vivían:

> La Europa del momento no viene a tirar cañonazos a esclavos. Aspira solo a quemar carbón de piedra en lo alto de los ríos, que hoy solo corren para los peces. Abrid sus puertas de par en par a la entrada majestuosa del mundo…Cuando la campana del vapor haya resonado delante de la virginal y solitaria Asunción, la sombra de Suárez

[65] ALBERDI, J., *Argentina (1852)… Op. Cit*. Pág. 88.
[66] *Ibíd.* Pág. 70.
[67] ALBERDI, J., *Bases y Proyecto de Constitución*, 2 edición, Ed. Valparaíso, Valparaíso, 1928. Pág. 59-60.

> quedará atónita a la presencia de los nuevos misioneros, que visan empresas desconocidas a los Jesuitas del siglo XVIII. Las aves, poseedoras hoy de los encantados bosques, darán un vuelco de espanto; y **el salvaje del Chaco, apoyado en el arco de su flecha, contemplará con tristeza el curso de la formidable máquina que le intima el abandono de aquellas márgenes. Resto infeliz de la cultura primitiva: decid adiós al dominio de vuestros pasados.** La razón despliega hoy sus banderas sagradas en el país que **no protegerá ya con asilo inmerecido la bestialidad de la más noble de las razas.**[68] (Resaltado propio)

Muchas de las propuestas de Alberdi, fueron incorporadas en la Constitución de 1853. La reivindicación del origen europeo de la población, la homogeneidad y la negación de la presencia indígena será una constante a lo largo de la historia. Ello estructuró la idea de nación que se fue forjando a lo largo de los años a medida que la institucionalidad estatal adquiría mayor estabilidad.

Por otra parte, Sarmiento fue un político y pensador argentino que participó activamente en la organización del Estado argentino. Formó parte de la Generación del 37[69] y fue elegido presidente en 1868 mientras ejercía como embajador en Estados Unidos. Al igual que Alberdi fue gran defensor del liberalismo político y económico y admirador la experiencia estadounidense. Se preguntaba:

> …¿en qué se distingue la colonización del Norte de América? **En que los anglosajones no admitieron a las razas indígenas, ni como socios, ni como siervos en su constitución social.**
>
> ¿En qué se distingue la colonización española? En que la hizo un monopolio de su propia raza, que no salía de la edad media al trasladarse a América y que absorbió en su sangre una raza prehistórica servil.
>
> ¿Qué le queda a esta América para seguir los destinos prósperos y libres de la otra?[70] (Resaltado propio)

---

[68] ALBERDI, J., *Bases y Proyecto de Constitución… Op. Cit.* Pág. 85.

[69] Tanto Alberdi como Sarmiento fueron destacados miembros de la Generación del 37, un grupo de intelectuales que se reunían para reflexionar sobre la vida política del país. Se considera como uno de los grupos más destacados de pensadores de la época que ejercieron una notable influencia en los proyectos políticos de los años posteriores. En sus obras y reflexiones tomaban como modelo a seguir los progresos de Europa del norte y Estados Unidos. Mostraban un profundo rechazo lo indígena y lamentaban los orígenes "mestizos" de Argentina.

La Generación del 37 acuña la idea de "desierto" para designar las grandes extensiones geográficas que estaban fuera del control inmediato de los criollos y que se consideraban como propias. Mucho tiempo después, con la Generación del 80, recién podría llevarse a cabo la anexión "del desierto". Como advierten Briones y Deriol la *des-indianización* como política hacía los pueblos indígenas no fue solo un designio metafórico, sino que apuntó a desertificar el territorio que habitaban para convertirlo en "el desierto" necesitado de población europea. Ver. BRIONES, C. y DELRIO, W. "La Conquista…*Op. Cit*. Para un mayor análisis sobre el rol de la Generación del 37 en construcción de la idea de nación, ver: SHUMWAY, N., *La invención de la argentina. Historia de una idea*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2015.

[70] SARMIENTO, D., *Conflicto y armonía de las razas en América (Conclusiones)*, Ed. ediciones de la Facultad de Humanidades y Educación, Caracas, 1983. Pág. 15.

En su obra más conocida, *Facundo o civilización y barbarie*, el pensador expone el conflicto que atravesaba el país por el enfrentamiento entre unitarios y federales. Al momento de su escritura Juan Manuel de Rosas gobernaba Buenos Aires y mantenía un gran enfrentamiento con la oligarquía porteña. Para Sarmiento, el conflicto entre unitarios y federales, no se trataba de una pugna por una forma de gobierno sino de una querella entre lo civilizado de las ciudades y lo bárbaro de las campañas. Se trataba de ser o no ser *salvaje*. A través de la figura de Facundo, un caudillo del interior que lideraba el proyecto federal, Sarmiento señala los males que para él afectaban a la vida política del país.

Con su famosa frase "civilización o barbarie" expone una disyuntiva que estará latente en la construcción del Estado argentino. Para Sarmiento en la ciudad, en especial Buenos Aires donde predominaba lo extranjero, era el centro de la civilización argentina, europea. Mientras que el campo, reflejaba el atraso, la ociosidad y la incapacidad para la industria. La mezcla entre lo español, lo indígena y lo negro había producido *resultados desgraciados* para la república. Según el autor:

> **…mucho debe haber contribuido a producir este resultado desgraciado, la incorporación de indígenas que hizo la colonización.** Las razas americanas viven en la ociosidad y se muestran incapaces, aún por medio de la compulsión para dedicarse a un trabajo duro y seguido. Esto sugirió la idea de introducir negros en América, que tan fatales resultados ha producido.[71] (Resaltado propio)

En cambio, en la ciudad se encontraba todo lo que caracteriza a los pueblos cultos: las artes, las tiendas de comercio, las escuelas, los juzgados, etc.

> …el hombre de la ciudad viste el traje europeo, vive de la vida civilizada, tal como la conocemos en todas partes: allí están las leyes, las ideas de progreso, los medios de instrucción, alguna organización municipal, el gobierno regula, etc. Saliendo del recinto de la ciudad, todo cambia de aspecto; el hombre de campo lleva otro traje, que llamaré americano, por ser común a todos los pueblos; sus hábitos de vida son diversos; sus necesidades, peculiares y limitadas parecen dos sociedades distintas, dos pueblos extraños uno de otro… Todo lo que hay de civilizado en la ciudad, está bloqueado allí, proscrito fuera[72]

También rechazaba el legado español y reivindicaba la *europeificación* de Buenos Aires[73]:

> Buenos Aires se cree una continuación de la Europa, y si no confiesa francamente que es francesa y norteamericana en espíritu y tendencias, niega su origen español… El contacto con los europeos de todas las naciones es mayor aún desde los principios, que

[71] SARMIENTO, D., *Facundo,* Ed. Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1985. Pág. 30.
[72] *Ibíd*. Pág. 34.
[73] En este sentido, es interesante recordar la propuesta de Dussel de modernidad temprana y tardía. La última solo reconocida en el pensamiento actual, que rechaza la experiencia española y portuguesa y la colocan al margen de la modernidad europea. En este mismo sentido, Sarmiento rechaza lo español por considerarlo medieval y toma como modelo de progreso a las sociedades de Europa del Norte y Estados Unidos.

> en ninguna parte del continente hispanoamericano: la *desespañolización* y la *europeificación* se efectúa en diez años de un modo radical, solo en Buenos Aires, se entiende.
>
> No hay más que tomar una lista de vecinos de Buenos Aires, para ver cómo abundan en lo hijos del país los apellidos ingleses, franceses, alemanes, italianos[74]

Para Sarmiento no se trataba de la coexistencia de dos sociedades distintas, sino de proyectos incompatibles, en el cual uno debía triunfar sobre el otro para que el orden, la libertad y las leyes pudieran sobrevivir. Mostraba un profundo rechazo a lo que consideraba bárbaro, compuesto por lo indígena, las poblaciones negras y el gaucho. Porque ello representaba un obstáculo para la organización política de la república:

> Había, antes de 1810, en la República Argentina, dos sociedades distintas, rivales e incompatibles, dos civilizaciones diversas: la una, española, europea, culta, y la otra bárbara, americana, **casi indígena**; y la revolución de las ciudades sólo iba a servir de causa, de móvil, para que estas dos maneras distintas de ser de un pueblo, se pusiesen en presencia una de otra, se acometiesen, y después de largos años de lucha, la una absorbiese a la otra… **El gobierno central, unitario, despótico, del estanciero don Juan Manuel de Rosas, que clava en la culta Buenos Aires, el cuchillo del gaucho y destruye la obra de los siglos, la civilización, las leyes y la libertad**.[75] (Resaltado propio)

Sin embargo, el triunfo que Sarmiento señalaba fue temporal, puesto que con la caída de Rosas y el asesinato a los líderes federales del interior, la oligarquía porteña recuperó el liderazgo de la política nacional e impuso su proyecto de país. Con la pérdida del bando federal en la Batalla de Caseros en 1862, la Constitución de 1853 es reformada para adaptarla a las demandas de la oligarquía porteña. Luego, asumen la presidencia de la República las elites de las oligarquías, representada por Mitre, Sarmiento y Avellaneda. Llegando a su punto más importante la presidencia de Roca, quien se consagra presidente luego de haber liderado las campañas de conquista al sur del país. Estos presidentes, a pesar de sus diferencias, ponen en práctica las ideas de los pensadores antes señalados.

Sarmiento, al igual que Alberdi promueve la inmigración europea, especialmente del norte de Europa. También recomienda y aprueba las campañas militares de colonización para imponer su proyecto civilizatorio. Durante su presidencia comienzan a llegar las grandes migraciones provenientes a Europa y se logra la consolidación del Estado nacional.

Por su parte, hizo especial hincapié en promover sus ideas de progreso a través de la educación oficial, de la cual fue gran promotor. Impulsó la creación de Escuelas normales y desarrolló una importante labor para imponer un modelo educativo tendiente a homogeneizar a la población, inculcar los valores nacionales y aculturalizar a los pueblos indígenas para introducirlos en la vida civilizada. Así señalaba durante su vejez:

---

[74] SARMIENTO, D., *Facundo… Op. Cit.* Pág. 110.
[75] *Ibíd.* Pág. 61.

> **Están mezcladas a nuestro ser como nación, razas indígenas, primitivas, prehistóricas, destituidas de todo rudimento de civilización y gobierno; y sólo la escuela puede llevar al alma el germen que en la edad adulta desenvolverá la vida social; y a introducir esta vacunación, para extirpar la muerte que nos dará la barbarie insumida en nuestras venas, consagró el que eso escribe**, aunque no fuese siempre comprendido el objeto político de su empeño.[76] (Resaltado propio)

Por último, José Ingenieros cuestiona el conservadurismo de las clases gobernantes pero asume las mismas ideas con relación a los pueblos indígenas. En sus escritos trató el tema de la nacionalidad argentina, en un momento histórico diferente al de los anteriores pensadores. A finales del siglo XIX y principios del XX Argentina recibía grandes contingentes de migraciones, especialmente de España e Italia, lo que influía sobre la constitución poblacional y generaba un debate sobre la nacionalidad. El pensador se mostraba satisfecho de la preeminencia de *ciudadanos blancos* entre el ejército, decía:

> …el ejército actual…está compuesto por ciudadanos blancos salvo en pocas regiones todavía muy mestizadas. Asistiendo a un desfile de tropas, creemos mirar un ejército europeo…los soldados saben leer…ningún jefe podría contar ciegamente con ellos para alzarse contra las autoridades civiles o subvertir el orden político. Esa es la más firme expresión de la nueva nacionalidad argentina: en vez de indígenas y gauchos mercenarios, son ciudadanos blancos los que custodian la dignidad de la nación…[77]

Para el autor, la *nueva raza argentina,* blanca y europea, formaría una "sociedad homogénea cuyas costumbres e ideales permiten diferenciarla de otras que coexisten con ella en el tiempo y la limitan en el espacio"[78]. Esta nueva raza, fruto de la inmigración europea, lograría sustituir las razas aborígenes, quienes para él habitaban en el mismo territorio pero no eran nacionales. La sustitución de una raza por otra se daría debido a una especie de selección natural donde las más evolucionadas lograrían sobreponerse a las inferiores. Para el Ingenieros la población hispanoamericana, pronto podrían borrar su estigma de inferioridad, para forjar un futuro, democrático y libre:

> **Una tradición argentina existe: no es la indígena, no es la colonial**…Todos los que sintieron y pensaron la argentinidad hablaron del porvenir. Ningún pensador argentino tuvo los ojos en la espalda ni pronunció la palabra ayer. Todos miraron al frente y repitieron sin descanso: mañana…[79](Resaltado propio)

Imaginaba un futuro territorio argentino donde viviría una raza:

> …compuesta por quince o cien millones de blancos, que en sus horas de recreo leerán las crónicas de las extinguidas razas indígenas, las historias de la mestizada gaucha que

[76] SARMIENTO, D., *Conflicto y armonía… Op. Cit.* Pág. 21.
[77] Citado en SCHIFFINO, M., "José Ingenieros: raza, nacionalidad y ciudadanía en la Argentina del Centenario" en *Cuadernos del Ciesal,* año 10, núm. 12, enero-diciembre 2013. Pág. 42.
[78] Citado en ZEA, L., *El pensamiento latinoamericano,* Ed. Ariel, México DF, 1976. Pág. 320.
[79] INGENIEROS, J., *Sociología Argentina,* Ed. Tor, Buenos Aires, 1956. Pág. 85.

> retardó la formación de la raza blanca, y acaso los poemas gauchescos de Martín Fierro y Santos Vega, o las novelas de Juan Moreno…[80]

Aunque estas ideas fueron sostenidas hace más de un siglo han dejado importantes huellas en sentido de nación que perdura en la actualidad. Las políticas de Estado e ideas de sus líderes coadyuvaron, como advierten Briones y Delrio[81], a instalar en el sentido común la idea casi indisputada hasta finales del siglo XX de que en Argentina no había indígenas en proporción significativa. Y, aquellos que existieron y perecieron, fueron responsables de sus pérdidas por no haber sabido o podido adaptarse a los ritmos de la civilización. Al igual que en la actualidad los responsabiliza por la exclusión en la que viven.

Se logró instalar, como señala Rita Segato[82], el discurso sobre un sujeto neutro de otras identidades que no sea el "ser nacional". A continuación se profundiza acerca del sentido de la idea de nación.

3.4. La nación como proyecto unificador

En América Latina el *Estado oligárquico criollo-mestizo* tenía expresiones nacionalistas hacia afuera pero dominaba internamente a los pueblos indígenas y afroamericanos. Si bien los líderes de la independencia en un primer momento se aliaron con las clases populares (indígenas, negras y mestizas) para luchar contra la Corona española, luego asumieron como propias las ideas y necesidades de los centros hegemónicos de poder que eran más cercanas a sus intereses. Aunque estarían limitados por el rol que les sería asignado en la formación del sistema capitalista mundial.[83] Como explica Quijano la independencia y la for-

---

[80] Citado en ZEA, L., *El pensamiento latinoamericano… Op. Cit.* Pág. 324.
[81] BRIONES, C. y DELRIO, W., "La "Conquista del Desierto"… *Op. Cit.* Pág. 42.
[82] SEGATO, R., *La Nación y sus Otros… Op. Cit.* Pág. 37 y ss.
[83] Para Quijano la colonialidad de su poder llevaba a las elites (primero la oligarquía y luego la incipiente burguesía industrial en el caso de Argentina) a percibir sus intereses sociales como iguales a los de los otros sectores dominantes en Europa y Estados Unidos. Sin embargo, la misma colonialidad del poder les impedía desarrollar sus intereses en la misma dirección que sus pares europeos, es decir, transformar el capital comercial en capital industrial. Ello debido a dos limitaciones.

En primer lugar porque para iniciar los procesos de industrialización era necesario convertir a los pueblos indígenas en trabajadores. Ello en un principio no sería posible ya que estaban excluidos del acceso al salario por la racialización de la división del trabajo. Como se mencionaba anteriormente, al trabajo asalariado solo podían acceder los varones blancos y luego los mestizos que se fueron incorporando paulatinamente. En Argentina, por ejemplo, el trabajo generado por el incipiente proceso de industrialización fue absorbido por la migración europea, que era considerada apta para tales labores.

La segunda limitación estaría dada por la dependencia de las economías de los países latinoamericanos con las economías del norte/centro. Los Estados latinoamericanos desarrollaron una economía capitalista dependiente y periférica desde su constitución. Los procesos nacionales que intentaron lograr cierta independencia, fueron reprimidos por las potencias coloniales a lo largo del siglo XIX y XX. El caso de Paraguay es paradigmático en este sentido, en la Guerra del Paraguay en 1870 Argentina y Brasil desarrollaron una tarea dirigida a extirpar cualquier modelo alterno de sociedad. En el pensamiento latinoamericano surge la "teoría de la dependencia" para cuestionar ciertos aspectos de la teoría del desarrollo y explicar las limitaciones de las economías locales debido al rol que se les había asignado en la formación del sistema capitalista mundial. Diversos pensadores y pensadoras analizaron cómo operaba la transferencia del plusvalor de los capitales nacionales periféricos hacia los capitales centrales más desarrollados. El rol de las economías latinoamericanas, especialmente desde 1870 a 1959, será la extracción de materias primas a cambio de productos manufac-

mación de los Estados latinoamericanos se trataron de procesos de rearticulación de la colonialidad del poder, ahora liderados por las oligarquías criollas.

Los Estados latinoamericanos heredan, a través de la organización colonial, el modelo de Estado moderno donde una nación domina a otra dentro de un mismo territorio. Modelo vigente en España desde la segunda parte del siglo XV, donde la nación castellana mantenía el dominio sobre las demás naciones existentes en la península. En América Latina, a partir de 1810, los grupos blancos- mestizos dominarán a las demás naciones que habitaban dentro de sus fronteras. Los líderes que forjaron el nuevo Estado asumieron como propias las propuestas de modernización y progreso tratándose de distanciar en la mayor medida posible de lo autóctono, lo local.

En este sentido, Dussel[84] cuestiona la utilización de la noción "Estado-Nación" como sinónimo de Estado moderno, puesto que inicialmente ninguno de los Estados modernos estaba constituido por una sola Nación. Para el autor sería más propio hablar de Estado de hegemonía o dominación uninacional sobre otras naciones. Las alianzas creadas durante los procesos de independencia entre clases contradictorias sería quebrada luego de la independencia y nación central y dominante controlará al resto de las regiones y pueblos.

La necesidad de homogeneizar a la población y crear un sentido de unidad nacional es común en los procesos de formación de los Estados, tanto en América como en Europa. En este sentido, los estudios de Michael Hardt y Antonio Negri aunque se centran en la experiencia europea, pueden aportar luz para analizar lo ocurrido en Argentina.

Para estos autores el concepto de nación fue un mecanismo de gran utilidad para establecer el orden y el mando durante la gestación de los Estados modernos. La transición del Estado absolutista a los Estados soberanos modernos reemplazó el fundamento teológico, por otro igualmente trascendente, que es el concepto de nación. La identidad espiritual de la nación es lo que hará del territorio y la población una abstracción ideal. El territorio físico y la población se concibieron como la extensión de la esencia trascendente de la nación. Durante el siglo XIX y XX ello se instaló en contextos ideológicos muy diferentes, pero siempre fue presentado como un concepto de modernización capitalista que pretendía conciliar las demandas de unidad política de las diversas clases sociales con las necesidades del desarrollo económico.

Para Negri y Hardt[85] en la modernidad opera una cadena lógica de representación que funciona de la siguiente manera: el pueblo representa a la multitud, la nación representa al pueblo y el Estado representa a la nación. Cada eslabón es un intento de mantener en suspenso la crisis de la modernidad y en cada caso, la representación significa un paso más

---

turados provenientes de los centros industriales. Ver: QUIJANO, A., "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina" LANDER, E. (comp.) *La colonialidad del saber... Op. Cit.* Pág. 246.

[84] DUSSEL, E., *1492. El encubrimiento del otro: hacia el origen… Op. Cit.* Pág. 161.

[85] HARDT, M. y NEGRI, A., *Imperio… Op. Cit.* Pág. 123.

de abstracción y control. El eslabón final es el orden global del capital que explica la necesaria subordinación de los Estados postcoloniales.

Así, la nación, el pueblo y la raza se encuentran relacionados entre sí. El concepto de pueblo completa el de nación, porque se propone como la base originaria de la nación. Tanto la identidad de la nación como la identidad del pueblo se presentan como algo natural y originario. El pueblo tiende a la identidad y la homogeneidad interna, al mismo tiempo que manifiesta su diferencia con todo aquello que queda fuera de él y lo excluye.

Para estos autores en la Europa de los siglos XVIII y XIX dos operaciones contribuyeron a construir el concepto moderno de pueblo en relación con el de nación. En primer lugar, los mecanismos del racismo colonial construyeron la identidad de los pueblos europeos en un juego dialéctico de oposiciones con sus Otros nativos. Al igual que los autores y autoras decoloniales, para Hardt y Negri la construcción de la diferencia racial absoluta fue la base esencial para concebir la identidad nacional homogénea. Sostienen que "la identidad del pueblo se construyó sobre un plano imaginario que ocultó y/o eliminó las diferencias y, en el plano práctico, eso se tradujo en la subordinación racial y la purificación social."[86] La segunda operación consistió en eclipsar las diferencias internas haciendo que un grupo, raza o clase hegemónica se constituyera como representante de la población en su conjunto.

Señalan que en la identidad nacional hay un territorio cargado de significaciones culturales, una historia compartida y una comunidad lingüística, "pero además están la consolidación de la victoria de una clase, un mercado estable, el potencial para la expansión económica y nuevos espacios para invertir en ellos o para expandir la propia civilización."[87]

Sin embargo, para Hardt y Negri, el concepto de nación fue utilizado de otra manera fuera de Europa, sirvió como arma ideológica de defensa contra el discurso dominante que presentaba como inferior a la población y cultura dominada. Consideran que esta función progresista fácilmente puede pasar a desempeñar un rol inverso en el ámbito interno, al reprimir la diferencia y la oposición interna en nombre de la identidad, la unidad y seguridad. Para los autores las fuerzas que alimentan excesivamente la autovaloración de la comunidad a la que protegen destruyen la multiplicidad interior. Es decir, se juega un papel defensivo hacia el exterior pero opresivo hacia el interior al negar la multiplicidad de la comunidad misma.

Si bien se puede considerar que en la mayoría de las experiencias la formación de los Estados implicaban un proceso de homogeneización. En América estos procesos estarán atravesados por la violencia constitutiva de la modernidad y la colonialidad. Como advierte Grosfoguel[88] mientras en Europa se vivieron procesos de colonización y homogeneización

[86] HARDT, M. y NEGRI, A., *Imperio… Op. Cit.* Pág. 123.
[87] *Ibíd.* Pág. 105.
[88] ROSFOGUEL, R., "Apuntes hacia una metodología fanoniana para la decolonización de las ciencias sociales" en FANON, F., *Piel negra, máscaras blancas,* Ed. Akal, Madrid, 2009. Pág. 261-308.

de la población, ellos no implicaron la *colonialidad*, es decir, el establecimiento de jerarquías raciales en el ámbito social y epistémico.

4. TRAS 200 AÑOS DE ESTADO ARGENTINO: DE LA INTEGRACIÓN AL DESARROLLO

A lo largo del capítulo se ha afirmado en varias ocasiones que la colonialidad sigue vigente en nuestros días a pesar de las reformas legales[89] que reconocen derechos a los pueblos indígenas. En este apartado se presenta brevemente parte de un discurso presidencial que refleja la continuidad de una misma lógica estatal, fundamentada en la necesidad de "progreso" de los pueblos indígenas pero ahora con una nueva terminología: el desarrollo.

El modelo de desarrollo surge después de la Segunda Guerra Mundial, aunque sus raíces se encuentran en procesos históricos más profundos de la modernidad y el capitalismo. Tiene como propósito crear las condiciones necesarias para reproducir en todo el mundo las características de las sociedades avanzadas de la época: altos niveles de industrialización y urbanización, tecnificación de la agricultura, rápido crecimiento de la producción material y los niveles de vida, adopción generalizada de valores culturales modernos, etc. Se consideraba que el ingreso de capitales, la ciencia y la tecnología ayudarían a los países menos desarrollados a alcanzar el grado de desarrollo de los demás países más ricos.

Diversos autores y autoras han estudiado en profundidad el modelo y han cuestionado sus premisas al señalar sus limitaciones. Vandana Shiva[90] advierte cómo la reducción de la naturaleza "de una madre viva" a una materia inerte y manipulable resultó conveniente para la expansión del proyecto de desarrollo y capitalismo. Además, lo que se entiende por desarrollo es el crecimiento de la economía de mercado, considerada como la única economía posible que excluye otras formas de economía. El crecimiento está orientado a un nivel de consumo propio de los países más industrializados, que no se puede extender al resto del mundo.

Para María Mies[91] el denominado desarrollo no es un proceso evolutivo en el que se pasa de una etapa inferior a una superior. Sino un proceso polarizador en el que unos son cada vez más ricos que otros. Advierte que hace 200 años el mundo occidental era solo cinco veces más rico que los países empobrecidos. En 1960 la proporción era de 20 a 1 y en 1983 de 46 a 1.

---

[89] Las reformas legales y el marco jurídico actual son tratados en el siguiente capítulo.

[90] Vandana Shiva y María Mies han estudiado con profundidad este tema desde una mirada feminista. Consultar: MIES, M. y SHIVA, V., *Ecofeminismo,* Ed. Icaria*,* Barcelona, 1997; SHIVA, V., *The enclosure and recovery of the commons: biodiversity, indigenous knowledge, and intellectual property rights,* Ed. Research Foundation for Science, Technology, and Ecology, New Delhi, 1997; MIES, M. y SHIVA, V., *La praxis del ecofeminismo. Biotecnología, consumo y reproducción*, Ed. Icaria, Barcelona, 1998; PULEO, A., *Ecofeminismo: para otro mundo posible*, Ed. Cátedra, Instituto de la Mujer, Valencia, 2011.

[91] MIES, M., "Liberación de las consumidoras y los consumidores" en MIES, M. y SHIVA, V., *La praxis del ecofeminismo… Op. Cit.* Pp. 137-154.

Desde la perspectiva decolonial, Arturo Escobar[92] señala, que el desarrollo se trata de un discurso producido históricamente que responde tanto a un proyecto económico como cultural. Cultural en dos sentidos: surge de la experiencia de la modernidad europea y, además, subordina a las demás culturas y conocimientos bajo los principios occidentales. Esta idea de desarrollo privilegia el crecimiento económico, la explotación de recursos naturales, la lógica del mercado, etc. Involucra una serie de principios como el de individuo racional, la separación de la naturaleza y cultura, la economía separada de lo natural y social, la supremacía del conocimiento experto por encima de otro saber.

En sus estudios, Escobar analiza cómo durante el periodo de 1945-1960 "expertos en desarrollo" comenzaron a llegar a Asia, África y Latinoamérica construyendo así el Tercer Mundo. El conocimiento experto excluiría los conocimientos, las voces y necesidades de aquéllos quienes, paradójicamente, deberían beneficiar: los pueblos empobrecidos de Asia, África y Latinoamérica. Aunque las políticas destinadas a promover el desarrollo han recibido fuertes críticas por sus efectos negativos en los países más empobrecidos, aún es parte del imaginario social, en especial, de las clases gobernantes y medias.

Para Escobar este discurso tiene implicaciones prácticas y se despliega en todos los ámbitos de la vida, tanto material como subjetiva. Hizo posible la creación de una vasta red institucional, a partir del cual se convirtió en una fuerza real y efectiva transformando la realidad económica, cultural, social y política de las sociedades en cuestión. Sin embargo, no opera a través de la conquista, sino de la imposición de normas que forman parte del imaginario social y colectivo (libre mercado, democracia, consumo al estilo estadounidense, etc.).

En Argentina durante la presidencia de Cristina Fernández de Kirchner se hizo especial hincapié en fortalecer un modelo de desarrollo que respondiera a las necesidades del pueblo argentino, en contraste con la lógica imperante de protección a los mercados financieros. Durante su mandato las políticas económicas estaban dirigidas a fomentar el crecimiento económico, las exportaciones, el comercio y las inversiones. Lo que importaba una fuerte intervención del Estado en el ámbito económico para poder aumentar el consumo interno, atacar la pobreza y lograr un mayor bienestar en la población.

Eduardo Gudynas caracteriza el modelo argentino de esa época como una postura "nacional-popular". Durante su mandato se hacía especial referencia a las demandas del pueblo y al sentimiento nacional argentino, adquiriendo en algunas ocasiones *ribetes heroi-*

[92] ESCOBAR, A., *Más allá del Tercer Mundo. Globalización y Diferencia*, Ed. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2005; ESCOBAR, A., *La invención del Tercer Mundo. Construcción y deconstrucción del Desarrollo*, Fundación Editorial El perro y la rana, Caracas, 2007.

cos y míticos[93]. El Estado es concebido como constructor de nacionalidad luego de la etapa de gobiernos neoliberales de los 90.[94]

En 2010, con motivo de la celebración del segundo bicentenario de la Revolución de Mayo, un grupo de organizaciones indígenas marcharon desde de diferentes partes del país hasta Buenos Aires para solicitar una entrevista con la presidenta. En el encuentro los representantes indígenas expresaron que en los 200 años de vida, el Estado no había sido incluyente con ellos y que la situación de las comunidades era crítica. Solicitaron la restitución de sus territorios, propusieron la creación de un ministerio de política indígena, denunciaron la situación de marginación en las que viven las comunidades y el peligro que las empresas petroleras generaba en sus territorios.

Algunos fragmentos de la respuesta de la presidenta fueron los siguientes:

> …Las cosas han cambiado, **el mundo ha evolucionado** y si te descomponés y te tengo que operar **no te puedo operar en el medio de monte** te tengo que operar en un hospital, con el instrumental (…) ¿Se entiende lo que digo? Porque sino caemos en lo otro, que es en el indigenismo, como una deformación del respeto a las culturas de los pueblos originarios…
>
> …**Además de trabajar mucho hay que hacerlo con la inteligencia y racionalidad** de conservar los grandes valores culturales que cada pueblo trae, pero también **aceptar las cosas que la modernidad nos da para poder vivir mejor…**
>
> Si actuamos con inteligencia y el sentido **de mejorar, de progresar**, que no significa renunciar a lo que uno piensa, pero**… yo escuché sonar celulares aquí, ustedes tienen celulares, no están negándose, no se comunican como antes con humo**, necesitas el celular para comunicarte y no significa que dejes de ser un PPOO, por eso yo **creo que tenemos que ser realistas también, sinceros y sensatos ¿no?** Si suena el celular y te comunicas por celular, un instrumento de la modernidad terrible como pocos, eso no significa que te tengas que vestir como quieren en un supermercado o en un shoping, pero **tampoco niegues las ventajas que ha traído el progreso** y además, que vos también estás utilizando
>
> … el caso este que vos me decías, si hay petróleo en un lugar y los que están allí tiene que ser… en todo caso llevar a ese contingente, de compañeros, a otro lugar exactamente con las mismas características y condiciones, pero no podemos dejar Milagro **de sacar el petróleo porque lo necesitamos para poder desarrollarnos, para poder vivir…**
>
> **…Mis responsabilidades están sobre todos, sobre ustedes y los casi 40 millones de argentinos que viven acá en la República Argentina** (…) Todos me demandan cosas y está bien, para eso soy la presidenta de los argentinos...

---

[93] GUDYNAS, E., "Los progresismos sudamericanos: Ideas y prácticas, avances y límites" en AA.VV., *Rescatar la Esperanza. Más allá del neoliberalismo y el progresismo*, Ed. Entrepueblos, Catalunya, 2016. Pág. 33.

[94] SVAMPA, M., "América Latina: fin de ciclo y populismos de alta intensidad" en AA.VV., *Rescatar la Esperanza... Op. Cit.* Pp. 63-90.

> …Respeto a que este Bicenetario estamos igual o peor que siempre, en el anterior centenario… se celebró con estado de sitio, había represión, muerte, tal vez no de los pueblos originarios **y sí de los que habían venido de Europa, de socialistas, anarquistas, comunistas**[95] (Resaltado propio)

La respuesta de Fernández de Kirchner a las demandas indígenas refleja la continuidad de las políticas desarrolladas históricamente por el Estado argentino. Se considera que la única alternativa existente para garantizar un mayor bienestar de la población es seguir un modelo económico diseñado unilateralmente por el Estado. No existe reconocimiento de las demandas indígenas como fundamentadas en derechos, sino como una actitud poco inteligente de estos pueblos. Tampoco se los considera como actores políticos que tienen el derecho a participar en la gestión de lo público. Lejos de considerar sus planteamientos, la mandataria adopta nuevamente una actitud pedagógica y tutelar como respuesta.

Ello refleja lo que Enrique Dussel, denomina la "falacia desarrollista", que consiste en creer que existe un único modelo de desarrollo, unilineal y marcado por el camino ya transitado por la experiencia europea. Sin embargo, se trata de una nueva versión del, ya explicado, "mito de la modernidad" que supone la existencia de una civilización más desarrollada, superior, que tiene la obligación moral de desarrollar a los más primitivos, a los salvajes.

Por su parte, también continúa presente (aunque en disputa) el discurso que niega la presencia indígena y reafirma los orígenes europeos de la población argentina. En abril de 2015, en un contexto de largo enfrentamiento entre el gobierno nacional y representantes de los pueblos indígenas, especialmente del pueblo Qom, la presidenta reivindicaba a Argentina como un país de inmigrantes. En su discurso presidencial, en el marco de la conmemoración del día del Veterano y de los Caídos en la guerra de Malvinas, expresaba lo siguiente:

> …es la misma actitud, es el mismo sentimiento que tenemos con cada una de las comunidades, con cada uno de los inmigrantes que llegaron a nuestro país. Todos los que estamos -y no temo equivocarme- **todos los que estamos sentados en esta mesa, no somos pueblos originarios de la Argentina; somos hijos, nietos, biznietos de inmigrantes. Porque esto es la Argentina, un país de inmigrantes**[96] (Resaltado propio)

---

[95] ARANDA, D., "Gobierno, extractivismo y pueblos originarios" en: https://darioaranda.wordpress.com/2012/05/19/gobierno-extractivismo-y-pueblos-originarios/ Se puede acceder al audio de la reunión en: http://www.lavaca.org/recuadros/el-debate-de-fondo/ Fecha de consulta: 28/05/2017.

[96] "Palabras de la Presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, en el acto central del día del Veterano y de los Caídos en la guerra de Malvinas, en Ushuaia, provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur". El texto íntegro puede encontrarse en la página de la Casa Rosada, presidencia de la Nación: http://www.casarosada.gob.ar/informacion/archivo/28517-palabras-de-la-presidenta-de-la-nacion-cristina-fernandez-de-kirchner-en-el-acto-central-del-dia-del-veterano-y-de-los-caidos-en-la-guerra-de-malvinas-en-ushuaia-provincia-de-tierra-del-fuego-antartida-e-islas-del-atlantico-sur. (Fecha de consulta: 27/05/2017) Lo paradójico del discurso, es que durante el mismo la presidenta se extiende largamente sobre los efectos y perjuicios que el colonialismo, en especial el inglés, ha generado en Argentina y en demás países del mundo.

Así, a más de 200 años de la formación del Estado argentino, en la actualidad sigue presente el discurso que niega la diversidad cultural existente y muestra rechazo a los pueblos originarios como sujetos políticos. Si bien en la actualidad existe un amplio reconocimiento jurídico de derechos de los pueblos indígenas, continúa vigente la misma política que los considera como seres pre-modernos, carentes de conocimientos y necesitados de tutela.

Por ello interesa tener en cuenta cómo la categoría "raza", construida a partir de 1492, continúa operando en la actualidad y coloca a las personas y pueblos indígenas en una situación de desigualdad. Cualquier análisis de la realidad argentina deben hacerse tomando en cuenta los procesos de racialización de la población y su cruce con el género y la clase.

5. EL ROL DEL DERECHO EN EL PROYECTO CIVILIZATORIO ARGENTINO: IGUALES PERO INFERIORES

Tanto en el proceso de homogeneización de la población para crear la *nación argentina*, como en las campañas destinadas a extender las fronteras interiores y despojar a los pueblos indígenas de sus tierras, el Derecho tuvo una especial relevancia.

En primer lugar, como ya se ha visto, los gobiernos patrios dictaron normas que declaraban la igualdad jurídica de las y los indígenas. Sin embargo, estas declaraciones estaban dirigidas hacia quienes formaban parte de pueblos ya *domesticados* durante la época colonial. Con el resto, quienes constituían la frontera interior, se firmaban tratados y, paralelamente, se autorizaban en el Congreso campañas destinadas a su exterminio. Además, por ley se otorgaron los títulos de propiedad de los territorios despojados a quienes habían financiado dichas campañas o eran próximos a los intereses estatales.

A parte de la normativa específica, la Constitución Nacional fue un importante instrumento para consolidar el proyecto de Estado deseado por los líderes criollos.

5.1. La Constitución de 1853/60

Tras el largo periodo de inestabilidad política, la Constitución de 1853 logró sentar las bases del proyecto nacional siguiendo las propuestas de Alberdi. Ello dio comienzo a un periodo de cierta estabilidad institucional liderada por las elites conservadoras. La Constitución fue una poderosa herramienta para constituir la unión nacional y poner en práctica un modelo de país inspirado en el liberalismo político y económico.

El preámbulo establece:

> Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, **con el objeto de constituir la unión nacional**, afianzar la justicia, **consolidar la paz interior**, proveer a la defensa común, promover

> el bienestar general, y **asegurar los beneficios de la libertad**, para nosotros, para nuestra posteridad, y **para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino**: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina. (Resaltado propio)

El preámbulo comienza haciendo referencia "al pueblo de la Nación argentina" y establece, entre otros objetivos, el constituir la unión nacional. Al referirse al pueblo, pareciera que al momento de celebrarse la Convención Constituyente, existiera *un único pueblo* que formaba *una sola nación,* concebida esta como sinónimo de Estado. Además, se afirma que era ese pueblo quien había delegado la representación a los constituyentes.

Sin embargo, al considerar las características de la época, estas premisas son difíciles de sostener. En primer lugar, el país se encontraba profundamente dividido tanto a nivel político como territorial. La Constitución argentina fue sancionada en un contexto de gran inestabilidad política marcada por el enfrentamiento entre unitarios y liberales. Al momento de celebrarse la Convención Constituyente, realizada en la provincia de Santa Fe en 1852, Buenos Aires se encontraba separado de la Confederación, y la Constitución de 1853 fue aprobada sin su presencia.

Su posterior incorporación daría lugar a la primera reforma constitucional de 23 septiembre de 1860 para adaptarla a lo establecido en el Pacto de San José de Flores, fruto de las negociaciones entre el gobierno porteño y el resto de las provincias. La incorporación de Buenos Aires, en 1862, implicó el triunfo de los intereses de la oligarquía porteña, liderada por el General Mitre, quien luego asumiría la presidencia de la Nación.

Si bien a nivel político se logró cierta estabilidad con la derrota de los líderes del interior, la unidad territorial se lograría recién en la mitad del siglo XX, casi un siglo después de la redacción de la Constitución. Luego de las campañas de conquista desplegadas al sur y norte del país, cuando el gobierno federal logra el control sobre la totalidad de los territorios de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, la idea de la existencia de un solo pueblo, homogéneo, contrastaba con la realidad social donde convivían poblaciones indígenas, negras, mestizas, criollas. En el futuro se vería aún más alterada por el gran contingente de migrantes provenientes principalmente de Italia y España.

Además, la representación del pueblo a la que se hace referencia es entendida en términos puramente formales. Los integrantes de la Convención Constituyente formaban parte de un sector muy concreto de la sociedad: los líderes criollos, la mayoría juristas, sacerdotes y militares pertenecientes a las elites provinciales. Quienes asumían la representación "del pueblo de la Nación Argentina", se trataba de un sector minoritario de la sociedad, integrado por los hombres, blancos/criollos y propietarios.

Como advierte Bartolomé Clavero[97] uno de los rasgos de la institucionalidad jurídica en las Américas es la "desigualdad constitutiva" que perdura hasta fines del siglo XX. En la gestación política y jurídica del Estado argentino, quedaron excluidos grandes sectores de la sociedad como los pueblos indígenas, poblaciones negras y las mujeres. Pese a ello, como expresa Silvina Ramírez, "la ficción de una constitución representado la voluntad popular ha quedado firmemente asentada en el imaginario jurídico"[98].

En realidad, el preámbulo refleja la aspiración política de constituir un solo pueblo, que representara a la nación, para lograr la unión nacional. Como advierte Dussel[99] sería incorrecto caracterizar al Estado argentino como Estado-nación, puesto que al momento de su constitución esa relación de identidad no existía. Lo que existía era el proyecto político de un sector dominante y minoritario de la sociedad de constituir la unión nacional, reflejada en la idea/sentir de nación, que permitiera la modernización del país. Con el transcurso del tiempo este proyecto logrará consolidarse como el pasado común de la población argentina según los relatos oficiales y dominantes.

La subsunción de la representación de pueblo-nación-Estado, que mencionan Negri y Hard, está presente en el caso argentino. Hasta tal punto llega la identificación, que la Constitución durante su articulado utiliza la expresión "Nación argentina" como sinónimo de Estado. La reforma de 1860 cambió el uso de la palabra "Confederación Argentina" en el preámbulo por el de "Nación argentina". El artículo 30 dispone que se emplearán las palabras "Nación argentina" para la formación y sanción de las leyes.

5.2. Derechos y el estatus constitucional indígena

Con relación a los Derechos y Garantías consagrados por la Constitución, en el capítulo primero, se reconoce entre otros derechos, la libertad de culto, la abolición de la esclavitud y la libertad para quienes continuaban esclavizados. Dispone que los esclavos que de cualquier modo se introdujeran al país quedaran libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República. El artículo 16 consagra el principio de igualdad en virtud del cual todos los habitantes son iguales ante la ley, no se admiten prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay fueros personales ni títulos de nobleza.

El artículo 25, como ya se ha mencionado, establece que el gobierno federal fomentará la inmigración europea y que no podría restringir, limitar, ni grabar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que tuvieran por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

---

[97] CLAVERO, B., *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
[98] RAMIREZ, S., *Matriz constitucional… Op. Cit.* Pág. 239.
[99] DUSSEL, E., *1492. El encubrimiento del otro: hacia el origen… Op. Cit.* Pág. 161.

Con relación a los indígenas, se hace mención en la segunda parte de la Constitución, dedicada al funcionamiento de los órganos del gobierno. Establecía como atribución del Congreso "proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo" (artículo 67). En 1949, durante la primera presidencia de Perón, la reforma de la Constitución modificó este artículo por considerarlo anacrónico al señalar que entre los habitantes no se podían realizar distinciones raciales, ni de ninguna clase. Sin embargo, la reforma fue anulada en 1957 por la Convención Nacional Constituyente, celebrada durante la dictadura cívico-militar. El artículo fue derogado definitivamente con la reforma constitucional de 1994.

Así, mientras que se consagra la igualdad de todos los habitantes ante la ley y se suprime la esclavitud, hasta la reforma de 1994 se estableció un trato discriminatorio hacia las personas indígenas.[100] El Congreso debía, además de conservar su trato pacífico, convertirlos al catolicismo aunque para el resto de los habitantes se consagrara la libertad de culto. La inclusión de esta cláusula responde al trato diferenciado que recibían los integrantes de los pueblos indígenas según su estado de *libertad* o *dominados*. Si bien en ambos casos se destinaban políticas tendientes a la aculturación, los mecanismos utilizados variaban. La cláusula constitucional deja entrever que las y los indígenas, al menos al momento de la redacción de la Constitución, entrarían a la vida jurídica e institucional del país con un estatuto inferior que el resto de la población.

En virtud de lo expuesto, Silvina Ramírez[101] considera que el Estado argentino padece un "vicio de origen" dado que el pacto inicial, mediante el cual se constituyó, excluyó a la mayoría de la sociedad. Se asumía que los intereses de un sector dominante representaban a los de toda la población. Para Raquel Yrigoyen[102] el constitucionalismo del siglo XIX en América Latina se caracteriza por "la artificialidad" (resultado de la casi mecánica importación legislativa), la falta de legitimidad (por la exclusión de los procesos constituyentes de grandes partes de la población) y la exclusión indígena, (como sujetos políticos y titulares de derechos). Recién a finales del siglo XX, se realizarían reformas constitucionales importantes para garantizar el reconocimiento de derechos hacia los pueblos indígenas y demás sectores sociales excluidos.

Con la sanción de la Constitución nacional comenzó a afianzarse la institucionalidad del país y se fue creando un *corpus* legal que respondía a los principios liberales en ella consagrados. El proceso de homogeneización de la población y la identificación del Estado con la Nación se tradujo, en términos jurídicos, en la identificación del Estado con el Derecho. El Estado se constituiría como garante del bien común y representante del interés ge-

[100] La Constitución utiliza la expresión "los indios", no hace referencia a los pueblos indígenas como colectivo sino a los individuos que pertenecen al mismo.
[101] RAMIREZ, S., *Matriz constitucional… Op. Cit.* Pág. 271 y ss.
[102] YRIGOYEN FAJARDO, R., "Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los países andinos en el siglo XIX", Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2005. Pág. 98.

neral. Sólo él tendrá la capacidad de crear normas, de impartir justicia y su jurisdicción se extenderá a todo el territorio y población argentina. Los sistemas normativos no estatales y autoridades indígenas, además de haber sido perseguidos y destruidos, ahora quedarían fuera de la legalidad.

Como advierte Clavero en el nuevo régimen constitucional lo indígena no tiene cabida. Salvo que los pueblos indígenas se muestren dispuestos a "abandonar completamente sus costumbres y deshacerse enteramente de sus comunidades para conseguir integrarse en el único mundo constitucionalmente concebible del derecho"[103].

Tras presentar el contexto en el que surge la Constitución Nacional, es necesario reflexionar sobre el principio de igualdad que vertebra el ordenamiento jurídico argentino. A este principio se le han otorgado diferentes significados y extensiones. Recién declarada la independencia se reconoció la igualdad jurídica de los indígenas pero con la sanción de la Constitución recibieron un tratamiento jurídico más perjudicial que el resto de la población. Con el transcurso del tiempo, el cambio de política del Estado con relación a los pueblos indígenas y demás sectores sociales inicialmente excluidos, generará nuevos debates y el principio de igualdad nuevamente será invocado con fines opuestos.

Por una parte, habrá quienes señalan que en virtud del mismo no se debe hacer mención a la diferencia cultural de los pueblos indígenas por considerarla discriminatoria al otorgar un trato diferenciado. Otro posicionamiento considera que para garantizar la igualdad es necesario otorgar un trato diferenciado hacia los sectores socialmente excluidos. Estas propuestas recibirán la crítica de crear una situación de privilegio para estos sectores, atentando así con la igualdad consagrada. Sobre estas cuestiones se trata en el siguiente apartado.

5.3. El principio de igualdad

Durante el siglo XIX se configura la institucionalidad de los nuevos Estados independientes sobre la exclusión política de los pueblos indígenas. Como señala Raquel Yrigoyen Fajardo[104] las elites dominantes aseguraron el sometimiento indígena no solo a través de medidas de hecho, sino también a través de mecanismos jurídicos-constitucionales específicos.

El principio de igualdad desempeñó un rol importante en tal labor. Como se ha visto tras la revolución de mayo se dictaron numerosas leyes que declaraban la igualdad *de los indios*. Formalmente las autoridades se obligaban a otorgar un tratamiento igualitario y uniforme hacia toda la población. Sin embargo, en contradicción con este principio, durante las décadas siguientes se les otorgaría un trato discriminatorio.

[103] CLAVERO, B., *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena… Op. Cit.* Pág. 26.
[104] YRIGOYEN FAJARDO, R., "Sometimiento constitucional y penal… *Op. Cit.* Pág. 76.

En 1853, con la sanción de la Constitución Nacional, se consagrara la igualdad ante la ley pero nuevamente *los indios* entrarían con un status inferior. Tras las compañas de colonización, cuando se logró cierta estabilidad institucional, la política de homogeneización desarrollada por el Estado volvió a apoyarse en la ficción jurídica de la igualdad de todos los habitantes pero con otro fundamento. Se reconocía que los indígenas habían sufrido exclusión y que debía repararse esas injusticias. Ahora se debía garantizar el tratamiento igualitario (uniforme) con independencia de las diferencias que existieran en la población, puesto que hacer referencia a las mismas sería discriminatorio. Esta concepción se refleja en el proyecto de reforma de la Constitución de 1949 que propuso quitar toda alusión a lo indígena y su conversión al catolicismo en el artículo 67 por considerarla anacrónica. Ello debido a que no podían hacerse distinciones raciales ni de ningún otro tipo entre los habitantes del país.

Esta interpretación y utilización del principio de igualdad fue cuestionada por distintos motivos. En primer lugar, la concepción puramente formal de la igualdad fue criticada porque trataba a las personas de manera abstracta y no atendía a la realidad material de la población. Desde la tradición socialista y marxista[105] se consideraba que para que la igualdad fuera posible debían removerse los obstáculos sociales y económicos que colocaban a las personas en situaciones de inferioridad. Bajo la aparente igualdad, en realidad, se representaban los intereses de un sector dominante de la sociedad, integrado por varones, pertenecientes a las clases y raza dominantes. Este principio se aplicaba a un modelo social que no había sido definido a partir de las necesidades de todas las personas que lo componían, sino de un sector dominante. Ello ocultaba la exclusión de grupos sociales de los más diversos, como las mujeres, los pueblos indígenas, afrodescendientes, etc.

Luego de estas críticas, se tomaron medidas antidiscriminatorias para erradicar la desigualdad que afectaba a diversos sectores sociales. Como se vio en los apartados anteriores, en el caso de los pueblos indígenas se adoptaron políticas fuertemente tutelares tendientes a integrarlos a las sociedad mayoritaria. Bajo esta concepción, los y las indígenas no habían recibido el mismo trato que el resto de la población, estaban excluidos, por lo que había que trabajar para incluirlos a la vida nacional para garantizar su igualdad. Con el transcurso de los años estas políticas fueron cuestionadas, no solo por ser insuficientes sino por su carácter puramente asistencialista, puesto que concebían a los pueblos indígenas solo como objetos de políticas públicas.

Otra crítica hacia el principio de igualdad era que no solo había excluido a gran parte de la población, sino porque cuando formalmente se la incluyó tampoco lograba acabar

[105] KARL, M., *La cuestión judía y otros escritos*, Ed. Planeta- Agostini, España, 1992; CAPELLA, J., *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, Ed. Trotta, Madrid, 2008; ESTÉVEZ ARÁUJO, J., *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de las estrategias de los derechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2013; GARGARELLA, R. y OVEJEROS, F., *Razones para el socialismo*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2001.

con la exclusión en la que vivían muchos de estos sectores. Así, el debate por la igualdad adquirió un nuevo significado al señalar que no sólo se trataba de igualdad formal o material, sino que había cuestiones que iban más allá de la discriminación.

En este sentido, al haber estudiado la relación del Estado con los pueblos indígenas, se puede advertir que el Estado argentino se constituyó en base a la negación y exclusión de la diferencia cultural de los pueblos indígenas. No reconoció su existencia como sujetos políticos diferenciados en virtud de una experiencia histórica y una cosmovisión diferente. Esta visión monocultural también influye en la noción que existe sobre la igualdad y la interpretación que hace la justicia sobre los principios que vertebran el ordenamiento jurídico.

Esta exclusión también fue vivida y cuestionada por las mujeres. La crítica feminista ha problematizado el principio de igualdad al evidenciar que la mitad de la población había sido excluida del proceso del formación del Estado. Si bien esta exclusión tiene características propias, la mirada feminista aporta importantes elementos que complejizan el principio de igualdad y en este punto converge con las demandas de los pueblos indígenas.

5.4. Las críticas feministas al principio liberal de igualdad y exclusión de las mujeres

La crítica feminista puso en evidencia que las mujeres también habían quedado excluidas en la participación, al menos formal[106], de la formación de los Estados. En el caso de Argentina, así lo señalaban "Las Porteñas Federales", un grupo de mujeres que en abril de 1833, presentaron en un periódico local, la Gaceta Mercantil, una lista de candidatos que recomendaban para las próximas elecciones. Expresaban:

> Compatriotas: si vuestra injusticia nos privó del derecho que el pacto social nos concedía de tener voto activo y aun pasivo en la elección de los ciudadanos que deben representarnos, no podrá impedirnos el que manifestemos por medio de la prensa nuestra opinión sobre un asunto que nos interesa tanto como vosotros. Felizmente, se aproxima la época en que recobrando el bello sueño de sus derechos primitivos, salga de una vez de anonadamiento en que ha vivido. Nuestros nietos, o quizás nuestros hijos verán una mitad de los asientos de la Sala de la provincia ocupados por mujeres que darán lustre a su patria. Entonces, no serán tachadas de entremetidas, pedantes, etc. las que discurran sobre asuntos de interés público. Mientras llega esa época feliz contentémonos con intervenir indirectamente en los asuntos públicos…[107]

Aunque la Constitución de 1853 no hace mención específica a las mujeres, en 1869 el Código Civil de Dalmasio Vélez Sarsfield las declaró incapaces. Su situación jurídica,

[106] Al señalar que han sido excluidas en la participación al menos formal, se pretende advertir que muchas mujeres han participado activamente en la vida política del país, pero sus contribuciones han quedado invisibilizadas en lo relatos históricos dominantes. En la actualidad existen gran cantidad de estudios que recuperan su participación en distintos momentos y ámbitos de la vida del país. Sin embargo, el hecho que muchas mujeres hayan logrado evadir las prohibiciones legales y sociales, no excluye que formalmente no tenían derecho a participar de los asuntos públicos o políticos.

[107] PERCEVAL, M. (coord.), *Derechos humanos de las mujeres en la Argentina: el camino hacia la igualdad, participación social y política, trabajo y salud*; Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2012. Pág.13.

similar a la establecida para los menores de edad, se diferenciaba según su estado civil. Por regla general, las mujeres solteras gozaban de capacidad de hecho, con ciertas incapacidades de derecho. Para las mujeres casadas la incapacidad era la norma, estaban sometidas legalmente a la voluntad de su marido y necesitaban su autorización para realizar distintos actos jurídicos, como administrar y adquirir bienes, realizar acciones judiciales o participar como testigos. Esta situación se vio alterada por la reforma del Código Civil en 1926, por Ley 11.357, que amplió la capacidad civil de las mujeres, aunque continuaba restringida en varios aspectos para las mujeres casadas. La plena capacidad se alcanzaría años más tarde con el retorno de la democracia luego de la dictadura militar de 1976.

En el ámbito de los derechos políticos, la Ley 13.018 de 23 de septiembre de 1947 estableció que las argentinas tendrían los mismos derechos políticos y estarían sujetas a las mismas obligaciones que imponen las leyes a los varones. Ello fue un logro tras largos años de demandas tanto de movimientos feministas como de distintos actores políticos. En las elecciones nacionales de 1951 pudieron ejercer el derecho al voto por primera vez, fueron electas 23 diputadas y 6 senadoras, todas pertenecientes al partido peronista.

Por su parte, la reforma constitucional de 1949 estableció la igualdad jurídica en el matrimonio y la patria potestad. Durante el segundo gobierno de Perón, en 1955 se sancionó la Ley de Divorcio Vincular. Sin embargo, ambas reformas fueron derogadas por la dictadura militar de 1955. La reforma constitucional de 1994 introdujo diversos apartados donde hace referencia especial a las mujeres. En el artículo 37, destinado a los derechos políticos, consagra la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios. Dispone que ello se garantizara por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

En este contexto, similar al de otros países, la teoría feminista desarrolló una amplia crítica hacia el concepto liberal de igualdad, señalando sus límites al excluir a la mitad de la población. Distintas autoras[108] criticaron la falacia de los principios liberales, ya que mien-

[108] Este cuestionamiento fue tempranamente elaborado por distintas pensadoras y pensadores. Solo por citar algunas: Mary Wollstonecraft denunció en el marco de la revolución francesa la exclusión de las mujeres de la ciudadanía y cuestionó, en base a los mismos valores revolucionarios, las ideas de Rousseau expresadas en *Emilio, o de la Educación.* Ver WOLLSTONECRAFT, M. *Vindicación de los Derechos de la Mujer,* Ed. Cátedra, Madrid, 1994.

Por su parte, Oympe de Gouge creyendo en los valores de la Ilustración y en las proclamaciones de la Revolución Francesa exigió que las mujeres sean consideradas ciudadanas de igual forma que los varones y redactó la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana* en 1791. Ambas autoras cuestionaron los planteamientos de los líderes de la Revolución Francesa, ya que por un lado derribaban el antiguo régimen y proclamaban los ideales de igualdad, libertad y fraternidad. Pero por el otro mantuvieron y otorgaron legitimidad a la antigua tradición de considerar a las mujeres inferiores tanto biológica como socialmente.

A partir de la década de los 70 hasta la actualidad, la crítica feminista a los principios liberales de igualdad y libertad, provino tanto de autoras liberales como de pensadoras más críticas hacia los postulados liberales, llamadas *radicales*. Entre las primeras se destacan Martha Nussbaum, Susan Moller Okin y Jean Hamton. Consultar: DI TAULLIO, A., "Teoría feminista y liberalismo: el devenir de una relación problemática", Tesis doctoral, Universidad de Barcelona. 2015.

tras se proclamaba la igualdad y libertad de todos los hombres, se excluía a las mujeres. Parte del movimiento y teóricas feministas dedicaron su labor a exigir el acceso de las mujeres a los mismos derechos reconocidos a los hombres y a visibilizar cómo la teoría había excluido constantemente a las mujeres. La crítica feminista puso en evidencia que no se trataba solamente de un debate entre igualdad formal y material[109], sino que la desigualdad jurídica de las mujeres tenía como trasfondo al patriarcado que estructuraba las relaciones sociales y al Estado. Existía cierto consenso entre las pensadoras feministas en que lograr la igualdad jurídica era insuficiente, se requería transformar las relaciones de poder, tanto personales como sociales.

Sin embargo, las propuestas para modificar esta situación variaban. Algunas pensadoras exigieron medidas tendientes a lograr la titularidad de los mismos derechos reconocidos a los varones y la igualdad de trato. En especial, garantizar la protección ante la discriminación en el ámbito público, educativo y especialmente en el acceso al mercado de trabajo. Se advertía la existencia de barreras legales que disminuían la capacidad civil de las mujeres, su autonomía, y les impedía el acceso al ámbito público. Su aporte fue importante porque impulsaron numerosas reformas legales tendientes a ampliar los derechos de las mujeres, pero fueron cuestionadas por adoptar una mirada puramente formal que no era suficiente para remover las desigualdades que vivían muchas mujeres.

Otras propuestas[110], complementarias a las anteriores en algunos casos, exigían la intervención activa del Estado con medidas específicas dirigidas a las mujeres para garantizar la igualdad de oportunidades a través de la discriminación positiva. Por lo general, se trataban de medidas concretas y temporales que tenían como objetivo lograr la igualación entre los sexos. Se advertía que tomar medidas especiales no significaba otorgar un trato discriminatorio puesto que existían factores históricos, sociales, económicos, culturales, que colocaban a las mujeres en una posición de desigualdad. Entre las acciones positivas las políticas de las cuotas fueron adoptadas en algunos países para garantizar el acceso de un porcentaje de mujeres a cargos políticos. En Argentina, en 1991 se dictó la Ley 20.012,

---

Por su parte desde el feminismo radical, Carole Pateman realiza una crítica hacia la teoría liberal partiendo de la importancia política de la diferencia sexual. Revisa y critica las teorías clásicas de contrato social, elaborada por autores como Rousseau, Lock y Hobbes, en las que se basan las democracias modernas. Véase PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1995.

Para profundizar sobre el tratamiento de la igualdad en la teoría y movimiento feminista, consultar: BODELON, E., "La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género", *Working Paper*, núm. 148, Institut de Ciences Politiques i Socials, Barcelona, 1998. Sobre las críticas hacia los postulados jurídicos, véase: CAMPOS RUBIO, A., *Mujeres y Derecho: Pasado y presente* I. Congreso multidisciplinar de la Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, Octubre de 2008; MESTRE, R., *La Caixa de Pandora: introducció a la teoria feminista del dret,* Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 2006.

[109] BODELON, E., "Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia" en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 36, 2002. Pp. 237-263.

[110] Consultar: OKIN, S., *Justice, Gender and the Family*, Ed. Basic Books, Nueva York, 1989; OKIN, S., *Women in western political thought*, Ed. Princeton University Press, New Jersey, 1979.

llamada *ley de cupos* que establece que las listas de candidatos para cargos electivos nacionales deberán tener como mínimo un 30 % de mujeres.

Por su parte, otras autoras[111] pusieron en evidencia la desigual distribución de recursos en base al género y los límites en la libertad que ello generaba a las mujeres. Enfatizaban en la desigual retribución salarial, las jornadas laborales más extensas al realizar las tareas de reproducción, la discriminación para acceder a ciertos puestos de trabajo, etc. Se hacía hincapié en la necesidad de garantizar la igualdad sustantiva de las mujeres, además de la formal. Es decir, que mas allá de la igualdad de partida (igualdad de oportunidades) se debía garantizar la igualdad sustantiva (de resultados). Hicieron especial hincapié en la interdependencia del sistema capitalista con el patriarcado.

Estos cuestionamientos y reinterpretaciones del principio de igualdad, fruto de las demandas de los movimientos feministas y de mujeres, tuvieron especial impacto en el ámbito internacional. En este contexto, un hito para los derechos de las mujeres fue la adopción el 18 de diciembre de 1979 de la CEDAW por la Asamblea General de ONU. La Convención significó el reconocimiento a nivel internacional de que, a pesar de la declaración de igualdad de todas las personas, existía desigualdad de hecho que afectaba a las mujeres y requería ser combatida. Para ello, los Estados se obligaron a asumir medidas especiales encaminadas a luchar contra la discriminación hacia las mujeres y acelerar la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres.

La CEDAW, en su primer artículo, define la discriminación contra la mujer como:

> Toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Dispone que la adopción de medidas especiales que tuviera dirigidas hacia la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, para lograr la igualdad de *iure* y *de facto* no podrá ser considerada discriminatoria para el resto de la población. Advierte que ello no se trata de una excepción a las normas de no discriminación e igualdad, sino un medio para hacer efectiva la igualdad sustantiva de las mujeres.

---

[111] Para un tratamiento más profundo sobre estas variantes consultar: JARAMILLO, I., "La crítica feminista al derecho, estudio preliminar", en WEST, R., *Género y teoría del derecho*, Ed. Siglo de Hombres Editores, Bogotá, 2000. Pp. 27-66. Autoras que representan estas miradas pueden ser Heidi Hartmann, Nancy Fraser, Helen Brown, etc. Ver: RESKIN, B. y HARTMANN, H., (ed.) *Women's work, men's work : sex segregation on the job,* Ed. Academic Press, Washington, 1986; EISENSTEIN, Z., "Developing a Theory of Capitalist Patriarchy and Socialist Feminism", en EISENSTEIN, Z., (comp.), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminsm*; HARTMANN, H., "Un matrimonio mal avenido: hacia una unión más progresiva entre marxismo y feminismo" en *Papers de la Fundación, 88*, Fundació Rafael Campalans, 1979.

En el artículo 4 se establecen dos tipos de medidas especiales diferenciadas: las de carácter temporal que tienen como objetivo lograr la igualdad sustantiva de las mujeres con los hombres y cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato. Luego, en el párrafo segundo, dispone medidas de trato no idéntico en base a las diferencias biológicas entre los sexos, tienen carácter permanente y hacen referencia a la protección de la maternidad.

Sobre las medidas especiales de carácter temporal el Comité de la CEDAW, señala:

> En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. **No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre.** También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. **En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias.** El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una **redistribución** de los recursos y **el poder entre el hombre y la mujer**"[112]

En esta Recomendación el Comité de la CEDAW da un paso adelante en el tratamiento del principio de igualdad hacia las mujeres. En primer lugar, cuestiona la igualdad formal al resaltar que se deben tener en cuenta los aspectos subjetivos de las personas y al advertir que las mujeres sufren discriminaciones al vivir en un contexto histórico determinado por el patriarcado. Para modificar esta situación hace mención tanto a la igualdad de trato como a la necesidad de generar igualdad de oportunidades, señalando que la igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva. Luego, advierte que en ciertas ocasiones será necesario otorgar un trato no idéntico para equilibrar las diferencias entre hombres y mujeres. Finalmente, señala la necesidad de redistribución de poder entre el hombre y la mujer como parte de la igualdad sustantiva.

En distintas Recomendaciones[113] también hace referencia a la discriminación tanto directa como indirecta que podía afectar a las mujeres. La directa es aquella que surge del contenido discriminatorio y/o las consecuencias discriminatorias que surgen de leyes, jurisprudencia, reglamentos, procedimientos, la jurisprudencia y las prácticas. La indirecta es aquella que afecta a las mujeres por la falta de capacidad y conocimientos de las institucio-

[112] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2005. II. Antecedentes: objeto y fin de la Convención, considerando núm. 8.

[113] Estos temas son tratados en la Recomendación núm. 28 y 33 de la CEDAW. Ver: Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, doc. CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015. Y proyecto de Recomendación general núm. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, doc. CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010.

nes estatales para tratar adecuadamente de las violaciones de los derechos humanos. O cuando un tratamiento neutral tuviera como resultado o efecto privarlas del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta las desigualdades preexistentes por motivos de género.

Así mismo, en el preámbulo establece que la eliminación "de todas las formas de racismo, discriminación racial, colonialismo, neocolonialismo, agresión, ocupación y dominación extranjeras y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados es indispensable para el disfrute cabal de los derechos del hombre y de la mujer". Por lo que introduce una mirada más amplia a las exclusiones que pueden vivir las mujeres según sus contextos.

Si bien ello importó un avance significativo para el reconocimiento de derechos de muchas mujeres, las concepciones de igualdad de trato y de oportunidades fueron cuestionadas desde algunos sectores feministas. Señalaban que estas políticas no lograban romper con la noción masculina de igualdad, que tenía como principal medida al varón, y por lo tanto era insuficiente para tratar las experiencias de las mujeres. Un caso paradigmático fue las dificultades que generó la regulación del embarazo en muchas legislaciones, algunas eran indiferentes al tema, otras lo trataron como una discapacidad o enfermedad reforzando así la mirada negativa hacia las experiencias de las mujeres[114]. El debate en torno a ello puso de manifiesto que la diferencia sexual de las mujeres (y las consecuencias que de ellas surgen, como el embarazo) era tratada como una excepción a la norma. Ante ello se exigía que, en virtud del principio de igualdad, se regularan ciertos hechos como parte de una situación biológica que vive parte de la humanidad y no como una cuestión excepcional.

Frente a estas limitaciones del principio de igualdad diversas pensadoras feministas comenzaron a reivindicar la diferencia sexual[115] de las mujeres y hombres. Señalaban que

[114] En Estados Unidos en la década de los 70, la discusión por el trato con relación al tema de embarazo generó distintos posicionamientos entre las abogadas feministas. Algunas consideraban que la igualdad formal requería que se considerara a la maternidad como cualquier otra incapacidad temporal. Otras, requerían un trato especial para las trabajadoras (permiso por maternidad) para poder procrear sin perder su puesto de trabajo. Sobre este tema consultar: OKIN, S., "La política y las desigualdades complejas de género", en MILLER, D. y WALZER, M., (comp.), *Pluralismo, justicia e igualdad*, FCE, México, 1997.

[115] Con relación al significado de la *diferencia sexual* existen diversas y divergentes interpretaciones en el ámbito feminista, tanto en el contexto anglosajón como italiano/europeo.

Una de las autoras más nombradas en este sentido es Carol Gilligan, quien realizó sus investigaciones en el campo de la psicología, pero sus aportes tuvieron un importante impacto en otras áreas y numerosas juristas desarrollaron sus propuestas a partir de su trabajo. En sus estudios Gilligan puso en evidencia las diferentes formas en que los varones y las mujeres se conciben a sí mismos y resuelven problemas morales. Demostró que cuando las mujeres son incluidas como sujetos de estudio y se descartan los marcos de referencia que solo toman los patrones masculinos, surge una perspectiva alternativa a la tradicional. La autora sostiene que el modelo masculino caracterizado por la abstracción, la objetividad y la ausencia de peso emocional constituye la voz dominante en el sistema jurídico occidental y que debe incorporarse la voz femenina. Propone que a la ética de la justicia (masculina), que busca que todas las personas sean tratadas por igual, se agregue la ética del cuidado (femenina) que busca que nadie resulte dañado. Ello no implica sustituir un sistema por otro sino incorporar valores femeninos que antes fueron excluidos.

Sus estudios fueron de gran importancia y distintas autoras lo han adoptado para desarrollar distintas propuestas. Encarna Bodelón explica cómo algunas autoras, que integran el llamado *feminismo culturalista*,

lo femenino había sido excluido y menospreciado a lo largo de la historia por el orden patriarcal que transformaba las diferencias en desigualdad. Por ello, advertían que la libertad de las mujeres no se conseguiría con la mera igualación en derechos ya que no modifica las estructuras de dominación sexista sino que las reafirma al pretender integrar a las mujeres a un mundo androcéntrico. Se las obligaba a asumir roles "masculinos" para pertenecer y permanecer en el modelo hegemónico.

Además, advertían que, tras las reformas legales, las reivindicaciones feministas habían cambiado el lenguaje utilizado y, en cierta medida, renunciaban a cambios más radicales a nivel social. Mientras que en un principio los movimientos feministas hablaban de opresión, subordinación y explotación para explicar la situación de las mujeres, la inclusión de las demandas en las agendas políticas fueron redefinidas en términos de igual tratamiento en el ámbito sexual. El nuevo lenguaje utilizado era el de la igualdad de derechos en comparación con los varones, ocultando que se trataban de disputas de poder. Lo que las legislaciones prohibían no era la opresión de las mujeres, sino su trato desigual.[116]

Por su parte, otras autoras cuestionaron los debates en torno a la igualdad y diferencia por considerarlos insuficientes para explicar la discriminación sexual hacia las mujeres. Catherine Mackinnon considera que tanto la pregunta sobre la igualdad como sobre el género son preguntas sobre la distribución de poder. Para la autora el género no es una cuestión de diferencia sino de supremacía masculina y subordinación femenina. Advierte que "el género es ante todo una desigualdad, construida como una diferenciación socialmente

---

han realizado una recepción más conservadora de los estudios de Gilligan. Identifican "la voz femenina" con la mujer biológica, lo que termina por imponer una visión esencialista de la mujer y finalmente reforzar los roles impuestos como femeninos (mujeres como personas sumisas, responsables y cuidadoras). Ver: BODELÓN, E., "Derecho y Justicia no androcéntricos" en *Quaderns de Psicologia, 12* (2), 2010, Pp. 183-193; GILLIGAN, C., "Con otra voz: concepciones femeninas del yo y la moralidad (1977)" en LÓPEZ DE LA VIEJA, M., *Bioética y Feminismo*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005. Pp. 15-56.

Por otra parte, en el ámbito europeo también se ha reivindicado la diferencia sexual pero desde una perspectiva distinta a la de Gilligan. El feminismo de los años 70, con el referente de la Librería de Mujeres de Milán, prepone dejar de medir a las mujeres en base a referentes masculinos y advierte que el par igual de una mujer es otra mujer. Para estas pensadoras hacer hincapié en la diferencia sexual no remite a un aspecto identitario (lo femenino), sino a una posición en el orden del discurso. Se advierte que la marca de la diferencia sexual ha sido eliminada en beneficio de un sujeto falsamente neutral y que la experiencia de las mujeres ha sido constantemente excluida. Por ello se critica el modelo de la igualdad porque ha sido construido en base a la exclusión de las mujeres. Se propone priorizar desde donde se realiza el enunciado e "intervenir en el orden de lo simbólico", según Luce Irigaray. La diferencia sexual, no es entendida como un problema a resolver sino como un valor.

Autoras que comparten esta mirada: Luce Irigaray, Hélène Cixous, Luisa Muraro, Carla Lonzi, Françoise Collin, etc. Para un tratamiento más profundo consultar: BIRULÉS, F., *Entre actes. Entorn de la política, el feminisme i el pensament,* Ed. Tinta Fèmina, 2014; IRIGARAY, L., *Ética de la diferencia sexual*, Ed. Ellago, Castellón, 2010; MURARO, L., *El orden simbólico de la madre*, Ed. Horas y HORAS, Madrid, 1994.

[116] HOLTMAT, R., "De igual tratamiento a igual derecho" en HEIM, D. y BODELÓN, E., (coord.) *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras androcéntricas*, vol. I, Grupo Antígona y Donas y Dret, Universitat Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010. Pp. 191-210.

relevante para mantener esa desigualdad en su lugar, las cuestiones de desigualdad sexual son cuestiones de dominación sistemática, de supremacía masculina"[117].

Para la autora la discriminación sexual hacia las mujeres responde a un sistema de dominación donde los varones tienen el poder de oprimirlas a través del control de las instituciones, tanto legales como sociales y culturales, y fundamentalmente a través del control sobre sus cuerpos. Sostiene que en las sociedades liberales ha prevalecido el punto de vista masculino, que al ser dominante, funciona como el estándar objetivo que el derecho legitima y contribuye a invisibilizar. A través del pensamiento legal esta dominación está hecha para parecer un rasgo de la vida y no una construcción impuesta unilateralmente. Si bien algunos Estados liberales presumen que la igualdad entre los sexos es una norma básica de la sociedad, no consideran el poder masculino existente, ya que las reglas de familia y costumbres sexuales garantizan el control y acceso sexual de los hombres como grupo.

El Estado incorpora estos hechos del poder social bajo la forma de derecho y contribuye a institucionalizar tanto al poder de los hombres sobre las mujeres como al poder mismo en su forma masculina. Para Mackinnon las formas masculinas de poder están materializadas como derechos individuales en el ordenamiento jurídico.

Cuestiona el principio de igualdad liberal ya que crea tensión con el concepto de sexo, que presupone diferencia entre hombres y mujeres. La igualdad es entendida como identidad pero la diferencia sexual hace que las mujeres no estén en igualdad de condiciones. Para la autora esta diferencia no es ontológica, sino epistemológica. Es decir, surge de una primera exclusión y por ello, asumirla como algo que debe protegerse implica reforzar la exclusión hacia las mujeres. La igualdad entre los sexos se convierte en una especie de oxímoron, que deja pocas alternativas puesto que defender la igualdad, como identidad, implica negar la subordinación de las mujeres y defender la diferencia implica reforzarla.

Por ello se muestra crítica con el principio de igualdad liberal al considerar que lo que el Derecho hace es presuponer que existe tal igualdad a nivel social, o en el mejor de los casos, solo reconocer la igualdad jurídica a quienes ya la tienen en el ámbito social. Para la autora, esta idea de igualdad concuerda con el punto de vista de la cultura dominante, que es la del *hombre blanco*. Este principio es invocado para afirmar valores culturales específicamente blancos y masculinos como "el estándar". Así, la igualdad se ha transformado en el derecho a ser tratado como el hombre blanco cuando alguien puede demostrar que *es* como él.

Sin embargo, este estándar, para Mackinnon, lejos de ser neutral es racista y sexista, porque exige demostrar a la persona que invoca la discriminación que posee lo que socialmente se consideran calificaciones blancas y masculinas (educación, credibilidad, dinero).

[117] MACKINNON, C., *Feminismo inmodificado: Discursos sobre la vida y el derecho*, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014. Pág. 74.

Advierte que "el sentido de la igualdad para el hombre blanco es ser igual a él, lo cual es lo mismo que ser lo mismo que él. Este sentido de la igualdad no valora ninguna distinción cultural o sexual, excepto la suya"[118].

Ante ello, según la autora, bajo estos parámetros las mujeres solo podrían encontrar la igualdad dentro "de la esclavitud de la sociedad civil"[119]. Es decir, no serían liberadas si no solo habilitadas para someterse voluntariamente al orden social dominante. Advierte que la igualdad abstracta liberal socava la desigualdad sustantiva, pero al mismo tiempo la refuerza. Coloca el siguiente ejemplo:

> Las mujeres que sexualmente eligen a las mujeres pueden desafiar la posición de las mujeres en tanto seres sobre los que se actúa sexualmente. Esta elección socava la exclusividad automática del acceso sexual masculino a las mujeres. Pero siempre que el género siga siendo un sistema de poder, y las mujeres sigan siendo las que tienen menos poder, como cualquier otro beneficio de la igualdad abstracta, esta opción quedará limitada solo a aquellas mujeres que tengan el poder necesario para implementarla… El precio de esta llamada igualdad abstracta es la lealtad hacia y la defensa del sistema sustantivo que entrega a todas las mujeres, como clase, a los hombres.[120]

Ante esta situación, propone anteponer una visión que esté definida en términos femeninos y tenga en cuenta la experiencia concreta de las mujeres, que ha sido sistemáticamente excluida. Para Mackinnon es necesario un sistema de justicia separado y aboga por el desarrollo de la *jurisprudencia feminista,* puesto que no hay lugar para ellas en el actual paradigma legal masculino por lo que las reformas jurídicas no aportarán soluciones significativas. La importancia de su propuesta radica en haber desplazado el énfasis por la reforma legal para concentrarse en cuestiones filosóficas y metodológicas relacionadas con el Derecho. Ello permitió el desarrollo de la teoría jurídica feminista y aportó nuevas herramientas críticas y novedosas formas de acción política.

Sin embargo, su propuesta ha sido cuestionada en distintos aspectos. Carol Smart[121] advierte que con ella se perpetúa la noción del Derecho como unidad que se impone de una misma manera y con los mismos efectos para todos los varones. Tanto varones como mujeres son considerados como una unidad homogénea, como una categoría fija y abstracta. Los primeros se benefician de modo sistemático de un sistema fundado en valores pretendidamente universales, y las otras se perjudican siempre. Sin embrago, para Smart en el mundo real los hombres y las mujeres se encuentran en posiciones muy diferentes y su condición de vida no solo está determinada por el sexo biológico. La interpretación de Mackinnon

---

[118] MACKINNON, C., *Feminismo inmodificado…Op. Cit.* Pág. 102.
[119] MACKINNON, C., "Hacía una teoría feminista del Derecho" en *Revista Derecho y Humanidades*, año II, núm. 3 y 4, Universidad de Chile, 1993. Pág. 159.
[120] MACKINNON, C., *Feminismo inmodificado…Op. Cit.* Pág. 33.
[121] SMART, C. "La teoría feminista y el discurso jurídico" en BIRGIN, H., (Comp) *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000. Pág. 37. Para profundizar sobre las propuestas de esta autora, consultar: SMART, C., *Feminism and the Power of Law,* Ed. London and New York, Routledge, 1989; SMART, C., *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*, Ed. Sage Publications, London, 1992.

excluye otros vectores que intervienen en la vida de las personas y que la posicionan de una diferente manera, como la clase social, raza, origen, religión, etc. Para Smart una defensa extrema de estos aspectos llegaría a convertir en incongruente el proyecto feminista porque sería imposible cambiar la situación social de las mujeres.

6. REFLEXIONES FINALES

A lo largo del capítulo se ha reflexionado cómo el Estado argentino se forjó a partir de la negación de la diferencia cultural existente en el territorio y la exclusión de la participación de las mujeres en el ámbito público. En ambos casos el Derecho desarrolló un papel importante para legitimar tales exclusiones. La interpretación del principio de igualdad ha servido en diversas ocasiones para neutralizar tanto las demandas indígenas como feministas.

Al reflexionar, junto a las propuestas teóricas de autores y autoras decoloniales, sobre el impacto de la colonialidad del poder y su rearticulación a través de los años, se pretende señalar que la exclusión que viven los pueblos indígenas responde a algo más que una cuestión de discriminación. Para poder garantizar el ejercicio de sus derechos se debe iniciar un proceso de descolonización de las estructuras estatales y por ende jurídicas. Puesto que la independencia de la Corona Española no significó un proceso de descolonización sino de rearticulación de la colonialidad del poder.

Como advierte Catherine Walsh[122] el reconocimiento de derechos especiales debe estar dirigido a cambiar las estructuras institucionalizadas que mantienen y reproducen la racionalidad de la modernidad como norma ontológica. Y en este aspecto, como apunta Rita Segato, es necesario nombrar la raza y enfrentarse a su significado político como una estrategia de lucha en el camino a la descolonización.

Por su parte, este proceso descolonizador debe realizarse teniendo la articulación de la raza con el género y clase. Como lo han señalado las autoras feministas la exclusión de las mujeres responde a una cuestión más profunda relacionada con el sistema patriarcal que estructura tanto las relaciones sociales, culturales como políticas. Por ello para estudiar la situación y derechos de las mujeres indígenas debe tenerse en cuenta cómo estos ejes se entrecruzan e interactúan.

En las últimas décadas fruto de las luchas indígenas y feministas se han producido importantes cambios normativos dirigidos a reconocer sus derechos. En Argentina con el retorno de la democracia en 1983 se desarrolló una importante labor política tendiente a reconocer y garantizar los derechos humanos luego de dictadura cívico militar. Ello generó una renovada discusión sobre cómo debía ser la relación entre el Estado y los pueblos indígenas y mujeres. Si bien existe un importante *corpus* normativo tras las reformas, en espe-

[122] WALSH, C., *Interculturalidad, Estado, Sociedad: luchas (de)coloniales de nuestra época*, Ed. Ayba Yala, Quito, 2009. Pág. 175.

cial la de la Constitución de 1994, distintas autores y autoras[123] consideran que la matriz constitucional no ha sido alterada.

[123] Véase: RAMÍREZ, S., *Matriz constitucional, Estado intercultural… Op. Cit.* Pág. 271 y ss.

CAPÍTULO 3. MARCO JURÍDICO

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se analiza cómo fue la relación de los pueblos indígenas y el Estado argentino durante el proceso de creación del Estado. A pesar del reconocimiento de igualdad formal, se desarrollaron políticas de exterminio, asimilación y explotación hacia los miembros de las comunidades indígenas. Ello bajo la construcción de una idea de nación culturalmente homogénea que permitió la consolidación del Estado argentino.

Con el transcurso de los años la relación entre los pueblos indígenas y el Estado argentino fue cambiando. Tras la vuelta de la democracia se inició un proceso de diálogo social donde los pueblos indígenas tuvieron una mayor participación en el ámbito público. Ello permitió que parte de sus demandas fueran incluidas en la reforma constitucional del 1994, primera enmienda significativa tras su sanción en 1853. Además, se adoptaron instrumentos internacionales sobre derechos indígenas que complementaron la reforma constitucional.

Sin embargo, junto a este reconocimiento de derechos se desplegaron una serie de medidas económicas tendientes a lograr una mayor apertura económica para facilitar las importaciones y las inversiones extranjeras. Siguiendo las formulas del Consenso de Washington, durante la década de los 90 se profundizaron estas políticas lo que tuvo un impacto negativo sobre la población más empobrecida, entre ella los pueblos indígenas. Esta situación llegó al punto más grave a finales de 2001 cuando el Estado argentino se declaró en banca rota y más de un 50% de la población se encontraba en situación de pobreza.

Así, se presenta una gran paradoja: mientras se reconocen derechos a los pueblos indígenas, por un lado; al mismo tiempo se profundiza sobre un modelo económico que les genera mayor pobreza y exclusión.[1] En este contexto se estudia el marco jurídico que protege los derechos los pueblos indígenas, tanto en el ámbito nacional como internacional para indagar qué elementos contribuyen a una mayor protección de sus derechos y cuáles son los límites de tal reconocimiento.

En la primera parte se analiza la legislación nacional que fue modificada con la reforma constitucional de 1994. Se reconoció la preexistencia étnica de los pueblos indígenas y su calidad de sujetos colectivos, junto a una serie de derechos dirigidos a garantizar su identidad e integridad cultural. Además, se ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas y se apoyó la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[1] Para profundizar sobre esta cuestión, consultar: STEGER, M. y ROY, R., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Ed. Alianza, Madrid, 2011. Capítulo 1 y 5; STIGLITZ, J., *El malestar en la globalización*, Ed. Taurus, Madrid, 2002; CEPAL, *Reformas para América Latina: Después del fundamentalismo Neoliberal*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2005; FRENCH-DAVIS, R., "América Latina después del «Consenso de Washington»" en *Quórum: Revista de pensamiento iberoamericano*, núm. 18, 2007.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico argentino presenta limitaciones que se reflejan en el debate del derecho penal acerca del reconocimiento de la diferencia cultural en este ámbito. El estudio del marco jurídico y de las propuestas desarrolladas por la doctrina penal muestra la dificultad de los operadores jurídicos para acoger la multiplicidad de reformas realizadas en los últimos años y darle cabida dentro del ordenamiento jurídico.

Luego, se estudia el Derecho internacional de los derechos humanos que dispone de un importante *corpus iuris* que protege los derechos de los pueblos indígenas. En especial en el ámbito americano donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una importante labor jurisprudencial. A pesar de los grandes aportes en este ámbito, este *corpus* presenta una serie de limitaciones que deben ser mencionadas.

Por último, se estudian los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador que presentan novedades al haber realizado mayores reconocimientos de los derechos de los pueblos indígenas. Se presentan ambos procesos con el objetivo de dar respuesta a los límites de la reforma constitucional argentina y a los interrogantes que el análisis del ámbito internacional genera.

2. DERECHO CONSTITUCIONAL

2.1. Ciclos constitucionales en América Latina

Durante las últimas décadas numerosas Constituciones latinoamericanas y legislaciones nacionales fueron modificadas como respuesta a una serie de reivindicaciones por parte de los movimientos indígenas locales. El grado y profundidad de los cambios en las normativas constitucionales dependió en gran medida de la situación de cada país pero en general significaron el reconocimiento de parte de las demandas indígenas. Raquel Yrigoyen[2] distingue tres ciclos de reformas desde 1980 a 2010 donde opera un progresivo reconocimiento de derechos y la introducción de nuevos conceptos.

En el primer ciclo, al que denomina *constitucionalismo multicultural*, se encuentran las constituciones que reconocen derechos indígenas antes de la adopción del Convenio 169 de la OIT como la de Guatemala, de Nicaragua y Brasil. A este periodo lo caracteriza por la introducción del derecho a la identidad cultural, tanto individual como colectivo, el recono-

[2] YRIGOYEN FAJARDO, R., "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización" en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (Coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011; YRIGOYEN FAJARDO. R. (Ed.), *Pueblos Indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina*, Ed. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010.
Por su parte, Cletus Barié además de las políticas multiculturales y plurinacionales menciona a las políticas indigenistas, que tenían como objetivo facilitar la integración de los pueblos indígenas a la sociedad dominante. Estas políticas fueron cuestionadas por su carácter paternalista y por ser desarrolladas de forma unilateral por parte del Estado, sin atender a las exigencias de los pueblos indígenas. Consultar: BARIE, C., "Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza" en *Revista de Estudios Latinoamericanos*, México, 2014.

cimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad y otros derechos específicos para los pueblos indígenas. Así, la Constitución de Guatemala de 1985 reconoce "el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a su valores, su lengua y sus costumbres" además de derechos específicos para grupos étnicos y comunidades indígenas. En 1987 la Constitución de Nicaragua reconoce la naturaleza multiétnica del pueblo y señala que las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley. Se les reconoce el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural; a dotarse de sus propias organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones.

A partir de la década de los 90, luego de la adopción del Convenio 169 de la OIT, numerosos países comienzan a realizar cambios más profundos en sus constituciones dando lugar a lo que algunos autores y autoras llaman c*onstitucionalismo pluricultural*. En este periodo las constituciones afirman el derecho a la identidad y la diversidad cultural y además introducen nuevos conceptos como "nación multiétnica/multicultural" y de "Estado pluricultural". Si bien la extensión de estos reconocimientos varía según el país, las constituciones que incorporan este modelo son las de Colombia (1991), México y Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia y la Argentina (1994), Ecuador (1996 y 1998) y Venezuela (1999).

Durante este ciclo algunas constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico lo que supone el reconocimiento de las autoridades, normas, funciones jurisdiccionales y derecho consuetudinario indígena. También se incorporan listados de derechos como el derecho a la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre las tierras, la consulta y nuevas formas de participación, la declaración de oficialidad de las lenguas indígenas, etc.

La Constitución de Paraguay garantiza el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica, a la propiedad comunitaria, a la participación en la vida económica, social, política y cultural del país de acuerdo con sus usos consuetudinarios, etc. El artículo 2 de la Constitución mexicana sostiene que la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Constitución de Perú consagra que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural y que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. También fomenta la educación bilingüe e intercultural según las características de la zona.

Cletus Gregor Barié[3] advierte que estas constituciones combinan el reconocimiento de las identidades étnicas con reformas de políticas de democratización y promoción de mecanismos del mercado que posibilitan políticas económicas neoliberales[4]. Es decir, por

[3] BARIE, C., "Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia… *Op. Cit.* Pág. 12.

[4] El informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz, caracteriza al neoliberalismo como "un paradigma económico que defiende el poder de las fuerzas de mercado y argumenta que, desregulados, los mercados permitirán que se produzca un desarrollo mundial. La prevalencia

un lado, se proclama la naturaleza multicultural de las sociedades y a los pueblos indígenas como colectividades distintas y subestatales. Además, reconocen una serie de derechos económicos, sociales y culturales y consideran a los pueblos indígenas como sujetos de derechos, no como meros objetos de políticas públicas. Sin embargo, por otro lado, realizan una serie de reformas destinadas a promover "la apertura económica". En este sentido, Marco Aparicio[5] advierte cómo algunos cambios constitucionales de este periodo se trataban más bien de procesos de re-legitimación para que los regímenes políticos profundizaran el camino del desarrollo siguiendo un modelo neoliberal. Menciona como ejemplo las constituciones colombiana de 1991 y ecuatoriana de 1998.

La Constitución de Colombia define al Estado como social de derecho, organizado bajo la forma de República democrática, participativa y pluralista. En el artículo 7 dispone que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Además, incorpora un listado de derechos económicos, sociales y culturales, reconoce derechos colectivos y la autonomía de las entidades territoriales indígenas. Al mismo tiempo, durante los primero años de la década de los noventa se desarrolló un proceso de "apertura economía" que, según el autor, desplazó por completo el desarrollo normativo necesario para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la reforma constitucional.

Así, el reconocimiento constitucional de la pluralidad no generó la transformación pluralista de la organización institucional, ni de los modos de producción jurídica. Para Aparicio las reformas constitucionales de este ciclo significaron el reconocimiento de derechos colectivos indígenas, entendidos como concesión del poder político al ejercicio de cierto grado de autonomía, siempre y cuando no contradijeran los derechos individuales liberales.

En el tercer ciclo, llamado *constitucionalismo plurinacional*, se encuentran las Constituciones de Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008). Los cambios fueron más significativos porque no solo reconocen derechos a los pueblos indígenas sino que realizan modi-

---

del neoliberalismo aumentó en las últimas décadas del siglo XX y se infiltró en la política de desarrollo. El ingreso de inversiones extranjeras directas en los territorios indígenas para explotar los recursos minerales y establecer proyectos de megainfraestructura sin el consentimiento libre, informado y previo de los ciudadanos afectados por la liberalización y la desregulación del mercado ha llevado a que se produzcan violaciones sistemáticas de los derechos sobre las tierras y la libre determinación de los indígenas. El predominio mundial del neoliberalismo ha conducido a un desarrollo medido por cifras globales de crecimiento, pero que concede muy poca importancia al hecho de que tal desarrollo desemboque en una reducción de la desigualdad o un alivio de la pobreza, por lo que perjudica en gran medida a los grupos vulnerables, como los pueblos y las mujeres indígenas. Otra forma en la que el neoliberalismo ha afectado a los pueblos y mujeres indígenas se refiere a las políticas de ajuste estructural del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial." (Pág. 20, Párrafo 68 y 69. ONU, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, doc. A/HRC/30/41, 6 de agosto de 2015).

[5] APARICIO, M., "Nuevos avances del poder constituyente democrático: aprendiendo del sur" en AA.VV. *Por una Asamblea Constituyente: Una solución democrática a la crisis*, Ed. Sequitur, Madrid, 2012. Pp. 97-129.

ficaciones en la organización de las instituciones estatales. Se declara la plurinacionalidad del Estado y se pretende avanzar hacia un pluralismo legal igualitario. Estos procesos constituyentes se desarrollan en el contexto de la aprobación de la Declaración de ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Para Cletus Gregor Barié este ciclo implica un tránsito de la pluriculturalidad a la plurinacionalidad, ya que tienden a realizar cambios interculturales en la propia estructura del Estado y de la sociedad. No solo se reconoce la existencia de grupos culturales sino que se realizan cambios institucionales para acogerlos. La constitución de Bolivia menciona la refundación del Estado y la de Ecuador caracteriza al Estado como intercultural y plurinacional. Además, se introducen una serie de principios indígenas para orientar la actividad estatal. El autor considera que este es el último ciclo de reformas ya que en la región no se advierten las condiciones para avanzar en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas debido a la fuerte oposición de los grupos económicos y políticos. Por lo que considera que las Constituciones de Ecuador y Bolivia serán la vanguardia en materia constitucional por un largo periodo.

2.2. El Derecho Constitucional argentino

En Argentina la reforma de la Constitución en 1994 constituye un hito en la historia constitucional argentina puesto que fue la primera modificación importante luego de su sanción en 1853. Si bien existieron diferentes enmiendas (1866, 1898, 1949 y 1957) en 1994 fue la primera vez que se realizó una reforma de mayor envergadura.

Aunque con anterioridad la Constitución nacional hacía mención a *los indios*, la reforma del 1994 incorpora una nueva perspectiva al reconocerles derechos en su dimensión colectiva, como *pueblos*. En el artículo 75 inc. 17, establece que corresponde al Congreso:

> Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.
>
> Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad 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 afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Por su parte, en el inciso 19 establece como función del Congreso dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural. En el ámbito provincial, la Constitución de Salta señala que la Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta y garantiza el respeto a su identidad.

La introducción del inciso 17 no produjo profundos debates por parte de la doctrina argentina, que en general se muestra indiferente hacia la temática indígena en comparación

con otros Estados de la región. De manera subsidiaria se generó cierto debate con relación a la operatividad de los derechos consagrados en este inciso. Algunos autores sostuvieron que estos derechos no podían ser invocados directamente sino que necesitaban de una norma posterior del Congreso.[6] Sin embargo, la mayoría de la doctrina realiza una interpretación contraria.

Quiroga Lavier sostiene que la Convención constituyente había reconocido esos derechos y que la existencia de los mismos no podía quedar sometida al arbitrio de los legisladores.[7] Para Bidart Campos[8] la operatividad surge directa y automáticamente de la cláusula constitucional por lo que su aplicabilidad no demanda ley alguna aunque deja sitio para el desarrollo normativo. También la jurisprudencia de los tribunales nacionales y provinciales realiza esta interpretación.[9] La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en los autos "Comunidad Indígena del Pueblo Wichí Hoktek T´oi – Lapacho Mocho – c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de Salta s/Acción de Amparo", dice:

> … la Corte provincial examinó la cláusula constitucional aludida. Así, expresó que a partir de la admisión de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, se estableció "el reconocimiento a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan" y se dispuso "asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten", lo que a su entender constituía un núcleo normativo operativo...[10]

En este sentido, el Eugenio Frites señala:

---

[6] Es el posicionamiento de Juan y Fernando Segovia, Miguel Ekmekdjian, Gregorio Badeni, entre otros. Consultar: EKMEKDJIAN, M., *Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*", tomo IV (arts. 42 a 86), Ed. Desalma, Buenos Aires, 1997; BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

[7] QUIROGA LAVIÉ, H., *Constitución de la Nación Argentina comentada,* Ed. Zavalía Editor, Buenos Aires, 1996. Pág. 403. Más autores que adoptan esta mirada: FRITES, E., *El derecho de los pueblos indígenas*, Ed. PNUD, Buenos Aires, 2011; GOMIZ, M. y SALGADO, J., *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, Ed. Observatorio de Derecho Humanos de Pueblos Indígenas y IWGIA, 2010, Neuquén; RAMÍREZ, S., *Matriz Constitucional, Estado Intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2015.

[8] BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada,* t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003; BIDART CAMPOS, G., "Dictamen del Dr. Germán Bidart Campos sobre derechos hereditarios y propiedad comunitaria de la Comunidad Mapuche Vera", Instituto de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio I. Gioja", Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, s/f.

[9] En su obra Frites realiza una compilación sobre la sentencias de distintos Tribunales argentinos que hacen mención al artículo 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, a su operatividad y al deber del Estado argentino de reconocer la diversidad cultural de los pueblos originarios en distintos ámbitos. FRITES, E., *El derecho de los pueblos… Op. Cit.* Para un análisis de la jurisprudencia argentina, ver: CHIACCHIERA CASTRO, P., *La cuestión indígena. Análisis de la jurisprudencia de la C.S.J.N.*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009; ALVAREZ, L., *Derechos a la diferencia. El caso indígena en el discurso jurídico argentino*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2013.

[10] CSJN, "Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo - recurso de apelación", Fallo 326:3258, 08 de septiembre de 2003; CJS, "Comunidad indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi vs. Secretaria de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable – Amparo – Recurso de Apelación", Expte. Nº CJS 22.408/01, 29 de noviembre de 2002.

> Resulta claro, y con poco margen para la discusión, el reconocimiento de la operatividad de la normativa emanada del art. 75, inc. 17 de la Constitución nacional. Interpretaciones jurídicas en torno a la característica programática y no operativa de este resultan a estas alturas de la evolución del constitucionalismo, mociones arcaicas y con un trasfondo de intereses oscuros y contrarios a lo que la salud de una verdadera sociedad pluralista requiere.[11]

Uno de los aspectos más destacados de la cláusula es el reconocimiento de la calidad de *pueblos* indígenas, ya que con anterioridad se los mencionaba como *indios*. Esta calificación significa el reconocimiento de su dimensión colectiva, como pueblos diferentes. Aunque algunos autores, como Bidart Campos[12], consideren que la palabra pueblo debe ser entendida como equivalente a población. En la actualidad, no hay dudas que el término debe interpretarse de acuerdo a lo establecido por el Derecho internacional en materia indígena, donde se consagra expresamente su derecho a la libre determinación.[13] Sobre este aspecto se trata más adelante.

El reconocimiento de la *preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos* ha sido interpretado por parte de la doctrina y jurisprudencia[14] como el reconocimiento del carácter plurietnico y pluricultural del Estado argentino. Esta interpretación es mantenida en determinados ámbitos estatales como el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología que en sus materiales de educación señala que el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas significa "considerarlos oficialmente como pueblos dentro del Estado nacional, con identidad propia y con derechos colectivos que se derivan de su presencia histórica y contemporánea"[15]. Para Cletus Barie[16] del inciso 19 se desprende el concepto multicultural de la "argentinidad" ya que hace referencia al apoyo de la identidad y pluralidad cultural.

Sin embargo, la cláusula constitucional contiene una serie de limitaciones que dificultan su aplicación. En primer lugar, como señala Marco Aparicio, la reforma realiza una remisión legal, es decir, la Constitución no reconoce la preexistencia étnica y cultural sino que encomienda tal reconocimiento al Congreso nacional.[17] Además, los derechos no se

---

[11] FRITES, E., *El derecho de los pueblos… Op. Cit.* Pág. 84.
[12] BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada*… Pág. 531.
[13] En este sentido, es importante mencionar que la reforma de 94, en el art. 75 inc. 22 reconoce jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos y dispone cuales son los requisitos para que los tratados adquieran tal jerarquía. Igualmente establece que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes.
[14] MOREIRA, M., *El derecho de los pueblos originarios... Op. Cit*; GARCÍA VITOR, E., "Culturas diversas y sistema penal" en *Derecho Penal...Op. Cit.;* FRITES, E., *El derecho de los pueblos indígenas… Op. Cit.*
[15] Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, Argentina, Educar: Recursos para el aula, Pueblos indígenas http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD9/contenidos/recursos/pueblos-originarios/introduccion/ Fecha de consulta: 04/06/2016.
[16] GREGOR BARIÉ, C., *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama,* Ed. Abya Yala, 2003. Pág. 116.
[17] APARICIO, M., *Los Pueblos Indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2002. Pág. 96.

encuentran consagrados en la parte dogmática de la Constitución, que contiene las declaraciones, derechos y garantías, sino en la orgánica que describe las competencias de los poderes del gobierno federal y provincial, específicamente en el capítulo cuarto que describe las atribuciones del Congreso.

Ello responde a que la Ley 24.309[18], que declaraba la necesidad de una reforma parcial de la Constitución, facultó a la Convención Constituyente a adecuar los textos a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Sin embargo, establecía que no podían ser introducidas modificaciones a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

Esta limitación coincide con las observaciones de Bartolomé Clavero[19] al advertir que las reformas constitucionales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas en América Latina no suelen ubicarse en el capítulo de derechos. Se tratan más bien de meras reformas que no alteran el diseño constitucional de los poderes, ni alteran los planteamientos de fondo. Aunque a que la norma se encuentre en la sección dedicada al poder Legislativo, para Bidart Campos[20], obliga también al Ejecutivo y Judicial porque se trata de una expansión del sentido del plano axiológico a la parte orgánica.

A pesar de la interpretación de Bidart Campos, tras la reforma constitucional no se han generado cambios significativos en el ordenamiento jurídico para adaptarlo al reconocimiento de la pluralidad cultural y preexistencia étnica de los pueblos indígenas. La cláusula constitucional no establece los medios para garantizar lo dispuesto ni se han creado los mecanismos necesarios para articular las tensiones que pudieran surgir ante el reconocimiento de los nuevos derechos. Roberto Gargarella[21], al estudiar los 20 años de la reforma constitucional, advierte la existencia de una serie de problemas que surgen del *poco feliz ensamble entre "lo nuevo" y "lo viejo"* dispuesto por la Constitución. Señala que muchas de las cláusulas y modificaciones que se incorporaron no tuvieron en cuenta la relación con las cláusulas ya existentes, "las viejas", que son las más establecidas. Al incorporar los derechos indígenas no se ha considerado cómo acomodarlos con los demás derechos reconocidos en la Constitución.

Para Gargarella, si bien la Constitución ha actualizado la sección de derechos ha mantenido intacta la organización del poder que sigue apegada a un modelo del siglo XVIII. Señala:

---

[18] Ley 24.309 *Constitución Nacional. Declaración de la necesidad de su reforma.* Publicada en el Boletín Oficial el 31/12/1993. Artículo 3 y 7.

[19] CLAVERO, B., "Supremacismo cultural, Constituciones de Estado y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas" en CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (eds.), *El desafío de la declaración, historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas*, Copenhague, 2010. Pág. 369.

[20] BIDART CAMPOS G., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. VI, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997. Pág. 377.

[21] GARGARELLA, R., "Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después" en *Revista argentina de Teoría Jurídica*, vol. 15, 2014. Pág. 8.

> ... lamentablemente, y como era de esperar, ambos compromisos no van bien juntos y, lo que es peor –y como era previsible- una más bien retrógrada organización del poder no aparece al servicio de - sino que más bien tiende a obstruir- los deseados avances expresados en las nuevas configuraciones de derechos. Nuestros constituyentes -como la mayoría de los constituyentes latinoamericanos, en este último siglo y medio- han optado por concentrar sus esfuerzos en la introducción de cambios en la esfera de los derechos, dejando intocada la vieja "sala de máquinas" de la organización del poder.[22]

Además, como advierte Silvina Ramírez[23], solo existe un artículo en la Constitución que trata la temática indígena lo que muestra la escasa centralidad del tema en claro contraste con otras constituciones donde los cambios presentaron una mayor transversalidad. De la misma forma, la doctrina argentina ha mostrado cierta indiferencia a los cambios introducidos por la reforma del 94 en materia indígena, habiéndolo tratado solo de manera subsidiaria. Esto queda reflejado en algunas sentencias de los tribunales de justicia donde existe desconocimiento e incluso resistencia para reconocer los derechos de los pueblos indígenas.

Así, las reforma constitucional y ratificación de los tratados de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad generaron cierta "inflación de derechos"[24] sin articular los mecanismos necesarios para hacerlos efectivos, ni reorganizar la distribución del poder necesaria para dar contenido al reconocimiento del Estado pluricultural. Luego de la reforma constitucional quedó pendiente la revisión del derecho constitucional, administrativo, civil, penal, procesal, etc., para acoger los nuevos derechos y atribuciones reconocidas a los pueblos indígenas. En este sentido, resulta representativa la reforma del Código Civil en 2014 que fue realizada sin consultar a los pueblos indígenas sobre su contenido y el ante-proyecto presentaba serias limitaciones en el reconocimiento la propiedad indígena, como se analiza más adelante al tratar la participación de los pueblos indígenas en el capítulo cuarto.

En este sentido, Rodolfo Stavenhagen menciona la "brecha de implementación" [25] para explicar la distancia existente entre los derechos reconocidos y la realidad cotidiana de los pueblos indígenas. También propone esta expresión para explicar el vacío entre la legislación y la práctica administrativa, jurídica y política de los Estados. En sus diferentes informes[26] hacía referencia a los múltiples obstáculos que debían enfrentar los pueblos indígenas para la aplicación y cumplimiento de la normativa. Obstáculos que exigían una mayor acción estatal, más allá de las reformas jurídicas y el reconocimiento de derechos.

---

[22] GARGARELLA, R., "Un breve balance de la reforma constitución… *Op. Cit*. Pág. 11.
[23] RAMÍREZ, S., *Matriz Constitucional, Estado Intercultural… Op. Cit.* Pág. 269.
[24] YRIGOYEN FAJARDO, R., "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización" en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (Coord.), *El derecho en América Latina… Op. Cit.* Pág. 193 y ss.
[25] Consejo Económico y Social, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, los derechos humanos y las cuestiones indígenas, doc. E/CN.4/2006/78, 16 de febrero de 2006.
[26] STAVENHAGEN, R., *Los pueblos indígenas y sus derechos*, Ed. UNESCO, México, 2008. Pág. 115.

2.3 Criticas al multiculturalismo liberal

Con independencia de aspectos de técnica jurídica, el reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas en la Constitución argentina presenta una serie de limitaciones que responden a aspectos estructurales. A cuestiones que coinciden con las críticas que se han realizado a las políticas del multiculturalismo liberal[27].

En primer lugar, se apunta al hecho que el reconocimiento a la diversidad opera en contextos de profundización de políticas económicas que limitan los derechos de los pueblos o grupos sociales a los que su diferencia les es reconocida. En este sentido, hay quienes consideran que el reconocimiento de derechos surge como respuesta a las políticas neoliberales. Es decir, frente a una mayor movilización de los movimientos sociales ante las políticas económicas desplegadas, los Estados ceden y reconocen derechos.

Sin embargo, otros autores y autoras[28] consideran que lejos de ser antagonista al derecho, las políticas neoliberales tienen una continuidad con el reconocimiento de los derechos humanos e indígenas. A través de las políticas multiculturales se reconoce un paquete mínimo de derechos culturales, aquellos que no implican grandes riesgos, y se rechazan con igual fuerza el resto. Así, para Wendy Brown[29], los derechos podrían volverse un discurso regulatorio, un medio de obstrucción y cooptación de las demandas políticas más radicales. Además de fragmentar luchas que antes eran colectivas por el carácter individualizante de la propia lógica de los derechos.

Por otra parte, se advierte que pese al reconocimiento de la "diversidad", no existe compromiso real con el reconocimiento de las diferencias más profundas. Es decir, se aceptan las manifestaciones exteriores de los grupos culturales no hegemónicos, como puede ser sus vestimentas, lenguas, danzas, pero existe mayor reticencia en reconocer sus sistemas económicos, jurídicos, espirituales. Por lo que continúa operando una lógica colonial que jerarquiza los grupos culturales y sus valores. Al respecto Clavero, al estudiar las constituciones latinoamericanas, dice:

> … las referencias constitucionales a multiculturalidad lo que ofrecen a menudo es la impresión de realizarse en el vacío o incluso de producirse sobre el espacio ya repleto de un sistema que no se pone en cuestión. Dicho de otro modo, pareciera que se tratara

[27] Para profundizar sobre las propuestas del multiculturalimos liberal consultar: KYMLICKA, W., *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Ed. Paidos, Barcelona, 2003; KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Ed. Paidos, Barcelona, 1996.

[28] Para una explicación más detallada de las distintas posturas, consultar: SPEED, S., "Ejercer los derechos/reconfigurar la resistencia en las Juntas de Buen Gobierno zapatistas… *Op. Cit.*

[29] BROWN, W., "Suffering the Paradoxes of Rights" en BROWN, W. y HALLEY, J., *Left Legalism/Left Critique… Op. Cit*. Pp. 420-434.

> de una mera cobertura ideológica para la continuidad de una misma historia, la del supremacismo cultural bajo nuevas formas…[30]

Para Silvia Rivera Cusicanqui el resultado de las protestas masivas contra las medidas neoliberales de los años 90 fue un multiculturalismo ornamental y simbólico que ponían "lo originario" como algo anclado en el pasado e incapaz de conducir su propio destino. Para la autora el reconocimiento recortado de los derechos culturales y territoriales indígenas permitió el reciclaje de las elites y la continuidad de su monopolio en el poder. Produciendo así "una "inclusión condicionada", una ciudadanía recortada y de segunda clase, que moldea imaginarios e identidades subalternizadas al papel de ornamentos o masas anónimas que teatralizan su propia identidad"[31]. Por ello considera que el discurso del multiculturalismo no toca los temas de fondo de la descolonización, sino que encubren y renuevan prácticas de colonización y subalternización. Las reformas multiculturales, para la autora, plasmadas en reformas constitucionales en realidad buscaban afirmar la continuidad inmemorial de los pueblos enfatizando de "lo indígena" su carácter minoritario, estático e incambiante que se expresa en una serie de formas externas, como los bailes, las vestimentas, los rituales, todo ello asociado a la ruralidad y anclados en un espacio productivo.

En el mismo sentido, Rita Segato[32] considera que aunque puedan parecer contradictorio la expansión de los derechos y las políticas expansivas del mercado global, en realidad se tratan de facetas de un proceso coetáneo y complementario de colonización económica y colonización por el discurso de los derechos y de la esfera pública. Se tratan de dos caras de una misma moneda, cuya tensión se resuelve definitivamente a favor de la profundización del patrón de la colonialidad. Para Segato[33], la naturaleza ambivalente del Estado está determinada por su incompatible pretensión democrática con su adhesión al proyecto del capital. Considera que ante el avance del frente estatal-empresarial, el Estado intenta ofrecer con una mano lo que ya ha retirado con la otra. Ante la magnitud del daño, la mano reparadora, siempre es más débil que la agresora. Así, la protección que ensaya el Estado y sus agentes va a remolque de la destrucción que el mismo Estado impone a los pueblos.

Por último, recordar las observaciones de Roberto Gargarella[34], al advertir que en general los reconocimientos de derechos no vienen acompañados por modificaciones en las estructuras del poder estatal. A pesar de las declaraciones, los poderes del Estado se mantienen ajenos al reconocimiento de la diferencia cultural indígena y en la mayoría de los casos continúa operando la misma lógica monocultural.

---

[30] CLAVERO, B., *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, Ed. Siglo XXI, México, 2008. Pág. 40.
[31] RIVERA CUSICANQUI, S., *Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores,* Ed. Tinta Limón, Buenos Aires, 2010. Pág. 60.
[32] SEGATO, R., "Patriarcado, desposesión, colonialidad y el avance del frente estatal colonial en el mundo-aldea" en *Otros Logos*, *Revista de Estudios Críticos*, núm. 4, diciembre 2013. Pág. 15.
[33] *Ibíd.* Pág. 24.
[34] GARGARELLA, R., "Un breve balance de la reforma constitucional de 1994…*Op. Cit.*

Si bien estas críticas no anulan el sentido y la importancia de exigir la protección de los derechos indígenas, permiten tener en cuenta las estructuras y procesos de poder más amplios en los que se inscriben. Las palabras de Rita Segato son útiles para comprender el rol ambivalente del Estado y su estrecha vinculación con el proyecto colonizador. Estas tensiones estarán latentes durante el proceso de reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas. Mientras que las declaraciones de derechos rechazan el colonialismo que han sufridos los pueblos indígenas por parte de los Estados, siguen inmersas en una lógica colonial que jerarquiza las diferencias. Ello está presente tanto en el ámbito internacional como los procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia. En este último caso, el Estado adquirirá un compromiso expreso hacia la descolonización del Estado y sociedad, lo que refleja esas tensiones de un modo aún más evidente. Sobre estas cuestiones se trata con mayor detalle en los siguientes apartados.

3. EL DERECHO PENAL ANTE LA PRESENCIA INDÍGENA

Pese a las limitaciones señaladas en el apartado anterior, la última reforma constitucional argentina constituye un hito para las reivindicaciones indígenas puesto que les reconoce derechos como pueblos por primera vez en la historia constitucional nacional. Igualmente, aporta elementos para cuestionar la monoculturalidad sobre la que se vertebra el ordenamiento jurídico argentino al reconocer su preexistencia étnica, la pluralidad y diversidad cultural.

Por su parte, la nueva cláusula constitucional dio margen para cuestionar principios que vertebran el ordenamiento jurídico, en especial el principio de igualdad. Tras la reforma existieron distintos posicionamientos sobre cómo debía interpretarse este principio, que adquirió un nuevo significado para parte de la doctrina y actores sociales. Para Bidart Campos[35] la reforma supuso un avance en las formulaciones de la igualdad, superando la mera igualdad formal contenida en la constitución de 1853. Sostenía que el inciso 17 del artículo 75 hace evidente el reconocimiento del derecho a la identidad de los pueblos indígenas y su diferencia como expresión de una relación con el derecho de igualdad de trato y de oportunidades.

Para el autor[36], la nueva cláusula constitucional en nada pugna con la abolición y prohibición de las prerrogativas de sangre y de nacimiento que mantiene el artículo 16 de la Constitución nacional. Puesto que no se otorgan privilegios ni prerrogativas a los pueblos indígenas sino que se asume como una expresión del pluralismo democrático y derecho a la diferencia, indispensables en un Estado democrático. Para Bidart Campos la propia Constitución habilita el pluralismo normativo, por lo que la existencia de distintas normativas no atenta contra el principio de igualdad ni con la uniformidad del derecho común en todo el territorio argentino. Además, advierte que todo cuanto dimana directa y operativamente de

[35] BIDART CAMPOS, G., *Manual de la constitución reformada… Op. Cit*. Pág. 530.
[36] *Ibíd.*

la constitución no admite que el Estado federal y/o las provincias lo alteren, ignoren o violen cuando ejercen sus competencias.

En esta misma línea, Manuel Moreira advierte que la reforma constitucional no debe ser vista exclusivamente como un enfrentamiento entre el inc. 17 del art. 75 y el art. 16. Sino que la igualdad prevista en el texto constitucional se encuentra en un nuevo sistema jurídico que protege la pluralidad y "en consecuencia modifica la idea mecanizada del artículo original que no admitía la diferencia y que consideraba a la igualdad como la abstracción idealizada de la desigualdad"[37].

Pese a lo expuesto, en el ámbito del derecho penal surgieron distintas interpretaciones al tratar de armonizar lo dispuesto por el artículo 75 de la Constitución con las demás disposiciones y figuras penales. En este sentido, lo señalado por Clavero cobra relevancia ya que se advierte la dificultad de "acomodar" el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas con los principios del ordenamiento jurídico estatal.

Atender al desarrollo de la normativa y debate doctrinal penal permite advertir, entre otras cuestiones, la dificultad de conciliar los principios tradicionales del derecho basados en el monismo jurídico con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. A continuación se estudia el tratamiento que se realizó desde el ámbito penal en este sentido.

3.1. Nudo en el ámbito penal

Al tratar la cuestión penal debe tenerse en cuenta las obligaciones asumidas por Argentina en materia penal tras la adopción del Convenio 169 de la OIT. El convenio reconoce el derecho de las comunidades indígenas a conservar sus autoridades e instituciones propias siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni por los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En el artículo 8 establece que en caso de ser necesario se deberán establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de ese principio. Asimismo el artículo 9 dispone que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deban tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas en la materia.

El debate que surge en el ámbito penal refleja alguna de las cuestiones que se señalaban como límites de la reforma constitucional y los interrogantes que genera ante la necesidad de buscar un "ensamblaje" entre lo viejo y nuevo, como señalaba Gargarella[38]. A pesar de los cambios constitucionales y la adopción del Convenio 169, hasta el momento no

[37] MOREIRA, M., *El derecho de los pueblos originarios. Reflexión y hermenéutica*, Ed. Santiago Álvarez, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires, 2009. Pág. 145.
[38] GARGARELLA, R., "Un breve balance de la reforma constitucional de 1994… *Op. Cit.*

se han realizado reformas integrales para acoger estos principios y armonizar el sistema penal argentino en materia indígena.

Una excepción se presenta en la provincia de Neuquén, al sur del país, donde el Código Penal Procesal dispone que los procedimientos penales tendrán en cuenta la diversidad étnica y cultural de las personas involucradas. En el artículo 109 señala que cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el artículo 9.2. del Convenio 169 de la OIT ("Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia")

El Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Neuquén elaboró un *Instructivo para el reconocimiento y respeto de las costumbres y métodos de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos*[39] donde expresa interés en reconocer la justicia indígena. En el artículo primero dispone que los y las fiscales deberán reconocer y respetar la identidad de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico vigente. Además, deberán fomentar el intercambio cultural promoviendo métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y el respeto mutuo; y coordinar acciones en conjunto para articular el abordaje de los conflictos.

El artículo 2 faculta a los y las fiscales a prescindir del ejercicio de la acción penal en caso de concurrir una serie de requisitos subjetivos y objetivos. Los requisitos son: tratarse de un conflicto que interese al derecho penal; involucrar sólo a miembros de comunidades indígenas reconocidas por el Estado; haber ocurrido únicamente en territorio reconocido de las comunidades indígenas; que el hecho no afecte gravemente el interés público o que no involucre un interés público prevalente; de aplicarse una sanción, que la misma respete los derechos humanos; y que el conflicto sea resuelto o avalado por una autoridad legitimada por las comunidades indígenas.

A pesar de la falta de regulación penal específica que contemple los casos donde estuvieran involucradas personas indígenas[40], tanto por la doctrina como por la jurisprudencia han tratado de buscar respuestas a los interrogantes que surgen ante la nueva normativa. Una de las preguntas centrales es si, en virtud del principio de igualdad, el derecho penal debe tener en cuenta las diferencias culturales de los pueblos indígenas (y por ende de las personas que lo integran) o si debe realizar un tratamiento que sea indiferente a este aspecto. Sobre todo cuando algunas de sus prácticas culturales pueden ser calificadas como delito por el derecho penal y violatorios a los derechos humanos.

---

[39] *Instructivo para el reconocimiento y respeto de las costumbres y métodos de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos.* Instrucción general núm. 6. Provincia de Neuquén, 02 de septiembre de 2014.

[40] La falta de adaptación a las prescripciones del Convenio 169 en materia penal no se limita a lo establecido por el Código Penal sino también a los códigos procesales penales, cuya reglamentación es competencia de las provincias. Lo dispuesto por el Código Procesal Penal de Neuquén es la excepción.

Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde señalan que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales. Dice:

> Por ello no es sorprendente que con frecuencia lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para una comunidad indígena, o, por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena (es decir, un delito en lenguaje jurídico) no puede ser reconocido como tal por la legislación penal vigente.[41]

En virtud de ello, la doctrina se ha preguntado cómo se debe tratar a los y las indígenas para cumplir con el nuevo mandato constitucional. Tradicionalmente se ha sostenido que la ley penal se aplica a todos los habitantes del territorio argentino ya que parte de la ficción que se presume conocida por todas las personas por lo que la ignorancia o el error de derecho no excusan.[42] Ello se fundamenta en los principios constitucionales de igualdad, legalidad y culpabilidad, que vertebran el sistema jurídico argentino. Por su parte, la cláusula constitucional obliga al ordenamiento jurídico a garantizar el respeto a su identidad cultural de los pueblos indígenas.

Ante esta pregunta hay quienes consideran que el ordenamiento jurídico representa los intereses de todas las personas por igual y, por ello, sostienen que otorgar un trato distinto a los pueblos indígenas significaría otorgarles un trato más beneficioso que al resto de la población argentina, lo que atentaría con lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Según el cual en Argentina no se admiten prerrogativas de sangre, ni de nacimiento, no hay fueros personales, ni títulos de nobleza. Advierten que los preceptos constitucionales que reconocen la preexistencia étnica de los pueblos deben ser ponderados en consonancia con el principio de igualdad y que las excepciones a la aplicación del régimen legal deben ser establecidas por expresamente por ley. Sin la existencia de tal excepción, afirman, que no se puede pretender la inaplicabilidad de la ley penal, ya que ello no implicaría el respeto de un derecho sino la consagración de un privilegio[43].

Para Linares Quintana[44] las y los indígenas, como habitantes argentinos, tienen los mismos derechos y deberes que el resto de la población en virtud del principio de igualdad. En este sentido, Gonzalo Segovia y Juan Fernando Segovia afirman que las disposiciones de la reformada constitución son violatorias del principio de igualdad ya que "establecen privilegios y derechos que otros argentinos no gozarían en idéntica situación" agregan que

---

[41] STAVENHAGEN, R. e ITURRALDE, D. (comp.), *Entre la ley la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Ed. Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990. Pág. 40.
[42] FIGARI, R., "Un caso de diversidad cultural… *Op. Cit.*
[43] Postura sostenida por el Fiscal del caso de estudio. CSJ, R. J. F.- Recurso de Casación... O*p. Cit*. Considerando 4.
[44] LINARES QUINTANA, S., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.

"mientras todos –incluidos los aborígenes- podemos ser o llegar a ser trabajadores, infantes, ancianos o lisiados, no todos podemos ser aborígenes"[45].

Para estos autores la norma es discriminatoria porque establece derechos que no se pueden extender al resto de la población "en idéntica situación". Ello responde a la interpretación de la jurisprudencia argentina sobre el sentido constitucional de la igualdad ante la ley. Que consiste en entender que la ley debe ser igual para todos en iguales circunstancias y que no se deben establecer privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

Sin embargo, al considerar la cuestión indígena es difícil pensar que una persona que no pertenezca a un pueblo indígena pueda encontrarse en "idéntica situación" que una indígena. En primer lugar porque pertenecen a pueblos distintos, con visiones del mundo, prácticas culturales, sociales e historias diferentes. En segundo porque no se trata solo de una diferencia cultural, sino que unos han mantenido una relación de explotación y dominación sobre los otros. Lo que ha generado sistemáticas exclusiones que han colocado a los pueblos indígenas en una situación diferente que al resto de la población argentina como se ha visto en el capítulo anterior. Difícilmente una persona criolla podría encontrarse en idéntica situación que una indígena, ya que esta ha sufrido formas específicas de exclusión debido a su condición étnica.

Por ello se ha cuestionado la interpretación formal del principio de igualdad. Ya que, a pesar, que el ordenamiento jurídico realiza declaraciones de la igualdad de todos los habitantes argentinos. El propio Estado se funda en una desigualdad estructural que jerarquiza unos pueblos sobre los otros y a grupos sociales. El tratamiento indiferenciado que realiza posteriormente refuerza y genera nuevas exclusiones hacia aquellas personas que no entraban dentro de los estándares del "habitante argentino".

Por su parte, la idea predominante que el ordenamiento jurídico representa los intereses de todas las personas por igual, ha sido ampliamente discutida y contestada. Como quedó reflejado en el capítulo anterior, el Estado, a través del Derecho y otros mecanismos, han tendido a homogeneizar a los sujetos, negar sus diferencias y representar unos intereses específicos como generales. Este sesgo fue puesto en evidencia, entre otros, por movimientos indígenas y feministas al cuestionar la supuesta neutralidad del ordenamiento jurídico.

Es por ello, para suplir estas deficiencias, que en los últimos años se han dictado normas que reconocen la diversidad cultural dentro de los Estados y se proponen brindarle tutela jurídica. También se ha desarrollado legislación que protege específicamente a las mujeres como grupo social diferenciado. Ello no atenta contra el principio de igualdad sino que reconoce que hay grupos humanos que no se encuentran en una situación paritaria con

[45] SEGOVIA, G. y SEGOVIA J., "Protección de los indígenas… *Op. Cit.* Pág. 317 y 343.

la población hegemónica, ya sea por su origen étnico o género. Lo que queda por indagar es si estas reformas son suficientes para responder a las demandas.

Al tener en cuenta estos aspectos en el ámbito penal, parte de la doctrina ha sostenido que los principios que vertebran el sistema jurídico argentino deben ser reinterpretados en relación con el reconocimiento de la pluralidad cultural en Argentina. Para Manuel Moreira[46] reconocer derechos colectivos a un pueblo que se califica como argentino, pero preexistente, debilita la supremacía absoluta del orden penal que debe modificarse en algunos aspectos esenciales. La exigibilidad de conocer la ley violada en el caso de que el autor o autora del hecho sea indígena queda subordinada a otras premisas que emanan del reconocerse como un Estado pluricultural y pluriétnico.

En este sentido para Becerra[47] los principios de legalidad, igualdad ante la ley y de culpabilidad cobran nuevas dimensiones al considerar la diversidad cultural; ya que el sistema de administración de justicia penal y el modelo teórico que lo sustenta ha sido pensado de espaldas a los orígenes culturales argentinos.

3.2. El tratamiento penal de la "excepción indígena" en la perspectiva comparada

A diferencia de Argentina, otros países latinoamericanos han tomado en cuenta en sus legislaciones el componente cultural o étnico al regular temas en el ámbito penal. Las propuestas que se han desarrollado al respecto varían considerablemente según el país.

El Código Penal de Colombia, en el artículo 33, establece que será inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud por diversidad sociocultural o estados similares. Como medida de seguridad dispone en el artículo 73 la reintegración al medio cultural propio "previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca".

Sin embargo, estas disposiciones fueron impugnadas como inconstitucionales ya que desconocen lo dispuesto por la Constitución colombiana de 1991 que reconoce las atribuciones de las autoridades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial según sus normas y procedimientos. Se consideraron discriminatorias ya que tratan a los y las indígenas como incapaces por tener una cosmovisión diferente, negando así su propia racionalidad. A pesar de la impugnación, para el Tribunal Constitucional colombiano, el artículo es aplicable siempre que la incapacidad no sea entendida en un sentido peyorativo sino como una oportunidad para que las autoridades respeten y protejan la diversidad cultural.[48]

---

[46] MOREIRA, M., *El derecho de los pueblos originarios. Reflexión y hermenéutica…Op. Cit*. Pág. 197 y ss.
[47] BECERRA, N., *Derecho Penal y diversidad cultural: la cuestión indígena*, Ed. Ciudad argentina, Buenos Aires, 1997. Pág. 27.
[48] Consultar *Iudicium et Vita*, Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos, núm. 6, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998. BECERRA, C., "La jurisdicción especial

Por otro lado, el Código Penal peruano incorpora en el artículo 15 la figura del "error de comprensión culturalmente condicionado", establece:

> El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

La incorporación de este artículo fue propuesta por Zaffaroni, quien es el principal ideólogo de esta figura. Sin embargo, para Hurtado Pozo[49], la norma se acerca más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de Zaffaroni para tratarla como una circunstancia de inculpabilidad. Para Hurtado Pozo una interpretación más conforme al texto legal, exige entender que el agente, por su cultura o costumbre, no comprende (se equivoca) que su acción está prohibida. Es decir, que se trata más bien de un error de prohibición.

Por su parte, el Código Procesal Penal de Paraguay en el artículo 26 establece:

> Se extinguirá la acción penal cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario.

Señala que cualquier miembro de la comunidad podrá solicitar ante el juez de paz que se declare la extinción de la acción penal. Este deberá convocar a la víctima o sus familiares, al imputado, al representante del Ministerio Público, a los representantes legales de la comunidad o a seis miembros de la comunidad a una audiencia oral para verificar que se reúnan los requisitos legales.

En Chile la Ley 19.253 de 1993, llamada Ley Indígena, establece normas especiales para los procedimientos judiciales. En el artículo 54, en el párrafo primero titulado "de la Costumbre Indígena y su Aplicación en Materia de Justicia" dice:

> La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad. Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal. El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la pre-

---

indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa" en *El Otro Derecho*, núm. 35, 2006. Pp. 213-236.

[49] HURTADO POZO, J., "Derecho Penal y Diferencias culturales: el caso peruano", en BORJA, E. (coord.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho: nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2006. Pp. 373-388.

> sencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación.

En el artículo 55 prevé que si una persona indígena se encuentra involucrada en un juicio sobre *tierras* podrá concurrir a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, organismo estatal creado por la misma ley, para que se le instruya sobre la conciliación, sus derechos y se procure una solución extrajudicial del asunto.

El ámbito chileno el reconocimiento de la costumbre indígena no constituye en sí una circunstancia que modifique la responsabilidad penal, sino que se trata de un antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante.[50] Pese al limitado reconocimiento de derechos indígenas que existen en Chile, uno de los pocos Estados de la región que no cuenta con reconocimiento constitucional, existe una defensoría especializada para imputados indígenas. Sus actividades comenzaron en 2003 con una oficina para imputados mapuche en Temuco, al sur del país, para extenderse luego a distintas regiones con el objetivo de dar cobertura a indígenas de cualquier pueblo originario del país.[51] Sin embargo, Silvina Ramírez[52] advierte que pese a la existencia de tal defensoría, la política criminal del Estado chileno no colabora con la efectividad de esta instancia.

Ante la falta de figuras penales que reconozcan la identidad cultural indígena, la doctrina chilena ha desarrollado algunas propuestas para poder ofrecer una mejor defensa a personas indígenas involucradas en procesos penales. La Defensoría Penal Pública ha elaborado distintas investigaciones donde recoge las experiencias de la defensa especializada y ofrece algunas propuestas en este sentido. Entre ellas se destaca el *Modelo de defensa penal para imputados indígenas* que se estudia en el siguiente apartado.

Especial mención requiere las legislaciones de Bolivia y Ecuador debido a los procesos constitucionales que transformaron profundamente el ordenamiento jurídico de los países. Ambas regulaciones serán tratadas con mayor detalle al finalizar el capítulo.

3.3. El debate doctrinario: entre la adaptación y la novedad

En Argentina, ante la falta de regulación penal específica las soluciones en materia penal propuestas por la doctrina han variado. Mientras que parte de la doctrina ha tratado de en-

---

[50] Para una introducción sobre la justicia penal en Chile relacionada con los pueblos indígenas, ver: VILLEGAS DÍAZ, M., "Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal" en *Revista de Derecho*, vol. XXV, núm. 2, diciembre 2012. Pp. 177-205; RAMÍREZ, S., *Derechos de los Pueblos indígenas y Reforma Procesal Penal. Los casos de Chile y Guatemala*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2004.

[51] En la página de internet de la Defensoría Penal Pública se puede consultar sus objetivos, normas e informes que realiza. http://www.dpp.cl/pag/82/245/defensa_indigena. Fecha de consulta: 05/06/2017.

[52] RAMÍREZ, S., *La protección de los derechos de los Pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal Estados de Oaxaca, Chiapas, Guerrero*, Ed. Fundación para el Debido Proceso, Washington, 2012.

contrar la solución dentro de las figuras penales ya existentes, otra ha propuesto nuevas formas de resolver estos conflictos. Entre los primeros, hay autores que sostienen que en caso de delitos cometidos por indígenas se puede alegar el "error de derecho" ya que a quien no puede conocer e internalizar el sentido normativo de la ley y el valor por ella tutelado no se le puede reprochar la violación de la misma.[53] Ello en virtud del principio de culpabilidad, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, que exige que para que exista responsabilidad penal el autor o autora del delito debe haber tenido la posibilidad subjetiva real y concreta de entender y querer cometerlo.

En este sentido, se alega "el error de prohibición" que le impide a la persona imputada la comprensión de la antijuricidad del acto porque no sabe que su conducta es contraria al derecho. Ello debido a que por motivos culturales desconoce de manera total o parcial la norma penal o sus reformas. Se afirma que si bien, por regla general no se puede sostener que el sujeto carezca de culpabilidad, ya que el derecho se presume conocido, pueden ocurrir que en ciertos casos exista falta de internalización de los valores que protege la norma.

Por otro lado, Zaffaroni[54] propone la figura del *error de comprensión culturalmente condicionado* que excluye la culpabilidad cuando el sujeto por su cultura o costumbres no comprende la criminalidad del acto o no se le puede exigir que actúe de acuerdo a ella. Según el autor para que exista comprensión de la norma es necesario que "la persona haya tenido la posibilidad de incorporar el valor a su equipo psicológico como rector de su conducta, es decir que le haya sido posible internalizar o introyectar el desvalor jurídico"[55]. Aunque la persona conozca el desvalor no puede proceder conforme a la norma porque existe un marco cultural (normativo) introyectado que resulta intolerable al valor de la otra cultura. Esta situación es una excepción a la regla de que el error de comprensión no excusa, ya que la dificultad del autor en comprender proviene de su condicionamiento cultural que le ha impedido internalizar la norma.

Zaffaroni hace referencia a la capacidad para comprender la antijuridicidad de la conducta pero critica a las teorías que consideran a los y las indígenas inimputables o que se hallan en estado peligroso, considera que son etnocéntricas al considerar inferiores a las culturas indígenas. Señala que no puede considerarse que sean inimputables por su condición étnica sino que en ciertos casos su condición étnica puede intervenir como causal de falta o atenuación de culpabilidad.

La propuesta de Zaffaroni responde al intento de buscar nuevas respuestas para los casos en que miembros de las comunidades indígenas comentan un acto considerado delic-

[53] GONZÁLEZ FERREYRA, J., "Diversidad cultural e indigenismo en la Argentina: una aproximación conceptual al estudio de la Responsabilidad Penal del Indígena a partir del Derecho Constitucional- Repercusiones en la Teoría del Delito" en *Revista Pensamiento Penal*, 2012.
[54] ZAFFARONI, E., "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural… *Op. Cit*.
[55] *Ibíd.* Pág. 118.

tuoso por el sistema penal. Como apunta Hurtado Pozo a diferencia de la inimputabilidad, la incapacidad del error culturalmente condicionado no responde

> …a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de realidad por parte del autor... Son los patrones culturales del agente, diferentes a lo que se hallan en la base del código penal, los que afectan gravemente su concepto de realidad.[56]

Se considera que la persona es incapaz de comportarse de acuerdo a cánones culturales que le son extraños, por lo que no puede ser tratada de la misma manera que quien integra la cultura dominante.

El planteamiento del Zaffaroni aporta una nueva perspectiva porque no cuestiona el conocimiento de la norma sino la interiorización de la misma. Es decir, que la cuestión no radica en indagar sobre la posible integración del imputado en la sociedad hegemónica (la posibilidad de conocer o no la norma, encontrarse aislado o cerca de ciudades), sino acerca de los valores protegidos por la norma penal estatal y su compatibilidad con el sistema de valores y prácticas indígenas. Se pretende considerar si la acción del imputado viola los valores protegidos según su propia cosmovisión.

Así, desde esta perspectiva, el eje del debate no recae sobre un aspecto individual y particular sino una cuestión más amplia, que se refleja en términos culturales. La investigación penal no se centraría en analizar si el sujeto se encontraba o no integrado a la sociedad mayoritaria, sino si su conducta es considerada en su cosmovisión como violatoria de los valores que protege la norma penal. Para analizar este aspecto cobra especial importancia la actitud de la comunidad indígena frente al hecho considerado delito por el ordenamiento jurídico argentino y la respuesta, si existe, que la propia comunidad otorga frente a estos actos.

En este sentido, la investigación desarrollada por la Defensoría Penal Pública de Chile sobre la defensa penal indígena, *Modelo de defensa penal para imputados indígenas*[57], señala que el error de compresión culturalmente condicionado puede ser causal de falta o atenuación de culpabilidad. No solo por una cuestión fáctica relativa a la forma en que podría haber llegado a tener conocimiento del injusto (por ejemplo porque vivía en un lugar aislado) sino porque las comunidades indígenas tienen derechos constitucionalmente reconocidos para desarrollar su propia cultura y conservarla de acuerdo a los límites establecidos por la costumbre indígena.

---

[56] HURTADO POZO, J., "El indígena ante el derecho penal: caso peruano" en MORENO HERNÁNDEZ, M. (coord.), *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Ed. Cepolcrim, México, 2001. Pág. 7.

[57] DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Modelo de defensa penal para imputados indígenas*, documento elaborado por la Defensoría Penal Pública de Chile, s/f. Véase: http://www.dpp.cl/pag/82/245/defensa_indigena. Fecha de consulta: 30/06/2017.

Diferente es la propuesta ofrecida por Enrique García Vitor[58] para quien el ámbito de la antijuricidad es el más apropiado para resolver estas cuestiones, debido a que cuando el autor o autora del hecho por sus pautas culturales no puede conocer lo antijurídico de su acción esta no puede ser reprochada penalmente. Ello constituiría una causal de justificación ya que entre la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y otro impuesto por una norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple el segundo estaría justificado.

Para el autor con esta solución el objetivismo de la norma no se vería comprometido si se decide entender como justificada una conducta que confronta con ella cuando "esta se sustenta en una costumbre raigal, ello así, además, porque la norma eurocéntrica se impuso al margen de toda consideración al ámbito de regencia"[59]. Así señala que quien concreta una acción contraria al derecho condicionado culturalmente no comprende que ella es mala aun cuando conozca la prohibición, ya que subjetivamente sus acciones no son socialmente desvaloradas. Sin embargo, sostiene que se trata de supuestos excepcionales que no pueden ser considerados como una causal de inimputabilidad.

García Vitor considera que esta situación responde a la obligación de un Estado democrático de respetar a las autonomías culturales, que se traduce en la imposibilidad de criminalizar conductas aceptadas socialmente en las culturas minoritarias. Propone:

> … encontrar soluciones alternativas a la problemática que surge de la contradicción de una norma en que se expresan los valores de la cultura hegemónica, con otra que valorativamente se encuentra sustentada en la cultura minoritaria o diversa, revisando para ello las estructuras jurídicas, donde se advertirá en qué casos y con cuáles alcances la obligatoriedad de la norma puede excepcionarse[60]

Al igual que Moreira, García Vitor considera que la reforma constitucional de 1994 aporta un importante elemento para resolver las cuestiones que surgen ante los casos que pueden contradecir las normas penales, ya que el reconocimiento a la preexistencia parecería aconsejar un retroceso de la norma hegemónica en el caso particular.

Aunque las causas de justificación más aceptadas por la doctrina serían cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio, hay autores que consideran que existen otras. Advierten que tomando el ejercicio de un deber, podría argumentarse el ejercicio de un deber impuesto por la costumbre indígena e incluso otras causales ya que la enumeración del código penal no es taxativa. La investigación realizada por la Defensoría Penal chilena considera que también podría alegarse el ejercicio de una facultad porque

---

[58] GARCÍA VITOR, E., "Culturas diversas y sistema penal" en GARCÍA RAMÍREZ, S., *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho Penal*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2005.
[59] *Ibíd.* Pág. 156.
[60] *Ibíd.* Pág. 153.

es posible reconocer la existencia de otras relaciones jurídicas además de las del ejercicio de un derecho o deber.

Para los autores del informe *Modelo de defensa penal para imputados indígenas* [61], haciendo mención a la normativa chilena, en el Código penal no solo están recogidas la clase de relación jurídica derecho/deber, sino también la clase de relación facultad/sujeción. En el caso de delitos sexuales, afirman, que si se tratan de relaciones sexuales aprobadas por la moralidad de la comunidad, no se trataría del ejercicio de un derecho, sino de una facultad, permitida por la moralidad sexual de la comunidad. Sin embargo, no existiría un deber correlativo a ese derecho sino la mera existencia de una sujeción por un lado y una facultad por el otro.

En una línea similar a la sostenida por García Vitor, Manuel Moreira considera que las nociones de plurietnicidad y multiculturalidad debilitan el marco de exigibilidad de conocimiento legal y exigen acudir a otra hermenéutica legal permitiendo crear un estado de "justificación tácita" ante eventuales errores en los contactos interculturales. Esta excepción no amenaza los fines del Estado ya que el reconocimiento pluriétnico y pluricultural representa un fin más importante que el reproche penal dirigido al infractor ordinario, aclara que ello "siempre y cuando este infractor haya desconocido la prohibición como resultado de la propia fidelidad a su sistema"[62]. Sistema, que para Moreira, ha sido reconocido por el Estado en la reforma constitucional y en la adopción de tratados internacionales.

Como ejemplo de aplicación de la causal de justificación por el ejercicio de un derecho se puede hacer referencia a un caso ocurrido en Chile. Dos mujeres indígenas aymaras fueron acusadas de tráfico ilícito de estupefacientes al ser sorprendidas por la policía portando cinco kilos de hojas de coca, acción calificada como delito según la ley chilena. Las acusadas declararon que se trataba de un encargo de una ciudadana chilena para pagar una "manda" a la Virgen de Andacollo. La defensa sostuvo que existía una justificante que impedía el reproche estatal ya que existían aspectos culturales, de tradiciones que hacían que las mujeres indígenas entendieran que su conducta no constituía delito.

Para el pueblo aymara la hoja de coca, una planta de origen altiplánico, juega un importante rol dentro de su idiosincrasia, es consumida y utilizada en diferentes festividades religiosas y ritos. El Tribunal al resolver consideró que se encontraban ante una causal de justificación ya que, las acusadas actuaron creyendo equivocadamente que se encontraban amparadas por la causal de justificación por el ejercicio legítimo de un derecho, lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de la conducta. Sostuvieron que si bien se trataba de una acción típica y antijurídica, no eran culpables ya que faltaba el elemento de ilicitud del proceder. Dice la sentencia:

---

[61] DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Modelo de defensa penal para imputados… Op. Cit.* Pág. 122.
[62] MOREIRA, M., *El derecho de los pueblos originarios... Op. Cit*. Pág. 197.

> … en la conciencia de las acusadas su conducta no resultaba atentatoria a derecho, ya que es habitual que en su etnia sea corriente que en ese tipo de festividades se consuma y use las hojas de coca, lo que tiene gran importancia para el pueblo aymará tanto para su desarrollo cultural como para su idiosincrasia, máxime cuando aquello le es reconocido legalmente, mediante las normas señaladas. En consecuencia, las acusadas actuaron creyendo equivocadamente que se encontraban amparadas en la causal de justificación del artículo 10 del Código Penal, por el ejercicio legitimo de un derecho, lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de su conducta, por lo que debe entenderse que su actuación en el hecho del juicio, con ser una acción típica y antijurídica, no es culpable, toda vez que falta el elemento de la conciencia de la ilicitud de su proceder; lo que en la especie, en relación a lo obrado por las acusadas, no se dio, por lo que al no existir la culpabilidad, componente aquella de ésta, no hay delito.[63]

El fallo fue apelado por el Ministerio Público chileno al considerar que las imputadas habían incurrido en el reproche penal tipificado por la Ley 20.000. En este caso la Corte de Apelaciones hizo referencia a lo dispuesto en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al que se encuentra adherido Chile, que establece que en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma**.** Dice la Corte:

> …Proviniendo de un Tratado Internacional, al cual ha adherido soberanamente nuestro país, se produce lo que en Derecho Internacional Público se denomina la autoejecutividad de tales convenciones que rigen las relaciones interestatales en procura del bien común. De esa norma, que constitucionalmente se ha incorporado al orden jurídico interno, surge una conclusión obvia: Del precepto invocado se deriva un derecho o interés legítimo e irrenunciable a favor de todo individuo -nacional o extranjero- y que es lo suficientemente específico para ser aplicado directamente por los llamados a hacer cumplidera la ley en su cabal sentido y alcance. […] Así, en la medida en que Chile es signatario del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su territorio, el precitado artículo 27 del mismo, es ley chilena, y conforme a ella las minorías tienen incorporado a su patrimonio el derecho al trato no discriminatorio en forma amplia y genérica para practicar su propia vida cultural, costumbres, ritos y usanzas cualesquiera sea la nacionalidad de ellas.[64]

La sentencia del tribunal significa un importante antecedente para proteger los derechos de las personas indígenas que se ven involucradas en procesos penales y no existen figuras específicas para atender a su calidad de integrantes de pueblos indígenas.

---

[63] Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Calama, considerando decimoctavo, 06 de octubre de 2007, RIT 66-2007.

[64] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, considerando séptimo, 05 de noviembre de 2007, Rol 250-2007. Para un análisis más detallado del caso, ver: BARRIENTOS PARDO, I., "Licitud del uso y porte de la hoja de coca: Un caso de invocación y aplicación judicial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en *Revista Política Criminal*, núm. 5, 2008. Pp. 1-30.

En una posición intermedia Víctor Bazán[65], advierte que no se trata de desconocer el *ius punendi* del Estado, sino en la necesidad de aplicar *funcionalmente* dicha potestad, tomando en consideración las particularidades idiosincrásicas y culturales de las comunidades indígenas. Para el autor se pone en evidencia la necesidad de armonizar el derecho indígena con el derecho positivo del Estado, con la menor dosis de disturbio institucional posible. Ello porque el derecho indígena se encuentra vinculado a otros elementos de la cultura y de la identidad étnica indígena, tal como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y sus valores propios. Así, la cuestión consiste en diseñar mecanismos que articulen ambos sistemas jurídicos garantizando el respeto por los derechos fundamentales. Para que ello sea posible, sugiere el autor, es necesaria una comprometida actitud de mesura jurisdiccional para cohonestar los valores en juego. Por una parte los derechos de los pueblos indígenas y, por la otra, la necesidad y el deber de operativizar el *ius punenindi* del Estado.

Las distintas propuestas hasta aquí presentadas reflejan el intento de la doctrina de encontrar soluciones en las figuras propias del derecho penal. Sin embargo, como advierte Manuel Moreira, los casos de juzgamiento de indígenas ponen en emergencia al sistema jurídico ya que la dogmática penal se asienta sobre una legalidad construida bajo un modelo y cultura que excluye a lo indígena. Las propuestas jurídicas buscan "(re)insertar" a los y las indígenas en un sistema ideado exclusivamente para una sociedad concebida como culturalmente homogénea. Lo más preocupante es que este intento de reinserción no tiene en cuenta la cultura jurídica indígena sino que recurre a los institutos penales oficiales más afines para resolver situaciones de conflicto. Con ello se advierte el problema de la pluralidad cultural y jurídica, ya que funciona sólo desde una visión hegemónica dentro de una sociedad que sólo aspira a la integración de los y las indígenas a la sociedad mayoritaria.[66] Es decir, no se plantea un real reconocimiento de la alteridad indígena, solo se realiza una serie de concesiones en aquellos aspectos que no cuestionan los principios fundamentales sobre los que se asienta el régimen jurídico hegemónico.

Al respecto, es sugerente el análisis de Raquel Yrigoyen Fajado[67] sobre la resistencia de los tribunales de justicia peruanos a reconocer la jurisdicción indígena tras la

---

[65] BAZÁN, V., "Los derechos de los Pueblos Indígenas en clave de derecho interno e internacional" en *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* vol. 2, núm. 1, 2007. Pp. 37-98.

[66] MOREIRA, M., *El derecho de los pueblos*…. Capítulo II.

En Argentina la relación con los pueblos indígenas ha variado con el transcurso de los años (política de exterminio, de asimilación, de negación, integración, reconocimiento de la pluralidad). Como señala Moreira el modelo integracionista se basa en la idea de que el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas se traduce en concesiones casi paternalistas que tienen como objeto integrarles a la sociedad mayoritaria, sin que exista un real reconocimiento de la pluralidad. Si bien se considera que con las reformas constitucionales y adopción de los tratados internacionales esta política han mutado hacia un mayor pluralismo, el debate en la Convención Constituyente de 1994 deja entrever una actitud paternalista y de beneficencia de los y las constituyentes hacia los pueblos indígenas.

[67] YRIGOYEN FAJARDO, R., "Hacia una jurisprudencia pluralista" en *Anuario de Derecho Penal* 2006: *Derecho Penal y Pluralidad Cultural,* primera edición, 2007.

reforma constitucional de 1993. El nuevo artículo 149 reconoce el derecho de las rondas campesinas[68] a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Sin embargo, una situación que se presentaba con frecuencia es que se recurría a la jurisdicción ordinaria para denunciar penalmente a las autoridades indígenas, cuando alguna de las partes no quería cumplir las decisiones de la jurisdicción especial o alegaba abusos por parte de las autoridades indígenas o comunales.

En la mayoría de los casos las autoridades indígenas no eran reconocidas por la jurisdicción ordinaria y sus actividades se calificaban como delitos, ya sea secuestro, privación de la libertad, usurpación de funciones, etc. Los ronderos y otras autoridades indígenas eran tratadas como personas ordinarias que se habían tomado atribuciones de las que carecían y no era reconocida la competencia constitucional atribuida. Tras la reforma existió una fuerte resistencia por parte de la jurisdicción ordinaria a reconocer la justicia indígena, sus procesos y autoridades pese al reconocimiento de los derechos constitucionales.

En virtud de ello, hay autores y autoras que cuestionan la eficacia del derecho penal para dar soluciones integrales a las cuestiones que plantean la diversidad cultural. A continuación se presentan con más detalle alguno de sus argumentos.

3.4. Corriente abolicionista: la territorialidad y recepción legislativa

Autores y autoras que adhieren a la corriente abolicionista han estudiado la respuesta que el sistema penal otorga a conflictos donde están involucrados indígenas.[69] En primer lugar, cuestionan la aplicación del principio de territorialidad que establecen, por regla general, que la ley penal vale para los hechos cometidos en el territorio del Estado o en los lugares sometidos a su jurisdicción, sin distinción de la nacionalidad de las personas o su residencia. Este principio tiene su fundamento en la soberanía nacional y en el ejercicio del *ius*

[68] Las rondas campesinas son grupos de vigilancia que surgen en el norte de Perú frente al robo que sufrían los campesinos y campesinas y la inactividad o corrupción estatal. Surgieron básicamente para enfrentar el abigeato pero ante su éxito comenzaron a cumplir otras funciones. La resolución de conflictos se realiza a través de asambleas en las que participa toda la población. Raquel Yrigoyen las define como "una forma extendida de institución comunal andina que ejerce funciones de gobierno local, justicia, desarrollo local, interlocución con el Estado y articulación supra-local". YRIGOYEN FAJARDO, R., "Hacia el reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal" en *Revista Alpanchis: Justicia comunitaria en los Andes*, núm. 59-60, Edición Especial, vol. 1, 2002. Pp.31-81.

[69] Pese a las diferencias que existen entre las propuestas abolicionistas, tienen como común denominador la crítica hacia el sistema penal y la propuesta de su desaparición por considerar que sus efectos punitivos generan mayores prejuicios que ventajas. Se proponen formas alternativas para resolver los conflictos donde la participación de las partes involucradas tenga mayor centralidad. Véase: SÁNCHEZ ROMERO, C., HOUED VEGA, M. y CHIRINO SÁNCHEZ, A., "El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas" en *Ciencias Penales, Revista de la asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 9, año 6, noviembre 1994; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., "El Derecho penal desde una evaluación crítica" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, núm. 10-11, 2008. Pp. 11:1-11:23. Disponible en Internet: http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-11.pdf Fecha de consulta: 05/06/2017. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*, Ed. Temis, Bogotá, 1990.

puniendi, en virtud del cual es potestad del Estado establecer normas penales y exigir su cumplimiento mediante la aplicación de la pena.

El principio de territorialidad es cuestionado porque supone la homogeneidad de la población que habita un territorio y permite la aplicación indiscriminada de disposiciones punitivas a grupos étnicos que manejan sus conductas por cánones diferentes a los requeridos por los tipos penales descritos. Cuando una persona es sancionada por actuar motivada por un patrón de conducta asimilado como correcto en su universo socio-cultural, se genera un desajuste social. Por ello, se sostiene que en Estados culturalmente diversos la construcción normativa generalizada de la ley penal, basada en el principio de igualdad, sin referencia a costumbres, motivaciones y valores de los sujetos afectados por ella, termina generando gran desigualdad.

En segundo lugar, tras analizar la evolución de la legislación penal distintos autores y autoras[70] señalan que en general los códigos penales en Latinoamérica se han inspirado en fuentes extranjeras que no atendían a la realidad de los países receptores del derecho.

En Argentina, por ejemplo, se dio un fenómeno de recepción de la legislación y doctrinas europeas[71]. Hasta la elaboración del Proyecto de Código Penal por parte de Carlos Tejedor (1866-1868), que inicia el proceso de codificación del derecho penal, la fuente exclusiva de legislación represiva fueron las leyes penales españolas. El proyecto de Tejedor sigue en gran medida el Código Penal de Baviera de Feuerbach de 1813 y en menor medida la doctrina española y francesa. Aunque finalmente no fue sancionado como código nacional, fue aprobado en ocho provincias, orientó la legislación penal y su articulado representa un importante precedente de muchas de las disposiciones del Código vigente. Para Zaffaroni[72] se trataba de un texto que irrumpe con la continuidad de la legislación española, su comprensión era difícil en el medio local puesto que no se tenía acceso al pensamiento de Feuerbach, por lo cual fue interpretado en base a la doctrina italiana y francesa de una vertiente filosófica diferente.

El primer Código Penal de la Nación, sancionado en 1886, sigue las bases del proyecto de Tejedor y el modelo de las legislaciones clásicas. Otro proyecto de reforma importante fue el de 1891 que tomó como bases el código italiano de 1889, húngaro de 1878, holandés de 1881 y belga de 1867. Ambos proyectos marcaron la evolución de la legisla-

---

[70] Para profundizar sobre la recepción del derecho en Latinoamérica consultar: HURTADO POZO, J. *La ley importada, recepción del Derecho Penal en el Perú*, Lima, Ed. CEDYS, Perú, 1979. HURTADO POZO, J. "El indígena ante el derecho penal: caso peruano"…*Op. Cit.*; FIGARI, R., "Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual" en *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, Lexis Nexis, núm. 3, 2007; YRIGOYEN FAJARDO, R., "Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los países andinos en el siglo XIX"…*Op. Cit.*

[71] NUÑEZ, R., *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 4° Edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba (Argentina), 1999. Pág. 28 y ss.

[72] ZAFFARONI, E., *Derecho Penal: Parte General*, 2° Edición, Ed. Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002. Pp. 248-256.

ción penal argentino. Como advierte Ricardo Núñez, el derecho penal argentino "no es el resultado prevaleciente de un trabajo progresivo de estructuración y sistematización legislativa y doctrinaria de hechos y situaciones fruto de nuestras propias experiencias y valoraciones"[73]. Ello explica que, como la mayoría de los códigos latinoamericanos, inicialmente no hiciera referencia específica a los pueblos indígenas, situación que con el transcurso de los años se fue modificando en algunos países. Lo que se propone desde las corrientes abolicionistas es ofrecer enfoques alternativos que consideren las variables y condicionamientos propios de los grupos y comunidades sobre las cuales se aplica la norma.

En el caso de los pueblos indígenas se propone tener en cuenta las formas de solución de conflictos que se producen en las comunidades, respetando sus costumbres, valores y tradiciones. En numerosas comunidades indígenas el modo de prestar atención a los problemas y de buscar soluciones de acuerdo a su propio derecho indígena responde a una idea más amplia de justicia que busca la vía del diálogo para obtener un acuerdo que satisfaga los intereses de la persona ofendida sin sobrepasar los grados de represión contra el autor de daño. Se pretende evitar mayores confrontaciones entre la persona afectada y el causante de los hechos.

En este sentido Emiliano Borja Jiménez[74], luego de una investigación desarrollada en distintas comunidades indígenas de Latinoamérica, señala que las comunidades investigadas cuentan con sistemas penales propios para dar solución a los conflictos de convivencia que guardan una racionalidad con su cosmovisión indígena. Este ordenamiento consuetudinario de resolución de conflictos no es homogéneo, sino que varía según los pueblos y las comunidades. Sin embargo, advierte que no todos los pueblos conservan sus propios sistemas de administración de justicia, ya que algunos se han perdido como consecuencia de procesos violentos que obligan a las comunidades a desplazamientos forzosos o como consecuencia de la intervención del Estado a través de instituciones tuitivas que pretenden preservar y proteger a las comunidades indígenas.

Estos sistemas penales indígenas se rigen tanto por principios semejantes a los del derecho penal pero también por otros que son desconocidos o que se encuentran en un segundo plano en los regímenes penales occidentales. Como el principio de reciprocidad, de equilibro, de mediación y de rehabilitación. Para el autor tienen un significado distinto a los de la justicia estatal, ya que el ordenamiento punitivo indígena toma en consideración criterios como el mantenimiento del equilibrio de las distintas fuerzas de la comunidad, la búsqueda de paz, la mediación y de la reintegración a la comunidad de la persona infractora mientras cumple la sanción. Asimismo, señala Borja Martínez, que en las comunidades estudiadas los principios de legalidad y culpabilidad no constituyen la base del sistema, ya que responden a una cosmovisión diferente.

---

[73] NUÑEZ, R., *Manual de Derecho Penal… Op. Cit*. Pág. 31.
[74] BORJA JIMÉNEZ, E., *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

El breve recorrido por el debate en torno al derecho penal y el reconocimiento de la diversidad cultural pone en relieve la necesidad de profundizar sobre la noción de justicia. Ya que existen diferentes maneras de entender cómo deben resolverse los conflictos y cuáles son los fines de la justicia. Al respecto Stavenhagen e Iturralde[75] sostienen que existen diferencias importantes entre la justicia de tipo occidental y la indígena. Mientras que la primera busca castigar al culpable en la segunda se busca reconciliar y llegar a un compromiso con las partes para conservar la armonía interna del grupo. Se utilizan mecanismos de mediación, participación social, consenso y penas distintas al encarcelamiento. Además en las comunidades indígenas lo jurídico se encuentra imbricado con el resto de la estructura social, mientras que en la administración de justicia estatal existe una clara separación entre lo que es jurídico y aquello que no lo es. Por ello se recomienda examinar al modelo judicial indígena como un sistema que utiliza una lógica diferente a la estatal.

Igualmente es necesario reflexionar sobre los mecanismos que deben desarrollarse para que la intervención estatal sea compatible con la pluralidad reconocida en los distintos ordenamientos jurídicos. Ello teniendo en cuenta que existen distintos grados de reconocimiento de esta pluralidad. Algunos Estados reconocen la jurisdicción indígena y el desafío radica en desarrollar mecanismos de coordinación entre las distintas jurisdicciones que sean respetuosos con el pluralismo jurídico. En otros Estados, donde el reconocimiento es más débil, el reto consiste en garantizar que en los procesos penales donde hay personas indígenas involucradas se desarrollen de acuerdo a la diversidad reconocida. Es decir, que durante el proceso penal se respete la diferencia cultural y se incorporen los mecanismos necesarios para que los derechos de las personas indígenas no sean vulnerados.

3.5. Recapitulación: nuevas dimensiones de la igualdad

Las distintas propuestas presentadas reflejan los esfuerzos de la doctrina para dar respuestas en el ámbito penal a las preguntas que surgen ante el reconocimiento de la pluralidad cultural en sus sociedades. Reflejan la complejidad que ello genera ya que no solo altera los principios del ordenamiento jurídico sino la propia noción de justicia. En el caso de Argentina estos interrogantes no quedan resueltos con la sola mención al reconocimiento de la preexistencia étnica de los pueblos indígenas en un artículo en la Constitución Nacional.

Sin embargo, pese a los límites señalados, la reforma constitucional representa un hito para los derechos de los pueblos indígenas porque importa reconocer su calidad de *pueblos* y le impone al Estado la obligación de proteger su alteridad. Ambos elementos incorporan una nueva dimensión ya que se trata de reconocer la diferencia, no solo individual sino también colectiva. El reconocimiento de la diferencia para garantizar la igualdad, en virtud de la misma dignidad como pueblos y personas.

[75] STAVENHAGEN, R. e ITURRALDE, D. (comp.), *Entre la ley la costumbre…* Pág. 40 y ss.

Ello adquiere especial importancia para la interpretación del principio de igualdad. Ya que si bien es cierto que con la reforma constitucional la interpretación formal de la igualdad queda superada. También importa el reconocimiento de la diferencia cultural de los pueblos indígenas y la necesidad de su protección para garantizar la igualdad. Al reconocer que dentro del Estado conviven distintos pueblos y que se debe proteger la pluralidad cultural, se reconoce la igualdad de los distintos grupos culturales que lo integran. Ello importa un cambio importante con relación al anterior mandato constitucional que imponía el deber mantener el trato pacifico con *los indios* y convertirlos al catolicismo. Así, la cláusula constitucional modificada se traduce, como advierte Bidart Campos[76], en la obligación del Estado de respetar y promover la pluralidad tanto en el ámbito del poder Legislativo como Ejecutivo y Judicial.

Por su parte, el principio de igualdad adquiere una nueva dimensión que es colectiva. Por lo tanto, existe una obligación del Estado de respetar y garantizar tanto la igualdad individual de los y las indígenas como la colectiva en tanto pueblos diferentes y preexistentes. Aquí radica uno de los mayores aportes de la reforma constitucional, ya que ambos ámbitos se interrelacionan y se retroalimentan. Sin embargo, la Constitución no regula cómo ello debe ser ponderado con el resto del ordenamiento jurídico, ni modifica la estructura estatal para hacer dicho reconocimiento posible.

En este sentido, lo dispuesto en el Derecho internacional en materia indígena puede aportar pistas ya que los instrumentos internacionales han dado un paso más allá al reconocer tanto la titularidad colectiva de derechos como la calidad de pueblos. Argentina asumió una serie de compromisos internacionales que le imponen ciertas obligaciones que deben ser incorporadas en el actuar estatal. Sobre estas cuestiones se trata con mayor detalle a continuación.

4. DERECHOS INDÍGENAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

4.1. Instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* indígena

Xabier Etxeberria advierte que al hablar de "derechos de los pueblos indígenas" no se debe plantear solamente la extensión de un conjunto de derechos ya existentes, con adaptaciones más o menos fuertes a la condición de indígena, sino que su reconocimiento debe llevar a revisar cuestiones fundamentales "relativas a la propia concepción, fundamentación y explicitación de los derechos en su generalidad"[77].

A nivel internacional distintas fuentes van conformando un corpus iuris que define las obligaciones de los Estados con relación a la protección de los derechos indígenas. Este

[76] BIDART CAMPOS, G., *Manual de la constitución reformada… Op. Cit*. Pág. 531.
[77] ETXEBERRIA, X., "La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua" en BERRAONDO, M., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Ed. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006. Pág. 15.

corpus está compuesto por el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada en 2007 y, en América por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2016.

También ha sido enriquecido y desarrollado por una serie de instrumentos e informes de múltiples organismos internacionales, tanto regionales como internacionales. En el ámbito de ONU son importantes las interpretaciones e informes de los Relatores Especiales y la jurisprudencia de los órganos creados por los tratados internacionales para el control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados, como el Comité de Derechos Humanos (CDCP) y el Comité Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). Igual relevancia tiene la interpretación de los órganos de la OIT con relación a la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

En el ámbito latinoamericano durante las últimas décadas la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en demandas presentadas por las comunidades indígenas de países que han aceptado su jurisdicción. Con el transcurso del tiempo ha desarrollado una extensa jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas. Si bien su principal ámbito de competencia está dado por la *Convención Americana de Derechos Humanos*, también lo integran otros tratados y declaraciones adoptados en el ámbito regional que forman parte del sistema latinoamericano de derechos humanos.

A partir de la adopción de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte la han utilizado como guía para la adopción e implementación de normas y políticas públicas en los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). La CIDH considera que las disposiciones de la Declaración "en conjunción con la jurisprudencia del sistema, constituyen un *corpus iuris* aplicable en relación con los derechos de los pueblos indígenas"[78].

Por su parte, el 14 de junio de 2016, fue aprobada la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tras de 24 años de negociación entre los Estados miembros de la OEA. Se destaca la mención especial que realiza a pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial. Sin embargo, pese al extenso periodo de negociación, no presenta grandes innovaciones con relación a los demás instrumentos internacionales en materia indígena e, incluso, es regresiva en ciertos aspectos.

[78] CIDH, Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos: Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 diciembre 2009.

Para Bartolomé Clavero[79] la Declaración Americana significa un retroceso por su perfil integracionista en detrimento con los derechos de autogobierno y libre consentimiento reconocidos en la Declaración de la ONU. Sin embargo, el artículo XLI establece que ambas Declaraciones constituyen las normas mínimas para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas. Por lo que el *corpus iuris* no se ve alterado, aunque refleja la reticencia de ciertos Estados en reconocer los derechos de los pueblos indígenas e incluso la voluntad de limitar su extensión.

Entre los derechos reconocidos a los pueblos indígenas cabe destacar el derecho a la libre determinación como pueblos; la autonomía y autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiarlas; la conservación y reforzamiento de sus propias instituciones políticas y la participación en la vida política del Estado; los derechos culturales; a la educación; a establecer sus propios medios de información; derechos laborales; a determinar y elaborar sus prioridades para el ejercicio de su derecho al desarrollo; la salud; a la propiedad intelectual; a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades; la consulta previa; a la propiedad de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, entre otros.

Un aspecto que es importante señalar es que los distintos instrumentos internacionales que integran este *corpus* tienen distinta fuerza vinculante para los Estados. Así, la Declaración de la ONU no tiene fuerza vinculante mientras el Convenio 169 de la OIT establece obligaciones para los Estados partes. Sin embargo, al considerar que los derechos de los pueblos indígenas integran un *corpus* se quiere señalar que lo establecido en los instrumentos internacionales influye e ilumina la interpretación de los otros instrumentos. Esta es la perspectiva que ha seguido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar, a la luz de los nuevos instrumentos internacionales de derechos indígenas, las disposiciones de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Dice la Corte:

> El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho Internacional contemporáneo[80]

[79] CLAVERO, B., "La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: el reto de la interpretación de una norma contradictoria" Lección impartida en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 3 de agosto de 2016. Disponible en http://www.bartolomeclavero.net/. Fecha de consulta: 9/02/2017.

[80] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 relativa a "el Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", de 1 de octubre de 1999. Pág. 68, párrafo 115.

Es decir, que lo dispuesto en los distintos tratados de derechos humanos debe ser interpretado de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. Antes de profundizar sobre las características de este *corpus*, se analiza los procesos de elaboración estos instrumentos al haber marcado un hito en el reconocimiento de los derechos indígenas en el ámbito internacional.

4.1.1. Convenio 169 de la OIT: el reconocimiento de la calidad de pueblos

La OIT fue pionera en tratar la temática indígena al realizar una serie de estudios que le permitieron advertir que gran cantidad de indígenas eran sometidos a trabajo forzoso, lo que llevó a adoptar, el 28 de junio de 1930, el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (núm. 29)[81]. Posteriormente adoptó el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107) que regulaba su situación en el ámbito laboral.

Con el trascurso de los años surgieron críticas al criterio asimilador del Convenio 107 ya que en el preámbulo señalaba como objetivo "la integración progresiva (de los indígenas) en sus respectivas colectividades nacionales"[82]. Lo que hizo necesaria su modificación y la preparación de un nuevo instrumento que respondiera a las reivindicaciones de los pueblos indígenas.

Tras la decisión adoptada por el Consejo de Administración en su 231 Reunión, en noviembre de 1985, se celebró el año siguiente una Reunión de Expertos sobre la revisión del Convenio 107. Allí recomendaron por unanimidad la revisión urgente del Convenio, llamaron la atención sobre la necesidad de reexaminar su enfoque integracionista y, en especial, las disposiciones sobre los derechos a las tierras, las relativas a la contratación y condiciones de empleo y de trabajo. Además, sugirieron la revisión solo parcial del Convenio. Por ello, el proceso de reforma tomó como base el texto del instrumento existente, a fin de preservar en la medida de lo posible sus puntos válidos y, a partir del análisis de cada artículo, se fueron realizando las enmiendas.

La primera discusión sobre la revisión del Convenio 107, tuvo lugar en la 75 reunión (1988) de la Conferencia Internacional del Trabajo. Posteriormente, la Oficina Internacional del Trabajo envió a los gobiernos de los Estados Miembros un proyecto de convenio basado en las conclusiones adoptadas por la Conferencia en su 75 Reunión. Invitaba

---

[81] Para profundizar sobre las primeras labores e informes realizados por la OIT sobre pueblos indígenas, consultar: OIT, Informe de la Comisión del trabajo forzoso y votación: primera discusión en plenaria, Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. 29), 14va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Génova, 1930; OIT, Documento preparatorio del Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. 29), 14va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Génova, 1930. También: OIT, *Poblaciones indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de los pueblos autóctonos de los países independientes,* Ed. OIT, Ginebra, 1953; OIT, *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes,* Informe VI11 (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 39ª reunión, Ginebra, 1956.

[82] Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes (núm. 107). Ginebra, 40 Reunión Conferencia Internacional del Trabajo, 26 de junio 1957.

a los gobiernos a enviar las enmiendas u observaciones que desearan formular y a consultar a las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores antes de dar respuesta definitiva. Asimismo, recomendaban que consultaran a las organizaciones de los pueblos indígenas y tribales de sus países.

En virtud de ello, 60 Estados miembros de la OIT respondieron a la solicitud, entre los cuales 26 indicaron que redactaban sus respuestas previa consulta de las organizaciones de trabajadores y empleadores. Los gobiernos de seis países (Australia, Canadá, Estados Unidos, Finlandia, Noruega y Suecia) indicaron que habían consultado a organizaciones indígenas para responder.[83] Además, se dispuso que en virtud de lo estipulado por el artículo 39 del Reglamento de la Conferencia, la revisión se haría siguiendo el procedimiento de doble discusión.

Un aspecto novedoso del proceso de revisión fue que los pueblos indígenas participaron como asesores técnicos de los miembros de la OIT. En la reunión de expertos ya se había planteado la necesidad de incluir representantes indígenas para que participaran en la revisión, sin embargo los expertos empleadores manifestaron su reserva debido al carácter tripartito de la OIT. Finalmente, se apeló al artículo 3 párrafo 2 de la Constitución de la OIT, que permite a los delegados de la Conferencia ser acompañados por dos consejeros técnicos.[84] Pese a esta incorporación, los representantes de pueblos indígenas manifestaron que su participación se había reducido a ser "meros observadores del proceso"[85].

En 1989, como resultado de un largo proceso de negociación entre las distintas partes, la OIT adoptó el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (núm. 169) [86]. La transición del Convenio 107 al 169 también respondió al contexto internacional, donde existía cierto cuestionamiento a las políticas integracionistas desarrolladas por los Estados y se planteaba la necesidad de considerar a los pueblos indígenas como

[83] OIT, Informe IV (2A) Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107), 76va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989.
[84] OIT, Doc. GB.234/PV (Rev), 234 Sesión del Consejo de Administración, Ginebra, 17-21 de noviembre de 1986.
[85] Reflexión realizada por el Grupo de Trabajo de los Pueblos Indígenas (IPWG) de Canadá. Informe IV (2A) Revisión parcial… *Op. Cit.* Pág. 3.
[86] Para ver el proceso de elaboración del Convenio 169, consultar: OIT, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107), 75va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988; OIT, Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107), 75va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 1988; OIT, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio…*Op. Cit.*; OIT, Informe IV (2B), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107), 76va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989.

Para una compilación de los distintos informes y trabajos preparativos del Convenio, consultar: HUACO PALOMINO, M., *Los trabajos preparatorios del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ed. Fundación Konrad Adenauer (KAS), Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina, Lima, 2015.

sujetos de derechos, en lugar de objeto de políticas. Para Luis Rodríguez-Piñero[87] el Convenio 107 era más el reflejo de las políticas ya existentes en América Latina que un factor de impulso de las mismas. El Convenio 169 de la OIT, para el autor, expresa un nuevo consenso internacional sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en un marco multicultural.

Como resultado de este enfoque el preámbulo señala que la evolución del Derecho internacional y los cambios en la situación de los pueblos indígenas hicieron aconsejable la adopción de nuevas normas internacionales a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación en normas anteriores. Reconoce la aspiración de los pueblos indígenas en asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, y valora su contribución a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad. A lo largo del texto regula gran cantidad de aspectos que van más allá del ámbito laboral para tratar cuestiones ambientales, territoriales, sociales, educativas, etc. Fue ratificado por 22 Estados, en su mayoría latinoamericanos.

Uno de los aspectos más discutidos durante la revisión del Convenio, extensamente debatido durante las reuniones de 1989 y 1989, fue el cambio de la consideración de *poblaciones* a *pueblos* indígenas. Para Huaco Palomino[88] la definición del contenido del primer artículo del convenio marcó una de las controversias internacionales más importantes con respecto a los derechos de los pueblos indígenas, implicaba tratar su subjetividad internacional como "pueblos" y el alcance de su derecho colectivo a la libre determinación.

De los debates desarrollados en la Reunión de Expertos surgió que la superación del enfoque integracionista requería términos más adecuados que garantizaran sus derechos a la identidad. En un comienzo se propuso la consulta y participación como principios básicos para regular la relación entre los pueblos indígenas y Estado, pero pronto fue considerado como insuficiente. Los y las delegadas de los pueblos indígenas propusieron incluir la libre determinación como categoría idónea para reflejar las nuevas relaciones con los Estados.[89]

Sin embargo, cuando el proyecto fue sometido a la consideración de los Estados, varios representantes gubernamentales se mostraron reacios a aceptar el término *pueblo*. Consideraban que ello podría atentar contra los principios constitucionales y de soberanía estatal. Al respecto, señalaban la representación de Australia:

> El término "pueblo" sólo sería aceptable si ni en el preámbulo ni en la parte dispositiva del Convenio hubiera implicación alguna de que dichos "pueblos" tienen derecho a la

[87] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., "La OIT y los pueblos indígenas en el Derecho Internacional: Del colonialismo al multiculturalismo" en APARICIO, M. (coord.), *Caminos hacia el reconocimiento: Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Ed. Girona: Publicacions de la Universitat de Girona, Girona, 2005. Pp. 101-140.

[88] HUACO PALOMINO, M., *Los trabajos preparatorios del Convenio… Op. Cit.* En su libro el autor recoge con detalle el proceso y discusiones que se dieron en torno al primer artículo de la Convención. Pág. 53 y ss.

[89] OIT, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas… *Op. Cit.* Pág. 33 y ss.

> "libre determinación". Causan especial preocupación a este respecto los artículos propuestos 6 b), y 7, 1. Esta preocupación desaparecerá, no obstante, si, de acuerdo con la propuesta del Gobierno del Canadá, se incluye un tipo u otro de cláusula que excluya el concepto de libre determinación con respecto a "pueblos".[90]

Por su parte, la representación chilena propuso "eliminar el término "pueblos" y mantener el de "poblaciones", que es más auténtico. El término "pueblos" sugiere alcances que pueden llegar a relacionarse con autodeterminación y separación del Estado."[91] También la delegación de Ecuador respondió en este sentido al sostener: "La utilización del término "pueblos" puede prestarse a interpretaciones y distorsiones en relación a la autodeterminación, que pueden resultar atentatorias contra los principios soberanos y constitucionales."[92]

Finalmente se adoptó la propuesta de los representantes de Canadá:

> Una cláusula apropiada a este respecto sería: "La utilización del término 'pueblos' en este Convenio no implica el derecho de libre determinación que el derecho internacional le confiere." El Gobierno consideraría detenidamente otras formulaciones que satisfagan su preocupación. Se reitera que la preocupación por el uso del término "pueblos" no tiene otra causa que el derecho de libre determinación que *el derecho internacional confiere a dicho término,* sin perjuicio de que las poblaciones indígenas puedan alcanzar mayores niveles de autonomía dentro del ámbito nacional.[93]

Así, ante los distintos posicionamientos, la Oficina de la OIT propuso adoptar el término "pueblos" al considerar que su utilización era necesaria para consolidar el reconocimiento del derecho a su identidad y como prueba del cambio de orientación hacia un mayor respeto por las culturas y modalidades de vida indígenas. Igualmente sostuvo que ello no implicaba reconocer derechos que iban más allá del Convenio revisado. La justificación que realiza la Oficina en este sentido, conforme al posicionamiento de la mayoría de los integrantes de la OIT, es que manifestarse sobre el derecho a la libre determinación excedía el mandato a ella atribuido. Argumentaba:

> En lo que atañe a las implicaciones que en el derecho internacional tiene la utilización de este término, cabe hacer observar en particular que el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipulan que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación". Sin embargo, el significado de "pueblos" está evolucionando en el derecho internacional, especialmente en lo que se refiere al derecho de libre determinación; y el significado de "libre determinación" es también un concepto en evolución, en lo que se refiere tanto a contenido como a beneficiarios. Los organismos deliberantes de las Naciones Unidas no han tomado ninguna decisión acerca de si el derecho de libre determinación rige para los pueblos indígenas y tribales ni, en caso afirmativo, en qué medida o en qué circunstancias. Cae claramente fuera del mandato de la OIT asig-

[90] OIT, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas… *Op. Cit*. Pág. 8.
[91] *Ibíd.* Pág. 10.
[92] *Ibíd.*
[93] *Ibíd.* Pág. 9.

> nar un significado a dichos términos hasta que tales cuestiones hayan sido dilucidadas en esferas más apropiadas del sistema de las Naciones Unidas, donde precisamente tienen lugar ahora deliberaciones de esta índole.[94]

Además, sostuvo que la OIT debía procurar no adoptar ningún lenguaje susceptible de limitar estas deliberaciones. Consideraba que sería contrario a la intención y al espíritu del proceso de revisión adoptar terminología que implicara una norma inferior a la ya reconocida por el Convenio 107 o que pudiera ir contra las tendencias más recientes. En virtud de lo cual sostuvo:

> Al proponer la cláusula en cuestión no se ha hecho ninguna referencia específica a la libre determinación, ya que ello podría representar un obstáculo para la evolución ulterior del concepto con respecto a esos pueblos. En particular, ello implicaría a la OIT en la asignación de un significado a un término que todas las partes interesadas concuerdan en que no debe asignarlo la OIT. La Oficina estima que las preocupaciones expresadas pueden quedar satisfechas estipulando inequívocamente que la utilización del término «pueblos» no implica más derechos que los previstos en el Convenio revisado y que no afecta al significado que se le confiere en otros instrumentos internacionales.[95]

Así, la Oficina dejó abierta la cuestión de la libre determinación de los pueblos indígenas porque consideraba que excedía el ámbito de competencia de la OIT. Reconoció la calidad de pueblos, pero aún quedaba en suspenso lo relativo a la libre determinación. Sobre este aspecto la Declaración de ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas ha aportado mayor claridad.

Pese a que el proceso de revisión del Convenio fue largo e intervinieron distintos sectores, los y las representantes de los pueblos indígenas que participaron mostraron su insatisfacción ante las sucesivas limitaciones que los Estados y los miembros empleadores imponían. Es representativo el posicionamiento del gobierno de Australia, que pese haber intervenido en varias ocasiones para limitar los derechos de los pueblos indígenas, luego no ratificó el Convenio. Sobre este aspecto, el representante de la Organización Internacional para el Desarrollo de los Recursos Indígenas, decía:

> Quiero recordar a estos Estados que los tratados con nuestras naciones fueron firmados porque ustedes necesitaban nuestra aprobación, nuestra asistencia, nuestra cooperación, nuestra tierra, nuestros recursos, nuestra amistad y nuestra confianza. Esos Estados vinieron a pactar con nosotros en virtud del Derecho Internacional. Ustedes reconocieron entonces nuestra soberanía porque querían nuestra tierra. Ahora quieren declarar, proclamar, que ya no somos soberanos. ¿Cuándo y cómo dejamos de ser soberanos? ¿Cuándo nuestros territorios pasaron a ser de ustedes? ¿Por qué proceso consiguieron ustedes la propiedad y la posesión, como no sea en virtud de una proclamación de ustedes mismos?

[94] OIT, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas… *Op. Cit*. Pág. 12.
[95] *Ibíd.* Pág. 13.

> Estoy asombrado y entristecido por estos debates. Ya tienen ustedes nuestros territorios. No nos han dejado casi nada. ¿Qué tienen que temer si les pedimos que nos dejen algo para vivir? ¿Cuál es la diferencia entre nuestras reivindicaciones y las de los pueblos coloniales oprimidos que quieren vivir en su propia patria? ¿Por qué cuando se trata de nuestros derechos humanos los ideales de ustedes se esfuman?...
>
> No sé lo que van a hacer ustedes con nosotros ahora. La mayor parte de los Estados que fijaron las normas mínimas de 1957 no las han ratificado. Creo que esos Estados seguirán evitando la ratificación del convenio revisado. Han conseguido debilitar este proyecto de instrumento y, sin embargo, no lo van a ratificar tampoco. Esos Estados se han fijado como objetivo el debilitar y socavar los derechos humanos indígenas.
>
> Pedimos a la comunidad internacional, por última vez: recuerden lo que nos dijeron cuando vinimos aquí. Querían ustedes eliminar la asimilación forzada y el perjudicarnos, o al menos eso fue lo que nos dijeron.[96]

También Sharon Venne, integrante del Grupo Internacional del Trabajo sobre Asuntos, y en representación de los pueblos indígenas señalaba:

> …quisiéramos plantear aquí la cuestión de los muy poco adecuados procedimientos de la OIT, que nos relegaron a un nivel indirecto y humillante de participación durante la reunión de expertos sobre la revisión del Convenio núm. 107 de la OIT, que se celebró en septiembre de 1986, así como durante el proceso de revisión de los últimos dos años.
>
> Apreciamos los esfuerzos de los trabajadores al presentar unas enmiendas que reflejaban nuestra posición. Sin embargo, hemos de señalar que las disposiciones más críticas no se acordaron ni se negociaron en forma abierta y viable en la Comisión tripartita, sino que se negociaron en conversaciones privadas, de las que quedamos excluidos. Esto puede decirse de todas las disposiciones relativas a las tierras y a los recursos, que son el alma del proyecto de convenio. Sobre la cuestión de los pueblos indígenas, se determinó el resultado de la misma forma: a puerta cerrada.
>
> Las cuestiones críticas relativas a nuestros derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales se decidieron y se debatieron entre delegaciones de gobiernos, de empleadores y de trabajadores. Fuimos observadores silenciosos mientras nuestros derechos eran objeto de trueque y de regateo.
>
> Es una sensación indescriptible el tener que sentarse y ver que personas que no saben absolutamente nada de nosotros toman decisiones y emiten juicios. La pena que sentimos al haber sido testigos invisibles en una sala nos hace interrogarnos sobre el estado de la humanidad.
>
> Opinamos firmemente que los procedimientos de la OIT, inadecuados e inapropiados, han contribuido a que el proyecto de convenio propuesto no haya conseguido establecer normas justas y objetivas sobre nuestros problemas esenciales…

[96] Palabras de Leonard Crate, representante de la Organización Internacional para el Desarrollo de los Recursos Indígenas recogidas en Actas provisionales No. 31, 76 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 34 Sesión (26 de junio de 1989). Véase: HUACO PALOMINO, M., *Los trabajos preparatorios del Convenio… Op. Cit.* Pág. 572.

> …En el proyecto de convenio hay toda una serie de violaciones de los objetivos principales, a saber: en primer lugar la utilización del término «pueblos» en el artículo 1, párrafo 3. Es injusto y discriminatorio, desde el punto de vista racial, el limitar nuestros derechos como pueblos con arreglo al derecho internacional. Nos corresponden los mismos derechos que a otros pueblos, y toda posible norma doble a este respecto debería ser eliminada radicalmente.[97]

Pese a las duras críticas recibidas por parte de la representación indígena, con el transcurso del tiempo el Convenio 169 de la OIT se convirtió en una importante herramienta para la defensa de las reivindicaciones indígenas. El reconocimiento de la calidad de pueblos significó un logro de los movimientos indígenas. Además, lo dispuesto por el Convenio fue incorporado en distintas legislaciones nacionales y utilizado por los tribunales de justicia, nacionales e internacionales en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.1.2. La Declaración de ONU de los Derechos de los Pueblos Indígenas: un largo camino hacia el reconocimiento a la libre determinación.

Mientras se debatía en la OTI sobre los derechos de los pueblos indígenas, en el ámbito de la ONU también se desarrollaban actividades en este sentido.

En 1971 el Consejo Económico y Social (ECOSOC) autorizó a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías de Naciones Unidas a la realización de un estudio sobre "El problema de discriminación contra las poblaciones indígenas"[98]. Tarea que fue realizada por el Relator Especial José Martínez Cobos, lo que promovió el desarrollo de numerosas actividades en el marco de la ONU. Una de ellas fue la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GTPD) en 1982, fecha que se considera el momento en que la ONU comenzó a atender formalmente los asuntos de los pueblos indígenas. En 1992 el GTPD elaboró y adoptó el Proyecto de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Al igual que el proceso desarrollado en la OIT, durante la elaboración de la Declaración los movimientos indígenas exigieron tener una participación más activa, lo que generó una serie de innovaciones en el ámbito de la ONU. Exigían la participación, no como meros observadores de los procesos de negociación entre las delegaciones de los Estados, sino como sujetos de derechos[99]. Para ello el GTPD tuvo que generar procedimientos de trabajo más abiertos y flexibles de los que habitualmente se aplican en la ONU. Lola García y Patricia Borraz consideran que "el reconocimiento de facto por parte del GTPD de que

---

[97] Palabras de Sharon Venne, representante del Grupo Internacional del Trabajo sobre Asuntos Indígenas. HUACO PALOMINO, M., *Los trabajos preparatorios del Convenio… Op. Cit.* Pág. 573.

[98] El extenso informe titulado "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas", se encuentra recogido en el doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7.

[99] Para una desarrollo más extenso del movimiento indígena internacional ver: GARCÍA ALIX, L. y BORRAZ, P., "La participación indígena en los foros internacionales: Lobby político indígena" en BERRAONDO, M. (Coord.), *Pueblos indígenas y Derechos Humanos… Op. Cit.* Pp. 219-248.

cualquier texto que se aprobara debería ser un texto consensuado con las delaciones indígenas permitió a los pueblos indígenas, poder defender consecuentemente los principios y derechos contenidos en el texto"[100].

El borrador de la Declaración fue trasladado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, que posteriormente lo entregó a Comisión de Derechos Humanos para su aprobación en 1995. La Comisión estableció un organismo intergubernamental (Grupo de trabajo sobre el borrador de Declaración) para que negociara el borrador, tarea que llevó 11 años. La versión final se obtuvo en 2006 cuando fue adoptado por el Consejo de Derechos Humanos (órgano sucesor de la antigua Comisión de Derechos Humanos) el 23 de Junio.

El proceso de aprobación estuvo sometido a numerosas dificultades ya que existían intereses contrapuestos entre los Estados y los movimientos indígenas. Los temas más controvertidos fueron los relativos a la libre determinación; a los derechos indígenas sobre las tierras, territorios y recursos naturales; la propiedad intelectual y el concepto de derechos colectivos. También entre los representantes indígenas existieron distintas posturas respecto a las medidas a adoptar.

Uno de los momentos de mayor tensión se vivió en 2004 cuando el Primer Decenio de los Pueblos Indígenas (1995-2004) llegaba a su fin. Como existía la intención de aprobar la Declaración se trató de llegar a acuerdos sobre los paquetes de artículos más controvertidos. Sin embargo, existían desacuerdos sobre la forma en que se estaban desarrollando las negociaciones, lo que llevó a que algunas organizaciones indígenas realizaran huelgas de hambre en la sede de la ONU de Ginebra para expresar su rechazo.[101]

En un ambiente de desconfianza y escepticismo en 2005 la Comisión de Derechos Humanos extendió el mandato del Grupo de Trabajo para que concluyera sus labores antes de marzo de 2006. El Programa de Acción para el Segundo Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (2005-2014) establecía como objeto prioritario la adopción de la Declaración.

En 2006, cuando el grupo concluyó su trabajo, el Proyecto de Declaración fue elevado a la Asamblea General para su consideración en aquel periodo de sesiones. Pero sorpresivamente el Grupo de Estados Africanos, representados por Namibia, propusieron "aplazar el examen y la adopción de medidas sobre la Declaración de las Naciones Unidas

[100] GARCÍA ALIX, L. y BORRAZ, P., "La participación indígena en los foros… *Op. Cit.* Pág. 227.
[101] Para conocer los detalles del proceso de negociación ver: CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (Eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de ONU sobre los Pueblos indígenas*, Ed. IWGIA, Copenhague, 2010.

sobre los derechos de los pueblos indígenas a fin de disponer de más tiempo para seguir celebrando consultas al respecto"[102].

Finalmente la adopción no sólo se postergó un año sino que fueron agregadas nueve enmiendas al texto de la Declaración. Cuestión que provocó gran controversia porque fueron incluidas sin consultar a los y las representantes indígenas que habían participado durante todo el proceso de negociación. También expresaron su disconformidad algunos Estados que se abstuvieron y otros que votaron en contra. Por ejemplo, el representante de Colombia sostuvo que "el último proceso de consultas surgido en la Asamblea se caracterizó por la falta de transparencia, voluntad de negociación y apertura, lo que no permitió el logro de tal consenso"[103].

Una de las críticas de los representantes estatales era que desde un principio se había establecido que sería un texto consensuado, pero a causa de la falta de acuerdos se decidió la votación por mayorías. Por parte de los movimientos indígenas existió rechazo a las enmiendas incorporadas. Entre ellas se encuentra la incorporación al artículo 46 del apartado que establece que nada de lo señalado en la Declaración "se entenderá en el sentido que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes".

Igualmente se suprimió el párrafo 15 del preámbulo que señalaba "Reconociendo también que los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar libremente sus relaciones con los Estados en un espíritu de coexistencia, beneficio mutuo y pleno respeto". Y se insertó un nuevo párrafo en el preámbulo que dice: "Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía según las regiones y los países y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales".

Las enmiendas fueron incorporadas para tratar de limitar el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y garantizar la integridad territorial de los Estados. Su introducción fue imprescindible para que varios Estados votaran a favor de la Declaración. Finalmente, fue adoptada el 13 de Septiembre de 2007 en la 107° sesión plenaria de la Asamblea General de ONU. Fue aprobada por una amplia mayoría, con 143 votos a favor. Contó con el voto en contra de Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda. También se abstuvieron 11 Estados: Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Federación de Rusia, Samoa, Ucrania.

[102] ONU, Namibia: enmiendas al proyecto de resolución, Informe del Consejo de Derechos Humanos, doc. A/C.3/61/L.57/Rev., A/C.3/61/L.18/Rev.1 y A/61/44., 6 de Diciembre de 2006.
[103] ONU, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución A/61/295, 13 de septiembre de 2007.

Para Victoria Tauli-Corpuz la adopción de la Declaración fue una tarea complicada debido a la reticencia de ciertos Estados y porque la acción de la ONU se veía limitada por los intereses económicos y el sector privado. Sin embargo, sostuvo que:

> …el movimiento de los pueblos indígenas ha demostrado su capacidad de influencia en los procesos globales… A pesar de que Canadá, E.U.A, Australia y Nueva Zelanda pusieron muchos obstáculos para la adopción de la Declaración, hemos conseguido que los otros Estados voten a favor, hasta el punto de que conseguimos dividir a los miembros del G8.[104]

Pese al voto en contra de estos Estados, entre 2010 y 2011, manifestaron su apoyo a la Declaración y el reconocimiento de los derechos allí consagrados.[105]

Una pregunta que ha generado la aprobación de la Declaración es si reconoce nuevos derechos o se trata de una reinterpretación de los ya reconocidos en el ámbito internacional. En este sentido Victoria Tauli-Corpuz y James Anaya, señalan que se trata de una interpretación de la normativa internacional de derechos humanos para adaptarla a la situación específica de los pueblos indígenas que los hace pueblos distintos y singulares.

James Anaya indica que el contenido de estos derechos se fundamenta en diversas fuentes de normas internacionales de derechos humanos y sus artículos reflejan normas de derechos humanos de aplicación general. Dichas normas se ven enriquecidas según la aplicación e interpretación que de las mismas realizan los órganos establecidos en virtud de los tratados regionales y de la ONU. Afirma el autor:

> …en consecuencia la Declaración no se propone conferir a los pueblos indígenas una serie de derechos humanos especiales o nuevos, sino que ofrece una versión de los principios y normas generales de derechos humanos contextualizada respecto de las circunstancias concretas históricas, culturales y sociales de los pueblos indígenas.[106]

Así, para Anaya, la Declaración tiene un carácter básicamente reparador ya que trata de poner remedio a los obstáculos y la discriminación sistémica a los que se han enfrentado los y las indígenas para disfrutar de sus derechos humanos básicos. Apunta que "el contenido de la Declaración está vinculado a las obligaciones ya contraídas por los Estados en virtud de otros instrumentos de derechos humanos"[107].

---

[104] BERRAONDO, M., *La declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Punto y seguido,* Ed. Alternativa, Barcelona, 2008. Pág. 15.

[105] La Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU, en su página de internet dice: "Desde su aprobación, Australia, Nueva Zelanda, Canadá y los Estados Unidos de Norte América han revertido su decisión y ahora se han adherido a la Declaración. Colombia y Samoa también han revertido su posición y han indicado su apoyo a la Declaración." Disponible en: https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html. Fecha de consulta: 29/05/2017.

[106] ANAYA, J., "Los derechos de los pueblos indígenas" en BERRAONDO, M. (Coord.), *Pueblos indígenas y Derechos Humanos… Op. Cit.* Pág. 43.

[107] *Ibíd.* Pág. 31.

Aunque la Declaración se fundamenta en derechos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional, Xabier Etxeberria advierte que al hablar de derechos de los pueblos indígenas no se deben pensar solamente como una extensión de un conjunto de derechos ya existentes. Su reconocimiento también debe llevar a revisar cuestiones fundamentales "relativas a la propia concepción, fundamentación y explicitación de los derechos en su generalidad"[108]. Es decir, que la visión de los derechos tradicionales debe aceptar los cuestionamientos que le vienen desde dichos pueblos.

La reflexión de Etxeberria quedó reflejada en los debates durante la elaboración de la Declaración en torno al reconocimiento de ciertos derechos a los pueblos indígenas. Como se señalaba anteriormente, uno de los aspectos más controvertidos estuvo relacionado con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y existieron distintos posicionamientos sobre el alcance de ciertos derechos, esta cuestión será tratada con mayor detalle en el siguiente apartado.

La Declaración, pese a las limitaciones que puede presentar, significa un importante instrumento para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. No solo por tratarse del primer instrumento en materia indígena que se refiere a todos los Estados miembros de ONU, sino porque sus disposiciones importan un progreso en el reconocimiento de ciertos derechos, como el de libre determinación o la titularidad de derechos colectivos.

4.2. Características del corpus iuris

Como se mencionaba anteriormente, en el ámbito internacional (en especial en el latinoamericano) distintas fuentes van conformando un *corpus iuris* aplicable para la protección de los derechos indígenas.

A continuación se proponen tres elementos para caracterizar este *corpus* que implican una transformación (o al menos un cuestionamiento) de la concepción individualista liberal del Derecho al considerar a los y las indígenas como *pueblo*, titulares de derechos colectivos y con derecho a preservar su identidad y diversidad cultural. La consideración de los derechos de los pueblos indígenas en su dimensión colectiva es un aporte del Derecho internacional de los derechos humanos. Ello ha generado un intenso debate ya que importa extender la titularidad de derechos tradicionalmente individuales, otorgar un nuevo significado al derecho a la libre determinación y poner en cuestión la homogeneidad cultural del Estado. En los siguientes apartados se estudian cada una de estas características con mayor detalle.

[108] ETXEBERRIA, X., "La tradición de los derechos humanos… *Op. Cit.* Pág. 15.

4.2.1 Calidad de pueblo

El Convenio 169 de la OIT realiza un importante aporte al utilizar la palabra *pueblo* para referirse a los y las indígenas, ya que anteriormente el Convenio 107 utilizaba el término *poblaciones*. En el preámbulo reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en los que viven.

En el primer artículo, inciso 1b, señala que el Convenio se aplicará a:

> … los *pueblos* en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

En el inciso 3, advierte que la utilización del término *pueblos* no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse en el Derecho internacional. Como se ha visto en el apartado anterior existieron distintos posicionamientos sobre la calificación de pueblos y los efectos que ello producía. Sin embargo, durante el proceso de elaboración del Convenio 169 existió una opinión mayoritaria que la utilización de la palabra pueblo era necesaria para superar el carácter integracionista del Convenio 107. Al respecto, decía la Oficina de la OIT:

> La mayoría de las respuestas son favorables a la utilización del término «pueblos», como también fue el caso en el Informe VI (2) antes de la primera discusión…
>
> …A favor de la utilización de «pueblos» hay una serie de motivos que figuran detalladamente en la respuesta del IPWG del Canadá, y que fueron ya debatidos en informes anteriores. Consisten fundamentalmente en la idea de que el empleo de dicho término es necesario para consolidar el reconocimiento del derecho de esos grupos a su identidad y como prueba esencial de un cambio de orientación hacia un mayor respeto por sus culturas y modalidades de vida.[109]

Por su parte, la Declaración de la ONU reconoce en el preámbulo la calidad de *pueblos* indígenas que

> …han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses

[109] OIT, Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas… *Op. Cit.* Pág. 12.

Además, señala "la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía".

En el artículo 3 reconoce expresamente el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Dice que en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Sin embargo, en el artículo 46 establece que nada de lo señalado en la Declaración "se entenderá en el sentido que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes".

La ambigüedad es un reflejo de las diferentes posiciones que también existieron durante la negociación y elaboración la Declaración de ONU. Por una parte, los movimientos indígenas exigían el reconocimiento de la calidad de pueblos para ser considerados sujetos de derechos con capacidad para incidir y participar en la toma de decisiones de asuntos que les afectan. Por la otra, los Estados se mostraban reticentes ya que calificarlos como *pueblos* implicaría reconocer el derecho a la libre determinación, lo que consideraban que podría afectar su integridad territorial y unidad política.

En la negociación del Convenio 169 de la OIT, como se ha visto, se reconoció la calidad de pueblos pero se evitó hacer referencia a la libre determinación. En el ámbito de la ONU fue donde se dio una discusión más profunda en este sentido. Durante la discusión de la Declaración los representantes de algunos Estados hicieron interpretaciones tendientes a limitar los derechos reconocidos en el texto.

La delegación de Reino Unido señaló que el artículo 3 fomentaba el desarrollo de un derecho de libre determinación *nuevo y distinto* específico de los pueblos indígenas que no repercutía en forma alguna con la unidad política o integridad de los Estados. Advirtieron que se trataba de un derecho distinto del consagrado por el Derecho internacional en el PIDESC y en el PIDCP que no se veía modificado, limitado ni ampliado.

Consideraron que la Declaración sólo se refiere a las circunstancias específicas de los pueblos indígenas y a sus reivindicaciones de libre determinación dentro del territorio de los Estados existentes. Insistieron que la afirmación realizada en el preámbulo, donde se reafirma el derecho de todos los pueblos a la libre determinación de conformidad con el Derecho internacional, "no implica que el derecho a la libre determinación de conformidad con el Derecho internacional sea aplicable de forma automática a los pueblos indígenas *per se* y no indica que los pueblos indígenas sean calificados de forma automática como "pueblos" a los efectos del artículo 1 común de los Pactos Internacionales"[110].

[110] ONU, Asamblea General 107 Sesión Plenaria, doc. A/61/PV.107, de 13 de septiembre de 2007. Pág. 23.

Por su parte, la delegación de Australia sostuvo que libre determinación:

> …se aplica a las situaciones relativas a la descolonización y al desmembramiento de Estados en Estados más pequeños cuyos grupos de población están claramente definidos. También se aplica a aquellas situaciones en que un grupo específico que se halla en un territorio definido es privado del derecho a la representación y en que se le niegan los derechos políticos o civiles…[111]

Así, para la delegación australiana no se trata de un derecho que pueda aplicarse a un subgrupo de población indefinido que pretenda lograr la independencia política. Sostuvieron que el Gobierno de Australia apoyaba y alentaba la participación plena y libre de los pueblos indígenas en los procesos de adopción de decisiones democráticas de su país. Por lo tanto no apoyaba un concepto que podría interpretarse "como una acción alentadora que menoscabaría, aunque fuera en parte, la integridad territorial y política de un Estado cuyo sistema de Gobierno sea democrático y representativo"[112].

La India[113], país con gran cantidad de población indígena, manifestó que votaba a favor teniendo en cuenta que a la libre determinación se la tomaba en términos de autonomía. Es decir, que consideran que el derecho de autodeterminación solo se podía aplicar para personas que se encontraran bajo dominación extranjera. Pero no podía aplicarse a Estados soberanos e independientes, o a un sector del pueblo o nación, que constituyen la esencia de la integridad nacional. Señalaron, además, que la Declaración de ONU aclaraba que el derecho a la libre determinación se ejercería en términos autonomía o autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.

Como respuesta a la reticencia de los Estados tanto en el Convenio 169 de la OIT como en las Declaraciones de ONU y Americana se incorporaron clausulas para garantizar su integridad territorial. El representante argentino lo expresa al señalar que en votaciones anteriores Argentina se había abstenido por la imposibilidad de compatibilizar las referencias al derecho de la libre determinación con el principio de integridad territorial, con la unidad nacional y con la estructura organizativa de cada Estado. Expresaba:

> …afortunadamente, los esfuerzos realizados desde entonces para resolver esta cuestión sin afectar los derechos planteados y protegidos en la Declaración han dado los frutos esperados a través de la incorporación al primer párrafo del artículo 46 de condiciones de aplicación de esta Declaración, que la hacen plenamente compatible con los principios mencionados…[114]

a) La identificación pueblo/nación/ Estado en el ámbito internacional y sus efectos

[111] ONU, Asamblea General 107 Sesión Plenaria… *Op. Cit.* Pág. 12.
[112] *Ibíd.*
[113] Voto afirmativo de India. Disponible en: http://www.un.org/press/en/2007/ga10612.doc.htm Fecha de consulta: 30/06/2017.
[114] ONU, Asamblea General 107 Sesión Plenaria… *Op. Cit.* Pág. 21.

Los distintos argumentos sostenidos por los representantes estatales responden a la interpretación que ha prevalecido en el Derecho internacional sobre los alcances del derecho a la libre determinación de los pueblos y lo que parte de la doctrina entiende por *pueblo*.

Pastor Ridruejo señala que el concepto de pueblo surge en el Derecho internacional contemporáneo "para designar a la misma realidad que la contemplada por la palabra nación: la comunidad humana sobre la que se asienta el Estado."[115] La identificación que realiza el autor entre pueblo, nación y Estado está presente en gran medida en el ámbito internacional. El propio nombre de Naciones Unidas refleja este hecho, ya que el organismo en realidad está compuesto por Estados y no por las distintas naciones que existen en la comunidad internacional.

Al igual que en el caso argentino analizado en el capítulo anterior, en el ámbito internacional también opera la subsunción entre pueblo, nación y Estado. Diferentes autores identifican total o parcialmente al pueblo con la nación. Por ejemplo, Habermas dice que "la transformación de las poblaciones en naciones constitutivas de estados surgió… bajo el signo de un nacionalismo que pareció adaptar las ideas republicanas a la dimensión de los modernos estados territoriales"[116].

Sin embargo, existen otros autores que indican que los conceptos de pueblo y nación no deben utilizarse como sinónimos de Estado. Villoro y Jáuregui, por ejemplo, señalan sobre los efectos homogeneizadores de tales identificaciones generan, como ya fue tratado en el capítulo anterior.[117]

Así, la identificación de la nación con el pueblo lleva a distintos autores a estudiar las teorías sobre la nación para determinar lo que un pueblo es. De manera un tanto esquemática se podría señalar que desde la filosofía política y jurídica se advierte que existen dos concepciones acerca de los elementos que constituyen una nación. Una objetiva, generalmente atribuida a la doctrina alemana, que hace referencia a la conexión entre la unidad del lenguaje, el territorio, un pasado común, cultura o raza común (*linaje germánico*), etc.[118]

---

[115] PASTOR RIDRUEJO, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, 19 edición, Madrid, 2015. Pág. 274.

[116] HABERMAS, J., "Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo" en *Debats,* núm. 39, 1992. Otros autores que asumen postura similar: RUILOBA, E., "Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo" en *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Ed, Tecnos, Madrid, 1979; AMENGUAL, G., "Sobre la noción de pueblo. Algunas reflexiones sobre las determinaciones de su significado y su relación con el Estado" en *Sistema Revista de Ciencias sociales*, núm. 48, 1982; VICENS, J., "Sobre el pueblo como sujeto de derechos" en CASAÑAS, J. (ed.), *La autodeterminación de los pueblos*, Ed. Icaria, Barcelona, 2008.

[117] Como se ha visto en el capítulo anterior, autores como Dussel, Hard, Negri han problematizado y cuestionado esta relación de identidad. Otros autores que han tratado el tema desde una perspectiva crítica, ver: VILLORO, J., *Estado plural, pluralidad de culturas*, Ed. Paidos, México D F, 1998; JÁUREGUI, G., *Contra el Estado-nación. En torno al hecho y la cuestión nacional*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1986.

[118] FICHTE, J., *Discursos a la nación* alemana, Ed. Editora Nacional, Madrid, 1997.

La otra concepción, atribuida generalmente a la doctrina francesa, hace referencia al elemento subjetivo. Es decir, a la voluntad popular de construir un futuro común formando parte de la misma comunidad política. Desde esta perspectiva se concibe a la nación como fruto una voluntad política, de un sentimiento común de pertenecer a un mismo proyecto político y de ejercicio de la soberanía. En este sentido, el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama "toda soberanía reside esencialmente en la nación".

Otros autores y autoras[119] consideran que la mejor alternativa para caracterizar a una nación es una postura mixta y equilibrada que integre ambos elementos. Para Pastor Ridruejo los elementos objetivos que sirven de apoyo para la delimitación del concepto de pueblo son: territorio geográficamente diferenciado, unidad de raza, lengua común, cultura común, religión común, tradiciones y costumbres comunes, pasado común, sentimiento de patria y conciencia nacional. A estos elementos le agrega el aspecto subjetivo que consiste en "la voluntad colectiva de constituir una nación independiente"[120]. Así el autor identifica a la noción *pueblo* con la voluntad de independencia, con el ejercicio de la soberanía.

En este contexto de ambigüedad y confusión terminológica se inserta el debate sobre la libre determinación de los pueblos, sobre el cual existen opiniones antagónicas. En el ámbito del Derecho internacional, la Carta de ONU, en 1945, declara que entre sus principios básicos está "el respeto al principio de la igualdad de derechos y (…) la libre terminación de los pueblos". En 1960 se adopta la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (Resolución 1514)[121], donde la Asamblea General declara que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud del cual determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Además, expresa que la continuación del colonialismo impide el desarrollo de la cooperación económica internacional, entorpece el desarrollo social, cultural y económico de los pueblos dependientes y milita en contra de la paz universal de ONU.

El primer artículo de la resolución establece que la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extrajeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales. Además, reconoce la legitimidad de las luchas de las colonias, territorios en fideicomiso y territorios no autónomos por su independencia en el proceso de descolonización desarrollado durante los años 60.

---

[119] MANCINI, P., "De la nacionalidad como fundamento del derecho de gentes" en *Sobre la nacionalidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; MILL, J., *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Ed. Universidad autónoma de Centro América, San José, 1987; OBIETA, J., *El derecho humano a la determinación de los pueblos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

[120] PASTOR RIDRUEJO, J., *Curso de Derecho Internacional Público… Op. Cit.* Pág. 275.

[121] ONU, Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1960.

Posteriormente, tanto el del PIDESC y en el PIDCP, consagran en el artículo 1.1 que "todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural". Sin embrago, a pesar de la amplitud del reconocimiento de este derecho la interpretación y aplicación por parte de ONU fue restringida.

En 1970 la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución de 2625 de la Asamblea General, declara que todos los pueblos tienen derecho a determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural y que todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta. Sin embargo, establece:

> Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén por lo tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color.[122]

Con las resoluciones 1415 y 2625 la Asamblea General de ONU establece limitaciones al derecho de libre determinación para garantizar la unidad nacional e integridad territorial de los Estados. En virtud de la resolución 1415 solo lo podrán ejercer los pueblos bajo dominación colonial (colonias, territorios en fideicomiso y no autónomos) y por la 2625 siempre que los gobiernos no representen a todo el pueblo del territorio o introduzca distinciones por motivos de raza, creo o color. Esta interpretación restrictiva fue criticada por parte de la doctrina ya que generó conflictos y tensiones al negar el derecho de distintos pueblos a determinar libremente su destino político, económico y cultural.

Obieta Chalbaud[123] señala que no se puede encontrar base jurídica para establecer distinción entre colonias y otros pueblos oprimidos, y para reservar solo a las primeras el derecho a la autodeterminación. Para el autor afirmar que este derecho se agota con la liberación colonial deja sin sentido el principio mismo y lo desnaturaliza totalmente porque de ser un derecho del pueblo a disponer de sí mismo se convierte en un derecho del Estado a su integridad territorial.

---

[122] ONU, Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, 24 de octubre de 1970.

[123] OBIETA CHALBAUD, J., *El derecho de autodeterminación de los pueblos: un estudio interdisciplinar de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1980.

Las discusiones sobre la extensión del derecho a la libre determinación continúan vigentes y sin resolverse en la actualidad. Hay autores que consideran que tal derecho se encuentra limitado por lo dispuesto en las resoluciones de ONU. En este sentido, José Antonio Perea[124] señala que en el plano jurídico hay que diferenciar entre el voluntarismo jurídico, (el derecho que nos gustaría que existiera) y el estado real del derecho de esta institución jurídico-internacional. Considera que en el actual ordenamiento jurídico existen solo dos supuestos en el que los pueblos pueden ejercer este derecho. Por un lado, en el caso de pueblos sometidos a dominación colonial, caracterizados por la separación geográfica, la diferenciación (étnica, cultural, administrativa, histórica, etc.) y la situación de subordinación. Y, por otro, aquellos pueblos no sometidos a dominación colonial pero que tienen limitado el ejercicio del derecho a unas condiciones muy estrictas. Señala cuatro condiciones: que se trate de un pueblo (con identidad propia y diferenciada); que se produzcan una violación masiva de los derechos fundamentales y sistemática discriminación; que se traten de violaciones que no puedan ser resueltas mediante la participación política en las instituciones del Estado y que no se haya podido materializar un acuerdo entre ambas partes.

Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que el derecho a la libre determinación se trata de un derecho humano fundamental. Advierten que debe prevalecer lo dispuesto en el PIDESC y PIDCP, puesto que al ser tratados internacionales gozan de mayor jerarquía que las Resoluciones que pueda emitir la Asamblea General de ONU[125]. Sin dudas, se trata de una cuestión jurídica aún no resuelta que refleja la gran influencia que ejercen en el ámbito internacional aspectos políticos al momento de interpretar el contenido de ciertos derechos.[126]

Las diferentes interpretaciones sobre el derecho a la libre determinación explican los distintos posicionamientos que adoptaron los representantes de los Estados durante la elaboración de la Declaración de ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, el sentido que adquiere el reconocimiento de su calidad de pueblos y el ejercicio de la libre determinación por parte de los movimientos indígenas es distinto. No supone necesariamente la separación del Estado, la finalidad es exigir el reconocimiento de su calidad

[124] PEREA, J., "El secesionismo catalán en el contexto del derecho internacional" en *Foro, Nueva época*, vol. 17, núm. 2, 2014; CARRILLO SALCEDO, J., "Sobre el pretendido derecho a decidir en Derecho internacional contemporáneo" en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* núm. 33, 2012; MARIÑO MENÉNDEZ, F., "Naciones Unidas y el derecho de autodeterminación", en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *Balance y perspectivas de las Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación,* Ed. Universidad Carlos III, Madrid, 1996.

[125] Para un análisis detallado sobre esta postura, ver: PAYERO LÓPEZ, L., *El derecho de autodeterminación de los pueblos. Análisis crítico del marco constitucional español desde la filosofía jurídico-política*, Tesis doctoral, Universidad de Oviedo, 2014. Para una recopilación de las distintas perspectivas desde el Derecho internacional, ver; CRAWFORD, J., *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006; FITZMAURICE, M., "The New Developments Regarding the Saami Peoples of the North" en *International Journal on Minorities and Group Rights*, núm. 16, 2009.

[126] Para consultar los distintos análisis que surgen a partir de la declaración independencia de Kosovo, ver: FRENCH, D. (ed.) *Statehood and Self-determination. Reconciling Tradition and Modernity in International Law*, Ed. Cambriadge, Reino Unido, 2013.

de pueblos diferentes al resto de la población y establecer las condiciones que les permitan poder decidir por sí mismos su futuro. Para James Anaya[127] el uso de la palabra pueblo implica cierta afirmación de la identidad del grupo indígena y sus atributos como comunidad.

Erica-Irene Daes[128], que presidió el GTPD durante el periodo de elaboración de la Declaración, considera que los pueblos indígenas fueron tan intransigentes en este punto porque sentían la necesidad de tener una posición de negociación desde la que se pueda desarrollar una confianza mutua entre indígenas y demás miembros de la sociedad. Las continuas violaciones de los acuerdos por parte de los gobiernos, es lo que justifica la insistencia en el derecho a la libre determinación. Su reconocimiento implica una garantía frente al Estado, que aunque cambie de gobernantes, asume el compromiso de respetar los acuerdos logrados con sus pueblos indígenas.

Además, como señala Marco Aparicio, "en el caso de los pueblos, lo primario no es el reconocimiento de los derechos, sino el reconocimiento efectivo del sujeto de los derechos, como factor determinante para la definición del contenido de tales derechos."[129] Por ello afirman su titularidad de derechos colectivos tanto políticos, como culturales y económicos. Como sujetos capaces de negociar el contenido de los mismos no sólo como destinatarios de esos derechos, sino como agentes de creación de los mismos. Es decir, poder participar tanto individual como colectivamente en la toma de decisiones sobre asuntos que les afecten. Ello, según el autor[130], responde a una doble necesidad, en primer lugar asegurar el reconocimiento de las formas propias de organización y en segundo, arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la participación en las instituciones y en los procesos de toma de decisión, tanto de forma individual como colectiva.

En este sentido, la Declaración de Quito, conclusión del Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios en 1990, ya señalaba:

> Estamos plenamente conscientes de que nuestra liberación definitiva sólo puede expresarse como pleno ejercicio de nuestra autodeterminación. Nuestra unidad se basa en este derecho fundamental. Nuestra autodeterminación no es una simple declaración. Debemos garantizar las condiciones necesarias que permitan su ejercicio pleno; y este debe expresarse, a su vez como plena autonomía para nuestro pueblos. Sin autogobierno indio y sin control de nuestros territorios no puede existir autonomía… las organizaciones reunidas en el Primer Encuentro Continental de Pueblos Indígenas reafirmamos: ...Ratificar nuestro indeclinable proyecto político de autodeterminación y conquista de

[127] ANAYA, J., *Indigenous Peoples in International Law,* Ed. Oxford University Press, Oxford, 1996. Pág. 49.
[128] Citada en CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (eds.), *El desafío de la Declaración… Op. Cit.* Pág. 44.
[129] APARICIO, M., "El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación" en BERRAONDO, M. *Pueblos indígenas...*, *Op. Cit.* Pág. 44.
[130] APARICIO, M., "Ciudadanías intensas. Alcances de la Refundación democrática en las Constituciones de Ecuador y Bolivia" en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (coord.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Pp. 245-272.

> nuestra autonomía, en el marco de los Estados Nacionales, bajo un nuevo orden popular, respetando la denominación con que cada pueblo determine a su lucha[131]

Por su parte, Adelfo Regino, líder indígena de Oaxaca, México, al responder sobre los temores de las autoridades mexicanas que las demandas indígenas atentaran contra la "unidad nacional" sostuvo:

> ….políticamente los conceptos de autonomía y soberanía son radicalmente distintos. Tradicionalmente se ha sostenido que la soberanía es un atributo que tienen los Estados... por el contrario, la autonomía es la facultad que tienen los pueblos en el marco del Estado -no fuera de él- para determinar sus condiciones generales de vida en coordinación con las instancias de gobierno estatal y federal. Cuando los indígenas mexicanos reclamamos nuestro derecho a la libre determinación concretado en la autonomía indígena, no estamos trastocando la soberanía mexicana…[132]

En este aspecto, con la Declaración de ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas se producen tres innovaciones importantes. En primer lugar, se reconoce que los pueblos indígenas son pueblos diferenciados, que han sufrido la colonización por parte de sus Estados y que se encuentran legitimados para ejercer sus derechos como pueblo. En relación con la libre determinación, a pesar de la reticencia de algunos Estados, la mayoría consideró que se trataba del legítimo ejercicio de su calidad de pueblos. Ello comporta una importante innovación ya que, como señala Aparicio[133], se considera que aún existen situaciones de dominación de unos pueblos sobre otros y que las situaciones que justificaron la aplicación del derecho de libre determinación aún hoy se encuentran vigentes en el interior de los Estados. Es decir, que continúan sufriendo impedimentos para poder vivir y desarrollarse plenamente como pueblos, cuyo carácter y existencia fue negado.

Además, cuestiona la interpretación restringida del derecho a la libre determinación, asociada solo a la independencia, que ha prevalecido en el ámbito de la ONU. Se reconoce que se trata de un derecho humano que corresponde a todos los pueblos y por extensión a los pueblos indígenas. Para James Anaya[134] se trata de un derecho humano que surge en el marco de los derechos humanos del Derecho internacional contemporáneo. Es decir, es un derecho de los seres humanos más que del Estado. Por lo cual tienen el derecho, tanto individual como colectivo, a ejercer el control sobre sus destinos y vivir en órdenes institucionales que se diseñen de acuerdo al mismo.

Para Anaya, la Declaración deja claro que los pueblos,

---

[131] Declaración de Quito. Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios, Quito, Ecuador, Julio 17-21 de 1990. Disponible en http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php. Fecha de consulta: 01/06/2017.
[132] "Autonomía y soberanía" en *La Jornada*, 19 de enero de 1997, México. Disponible en http://www.jornada.unam.mx/1997/01/19/regino.html. Fecha de consulta: 01/06/2017.
[133] APARICIO, M., "El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación… *Op. Cit.* Pág. 43.
[134] ANAYA, J., "El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración" en CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (eds.) *El desafío de la Declaración…Op. Cit.* Pp. 194-209.

> …son comunidades transgeneracionales con atributos significativos de cohesión política y cultural que buscan su permanencia y desarrollo. Para la mayoría de los pueblos, especialmente si se tienen en cuenta los vínculos transculturales y otros patrones de interconexiones que existen junto a las diversas identidades, la libre determinación *plena*, en su verdadero sentido, no justifica un Estado separado e incluso puede verse obstaculizada por el mismo.[135]

Por otra parte, al afirmar el derecho a la libre determinación la Declaración reconoce que se les ha negado el disfrute del mismo y marca los parámetros para iniciar procesos que definan nuevas relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas, relaciones de cooperación, de respeto y de justicia. Este derecho "exige hacer frente y revertir los legados del imperialismo, de la discriminación y de la opresión de las culturas"[136].

Por último, permite el desarrollo y ejercicio de otros derecho colectivos reconocidos en los instrumentos internacionales íntimamente relacionados con la libre determinación. Como el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos (Art. 4). El derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades (Art. 35); a determinar y elaborar sus prioridades para el ejercicio de su derecho al desarrollo; a participar en la elaboración de los programas de salud, vivienda, educación, desarrollo, etc. (Art. 23). Y, en especial, el ejercicio de sus derechos sobre tierras, territorios y recursos; el derecho a participar y a la consulta previa.

b) Aplicación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en la ONU

Para promover la aplicación de estos derechos, tras la aprobación de la Declaración en ONU se establecieron distintos mecanismos en el ámbito de la ONU. En 2007 se creó el Mecanismo de Expertos de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI)[137], órgano subsidiario del Consejo de Derechos Humanos. Le corresponde brindar asesoría temática al Consejo de Derechos Humanos, a través de estudios e investigaciones, sobre los derechos de los pueblos indígenas y promover la aplicación de la Declaración.

El MEDPI ha elaborado diferentes estudios sobre derechos específicos de los pueblos indígenas, tales como: educación; derecho a participar en la adopción de decisiones; el acceso a la justicia; salud, patrimonio cultural, etc. En los diferentes estudios y opiniones el MEDPI hace mención al derecho de libre determinación de los pueblos indígenas y su estrecha vinculación con el respeto y ejercicio de otros derechos, como el derecho a la salud, la educación o el acceso a la justicia. Dice el MEDPI:

> Un tema importante y controvertido para los pueblos indígenas y las naciones poscoloniales de hoy es la libre determinación de los pueblos indígenas y sus eventuales con-

[135] ANAYA, J., "El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación… *Op. Cit.* Pág. 198.
[136] *Ibíd.* Pág. 207.
[137] Para mayor información sobre el MEDPI, ver: BROCH HANSEN, K. JEPSEN, K. y LEIVA, P., *El Mundo indígena 2017,* Ed. IWGIA, Copenhague, 2017. El MEDPI es considerado como el órgano sucesor del GTPD cuyo trabajo se centró en la elaboración del borrador de la Declaración.

> secuencias para los sistemas jurídicos. El derecho a la libre determinación está consagrado en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, y esto conlleva la exigencia del control y la participación de los pueblos indígenas en los procesos de justicia que les afectan. Como ya se ha destacado anteriormente, diversos artículos, en particular el artículo 34, afirman que la utilización de sistemas jurídicos indígenas es una expresión de la libre determinación y contribuye a esta.[138]

También menciona la libre determinación con relación al derecho a participar en la adopción de decisiones, dice:

> El principio de participación en la adopción de decisiones también tiene una relación clara con el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en particular el derecho a la autonomía o el autogobierno, y con la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas en los asuntos que puedan afectarlos, sobre la base del principio del consentimiento libre, previo e informado. Estos conceptos jurídicos forman parte inherente de cualquier debate sobre el derecho de los pueblos indígenas a participar en los procesos de decisión y se tendrán en cuenta a lo largo de todo el informe como aspectos importantes del derecho a participar en la adopción de decisiones.[139]

Por su parte, distintos órganos de los Tratado han hecho referencia al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y los distintos derechos que surgen a partir de la Declaración. Así, el CERD, el CDESC y el Comité de los Derechos del Niño realizaron observaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Para el Comité de los Derechos del Niño la realización del derecho de los niños y niñas indígenas a la educación es un medio esencial de lograr el reconocimiento de derechos a las personas y la libre determinación de los pueblos indígenas. En la Observación General núm. 11, insta a los Estados partes a:

> …que adopten criterios fundados en los derechos con respecto a los niños indígenas sobre la base de la Convención y de otras normas internacionales pertinentes, como el Convenio Nº 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Para que se vigile efectivamente la aplicación de los derechos de los niños indígenas, se exhorta a los Estados partes a que estrechen su cooperación directa con las comunidades indígenas…[140]

Por último, es importante advertir que el CDCP se había pronunciado con anterioridad sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas tiendo en cuenta lo

---

[138] ONU, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas: El acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas, doc. A/HRC/EMRIP/2014/3, 25 de abril de 2014. Pág. 19.

[139] ONU, Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, doc. A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo de 2010.

[140] Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, doc. CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009. Pág.20.

dispuesto en el artículo 1 de los Pactos. En las observaciones finales a los informes presentados por Canadá, en 1999, decía:

> …el Comité hace hincapié en que el derecho a la autodeterminación requiere, entre otras cosas, que todas las poblaciones puedan disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que no se les prive de sus medios de subsistencia (art. 1 párr. 2). El Comité recomienda que se tomen medidas decisivas y urgentes con miras a la plena aplicación de las recomendaciones de la Comisión Real acerca de la asignación de tierras y recursos. El Comité recomienda también que se abandone la práctica de abrogar los derechos inherentes a las poblaciones autóctonas por ser incompatible con el artículo 1 del Pacto.[141]

Así, en el ámbito de ONU existe una importante trayectoria de reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Además, tras la adopción de la Declaración y del Convenio 169 de la OIT distintos órganos de ONU han incorporado lo allí dispuesto para interpretar las disposiciones de los tratados de derechos humanos. Sobre las labores de los demás órganos de ONU se trata en los siguientes apartados.

4.2.2. Titularidad colectiva de derechos

La segunda característica de este *corpus iuris*, e íntimamente relacionada con la anterior, es el reconocimiento de la titularidad colectiva de ciertos derechos. En el preámbulo la Declaración de ONU reconoce expresamente que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, como apunta Aparicio, la Declaración supera los textos anteriores ya que:

> … es precisamente la consideración colectiva y diferenciada de la participación en la toma de decisiones que les afectan la que se sitúa detrás de las reivindicaciones de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus derechos… La construcción de espacios públicos culturalmente homogéneos, creados con la receta liberal de la individualización, es contestada con la pugna por espacios de participación y decisión colectivas[142]

Este reconocimiento también estuvo sometido a controversias al momento de votar la Declaración en la sesión plenaria de la Asamblea General. En la votación de los representantes del Reino Unido señalaron que a excepción del derecho a la libre determinación no aceptaban el concepto de los derechos colectivos a nivel internacional. Advirtieron que ello no implicaba negar que existieran derechos humanos individuales que pudieran aplicarse de forma colectiva en comunidad con otras personas, como los derechos de libertad de asociación, de libertad de religión o un título colectivo de propiedad.

Entendieron que existe una distinción entre los derechos humanos individuales en el Derecho internacional y los otros derechos colectivos concedidos en el ámbito nacional por

[141] CDCP, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá, doc. CCPR/C/79/Add.105, 07 de abril de 1999.
[142] APARICIO, M., "El derecho de los pueblos indígenas...", *Op. Cit.* Pág. 36.

los gobiernos a los pueblos indígenas. Enfatizaron que "Reino Unido desea reafirmar que interpreta todas las disposiciones de la Declaración a la luz de dicha cláusula del preámbulo y según ese entendimiento de los derechos humanos y los derechos colectivos"[143].

La misma opinión mantuvieron los delegados de Japón[144] quienes declararon que el concepto de derechos humanos colectivos no es ampliamente reconocido en el Derecho internacional general, y que la mayoría de los Estados no lo aceptaban. Señalaron que el Gobierno de Japón consideraba que los indígenas tenían los derechos que figuran en la Declaración y que determinados derechos pueden ser ejercidos junto con otras personas que tienen esos mismos derechos.

Pese a las controversias que puedan existir en el ámbito internacional sobre el reconocimiento de los derechos colectivos, no quedan dudas que los pueblos indígenas tienen reconocidos tales derechos, en virtud de lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de ONU[145]. Además, en el contexto latinoamericano, tanto la CIDH como la Corte Interamericana han desarrollado una extensa jurisprudencia que reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Uno de los casos más importantes fue el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* donde la Corte al dictar sentencia en 2001 apoyó varias de las demandas de la comunidad indígena. En el caso *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* de 2010 y *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* de 2012, la Corte volvió a afirmar la existencia de tales derechos.

Uno de peritos del Caso Mayagna Awas Tingni, Rodolfo Stavenhagen, afirmó que "en ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte"[146]. Advirtió que al violarse los derechos de una comunidad de seguir subsistiendo se violan una serie de derechos humanos básicos como el derecho a la cultura, la participación, la identidad, la sobrevivencia.

El voto razonado de uno de los miembros de la Corte, el juez Hernán Salgado Pesantes, señaló que al dictar la sentencia se contemplaron los derechos del artículo 21 de la Convención desde la perspectiva de los miembros de las comunidades indígenas. Para ello se consideró indispensable observar que los derechos comunitarios forman parte de la cultura jurídica de muchos de los pueblos indígenas. "En suma, existe una íntima e indisoluble

[143] ONU, Asamblea General 107 Sesión Plenaria, doc. A/61/PV.107… *Op. Cit*. Pág. 24.
[144] *Ibíd.* Pág. 23.
[145] Para profundizar sobre la discusión acerca de los derechos colectivos en el ámbito internacional, ver: FITZMAURICE, M. "The question of indigenous peoples' rights: a time for reappraisal?" en FRENCH, D. (Ed) *Statehood and Self-determination… Op. Cit.* Para un análisis más detallado de los derechos colectivos en general, ver: PAYERO LÓPEZ, L. *El derecho de autodeterminación de los pueblos… Op. Cit.*
[146] Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C núm. 79. Voto razonado concurrente del juez Sergio Ramírez a la sentencia de fondo y reparaciones. Pág. 4, párrafo 14.

vinculación entre los derechos de ambos órdenes -individuales y colectivos-, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas"[147].

En la sentencia sobre el Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador la Corte se ha manifestado expresamente sobre la titularidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Advierte que la normativa internacional reconoce los derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho internacional y no únicamente a sus miembros. Dice:

> …puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva[148].

Por su parte, el artículo VI de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, dispone:

> Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

4.2.3 Reconocimiento de la identidad cultural

En tercer lugar, este *corpus* de derechos se fundamenta en el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas, como pueblos distintos que fueron sometidos a colonización interna por parte de los Estados. Sobre este aspecto es necesario indagar si en el ordenamiento jurídico internacional el derecho a la identidad cultural se encuentra consagrado expresamente y cuál es su extensión.

Para Bartolomé Clavero al hablar de cultura se debe tener en cuenta dos sentidos. El primero se refiere a la cultura que las personas adquieren al nacer y criarse en un determinado medio humano. Para el autor, es a través de una cultura particular donde los seres humanos logran individualizarse y sociabilizar. El segundo sentido entiende a la cultura como las "habilidades añadidas y destrezas suplementarias que se adquieren mediante la instruc-

[147] Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua… *Op. Cit.* Voto razonado concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes. Pág. 98, párrafo 14.
[148] Corte IDH. Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de Junio de 2012. Serie C núm. 245. Pág. 72, párrafo 231.

ción programada y el trabajo deliberado."[149] Es decir, los frutos o productos que surgen de determinada cultura.

Para Clavero[150] el derecho a la cultura tiene una dimensión individual, entendido como derecho a la cultura, y una dimensión colectiva que consiste en garantizar los medios y poderes necesarios para que las culturas particulares puedan reproducirse y continuar existiendo. Además, es un derecho que tiene un valor constituyente, puesto que es definitorio de la comunidad política que constitucionalmente se determine y en cuyo ámbito se garantizan los derechos individuales. Por ello critica que sea considerado como un derecho de tercera generación porque implica cancelar el primer sentido del derecho a la cultura propia. Al hacer solo referencia al acceso a las habilidades suplementarias, se anula la primera dimensión que hace referencia a la capacitación básica en la propia cultura de nacimiento y crianza.

Por su parte, la Observación general núm. 21 del CDESC[151] señala que la cultura es un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia humana. Advierte que existen distintas definiciones y que habrá otras en el futuro, pero todas hacen referencia al carácter polifacético implícito del concepto. Explica que con la expresión "vida cultural" hace referencia al proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo característico de la cultura que tiene un pasado, un presente y un futuro. Además, debe comprenderse como un proceso interactivo a través del cual los individuos y las comunidades, manteniendo sus particularidades y fines, dan expresión a la cultura de la humanidad.

El CDESC considera que la cultura, comprende entre otras cosas: la formas de vida; el lenguaje; la literatura; la música y las canciones; los sistemas de religión y creencias; los ritos y ceremonias; los métodos de producción o la tecnología; las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales "los grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido de su existencia"[152]. En la Observación el CDESC señala que la cultura refleja y configura los valores del bienestar y de la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades.

Para Calvero[153], aunque el derecho a la cultura en el primer sentido (con valor constituyente) no esté consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo está en los PIDCP y PIDESC en virtud del reconocimiento del derecho a la libre determinación política, económica y cultural de los pueblos. Junto a la libre determinación política y eco-

---

[149] CLAVERO, B., "¿Cómo es que no hay un derecho humano a tu propia cultura?" en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 41, 2007. Pág. 205.
[150] *Ibíd.*
[151] CDESC, Observación general núm. 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural, doc. E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 de mayo de 2010.
[152] *Ibíd.* Pág. 4, párrafo 13.
[153] CLAVERO, B., *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, Ed. Siglo XXI, México, 2008.

nómica los pueblos tienen el derecho de determinarse culturalmente. En este sentido, CDCP ha señalado en distintas oportunidades que las disposiciones del artículo 1 son pertinentes para la interpretación de otros derechos protegidos por el Pacto, en particular el artículo 27.

El artículo 27 del PIDCP dispone que:

> En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.[154]

Si bien durante la elaboración del tratado no se hizo específica referencia a los pueblos indígenas[155], posteriormente el CDCP señaló que el artículo protegía el derecho a la cultura de los y las indígenas. En su jurisprudencia hace referencia al derecho de las personas indígenas a gozar de su cultura y preservarla. En el Caso "Lovelace vs. Canadá" el Comité determinó que las personas que nacen y crecen dentro de una reserva, mantienen vínculos y desean seguir manteniéndolos con su comunidad indígena se consideran parte del grupo minoritario al que hace referencia el artículo 27.[156]

Por su parte, en la Observación General núm. 23 advierte que en lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales, la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive en un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres. Por ello considera que en su caso de los pueblos indígenas el disfrute del derecho a la propia cultura puede requerir medidas jurídicas positivas de protección por el Estado parte y medidas para garantizar la efectiva participación de los miembros de las comunidades en que las decisiones que les afecten. Concluye el Comité:

> … llega a la conclusión de que el artículo 27 se relaciona con los derechos cuya protección impone obligaciones específicas a los Estados partes. La protección de esos derechos tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto. En consecuencia, el Comité observa que esos derechos deben ser protegidos como tales, sin que se les confunda con otros derechos personales conferidos a todas y cada una de las personas con arreglo al Pacto. Por lo tanto, los Estados

[154] La versión en castellano habla de "vida cultural" mientras que la inglesa usa el término "cultura". Dice la versión en inglés: In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy **their own culture**, to profess and practise their own religion, or to use their own language. (Resaltado propio)
[155] ONU, Draft International Covenants on Human Rights, doc. A/2929, 1 de Julio de 1995.
[156] Véase: CDCP, Lovelace vs. Canadá, comunicación núm. 24/1977, dictamen aprobado 30 de julio de 1981, doc. CCPR/C/13/D/24/1977; Kitok vs. Suecia, comunicación núm. 197/1985, dictamen aprobado 10 de agosto de 1988, doc. CCPR/C/33/D/197/1985; Lansman *et al*. vs. Finlandia, comunicación núm. 511/1992, dictamen aprobado el 25 de octubre de 1994, doc. CCPR/C/52/D/511/1992; Jouni Lansman *et al.* vs. Finlandia, comunicación núm. 671/1995, dictamen aprobado el 30 de octubre de 1996, doc. CCPR/C/58/D/671/1995.

> partes tienen la obligación de asegurar la debida protección del ejercicio de esos derechos…[157]

Aunque en un principio el CDCP hacía referencia principalmente al carácter individual de los derechos reconocidos en el artículo 27, con relación a los pueblos indígenas en diferentes oportunidades ha considerado que el derecho a la libre determinación es pertinente para interpretar el artículo 27. En las Observaciones finales del examen de los informes presentados por Estados Unidos, expresa:

> El Estado Parte debería adoptar medidas adicionales para garantizar los derechos de todos los pueblos indígenas, con arreglo a los artículos 1 y 27 del Pacto, a fin de concederles más influencia en la adopción de decisiones que afecten a su entorno natural, sus medios de subsistencia y sus propias culturas.[158]

También el CDESC en la Observación general Núm. 21 expone su enfoque general para la interpretación del derecho a participar en la vida cultural, reconocido en el artículo 15 del PIDESC. En la Observación hace mención a lo dispuesto tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de la ONU.

Para el CDESC los Estados partes deben adoptar medidas para garantizar que el ejercicio de este derecho tenga en cuenta que los valores de la vida cultural pueden ser de carácter sólidamente comunitarios o que solo pueden ser expresados y ejercidos en comunidad por los pueblos indígenas. Señala que la fuerte dimensión colectiva de su vida cultural es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral. Hace especial referencia a la necesidad de protección de sus valores culturales y sus derechos relacionados con la tierra, territorio y recursos naturales. Ello para evitar la pérdida de su identidad cultural. Señala:

> Los pueblos indígenas tienen derecho a actuar colectivamente para que se respete su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, la literatura, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. Los Estados partes deben respetar también el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los aspectos concernientes al ámbito de aplicación de sus derechos específicos.[159]

---

[157] CDCP, Comentario general 23 (50) al artículo 27, doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 5, 26 de abril de 1994. Pág. 4, párrafo 9.

[158] CDCP, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Estados Unidos de América, doc. CCPR/C/USA/CO/3, 15 de septiembre de 2006. Pág. 13. Párrafo 37. Ver también: CDCP, Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda, comunicación núm. 547/1993, doc. CCPR/C/70/D/547/1993, dictamen aprobado 27 de octubre de 2000; Jouni Lansman *et al.* vs. Finlandia, comunicación núm. 671/1995, dictamen aprobado el 30 de octubre de 1996, doc. CCPR/C/58/D/671/1995.

[159] CDESC, Observación general núm. 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural, doc. E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 de mayo de 2010.

Así, tanto las Observaciones del CDCP como del CDESC constituyen importantes elementos para proteger el derecho a la identidad e integridad cultural de los pueblos indígenas. Sin embargo, el progresivo reconocimiento de derechos específicos a los pueblos indígenas hizo que su régimen se diferenciara al de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas.

No solo porque en varios Estados latinoamericanos los pueblos indígenas constituyen la mayoría de la población, sino por la dimensión colectiva del reconocimiento de sus derechos y las obligaciones específicas que genera al Estado. En este sentido, la Declaración de Viena de 1993, le otorga un tratamiento diferenciado al hacer referencia a las minorías en el párrafo 19 y a los pueblos indígenas en el 20. Como advierte Clavero[160] las minorías tienen el derecho a la propia cultura cuya garantía y promoción corresponde al Estado. La titularidad del derecho se reconoce en su carácter individual, a personas que pertenecen a un colectivo minoritario. En el caso de los pueblos indígenas, el derecho se fundamenta en su calidad de pueblos. La titularidad del derecho es del pueblo para desarrollar su identidad y características como grupo. Son ellos los sujetos colectivos del derecho y los que definen el contenido del mismo.

Por lo tanto, ambas dimensiones del derecho a la cultura que señala Clavero se encuentran reconocidas a los pueblos indígenas, tanto en el ámbito de universal como latinoamericano. El desarrollo de los derechos indígenas en el ámbito internacional y el reconocimiento del sometimiento a colonización interna por parte de los Estados, hizo necesario reconocer el derecho a la cultura propia de los pueblos indígenas para garantizar su subsistencia como pueblos. Ello se vio expresado en la obligación del respeto a la identidad y a la integridad cultural de los pueblos indígenas.

En este sentido, la Corte Interamericana ha advertido sobre la exigencia de respetar la identidad cultural como eje fundamental para el pleno ejercicio de los demás derechos de los pueblos indígenas. Según su jurisprudencia el derecho a la identidad cultural se trata de un derecho fundamental de naturaleza colectiva que debe ser respetado en las sociedades *multiculturales*, pluralistas y democráticas. En el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador señala que los pueblos indígenas son actores sociales y políticos diferenciados que deben ser reconocidos y respetados en una sociedad democrática. Dice:

> Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la **identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal** para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Conven-

[160] Para profundizar sobre las diferencias entre las minorías y pueblos indígenas, ver: CLAVERO, B. "¿Cómo es que no hay un derecho…. *Op. Cit.*; ANAYA, J., *Los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Ed. Trotta, Madrid, 2005; APARICIO, M., *Los Pueblos Indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los Derechos Indígenas en América Latina,* Ed. Cedecs, Barcelona, 2002; GOMIZ, M. y SALGADO, J., *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, Ed. Observatorio de Derecho Humanos de Pueblos Indígenas y IWGIA, Neuquén, 2010.

> ción y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos.[161] (Resaltado propio)

Esto implica la obligación de los Estados de garantizar que los pueblos indígenas sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. La Corte sostiene que aunque la Convención Americana de Derechos del Hombre no consagre expresamente este derecho, se puede inferir a partir de los derechos que reconoce. A través de una amplia jurisprudencia ha indicado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Señala:

> En otras oportunidades…, este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de mismo instrumento)[162]

Esta interpretación ha mantenido la Corte a través de su jurisprudencia. En la Opinión Consultiva relativa a la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice:

> …la Declaración Americana se basa en la idea de que "la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución" (Considerando tercero). Este derecho americano ha evolucionado desde 1948 hasta hoy y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos. Como dijo la Corte Internacional de Justicia: "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar" (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31). Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.[163]

---

[161] Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador… *Op. Cit.* Pág. 66, párrafo 213.
[162] *Ibíd.* Pág. 43, párrafo 161.
[163] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89 relativa a "la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", 14 de julio de 1989, párrafo 37. Esta interpretación fue reafirmada en distintas sentencias y opiniones consultivas que la Corte realizó. Ver: Opinión Consultiva OC-16/99 relativa a "el Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso

Así, la Corte ha incorporado los distintos instrumentos internacionales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas, para interpretar las disposiciones de la Convención Americana. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte desde el caso Yakye Axa Vs Paraguay señala:

> Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, 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. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.[164]

Igualmente, tanto el Convenio 169 como la Declaración de la ONU, reconocen el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas. La guía sobre el Convenio 169 elaborada por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo[165], señala que las disposiciones del convenio apuntan a un doble objetivo general: superar la discriminación y garantizar que los pueblos indígenas se beneficien en forma igualitaria en la sociedad nacional; y garantizar que los pueblos indígenas puedan desarrollar su identidad social y cultural, costumbres, tradiciones e instituciones de acuerdo con sus propias aspiraciones.

Durante la negociación del Convenio 169, como se ha visto, uno de los temas donde mayor controversia existió fue sobre la calidad de pueblos y el derecho a la libre determinación. Sin embargo, existía cierto consenso en el reconocimiento a los derechos colectivos y sobre todo el relacionado con la consulta tenía como objetivo garantizar el máximo control "su propio desarrollo económico, social y cultural"[166]. En la Reunión de expertos sobre la revisión del Convenio 107, hubo acuerdo general que:

> El reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas y tribuales a ser diferentes de la sociedad dominante en la que viven, es tal vez el más importante de ellos. Este principio implica el rechazo de la noción de superioridad cultural de los grupos sociales dominantes, implícita en el actual Convenio. Cualquiera que sea la forma en que el

---

legal", de 1 de octubre de 1999. Con relación a los derechos de los pueblos indígenas es la interpretación que ha adoptado desde el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua… *Op. Cit.*

[164] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C núm. 125. Párrafo 51.

[165] OIT, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica*, Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

[166] OIT, Observación General (CEACR) 2010/81, publicada en 100 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, (2011) doc. CEACR-2010-O-S20-GEN-Sp.doc/v.3., 2011.

> Convenio lo exprese (véase más adelante la orientación básica), el derecho a la diferencia debería ser un factor preponderante en el nuevo instrumento.[167]

En este sentido es importante advertir que el fundamento del reconocimiento del derecho a la diversidad cultural, se basa en la exigencia del principio de igualdad. Considerado desde una dimensión colectiva al hacer referencia que los pueblos indígenas tienen características propias que los diferencian del resto de la población. Además, se considera que para restablecer la igualdad es necesario respetar su identidad e integridad cultural puesto que los pueblos indígenas han sido excluidos y sometidos a colonización interna por parte de los Estados.

Como advierte Clavero, este reconocimiento no significa otorgar derechos que el resto de la población carece, sino extender un derecho que el resto de la población ya disfrutaba. Al respecto señala el autor "las personas no indígenas ni miembros de minorías contamos con el derecho a la cultura propia sin necesidad de que se venga reconociendo, pues ya nos lo garantiza, sin necesidad de proclamarlo, el Estado que se identifica con ella, con nuestra cultura."[168] Sin embargo, tal reconocimiento no deja indiferente al sistema jurídico sobre el que se asienta ya que importa un cambio en la propia estructura monocultural de los Estados, que queda alterada al reconocer la pluralidad de pueblos que coexisten en un mismo territorio.

Por su parte, diversos artículos del Convenio y la Declaración de ONU[169] reconocen distintos derechos con el objetivo amparar la identidad y diversidad cultural de los pueblos indígenas. Uno de ellos es la obligación del Estado de respetar las instituciones propias, ya que considera que el derecho a mantener y desarrollar las instituciones indígenas es fundamental para mantener la identidad y la autonomía de los pueblos indígenas. La guía de la OIT señala que las disposiciones internacionales sobre derechos humanos incluyen el derecho colectivo a mantener, controlar y desarrollar sus instituciones políticas, culturales, económicas, lo que incluye sus prácticas, costumbres, derecho consuetudinario y sistemas legales. Asimismo reconocen el derecho a mantener sus propias costumbres y leyes consuetudinarias[170].

Relacionado con estos derechos se encuentran las disposiciones relativas a garantizar la participación y consulta de los pueblos indígenas. Para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT "la consulta y participación" constituyen la piedra angular del Convenio 169 y la base de todas sus disposiciones. En la Observación General de 2008, publicada en 2009, señala que el Convenio hace referencia a tres procesos interrelacionados: la acción gubernamental coordinada y sistemática, la participación y la consulta. Advierte que los gobiernos tienen la obligación de desarro-

[167] OIT, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio… *Op. Cit.* Pág. 114.
[168] CLAVERO, B. "¿Cómo es que no hay un derecho humano… *Op. Cit.* Pág. 215.
[169] Convenio 169 de la OIT: 2.2; 4,1; 5; 6.1; 8.2. Declaración de la ONU: 5; 18; 20; 34.
[170] Convención 169 de la OIT: 8. Declaración de la ONU: 34 y 35.

llar, con la participación de los pueblos indígenas, acciones coordinadas y sistemáticas para proteger los derechos y garantizar la integridad de esos pueblos. Dice:

> …aunque el Convenio no impone un modelo específico de participación, requiere la existencia o establecimiento de instituciones u otros mecanismos apropiados, con los medios necesarios para cumplir debidamente con sus funciones, y la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales.[171]

También, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce el derecho a la identidad e integridad cultural, en el art XII dispone:

> 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras.
>
> 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.
>
> 3. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración.

Igualmente, otros instrumentos de derechos humanos y organismos internacionales de carácter general han desarrollado ampliamente el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural[172]. Según el artículo 4 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad cultural:

> …la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos. Nadie puede invocar la diversi-

[171] OIT, Observación General (CEACR) 2008, publicada en la 98va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, (2009).

[172] Ver: Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural del año 2001; UNESCO Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and their Contributionto; Declaración de México sobre las políticas culturales; Conferencia mundial sobre las políticas culturales; Convención de la UNESCO para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. Convenciones y recomendaciones de la UNESCO referentes a la cultura o la identidad cultural que mencionan a los pueblos indígenas: Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore, de 15 de noviembre de 1989, y Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, de 20 de octubre de 2005.

> dad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance…[173]

Sin embargo, el reconocimiento ciertos derechos que amparan la identidad cultural se ve limitado por cláusulas de respeto de los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional o derechos fundamentales de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por ejemplo, el ya mencionado artículo 8 del Convenio 169 establece que los Estados al aplicar la legislación nacional deberán tomar debidamente en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos interesados. En el inciso segundo señala que los pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Igualmente, la Declaración de ONU, en el artículo 34, señala que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Estas cláusulas generan cierta ambigüedad ya que se recurre a los derechos humanos, tanto para fundamentar estos derechos como para limitarlos. En virtud de lo expuesto en este apartado, no hay dudas que los pueblos indígenas tienen derecho a la identidad e integridad cultural. Lo que no queda aún resuelto es cuáles mecanismos deben articularse para resolver los conflictos que surjan entre el ejercicio de estos derechos y los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional o derechos fundamentales del ordenamiento jurídico nacional. Sobre esta cuestión, clave, se trata en los próximos capítulos.

4.3. Aportes del Derecho internacional

Como se puede advertir en el ámbito internacional existe un importante desarrollo normativo y jurisprudencial con relación a los derechos de los pueblos indígenas. Este *corpus iuris* importa un avance para la protección de sus derechos porque reconoce parte de las reivindicaciones de los pueblos indígenas e introduce aspectos novedosos que permiten brindar una protección más completa.

Al considerar el proceso de elaboración de la Declaración de la ONU se advirtió que los movimientos indígenas exigieron participar no sólo como observadores sino como sujetos de derechos en las negociaciones. La Comisión de Derechos Humanos estableció un procedimiento especial para asegurar que las organizaciones indígenas que no tuvieran estatus consultivo en el ECOSOC pudieran participar de los debates del GTPD. Si bien esta situación generó algunas tensiones entre los movimientos y los representantes de los Estados, permitieron crear procedimientos de trabajo más abiertos y flexibles de los que habitualmente se aplicaban en los organismos de la Comisión de Derechos Humanos de ONU.

[173] Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2 de noviembre de 2001.

Una experiencia similar había ocurrido anteriormente con la elaboración del Convenio 169 de la OIT donde movimientos indígenas intervinieron al presentar sus demandas ante la organización. Sin embargo, su participación estuvo limitada por los reglamentos internos y su presencia no generó cambios significativos al interior de la OIT. Como advierte Rodríguez- Piñero[174] el Convenio tuvo un efecto muy limitado en la identidad, estructura, actividades y objetivos de la organización, que continúan siendo ajenos a los intereses específicos de los pueblos indígenas. Si bien fue la OIT quien dio el impulso inicial al reconocimiento de los derechos indígenas, en la actualidad son otros organismos los que han tomado el liderazgo en su promoción y defensa.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha contribuido al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y ha innovado en la interpretación sobre los mismos. En este sentido es ejemplar la jurisprudencia desarrollada con relación al derecho de propiedad colectiva sobre las tierras y territorios. Si bien este derecho se encuentra reconocido en la actualidad, la Corte lo ha reconocido con anterioridad a la aprobación de la Declaración y/o de la ratificación del Convenio 169. Además, en su interpretación enfatiza en la necesidad de reconocer la existencia del uso comunitario de la propiedad para respetar la diversidad cultural, como eje fundamental del pleno ejercicio de los demás derechos de los pueblos indígenas.

En el Caso Awas Tingni vs. Nicaragua mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, la Corte dispuso que el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que comprende la propiedad privada, también protege los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. En los alegatos al imponer demanda contra el Estado nicaragüense la CIDH sostuvo:

> Los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua generan sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención. El no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención[175]

La Corte concluyó que el Estado había violado el artículo 21 de la Convención en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Asimismo, señaló que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es simplemente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente. El derecho a vivir libremente en sus propios territorios y la estrecha relación que mantienen con la

[174] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., "La OIT y los pueblos indígenas en el Derecho… *Op. Cit.*
[175] Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna… *Op. Cit.* Alegatos de la Comisión. Pág. 73, párrafo 140.

tierra deben ser reconocido y comprendido como base fundamental de sus culturas, vida espiritual, integridad y supervivencia económica.

Posteriormente, en la sentencia del Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay[176], la Corte advierte que en el Estado paraguayo prevalece una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociendo con ello su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Hace referencia al alegato de la CIDH al imponer la demanda para quien el caso ilustra la persistencia de factores de discriminación estructural en el ordenamiento jurídico de Paraguay en lo relativo a la protección del derecho de propiedad del territorio ancestral y recursos. Ello debido a que persisten disposiciones jurídicas en el ordenamiento civil, agrario y administrativo que privilegian la protección del derecho a la propiedad privada "racionalmente productiva" sobre la protección de los derechos territoriales indígenas.

La interpretación de la Corte para proteger los derechos indígenas ilustra cómo las tres características del *corpus iuris* que se mencionaban en el apartado anterior se encuentran estrechamente relacionadas. El reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas exige atender conjuntamente su calidad de *pueblos*, titulares de derechos colectivos, con una identidad cultural propia.

En este sentido, Rodríguez Garavito y Sousa Santos sostienen que la movilización de los pueblos indígenas ha desatado un proceso de innovación jurídica que tiene profundas implicaciones para el régimen internacional de los derechos humanos. Para los autores el reconocimiento de los derechos colectivos ha alterado los presupuestos individualistas y monoculturales de los ordenamientos jurídicos modernos y contiene la promesa de una reconstrucción cosmopolita de los derechos humanos. Así, Rodríguez Garavito señala que "los pueblos indígenas han reivindicado una comprensión colectiva y relacional de los derechos (añadiendo los derechos colectivos al repertorio liberal de garantías individuales) y han propuesto marcos jurídicos multiculturales que garanticen el derecho a la diferencia"[177].

Además, la jurisprudencia de la Corte ha significado una fuente de interpretación para los tribunales locales y de legitimación de las demandas de los movimientos indígenas. En la actualidad existe un *corpus iuris* que ha servido como fundamento para posteriores demandas contra los Estados en Latinoamérica y cambios normativos dentro de los Estados. Un caso de gran relevancia es el del pueblo purépecha en el municipio de Cherán, Michoacán, México. En 2011 por primera vez fue reconocido en México el derecho a una comunidad indígena a gobernarse de acuerdo a sus propios regímenes. La invocación de la

[176] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C núm. 214. Pág. 68, párrafos 265 a 275.
[177] SANTOS, B. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, Ed. Anthropos, México, 2007. Pág. 222.

jurisprudencia de la Corte Interamericana fue de gran importancia al momento de fundamentar la demanda.[178]

4.4. Límites del Derecho internacional de los pueblos indígenas

Sin embargo, estos instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y las sentencias de la Corte presentan una serie de limitaciones que dificultan el reconocimiento de los derechos que consagran. Limitaciones que hacen referencia tanto al contenido de los derechos como a aspectos instrumentales, que se relacionan con los mecanismos y órganos encargados de velar por su cumplimiento.

Con relación al contenido de los derechos consagrados, como se ha visto, el reconocimiento de ciertos derechos se vio limitado por la reticencia de los Estados causando cierta ambigüedad. Además, en el caso de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, al tratarse de una Declaración de la Asamblea General carece de efectos jurídicamente vinculantes para los Estados. Sin embargo, con el desarrollo posterior de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para los Estados latinoamericanos ha adquirido mayor fuerza vinculante al ser tomada como guía en la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana y formar parte del *corpus iuris* del sistema interamericano de derechos humanos. Incluso, en distintas sentencias la Corte ha mencionado el apoyo del Estado involucrado al momento de la aprobación de la Declaración, junto con otras disposiciones de tratados de derechos humanos, para fundamentar sus fallos.[179]

En cuanto a la promoción y al control del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados por los instrumentos la situación varía. En el ámbito de la ONU, el Consejo de Derechos Humanos encomendó al Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas promover la Declaración y los instrumentos internacionales relativos a la promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Su labor se desarrolla en coordinación con el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el MEDPI.

El trabajo del Relator ha tenido un gran impacto en la promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en especial los informes elaborados por Stavenhagen. Ya sea a través de la presentación de informes, visitas oficiales a países y comunicaciones confidenciales a los gobiernos sobre las alegaciones de víctimas o de organizaciones respecto a casos concretos de violación de derechos de los pueblos indígenas. Si bien sus recomendaciones no son obligatorias para los Estados miembros y su visita requiere la conformidad de las autoridades locales, sus informes son ampliamente utilizados por organiza-

[178] Para un análisis detallado del caso y la estrategia consultar: ARAGON ANDRADE, O., "El derecho en insurrección. El uso contra-hegemónico del derecho en el movimiento purépecha de Cherán" en *Revista de Estudos & pesquisas sobre as Américas*, vol. 7, núm. 2, 2013.

[179] Corte IDH. Caso Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C núm. 284; Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador… *Op. Cit*. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay… *Op. Cit.*

ciones de derechos humanos e indígenas, otorgan legitimidad a sus demandas e inciden en los procesos locales generando oportunidades de diálogo y encuentro entre movimientos diversos. Sin embargo, como señala Rodríguez- Piñero "el impacto simbólico y mediático del Relator Especial en América Latina no se ha visto acompañado de un mismo nivel de acatamiento de sus recomendaciones."[180]

Por su parte, el Convenio 169 no establece mecanismos específicos de control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados, sino que utiliza los propios de la OIT. Ellos son el sistema de control periódico y los procedimientos especiales (queja y reclamación). El primero prevé el examen de las memorias presentadas por los Estados miembros sobre las medidas que se han adoptado para ejecutar sus obligaciones. Luego de estudiarlos, la CEACR realiza un informe general en el que se destacan los puntos de interés general, observaciones sobre la aplicación de los convenios ratificados y solicitudes directas.[181]

En la Conferencia Anual de la OIT la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (Comisión de Aplicación) selecciona un número limitado de las observaciones realizadas por la CEACR, para discutirlas en un foro tripartito y formular las conclusiones de los casos. Se trata de una sesión pública a la cual se invita a los representantes del Estado involucrado para realizar las declaraciones que consideren oportunas y contestar las preguntas de la Comisión de Aplicación.

El sistema de control de la OIT ha contribuido en gran medida a la protección de los derechos de los trabajadores y trabajadoras. Además, como advierte Jordi Bonet:

> …la OIT ha venido construyendo un complejo sistema de control institucionalizado que, con sus virtudes y defectos, ha influido en el desarrollo, en otros sectores norma-

[180] RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, L., "La internalización de los derechos indígenas en América Latina: ¿el fin de un ciclo?" en MARTI, S. (ed.), *Pueblos indígenas y Política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, CIDOB, Madrid, 2007. Pp. 181-199. Para profundizar sobre el rol del Relator Especial, ver: RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, L., "Los procedimientos especiales y los derechos indígenas: El papel del Relator Especial" en AA. VV., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el sistema internacional de Naciones Unidas: Aula de derechos humanos*, Instituto Promoción Estudios Sociales, Pamplona, 2010. Pp. 109-129.

[181] Las observaciones contienen comentarios sobre cuestiones fundamentales y son publicadas en el informe anual de la Comisión. En cambio, las solicitudes directas se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de más información y se comunican directamente a los gobiernos. Desde que Argentina ratificó el Convenio 169 en 2000 se presentaron diez informes con un intervalo de dos años hasta 2008 y luego anualmente, realizando la Comisión de Expertos las respectivas observaciones individuales. También en siete oportunidades la Comisión realizo solicitudes directas individuales.

En la última solicitud directa de 2015 la Comisión pide, entre otras cosas, que se proporcionen ejemplos de decisiones judiciales donde se hayan considerado las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Ello en virtud de las observaciones presentadas por la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA) Autónoma que indica que no existe legislación que garantice el ejercicio de los métodos propios indígenas de resolución de conflictos ni el reconocimiento de su derecho consuetudinario por los órganos estatales. Para acceder a las observaciones de la Comisión de expertos consultar en la página oficial de la OIT: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:1:0. Fecha de consulta: 06/06/2017.

> tivos y otras Organizaciones internacionales, de mecanismos de garantía y de procedimientos de control respecto a las obligaciones jurídicas internacionales adquiridas por los Estados.[182]

El carácter tripartito de la OIT ha contribuido a adoptar medidas que, a través del diálogo, permitan la búsqueda de la justicia social. Sin embargo, en los últimos años, como señala Bonet, las diferencias entre los representantes de los trabajadores y empleadores se han profundizado. Este último sector, junto con representantes de algunos gobiernos, ha cuestionado la labor del CEACR, integrada por expertos independientes, por considerar que se excedía de sus competencias y asumía labores interpretativas contrarias a su mandato. El problema, según la representación empleadora, era que las observaciones eran consideradas como una forma de jurisprudencia no vinculante sobre las normas laborales.[183] Lo que en cierta medida refleja la influencia de la OIT en sus ámbitos de actuación.

Otra manera de controlar el cumplimiento de los Convenios de la OIT es a través de los procedimientos especiales. Una vía es la reclamación, que puede ser presentada por las organizaciones de empleadores o trabajadores cuando consideren que el Estado no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de sus obligaciones. Por otro lado, la queja puede ser presentada por un Estado contra otro Estado miembro, por un delegado de la Conferencia Internacional del Trabajo o por el Consejo de Administración.

En materia indígena, si bien el aporte de la OIT radica en haber desarrollado los primeros mecanismos internacionales que atendían su situación, en los últimos años ha perdido relevancia. Para Luis Rodríguez-Piñero[184] ello se debe a una serie de factores como la sobrecarga de trabajo de la OIT, la anómala inserción del Convenio 169 en la normativa de la organización y en su entramado burocrático, la escasa relevancia de las cuestiones indígenas en su seno, la pérdida de conocimiento técnico, falta de redes políticas, etc.

Por su parte, Magdalena Gómez advierte sobre "la debilidad de los actuales mecanismos de control de este organismo internacional"[185] al analizar la actuación del comité tripartito establecido por el Consejo de Administración ante una reclamación presentada por sindicatos mexicanos. Denunciaban la falta de consulta a los pueblos indígenas ante la reforma constitucional de 2001 en materia de derechos y cultura indígena. Tras estudiar las distintas medidas adoptadas la autora considera que la OIT, en el caso de los pueblos indígenas, funciona más como un mecanismo diplomático que como vía para dar certeza jurídica a los reclamantes de su intervención.

---

[182] BONET PEREZ, J., "El sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la interpretación de los convenios de la OIT. Aproximación jurídica a una crisis institucional" en *Revista electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 26, 2013.

[183] Para consultar las facultades de la CEARC ver: *Ibíd*; OIT, *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Ed OIT, Ginebra, 2012. Pág. 36 y ss.

[184] RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO L., "La internalización de los derechos indígenas… *Op. Cit.* Pp. 181-199.

[185] GÓMEZ, M., "El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo" en BERRAONDO, M., *Pueblos indígenas y derechos… Op. Cit.* Pág. 150.

Ello sumado al hecho de que los y las indígenas solo pueden presentar reclamaciones ante la organización a través de los sindicatos o representaciones empresariales debido a que no cuentan con la legitimación activa para hacerlo de manera independiente. Dice una guía elaborada por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo:

> El acceso a los mecanismos de control en virtud de los convenios ratificados, incluyendo el Convenio núm. 169, se encuentra reglamentado en la Constitución de la OIT, y queda restringido a los mandantes tripartitos. Si bien los pueblos indígenas han criticado esta restricción, no hubo obstáculos en la práctica, pues los pueblos indígenas han hecho alianzas, particularmente con sindicatos, para presentar informaciones, comentarios y reclamaciones.[186]

Así, la labor de la OIT fue importante para impulsar la atención internacional sobre la situación de los pueblos indígenas y el Convenio 169 importa un instrumento fundamental para la protección de sus derechos. Sin embargo, en la actualidad otros organismos de derechos humanos han adquirido mayor protagonismo en la defensa y promoción de los derechos de los pueblos indígenas.

En al ámbito interamericano el funcionamiento de los órganos de control y la implementación de sus resoluciones se presenta como uno de los mayores desafíos en relación a los derechos de los pueblos indígenas[187]. Como es sabido, la Corte y la CIDH son los órganos encargados de controlar la actividad de los Estados en materia de derechos humanos en el ámbito americano. La Corte solo recibe denuncias de la Comisión y de los Estados miembros, mientras que la CIDH puede recibir denuncias de los individuos u organizaciones y, en caso de considerarlas admisible, las presenta ante la Corte.

La CIDH tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en dicha materia. Su rol es muy importante porque es el único mecanismo que permite que una persona u organización pueda hacer llegar un caso ante la Corte Interamericana. Siempre y cuando el Estado involucrado haya aceptado la jurisdicción de la Corte. Sin embargo, su actuación presenta una serie de limitaciones debido a su propia estructura de funcionamiento.

En primer lugar, su actividad se ve restringida por el insuficiente presupuesto que recibe de la OEA. Tal es la magnitud de la crisis financiera que junio de 2016 la Comisión anunció que se veía obligada a suspender parte de sus labores por falta de recursos económicos. Lo que implicaba postergar audiencias y reuniones de trabajo generando un mayor retraso procesal que hacía peligrar el acceso a la justicia de individuos y organizaciones.

---

[186] OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*, Ed. OIT, Ginebra, 2013. Pág. 9; LEARY, V., *La utilización del Convenio No169 de la OIT para proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999.

[187] Silvina Ramírez el capítulo VII realiza un detallado estudio de las ventajas y perjuicios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Consultar: RAMÍREZ, S., *Matriz constitucional, Estado Intercultural… Op. Cit.*

En la presentación del informe anual ante la Asamblea General de la OEA el presidente de la CIDH, James Cavallaro[188], señaló que el organismo atravesaba una crisis estructural y sistémica de funcionamiento que era necesaria atender y resolver. Ello debido a la profunda discrepancia entre el mandato que los Estados miembros de la OEA han asignado a la CIDH y los recursos financieros que le otorgan.

Otro límite viene dado porque las actuaciones de la CIDH están sometidas a la conformidad de los Estados involucrados. Ejemplo de ello es lo sucedido en el Estado mexicano con la desaparición forzada de 43 estudiantes de la Escuela Rural Raúl Isidro Burgos de Ayotzinapa, ubicada en el estado de Guerrero, el 26 de septiembre de 2014. Tras las graves denuncias de violaciones de derechos humanos, el Estado mexicano firmó un acuerdo con la CIDH para obtener asistencia técnica internacional en la investigación. En virtud del mismo fue creado el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) con la misión de acompañar en la investigación de los crímenes y sus responsables, la búsqueda de los desaparecidos y la atención a las víctimas y familiares.

Las investigaciones y los informes realizados durante el mandato pusieron en evidencia los déficits en la investigación desarrollada por la justicia mexicana y la necesidad de un replanteamiento general de la misma. En extensos informes se documentaron, entre otras cosas, las incertidumbres que el caso generaba, las inconsistencias de la versión oficial, la falta de investigación sobre cuestiones claves, el estado de indefensión en el que se encontraban las víctimas y sus familiares. Sin embargo, luego de cumplir el mandato de actividades y presentar el segundo informe el Estado mexicano manifestó que no renovaría el mandato del GIEI.[189] Ello generó un mayor estado de indefensión de las víctimas y familiares de los estudiantes desaparecidos y mayor impunidad para las autoridades mexicanas claramente involucradas con la comisión de los delitos denunciados.

Por otra parte, la CIDH está integrada por siete miembros, nombrados por la Asamblea General de la OEA, que se reúnen en sesiones ordinarias y extraordinarias. El no tener carácter permanente hace que su funcionamiento sea más lento[190]. Ello agravado por la gran

[188] Presentación del Informe anual de la CIDH del presidente, Comisionado James Cavallaro, en la 46 Asamblea General de la OEA, 15 de junio de 2016 www.oas.org/es/cidh/actividades/discursos/15.06.16.asp. Fecha de consulta: 06/06/2017.

Un comunicado publicado en la página oficial de la CIDH advierte que el personal financiado por recursos estatales alcanza a 31 personas, mientras que el resto de los funcionarios están financiados por donaciones. Según la CIDH su presupuesto anual no alcanza los 5 millones de dólares y la OEA destina el 6% de su presupuesto a la CIDH.

[189] CIDH, "Informe Ayotzinapa: Investigación y primeras conclusiones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa" Elaborado por el Grupo Interdisciplinar de Expertos Independientes (GIEI), septiembre de 2015.

[190] Un ejemplo de la lentitud del sistema interamericano de derechos humanos es el caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat, que agrupa comunidades indígenas de Salta. La Asociación denunció al Estado argentino frente a la CIDH en 1998 por la violación a los derechos territoriales, la integridad cultural y medio ambiente sano. En 2012 la Comisión presentó su informe de fondo y recomendaciones al Estado. En 2014, días previos a que venciera el plazo establecido por la Comisión, el gobierno de la provincia

magnitud de denuncias que recibe y la multiplicidad de trámites procesales que debe realizar para admitir una denuncia y dar parte al Estado involucrado. Antes de realizar la denuncia ante la Corte la CIDH debe realizar una serie de medidas tendientes a lograr un acuerdo amistoso con el Estado involucrado. En primer lugar, realizar recomendaciones privadas y si no son cumplidas, realizar una recomendación definitiva e informar a la Asamblea General de la OEA la renuencia del Estado. Luego, solo si el Estado involucrado ha reconocido expresamente la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana, puede presentar una denuncia ante la misma.

Igualmente existen barreras económicas, técnicas y temporales que limitan el acceso de las comunidades indígenas a instancias internacionales: las sedes se encuentran en Washington, se requiere la presencia de expertos y expertas en litigios internacionales y trascurre gran cantidad de tiempo hasta que pueda resolverse el conflicto.

Con relación a la implementación de la sentencias dictadas por la Corte existen serias dificultades para su efectiva aplicación. El artículo 69 del reglamento de funcionamiento de la Corte establece que la supervisión de las sentencias se realizará mediante la presentación de informes estatales y observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. Si lo considera oportuno podrá requerir peritajes, informes y audiencias para supervisar el cumplimiento. Luego, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes. Ante la sentencias, algunos Estados presentan reticencias para aplicar las medidas dispuestas por estos órganos. Un caso paradigmático es el Caso Awas Tingni vs. Nicaragua, de 2001, ya que a pesar de su gran trascendencia para el reconocimiento de los derechos indígenas, la ejecución de la sentencia comenzó recién en 2008.

Para Rodríguez-Piñero la mayoría de los casos relativos a derechos indígenas que han sido examinados por estos órganos en los últimos años se han visto acatados parcialmente y en otros no han sido acatados en absoluto. Ello invita a reflexionar sobre las limitaciones del sistema internacional para generar cambios sustantivos en las relaciones entre pueblos indígenas y Estados, lo que, para el autor "debe conducir a redimensionar el papel de la esfera internacional en las estrategias jurídicas y políticas de las redes de defensa de los derechos indígenas"[191].

En última instancia, numerosas de las limitaciones señaladas responden a la propia estructura del Derecho internacional público donde los Estados son al mismo tiempo creadores y destinatarios de las normas. El principal sujeto del Derecho internacional público es

---

de Salta restituyó parte del territorio en conflicto pero a principios de 2016 continuaban las reuniones entre autoridades provinciales y nacionales para cumplir las recomendaciones de la Comisión. A casi 20 años del conflicto en instancias internacionales, todavía sigue sin resolverse definitivamente.

[191] RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, L., "La internalización… *Op. Cit.* Pág. 199.

el Estados, pese a que en los últimos tiempos se ha extendido la titularidad a organizaciones internacionales, pueblos y, en menor medida, a individuos.

4.5. Recapitulación del ámbito internacional

Como se ha visto en este apartado en el ámbito internacional existe un importante *corpus iuris* que ampara los derechos de los pueblos indígenas. Se les reconoce la calidad de pueblos, la titularidad colectiva de ciertos derechos y el derecho a la identidad e integridad cultural. Como justificación de estos reconocimientos subyace el principio de igualdad considerado desde una perspectiva colectiva. Ello importa una notable contribución del Derecho internacional de los derechos humanos en materia indígena y una importante herramienta para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tanto a nivel internacional como local.

Sin embargo, existen una serie de aspectos que limitan su extensión y eficacia. Entre los más problemáticos se encuentra la limitación de ciertos derechos. Así el derecho a la libre determinación se ve restringido por la cláusula de respeto a la integridad territorial y unidad política de los Estados. En el caso del reconocimiento del derecho a la diversidad cultural, existen cláusulas que limitan su extensión al respeto de los derechos humanos y/o derechos fundamentales locales. Lo que genera ambigüedad ya que se utiliza a los derechos humanos como fundamento y a la vez cómo límite de los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido cabe la pregunta de cómo deben ser resueltas estas contradicciones de una manera que sea compatible con la diversidad reconocida.

Para responder estos interrogantes a continuación se estudian los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador porque han realizado un mayor reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Como se hacía mención al inicio del capítulo, ambos países han iniciado el tercer ciclo de reformas constitucionales, al que Raquel Yrigoyen, denominó el *constitucionalismo plurinacional*. Aunque se trata de procesos diferentes, tienen en común que junto al reconocimiento de derechos existió un esfuerzo por transformar la distribución del poder estatal y realizar reformas en el sistema jurídico para garantizar el respeto a los derechos de los pueblos indígenas.

Para Cletus Barié[192] estas constituciones implican un rediseño intercultural profundo de sus instituciones y sociedades ya que existe un salto cualitativo en la definición de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado que se refleja también en nueva mirada sobre la economía y el bienestar. Ello implica la transición de una concepción multicultural hacia una intercultural, que va más allá del reconocimiento de la existencia de sociedades culturalmente diversas para generar espacios comunes de diálogo y convergencia. Lo que genera el interrogante de cómo ello se materializa en el ámbito jurídico.

[192] BARIE, C., "Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador… *Op. Cit.* Pág. 12.

En el siguiente apartado se presentan ambos procesos con el objetivo de dar respuesta a los límites de la reforma constitucional argentina y a los interrogantes que el análisis del ámbito internacional genera. En el caso de la Constitución argentina esta limitación responde a las críticas realizadas hacia las propuestas multiculturales que no terminan por hacer efectivas las diferencias que reconocen. A pesar del tenue reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas no se contemplan reformas jurídicas ni institucionales necesarias para acoger dicho reconocimiento. Por lo que la estructura monocultural del Estado queda inalterada, a pesar de las declaraciones realizadas.

5. PROCESOS DE BOLIVIA Y ECUADOR

5.1. Reforma constituyente: propuesta descolonizadora

Los procesos constituyentes de Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008) implementaron cambios más significativos que superan las demás constituciones de la región al otorgar una mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas. No solo reconocen derechos sino que se realizan modificaciones en la organización de las instituciones estatales, se declara la plurinacionalidad del Estado y se pretende avanzar hacia un pluralismo legal igualitario. Lo que significa otorgar una misma jerarquía hacía los distintos sistemas jurídicos vigentes.

La Constitución de Bolivia, sometida y aprobada por referéndum popular luego de su aprobación por la Asamblea Constituyente, en el primer artículo define al país como multiétnico y pluricultural. Además, reconoce a los pueblos indígenas el derecho a la autonomía, al autogobierno, a la identidad cultural, a las instituciones indígenas y a la consolidación de sus entidades territoriales. Regula el pluralismo jurídico, administrativo y el de formas de gobierno en Bolivia, donde conviven formas comunitarias con formas representativas de gobierno. En el caso de impartición de justicia se incorporan tres jurisdicciones distintas: la ordinaria, la agroambiental y la indígena originaria campesina. Esta última está integrada por autoridades indígenas y se rige por normas y procedimientos propios.

A lo largo del texto se consagran numeroso derechos para los pueblos indígenas, entre los que se puede señalar: derechos sociales, económicos y culturales; derechos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales; a su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión; a que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal; a la libre determinación y territorialidad; a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado; a la titulación colectiva de tierras y territorios; a la protección de sus lugares sagrados; a la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo, etc.

Al igual que otras constituciones reconoce a los pueblos indígenas el derecho de ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias. Además, crea la Asamblea Legislativa Plurinacional y el Tribunal Constitucional Plurinacional, que permite la representación de circunscripciones especiales indígenas y en el caso del Tribunal representa no solo el sistema ordinario de justicia sino también el sistema indígena originario campesino. Al regular sobre la estructura y organización territorial del Estado reconoce la autonomía indígena originario campesina junto con la regional, departamental, provincial y municipal.

Por su parte, en la Constitución de Ecuador establece en el primer artículo que "es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico." Señala que es deber del Estado fortalecer la unidad nacional en la diversidad y reconoce la jurisdicción indígena al establecer que garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena serán respetadas por las instituciones y autoridades públicas.

Además, prevé la autonomía indígena en el artículo 257, al disponer:

> En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos.

En el artículo 171 reconoce el derecho a las autoridades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, con base en sus tradiciones ancestrales y derecho propio. Dispone que deberá realizarse con garantía de participación de las mujeres y que las normas y procedimientos propios para la solución de los conflictos internos no podrán ser contrarias a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. Ello importa una novedad con relación a la Constitución de 1998 que reconocía la potestad de administrar justicia estableciendo un límite más amplio al disponer que la resolución de conflictos no podía ser contraria a la Constitución y a las leyes. Ahora el límite estará dado por el respeto a los derechos humanos y la Constitución.

Además, la nueva Constitución impone la obligación al Estado de garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Señala que las decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad y que la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. El artículo 56 reconoce el derecho de las comunidades y pueblos a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario con el límite de no vulnerar los derechos constitucionales.

Uno de los aspectos más importantes de la Constitución ecuatoriana es el reconocimiento de los derechos de la naturaleza. En el artículo 71 consagra:

> La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.
>
> Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.
>
> El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Lo aquí dispuesto significa una importante innovación, ya que se trata de la primera constitución que le reconoce derechos a la naturaleza o *Pacha Mama*, en cuanto sujeto de derechos. Lo que implica un desplazamiento de la lógica antropocéntrica al reconocer que otros sujetos, además de los seres humanos, pueden ser titulares de derechos.

Al estudiar el último ciclo de reformas diversos autores y autoras coinciden en que implican un intento de reconfigurar la relación entre los pueblos indígenas y el Estado al tratar de abandonar el modelo monocultural y monista imperante. Para Rodolfo Stavenhagen este nuevo constitucionalismo pluralista se destaca por

> …el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas que dictan otros; un cambio en la identidad del Estado-nación que ahora se reconoce como multiétnico y pluricultural; el derecho individual y colectivo a la propia identidad, y el reconocimiento del pluralismo jurídico[193]

Por otra parte, se tratan de procesos descolonizadores que, como señala Marco Aparicio[194], tienen como pilares el reconocimiento de la plurinacionalidad y la interculturalidad. Se proponen otorgar igual reconocimiento a otras formas de organización política y territorial, de propiedad, de economía, igual jerarquía a la jurisdicción indígena originario campesina, etc. Ello, además de un gran desafío, supone un paso más allá de los anteriores periodos de reformas constitucionales porque no solo busca reconocer la presencia indígena y otorgarle derechos especiales, sino que a través de reformas estructurales se propone generar espacios de participación y convergencia entre los pueblos indígenas y la sociedad dominante.

Además, en el caso de Bolivia, se reconoce el derecho de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado. Lo cual implica profundizar la interculturalidad consagrada ya que en la estructura estatal se reconoce la existencia de otras instituciones, a parte de las propias, y las incorpora. Permite crear las condiciones para que los pueblos indígenas puedan ejercer su autonomía y decidir libremente sobre los asuntos que les competen a través de sus propias institu-

[193] STAVENHAGEN, R., *Los pueblos indígenas y sus derechos*, Ed. Unesco, México, 2008. Pág. 116.
[194] APARICIO, M., "Nuevos avances del poder constituyente democrático: aprendiendo del sur" en AA.VV. *Por una Asamblea Constituyente: Una solución democrática a la crisis*, Ed. Sequitur, Madrid, 2012.

ciones reconocidas legalmente. Ello significa un cambio importante, ya que durante mucho tiempo las instituciones indígenas han sido consideradas ilegales y sus miembros perseguidos por ejercer sus funciones. El caso de la justicia indígena, es ilustrativo al respecto.

En este sentido, las propuestas de ambas constituciones significan el intento de descolonizar la propia estructura del Estado monocultural. Al incorporar principios indígenas que deben regir el accionar estatal se produce un reconocimiento de una cosmovisión, de una manera de entender la realidad y el mundo, antes excluida y menospreciada. Por ejemplo, al consagrar el Buen Vivir (*sumak kawsay,* en quechua*)* en Ecuador, y el Vivir Bien *(suma qamaña,* en aymara) en Bolivia, como principio orientador se propone un modelo de desarrollo alternativo al propuesto por la modernidad centrado en la idea de progreso que entiende a la naturaleza como un recurso al servicio de lo humano.

Si bien el sentido y alcance del principio difiere según las constituciones[195], tiene impacto no solo en las políticas económicas que desarrolle el Estado sino también en el ámbito jurídico. Se trata de un principio transversal que atraviesa todos los ámbitos estatales y se dirige a iniciar un proceso descolonizador que permita aspirar al buen vivir, no solo para las personas sino también los pueblos y la naturaleza o *Pacha Mama*. En este aspecto lo que se entiende por justicia adquiere un nuevo significado ya que el respeto al buen vivir también significa posibilitar que las personas, los pueblos y las comunidades puedan gozar de sus derechos en el marco de la interculturalidad consagrada. Para Cletus Barié[196], en el caso de Bolivia, el vivir bien resulta ser una especie de meta-valor al que otros valores más comunes deben supeditarse, como los de igualdad, inclusión y equidad social.

Para Boaventura de Sousa Santos[197] estos procesos implican la refundación del Estado en América Latina a través del reconocimiento de la plurinacionalidad. Lo que significa un quiebre con la idea de que al Estado le corresponde una sola nación culturalmente homogénea pero, además, transforman las estructuras institucionales y jurídicas del Estado al incorporar las instituciones y cosmovisiones indígenas. Ello se refleja en la incorporación del "buen vivir" como principio rector de la actividad estatal, el reconocimiento de la jurisdicción indígena e incluso el reconocimiento de derechos de la naturaleza en la Constitución de Ecuador. Estas incorporaciones se apartan claramente de la lógica liberal hegemónica que considera que existe un único modelo de desarrollo, que considera al Estado como único creador de derechos o al ser humano o Estado como únicos sujetos de derechos.

Además, supone el tránsito del multiculturalismo liberal de reformas anteriores hacia propuestas interculturales. Como señala Aparicio ello importa "la creación de espacios compartidos en los que el diálogo entre iguales pueda desembocar en la construcción de un

[195] Para profundizar sobre el principio, consultar: BARIÉ, C. *Nuevas narrativas constitucionales… Op. Cit.*
[196] BARIÉ, C., "Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador… *Op. Cit.* Pág. 16.
[197] SANTOS, B., *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Ed. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010. Pág. 69.

núcleo común (Tapia), de una síntesis de perspectivas que son diversas pero que son capaces de encontrarse para fundamentar decisiones colectivas"[198].

Así ante las críticas hacia el multiculturalismo liberal de determinar unilateralmente cuales son los contenidos de los derechos y sus límites, existe un cambio en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. Si bien, al igual que en las reformas constitucionales de periodos anteriores continúan existiendo cláusulas que limitan los derechos de los pueblos indígenas al respeto de los derechos humanos, ahora la manera de resolver los conflictos que surjan, varía.

En las primeras constituciones en caso que existan denuncias de violaciones de derechos humanos por parte de las autoridades indígenas o tensiones entre distintos derechos, quien determina si estos límites fueron transgredidos son instituciones estatales monoculturales, cuyos principios y composición no se ven alterados a pesar de la pluralidad cultural reconocida.

En cambio, las últimas reformas además de reconocer derechos se proponen, al menos en el texto, crear instancias estatales donde los pueblos indígenas puedan participar como sujetos políticos diferenciados y con igual jerarquía. En el caso que exista un conflicto de derechos los límites no son impuestos de manera unilateral, sino que se pretende recurrir a espacios compartidos para darle una solución intercultural. Ello exigirá que se tengan en cuenta distintos sistemas jurídicos, principios que los guían y maneras diversas de resolver los conflictos. Con ello cobra sentido la propuesta de Boaventura de Sousa Santos[199] de que los derechos humanos sean interpretados en términos interculturales y no solamente en los términos de la filosofía liberal que les ha dado origen.

En este sentido la Constitución boliviana, en el artículo 197, dispone que el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Esto no ocurre en el caso de Ecuador donde si bien el control de la jurisdicción indígena lo realiza la Corte Constitucional, no se establecen mecanismos específicos para garantizar la plurinacionalidad en su composición.

Así, en este nuevo ciclo de reformas constitucionales cobra mayor fuerza la idea que la pluralidad e igualdad cultural debe ser tenida en cuenta para resolver los conflictos que surgen en sociedades culturalmente diversas. La composición mixta del Tribunal Constitucional Plurinacional importa un caminar hacia la interculturalidad en la interpretación de

[198] APARICIO, M., *"Nuevos avances del poder…Op. Cit.* Pág. 126.
[199] SANTOS, B., "Hacia una Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos" en SANTOS, B., *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Ed. CLACSO-Prometeo libros, Buenos Aires, 2010. Pp. 83-115.

los derechos humanos. Como señala Raquel Yrigoyen[200] los tribunales mixtos van más allá de la institución de peritaje, donde los profesionales o miembros de comunidades indígenas ilustran a los jueces y juezas sobre ciertas prácticas indígenas pero no deciden. En los tribunales mixtos la decisión es tomada conjuntamente por jueces y miembros de los pueblos indígenas, lo que implica poner en práctica formas interculturales de administración de justicia.[201]

Sin embargo, a pesar de las innovaciones que presentan ambas constituciones los derechos consagrados se limitan a través de distintas vías. Ya sea a través de regulaciones legislativas restrictivas, del incumplimiento del derecho a la consulta previa; la falta de articulación de mecanismos para hacer efectivos los derechos consagrados o interpretaciones judiciales contrarias a lo dispuesto en la Constitución.

Por su parte, existe otra limitación más profunda ya que en los textos constitucionales coexisten concepciones del Estado distintas y hasta contradictorias. Junto a las nuevas disposiciones subsiste una lógica estatal (colonial y monocultural), fuertemente arraigada desde la creación de los Estados latinoamericanos. En este sentido conviven principios monoculturales con plurinacionales, una idea del desarrollo centrada en el buen vivir con otra centrada en el progreso e industrialización, principio de autonomía con una presencia estatal fuerte, etc. La existencia de mandatos ambivalentes y hasta contradictorios genera conflictos entre el Estado y movimientos sociales que impulsaron los procesos constituyentes.

Como advierte Cletus Barié "fuerzas centrífugas y centrípetas se ensamblaron y se conjugaron a la par en estos textos, lo cual resultó en grandes tensiones entre, por ejemplo, autonomías indígenas locales y Estado central regulador e interventor."[202] Ello se presenta como el mayor desafío para la real implementación de los cambios consagrados en estas constituciones. Como se analiza a continuación, la actividad del Estado ha tendido a priorizar esta última lógica en detrimento de los derechos consagrados. Algunos de estos aspectos se reflejan en las leyes orgánicas dictadas con posterioridad a las reformas y en la regulación penal en materia indígena de ambos países.

---

[200] YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999. Pág. 57.

[201] Aunque como se analiza más adelante existen prácticas interculturales entre las administraciones de justicia ordinaria e indígena que operan de manera informal, tanto en Ecuador y Bolivia. Sousa Santos califica como *interlegales* a las múltiples prácticas concretas de convivencia o de articulación entre las dos justicias llevadas a cabo por las poblaciones, que se dan desde abajo. Para profundizar sobre las distintas prácticas existentes, consultar: SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J. (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Ed. Abya Yala, Quito, 2012; SANTOS, B. y GRIJALVA, A. (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Ed. Abya Yala, Quito, 2012.

[202] BARIE, C., "Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador… *Op. Cit.* Pág. 29.

5.2. El Derecho penal luego de las reformas constitucionales

5.2.1. Reglamentación y limitación de los derechos constitucionales en Bolivia

En Bolivia la reforma constitucional de 2009 reconoce igual jerarquía a la jurisdicción indígena con la ordinaria, dispone que aquella se ejerce a través de sus propias autoridades y aplica sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

Distintas leyes orgánicas dictadas luego de la reforma incorporaron los principios consagrados constitucionalmente. La Ley 463 de Servicio Plurinacional de Defensa Pública, establece que entre los principios que guían las funciones de la Defensa Pública están el pluralismo jurídico y la interculturalidad. Señala que se deberá velar por el respeto a la coexistencia de la jurisdicción indígena originaria campesina en igual jerarquía que la justicia ordinaria.

Igualmente, la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone que en el ejercicio de sus funciones, respetará la coexistencia de los sistemas jurídicos y valorará la identidad cultural, institucional, normativa y lenguaje de las partes. Desarrollará acciones para coordinar y cooperar con las autoridades jurisdiccionales Indígena Originario Campesinas, respetando su forma de administración de justicia.

Sin embargo, la Ley de Deslinde Jurisdiccional que tiene como objetivo regular los mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, limita la primera al excluir de su competencia numerosas materias, entre ellas algunas del ámbito penal. En el artículo primero señala que la jurisdicción indígena originaria campesina goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones legalmente reconocidas. Pero, en el artículo 10, dispone que la jurisdicción indígena no alcanza las siguientes materias:

> a. En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;
>
> b. En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;
>
> c. Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto

la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas. [203]

Esta disposición restringe ampliamente la igualdad de jurisdicción consagrada en el texto constitucional. Lo que implica un retroceso al reconocimiento del Estado plurinacional. Para Boaventura de Sousa Santos[204] no se trata de una ley de coordinación sino que implica la destrucción de la justicia indígena por lo que debería ser declarada inconstitucional. Además, de haber sido promulgada sin incluir los resultados de la consulta previa realizada.

En el ámbito penal, en 2010 se introdujeron cambios en Código Penal y Procesal Penal para dar continuidad al proceso de reforma estructural que el proceso constituyente había iniciado. En palabras de Nilda Copa Condorí, ministra de justicia, ello suponía construir un sistema jurídico descolonizado que reparara "los males generados por la normativa liberal que rigió la administración de justicia para privilegio de pocos en desmedro de muchos colectivos sociales"[205].

La reforma penal se consideraba imperativa en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, para la eliminación de toda forma de discriminación y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, de igualdad y equidad de género y generacional. En el prólogo, se advierte que las reformas realizadas son temporales ya que se considera que se debe procurar un sistema jurídico cada vez más perfectible que responda a la nueva visión del Estado y a los requerimientos de una sociedad en desarrollo como la boliviana. Sin embargo, las reformas implementadas no modificaron sustancialmente lo dispuesto por los códigos anteriores con relación a los pueblos indígenas.

Así, en la actualidad continúa vigente lo dispuesto antes de la reforma constitucional. El Código Penal establece que podrá atenuarse la pena cuando el agente sea "un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la Ley" (artículo 40). Por su parte, el Código Penal Procesal, modificado por Ley 1970 de 1999, contiene disposiciones especiales para los procesos penales donde estén involucradas personas indígenas, como la asignación de intérpretes o traductor cuando el imputado no comprenda el idioma español (artículo 10), la realización de los interrogatorios o declaraciones en el idioma del

[203] Ley Nº 073. Ley de 29 de diciembre de 2010 Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. Para un mayor análisis de los procesos constitucionales de Bolivia y Ecuador consultar: RODRÍGUEZ GARAVITO, C., (Coord.) *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011; APARICIO, M. *Ciudadanías intensas. Alcances de la Refundación democrática en las Constituciones de Ecuador y Bolivia... Op. Cit.*; SANTOS, B., *Refundación del Estado... Op. Cit.*; YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pueblos indígenas... Op. Cit.*; CLAVERO, B., *Geografía jurídica de América Latina... Op. Cit.*

[204] SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J. (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad… Op. Cit.*

[205] Ministerio de Justicia de Bolivia, Prólogo de Nilda Copa Condorí, Ministra de Justicia, al Código Penal y Código Procesal Penal, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Bolivia, 2010.

declarante y el derecho a solicitar la intervención de un traductor de su confianza para constatar la fidelidad del acta (artículo 111).

En el artículo 28 establece que la acción penal se extinguirá cuando el conflicto haya sido resulto conforme el *Derecho Consuetudinario Indígena*, "siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado". Además, el artículo 391, dispone que deberán cumplirse algunas reglas especiales cuando un miembro de un pueblo indígena sea procesado en jurisdicción ordinaria. Así, el fiscal y el juez serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas, que podrá participar en el debate, y antes de dictar sentencia "elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate."

Al presente se encuentra en discusión el anteproyecto de Código Procesal Penal[206] que introduce importantes innovaciones. Entre ellas, el artículo 13 establece que los valores y principios ancestrales como el *suma qamaña* (vivir bien), el *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble) deberán regir la conducta de los operadores y operadoras del sistema de justicia penal. También, dispone que la sanción impuesta en la jurisdicción indígena tendrá efecto de cosa juzgada en la jurisdicción ordinaria penal.

Asimismo, introduce la noción de justicia restaurativa como un mecanismo para combatir la criminalidad. En el artículo 56 establece:

> I. Justicia restaurativa es el proceso en el que la víctima, la persona ofensora o cualquier miembro de la comunidad participan conjuntamente y de forma activa en la resolución del conflicto y la reparación del daño causado por el delito, en busca de un resultado restaurativo, con la ayuda de un facilitador.
>
> II. Se entiende por resultado restaurativo el acuerdo mediante el cual los intervinientes señalados en el párrafo anterior establecen las responsabilidades de los sujetos, la reparación integral a la víctima y la reintegración de la persona ofensora a la comunidad.[207]

Se establecen algunos supuestos donde la justicia restaurativa será improcedente, como en los procesos que sea parte el Estado, delitos de corrupción, de tráfico ilícito de sustancias controladas, trata y tráfico de personas, contrabando, delitos de lesa humanidad, etc. Esta noción, introduce un importante cambio en la concepción de justicia ya que cuestiona la centralidad de la función punitiva y propone valorar la reconstrucción de las relaciones que se ven afectadas por el delito.

---

[206] Ministerio de Justicia de Bolivia, Anteproyecto de Código Procesal Penal, abril 2014. Disponible en www.justicia.gob.bo, Fecha de consulta: 19/07/2016.
[207] *Ibíd.*

La introducción de la justicia restaurativa significa que ya no es la justicia ordinaria la única que detenta la función punitiva, sino además de la justicia indígena podrán existir otros mecanismos de resolución de conflictos en el ámbito penal. Además, que el procedimiento se regirá por principios tendientes a resolver el conflicto, reparar el daño y reintegrar a la víctima. La participación de las personas afectadas y la comunidad cobra especial relevancia. Por lo que las soluciones a los conflictos pueden variar según el contexto cultural y ser más próximas a las necesidades de las víctimas y de la comunidad.

5.2.2 El proceso ecuatoriano y la jurisprudencia de la Corte en el ámbito penal

En Ecuador también se realizaron reformas para dar contenido a los principios de interculturalidad y plurinacionalidad que rigen el actuar del Estado. En este sentido, una introducción novedosa es la acción extraordinaria de protección contra decisiones de justicia indígena regulada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En el artículo 65 dispone que la persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena por considerar que viola los derechos constitucionalmente garantizados o discrimina a la mujer podrá acudir a la Corte Constitucional.

La acción es importante porque establece como órgano de control al máximo tribunal y no a tribunales de la justicia ordinaria, lo que es coherente con la igualdad de jurisdicción reconocida. Además, en su intervención la Corte deberá respetar, entre otros principios, la interculturalidad, el pluralismo jurídico, la autonomía de los pueblos indígenas, el debido proceso y la oralidad. Sin embargo, no se establecen mecanismos para garantizar la plurinacionalidad en la composición de la Corte que atender el conflicto.

Por su parte, con relación a los mecanismos de coordinación y cooperación entre ambas jurisdicciones en la actualidad se encuentra en discusión el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y de la Jurisdicción Ordinaria. Si bien todavía no fue aprobado, entre otros aspectos, impone restricciones a la jurisdicción indígena en su competencia material (artículo 8), establece garantías jurisdiccionales de los sistemas de justicia indígena (artículo 4) y dispone quienes son las autoridades indígenas competentes (artículo 6).

Esta reglamentación establece límites que exceden lo dispuesto por la Constitución al declarar la igualdad entre las jurisdicciones. Son los pueblos indígenas quienes deben establecer cuáles son los principios que guían el accionar de su justicia, quienes son las autoridades legítimas para administrarla y cuáles son las formas de sanción. Que estos aspectos sean regulados por una Ley Orgánica termina por desvirtuar el principio de interculturalidad y plurinacionalidad consagrados ya que no respeta la autonomía indígena en la administración de justicia.

En este sentido, el fallo de la Corte Constitucional en el *Caso de La Cocha* sigue la misma línea. En la sentencia del 30 julio de 2014[208] es la primera vez que la Corte de Ecuador se expide sobre la acción extraordinaria contra decisiones jurisdiccionales de justicia indígena. Según la interpretación de la Corte en delitos contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, la jurisdicción es exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario. Aún en los casos que las personas involucradas sean ciudadanos que pertenecen a comunidades indígenas.

Para la Corte ello no implica interferir o disminuir el derecho a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, ya que la administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten a los valores comunitarios. Sin embargo, la sentencia no explica cuál es el alcance que le otorga a la expresión "conflictos internos", ya que en numerosas comunidades indígenas son sus autoridades las que toman conocimiento y resuelven casos sobre delitos contra la vida.

El fundamento de la Corte para excluir a la jurisdicción indígena en caso de atentados contra la vida, es que la justicia indígena no protege a la vida como bien jurídico protegido. Es decir, el accionar de la justicia indígena en el caso que analiza no juzga ni sanciona la afectación de la vida en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo juzga y sanciona en tanto que genera un conflicto entre las familias y en la comunidad. Conflicto que debe ser resuelto, según la justicia indígena, para restaurar la armonía comunitaria. Para la Corte el bien jurídico protegido en el accionar de la justicia indígena es la comunidad, no la vida de la persona.

Sin embargo, advierte que la protección de la vida es uno de los fundamentos que legitiman la actuación jurídica del Estado y es el punto de partida para la existencia y especificación de los demás derechos constitucionalmente reconocidos. Por lo que constituye la máxima obligación del Estado proteger y sancionar todo acto que atente contra ella. Por ello considera que le corresponde al Estado y a sus instituciones de manera prioritaria evitar que los delitos que atenten contra la vida queden impunes, garantizando que la sanción recaiga sobre quien causa la muerte.

La sentencia de la Corte es problemática porque, además de imponer un límite a la jurisdicción indígena que ni la Constitución, ni el Convenio 169 de la OIT establecen, in-

[208] La acción extraordinaria fue presentada por el sr. Victor Manuel Olivo ante el asesinato de su hermano Marco Olivo perteneciente al pueblo indígena Kichwa Panzaleo. Las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Guantopolo conocieron el caso y establecieron la culpabilidad de cinco jóvenes indígenas de la comunidad e impusieron sanciones conforme a la justicia indígena.

Por su parte, el Fiscal General del Estado y otras autoridades del Estado intervinieron para liberar a los imputados y establecieron acciones contra las autoridades indígenas por secuestro y plagio. Quienes fueron puestas en prisión en un primer momento. Además, las autoridades del Estado iniciaron procesos contra los imputados en la justicia ordinaria. Sentencia Nº 113-14-SEP-CC, Caso Nº 0731-10-EP Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 30 de julio de 2014.

tenta realizar una analogía entre el derecho ordinario y el derecho indígena lo que atenta contra el pluralismo y la interculturalidad consagrada en la Constitución del Ecuador. En este sentido la propia Corte en una sentencia anterior señala, citando a Oscar Guardiola Rivera, que el principio de interculturalidad tienen que ver con el diálogo epistémico, es decir:

> …el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa…[209]

Precisamente ese diálogo epistémico exige que haya un acercamiento hacia la manera que tiene la justicia indígena en resolver los conflictos. Al realizar el control de la jurisdicción indígena en la acción extraordinaria, la Corte no debería buscar paralelismos entre ambos sistemas jurídicos sino tratar de comprender el sentido de la justicia indígena. Como señalan Martín Bazurco y José Luis Exeni[210], el reconocimiento de la igual jerarquía de las jurisdicciones se relaciona con el reconocimiento de que cada sistema jurídico propio responde a valores, principios y prácticas específicas, que son legítimas y legibles para aquellos que comparten esos valores, principios y prácticas. En general la jurisdicción indígena tiende a restaurar o recomponer el orden "normal" de las cosas, más que a castigar. Por lo que las transgresiones a las normas son entendidas como rupturas de un equilibrio previo en la comunidad, el cual se busca recuperar mediante las normas y procedimientos propios.

Sin embargo, lo que hace la Corte en la sentencia es valorar la idea de justicia que impera en una comunidad indígena y desacreditarla porque no hace la misma interpretación que la justicia ordinaria. Ante este razonamiento la interculturalidad consagrada pierde sentido porque se considera que la justicia ordinaria es la única que puede responder de una manera adecuada los casos de delitos que atenten contra la vida. Se refuerza así la supremacía de un ordenamiento jurídico, hegemónico, sobre otro pese a la plurinacionalidad consagrada.

Ante estas situaciones se torna necesario desarrollar mecanismo de traducción intercultural que permitan interpretar tanto lo dispuesto por la Constitución como por los derechos humanos. En este sentido, la constitución boliviana acierta en garantizar la composición mixta del tribunal porque da la posibilidad de diálogo entre ambos sistemas jurídicos en vez de buscar la identidad en la forma de resolver los conflictos. La interculturalidad y plurinacionalidad consagradas implica reconocer que existen diferencias entre los pueblos y un compromiso a respetarlas cuando se plasmen en los casos concretos.

---

[209] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 008-09-SAN-CC, Caso N° 0027-09-AN. Quito, 9 de Diciembre de 2009. Pág. 27.

[210] BAZURCO, M. y EXENI, J., "Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad" en SANTOS, B. y EXENI, J. (Ed.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad… Op. Cit.* Pág. 126.

Por su parte, la sentencia del Caso la Cocha afirma que cuando la justicia penal ordinaria tome conocimiento de casos que involucren a indígenas deberá tener en cuenta en todas las fases procesales sus características especiales y condiciones económicas, sociales y culturales. Al sancionar la conducta establece que se deberá dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, en coordinación con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.

Con relación al ámbito penal, el Código Orgánico Integral Penal fue sancionado en 2014 con el objetivo de revisar el sistema jurídico luego de la reforma constitucional "para cumplir con el imperativo de justicia y certidumbre". Al igual que la Constitución prohíbe el doble juzgamiento y advierte que los casos resueltos por la jurisdicción indígena también cuentan para ese efecto. Por su parte, en la disposición general segunda establece:

> En referencia a las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas.

Una interpretación más acorde los principios de interculturalidad y plurinacionalidad consagrados en la constitución de Ecuador es la Sentencia Nº004-14-SCN-CC del 6 de agosto del 2014[211]. En esta oportunidad la Corte responde a la consulta realizada por un juez sobre la constitucionalidad de aplicar el artículo 441 del Código Penal (delito de genocidio) en un caso donde las partes involucradas son indígenas. Los acusados pertenecen a un pueblo de reciente contacto y las víctimas a un pueblo en aislamiento. La consulta se realiza porque el tipo penal exige que exista por parte del sujeto activo un dolo especial, un propósito genocida.

Para la Corte los elementos que tipifican este delito deben ser considerados desde una perspectiva intercultural, teniendo en cuenta los rasgos y prácticas culturales de los grupos involucrados. De lo contrario su aplicación afectaría los derechos colectivos de los pueblos ancestrales que desconocen el contexto de la norma por ser ajena a su cosmovisión. Hace mención a la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado para los casos donde se demuestre que las personas involucradas se encontraban en una situación que les impedía conocer e interiorizar la norma penal por la cual se les imputa la comisión del delito. Advierte que en los casos de pueblos no contactados o de reciente contacto deberá tenerse en cuenta especialmente estos elementos.

La Corte señala que le corresponde al juez de la causa determinar, a través de peritajes antropológicos, sociológicos y demás elementos de convicción necesaria, en qué medida los presuntos infractores conocían el contexto de la norma que contiene el delito. Así concluye que la norma del artículo 441 del Código Penal es imperativa, pero no puede ser apli-

[211] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nº004-14-SCN-CC, Caso Nº 0072-14-CN. Quito, 6 de agosto del 2014.

cada fuera del contexto del principio de diversidad étnica y cultural que el caso concreto exige.

Si bien durante la sentencia hace referencia a la situación de los pueblos no contactados o de reciente contacto, también especifica la obligación de los tribunales de realizar ejercicios hermenéuticos interculturales para no afectar los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Establece que el Convenio 169 de la OIT forma parte del bloque de constitucionalidad, tiene jerarquía constitucional, por lo que los jueces al fallar deben tener en consideración lo dispuesto en el tratado, en especial los artículos 8, 9 y 10.

Por último, señala que se deben establecer mecanismos de coordinación y cooperación de la justicia ordinaria con la jurisdicción indígena. Para lo cual se deberá contar con la asistencia de peritos en sociología y antropología para demostrar en qué medida la aplicación de una norma general puede atentar los derechos colectivos y culturales de los pueblos indígenas.

En este fallo la Corte realiza una interpretación más coherente con lo consagrado en la Constitución al advertir que los tribunales deben realizar una interpretación intercultural para determinar si los infractores conocían el contexto de la norma. Y, además, que la justicia ordinaria debe contar con asistencia técnica antropológica y sociológica para poder comprender aspectos de los pueblos indígenas de los que carece de conocimiento. Si bien, lo ideal sería que intervinieran las propias autoridades indígenas o miembros de las comunidades indígenas afectadas, al menos se menciona la necesidad de asistencia técnica sobre estos aspectos.

Del análisis de ambas sentencias, se puede advertir que existe mayor reticencia en la Corte en aplicar los principios de interculturalidad y plurinacionalidad cuando existe riesgo de realizar una concesión de poder más profunda hacia los pueblos indígenas. Es decir, que mientras que existe consenso sobre la necesidad de realizar una interpretación intercultural de los delitos tipificados en el código penal, hay mayores obstáculos para reconocer la jurisdicción indígena en los delitos contra la vida. Ello responde a que la incorporación de los cambios realizados por las constituciones requiere impugnar la lógica monocultural vigente en la cultura jurídica dominante, que continúa peleando por mantener su hegemonía.

5.3. Conflictos latentes

Tras este breve recorrido por los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador se pueden advertir las innovaciones y contradicciones que el mismo genera. En el primer sentido es indudable que estos procesos implican un reconocimiento más profundo y solido de los derechos de los pueblos indígenas. De la multiculturalidad liberal se busca transitar hacia la interculturalidad que no solo reconoce la existencia de diversos pueblos sino que busca su interacción. Ello a través del reconocimiento de derechos, la modificación de instituciones

del Estado y el reconocimiento de las propias instituciones indígenas. Estas innovaciones tienen una finalidad descolonizadora al cuestionar la monoculturalidad del Estado y reconocer su alteridad al interior.

Sin embargo, el análisis de las constituciones y actividad estatal posterior refleja una serie de límites. No solo por su limitación a través de leyes o por la interpretación de los tribunales sino por la coexistencia de principios contradictorios en ambas cartas. Una manifestación de estas contradicciones es la preeminencia de un modelo de desarrollo que prioriza el progreso y la industrialización sin considerar los efectos que ello genera sobre los pueblos indígenas y naturaleza. Además refleja lo arraigada que se encuentra la concepción monocultural y colonial de los Estados, que ven como única posibilidad de bienestar continuar con el modelo de desarrollo vigente. Lo que limita en gran medida el ejercicio de los derechos indígenas consagrados por las constituciones. Ya que como advierte Boaventura de Sousa Santos:

> …la cuestión de la justicia indígena no es una cuestión (solamente) cultural. Es igual y principalmente una cuestión de economía política. El futuro de la justicia indígena depende de saber si el timón va en la dirección del capitalismo dependiente (neoextractivista) o en la dirección del sumak kawsay o suma qamaña[212]

En el caso de Bolivia, la contradicción latente se puso rápidamente en evidencia ante la oposición de varias comunidades indígenas al proyecto del gobierno boliviano de construir una carretera que atravesara el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS). Ello generó un prolongado conflicto entre diversos agentes sociales, principalmente el gobierno y sectores afines contra las comunidades indígenas afectadas por el proyecto. Ante las diferentes manifestaciones y argumentaciones quedaron reflejados distintos posicionamientos sobre cuál es el modelo de desarrollo deseado por los líderes indígenas.

Mientras que el gobierno, liderado por Evo Morales, se mantenía en una lógica desarrollista afirmando que la construcción de la carretera permitiría la superación de "la miseria" y "el atraso". Las autoridades de las comunidades indígenas afectadas defendían la conservación de la Madre Naturaleza, la biodiversidad y los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la nueva Constitución.

Para Silvia Rivera Cusicanqui[213] este enfrentamiento mostró el giro colonial del gobierno de Evo Morales tras la sanción de la nueva Constitución. Para la pensadora estos conflictos revelan la profunda huella que ha dejado el núcleo duro del Estado colonial boliviano: una concepción autoritaria e idealista de la nación que se muestra como entelequia.

El gobierno de Evo Morales, frente a la decisión de fortalecer el poder regulatorio

[212] SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J. (eds.), *Justicia indígena… Op. Cit.* Pág. 48.
[213] RIVERA CUSICANQUI, S., *Mito y desarrollo en Bolivia, el giro colonial del gobierno del MAS*, Ed. Piedra rota/plural editores, Bolivia, 2014. Pág. 10.

del Estado y primar en la gestión el modelo de desarrollo, se asumía como el único representante valido de lo indígena y terminaba convirtiendo a los pueblos en ornamentos de la actividad estatal. Rivera Cusicanqui enseña cómo el gobierno utiliza un discurso esencialista en que se combina de modo perverso el nacionalismo, la "indianidad emblemática" convertida en uniforme y un anti-imperialismo de papel. Lo que no admite pluralidad alguna entre los y las indígenas y termina por negar toda posibilidad de autorepresentación y los excluye del debate cultural y político que las sociedades indígenas demandan. Así el gobierno boliviano termina por reducir la noción de "descolonización" a "un apéndice burocrático de tinte culturalista, carente de toda significación política"[214].

En Ecuador, la sentencia del Caso la Cocha también refleja los límites de la interpretación monocultural de los derechos. Donde, a pesar de la declaración de la igualdad de la jurisdicción indígena, los tribunales terminan por imponer límites unilaterales, contradiciendo así la interculturalidad y el pluralismo declarado.

De esta manera quedan planteadas las paradojas y ambigüedades de los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador. Mientras la Constituciones contienen importantes elementos que se ubican en la vanguardia de la protección de los derechos indígenas, conviven con otras cláusulas, liberales y aún hegemónicas, que limitan su alcance. Si bien el gran logro de estos procesos es haber conseguido plasmar los derechos de los pueblos indígenas en las Constituciones, el mayor desafío radica en lograr su implementación e iniciar procesos descolonizadores donde los pueblos indígenas sean los protagonistas. Sin embargo, ello no podrá alcanzarse solo a través de reformas constitucionales, sino que requiere un profundo cambio en modelo de desarrollo imperante.

6. ALGUNOS APUNTES DEL MARCO JURÍDICO

Tras el recorrido por la normativa indígena se puede advertir que si bien en las últimas décadas ha existido un importante reconocimiento de derechos a nivel normativo, persiste la dificultad que formen parte de la "cultura jurídica" de los Estados. A pesar de las diferencias entre los procesos de cada país es común la dificultad de acoger los derechos que se consagran y realizar las modificaciones que su aplicación exige.

Ello responde a que las declaraciones de derechos y demás reformas legales, conviven con un sistema económico y un modelo de desarrollo claramente contradictorio con los derechos que se consagran. Además de una arraigada tradición monocultural y colonial que impera en la lógica estatal y en el ámbito jurídico. Pese a que algunos países, como Ecuador y Bolivia, han realizado esfuerzos importantes por iniciar procesos descolonizadores.

Sin embargo, el análisis del marco jurídico aporta herramientas para andar hacia una concepción del Derecho y de la justicia menos sesgada, que tenga en cuenta la existencia de

[214] RIVERA CUSICANQUI, S., *Mito y desarrollo en Bolivia, el giro colonial… Op. Cit.* Pág. 40.

los pueblos indígenas y sus valores. En este sentido hay elementos para reconocer y defender la igualdad radical de los pueblos indígenas con los demás grupos culturales que conviven en un Estado. La radicalidad (ir a la raíz) consiste en afirmar que tienen el mismo valor, la misma dignidad y, por lo tanto, son iguales.

En el ámbito jurídico ello implica transitar hacia la aplicación del principio de igualdad desde una dimensión colectiva e intercultural. Lo que requiere desarrollar mecanismos para que la pluralidad pueda convivir y generar espacios comunes donde pueda haber retroalimentación y enriquecimiento reciproco. En este sentido la posibilidad de diálogo variará según el ordenamiento jurídico, en Bolivia y Ecuador hay un reconocimiento más profundo que en Argentina. Sin embargo, existen diferentes herramientas que pueden aplicarse en esta dirección que van desde la creación de órganos tribunales mixtos hasta la realización de audiencias públicas con representantes de los pueblos indígenas para que instruyan al tribunal sobre determinada cuestión.

Afirmar la igualdad de los grupos culturales que conviven dentro del Estado, no significa considerar que sean ajenos a crítica alguna. Es evidente que en todos los grupos humanos, con independencia de su cultura, se producen abusos y violaciones de derechos que son inadmisibles. Por ello es necesario brindar protección a quienes se encuentran en un estado de mayor vulnerabilidad. En este sentido los derechos humanos deben ser interpretados y aplicados desde una mirada intercultural. Para poder ofrecer a las víctimas una protección integral que tenga en cuenta su dignidad en tanto individuo que vive y se identifica con una comunidad cultural determinada. En el caso de los pueblos indígenas esta exigencia es fundamental tras años de colonialismo y explotación por parte de la sociedad hegemónica. Un primer paso para ello es la transformación de los órganos estatales de una manera que reflejen e incorporen la diversidad existente. No solo de las personas sino de las racionalidades, principios y formas de resolver los conflictos.

Luego de afirmar la igualdad radical de los grupos culturales que viven en un mismo territorio, surge la pregunta sobre cómo debe ser el diálogo y la relación entre ellos. En este sentido, dice Teresa San Román:

> Cualquier propuesta de convivencia y de un estatuto cívico universal igualitario en derecho comunes, pasa por la comunicación y el conocimiento pero en la medida en que tal convivencia y tal estatuto dependen de la superación de intereses dispares, desigualdades y diferencias con contenido y con relaciones asimétricas, el diálogo es tan necesario como insuficiente. Se necesita una negociación y para ello, tanto como para que antes pueda darse el diálogo, una paridad. El problema entonces es que la inclusión de una paridad en semejante contexto relacional, no hay donde asentarla si no es en una filantropía que, por serlo, no justifica racionalmente la renuncia a la ventaja que otorga el poder.[215]

[215] SAN ROMÁN, T., *Los muros… Op. Cit.* Pág. 129.

Es decir, que para que exista un diálogo debe ser preciso garantizar la paridad entre las partes que dialogan e iniciar procesos de negociación. De ahí que el reconocimiento de los derechos indígenas es un primer paso que requiere una serie de cambios mucho más profundos que garanticen la igualdad, tanto individual como colectiva, para que sus derechos puedan ser ejercidos.

Para concluir, se toman las palabras de Silvia Rivera que hace referencia a la igualdad del sujeto colonizado, basada en la dignidad que le fue y es negada:

> Dignidad es, a su vez, la forma "manchada", *ch´ixi*, de una noción liberal: el respeto entre seres humanos, el derecho a la igualdad, pero sin que ésta suponga una abdicación de la diferencia cultural y civilizatoria representada en la alteridad indígena. Esto se enuncia desde un lugar específico: el del sujeto colonizado. En ese sentido, es un reclamo universalista, que surge de la práctica negadora de ciudadanía que fue, y sigue siendo, la dominación colonial. Es una reivindicación dolorosa contra la historia, pues emana de siglos de usurpaciones, despojos, masacres y servidumbre obligada, fundada en una arbitraria jerarquía entre "civilización" y "barbarie". La dignidad es, en suma, una demanda anticolonial que se traduce en el lenguaje de la ciudadanía pluricultural moderna.[216]

[216] RIVERA CUSICANQUI, S., *Mito y desarrollo en Bolivia… Op. Cit.* Pág. 42.

CAPÍTULO 4: SITUACION DE LOS DERECHOS Y REIVINDICACIONES DE MUJERES INDÍGENAS EN ARGENTINA

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como objetivo realizar un breve panorama sobre la situación actual de los pueblos indígenas del norte argentino, en especial del pueblo wichí. En el primer apartado se tratan algunos aspectos que ayudan a contextualizar su situación en la actualidad, como los procesos históricos relacionados con la *territorialización* del Estado nacional en el norte argentino y la relación que las comunidades indígenas tienen con las religiones cristianas.

Luego, se presentan las principales características del pueblo wichí, haciendo especial hincapié en la situación de las mujeres wichí. Un tema que llama especialmente la atención en los estudios sobre cuestiones indígenas es la relación entre los miembros al interior de las comunidades, en especial las relaciones de género. Sobre ello se profundiza y se indaga cuáles son los planteamientos que mujeres indígenas de Latinoamérica han realizado sobre este aspecto.

En el tercer apartado se realiza una aproximación a la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, haciendo especial hincapié en la situación de las mujeres indígenas. Se pretende analizar, cual es la brecha que existe entre el marco jurídico presentado en el capítulo anterior y las realidades cotidianas de los pueblos indígenas. Rodolfo Stavenhagen[1], el ex Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, habla de la "brecha de implementación" para explicar la distancia entre la legislación existente y la realidad cotidiana de los pueblos indígenas. Se analiza cuán grande es la brecha de implementación en Argentina.

El análisis de los aspectos socio-económicos de las comunidades en la actualidad, como el acceso a la educación formal, a la sanidad pública y la justicia, no solo permite conocer el grado de cumplimiento de los derechos. Además, refleja las tensiones que surgen ante la existencia de comunidades culturalmente diversas y cómo el Estado argentino maneja esta diferencia. Si bien durante los últimos años se han desarrollado políticas multiculturales por parte de los gobiernos, aún se presentan graves obstáculos por la lógica monocultural que impera en las instituciones estatales. Un apartado específico se dedica al acceso de la justicia, para conocer cuál es la respuesta que el ordenamiento jurídico brinda en caso de vulneración de los derechos consagrados. En este sentido, se considera que el acceso a la justicia tiene una doble dimensión, como derecho y como garante del cumplimiento de los demás derechos consagrados en el ordenamiento jurídico.

[1] ECOSOC, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen… *Op. Cit.*

Del análisis de los datos aportados por diferentes estudios se puede observar cómo el acceso servicios estatales como la educación formal, sanidad, participación política y justicia se ve obstaculizado por barreras similares, que podrían dividirse como "formales" y de "fondo". Las primeras son aquellas que imposibilitan el acceso a los servicios por falta infraestructura, equipos, personal, distancias, etc. Las segundas, en cambio, hacen referencia a aspectos más profundos que se relacionan con el reconocimiento de la alteridad y la respuesta estatal ante la misma.

Ante este panorama, por último, se analizan cuáles son las reivindicaciones de las mujeres indígenas para superar la situación de exclusión por la que atraviesan, tanto sus pueblos como ellas en particular. En los distintos apartados del capítulo se tiene en consideración cómo las diferentes problemáticas impactan sobre las mujeres indígenas, ya que inciden de diferente manera que en los varones indígenas. Diferentes marcas, como las de género, clase social, condición étnica interseccionan en la vida (y cuerpos) de las mujeres indígenas situándolas en una posición diferente respecto a los varones indígenas y mujeres blancas/criollas.

Asimismo resulta importante señalar que los pueblos indígenas están integrados por numerosas comunidades. Realizar una caracterización general es una tarea compleja y arbitraria ya que las diferencias locales son importantes. Existen numerosos factores históricos, culturales, sociales, geográficos y climáticos que inciden sobre su forma de vida. Por ejemplo, la localización de las comunidades influye sobre sus problemáticas concretas y demandas. Las comunidades que se ubican en zonas más alejadas de los centros urbanos tendrán una situación diferente y presentará otras particularidades que las que tienen un mayor contacto con las ciudades. Como advierte Luis María de la Cruz en el libro *Y no cumplieron* cada vez que el lector o lectora vea el termino wichí, "deberá pensar que me estoy refiriendo a ese conjunto heterogéneo de gente…. Que se consideran hoy, a sí mismos, prójimos uno de otros"[2].

2. LA HISTORIA Y LA RELIGIÓN EN EL NORTE ARGENTINO

En este apartado se estudian algunos aspectos que ayudan a contextualizar la situación de los pueblos indígenas en el norte argentino en la actualidad. En primer lugar se realiza un breve recorrido histórico de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas del Gran Chaco, región en donde viven los pueblos wichí, qom y garaní. Luego se presenta brevemente la manera en que las mujeres indígenas han sido (no) vistas a lo largo de esta historia y cómo ese legado continúa de alguna manera presente en la actualidad.

En segundo lugar, un aspecto que genera controversias es el rol que las religiones cristianas han desarrollado en la historia de estos pueblos y cuál es el que ejercen en la actualidad. Esto cobra especial relevancia porque existen posicionamientos divergentes sobre su papel, en especial con las mujeres indígenas. Frente a la intuición inicial que se tratan de procesos recientes y aculturalizadores, se presenta una realidad mucho

[2] DE LA CRUZ, L., *Y no cumplieron,* Ed. Universitaria de La Plata, La Pata, 1997. Pág. 18.

más compleja que debe ser valorada para comprender el presente de los pueblos indígenas.

2.1. Breve contexto histórico del norte de país.

En la actualidad es difícil saber con precisión el porcentaje de población indígena que vive en el territorio argentino, ya que lo datos varían considerablemente. Según los resultados del último censo realizado en 2010 por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) en Argentina viven 955.032 indígenas[3] (2,3% de la población argentina). Los pueblos más numerosos son el mapuche (205.009), toba (126.967), gauraní (105.907), kolla (65.066) y wichí (50.419). En el norte argentino se concentran la mayor cantidad de pueblos originarios, sólo en Salta viven once, siendo los pueblos kolla y wichí los más numerosos.

Como quedó reflejado en capítulos anteriores a lo largo de la historia nacional los pueblos indígenas han sufrido diferentes formas de exclusión. Si bien fueron colonizados y explotados por la Corona Española, la independencia argentina solo implicó la sustitución del agente de dominio: el colonizador español fue reemplazado por el *criollo*[4]. Durante la historia del país, los líderes argentinos desarrollaron diferentes estrategias con respecto a los pueblos originarios. Como se ha visto en el segundo capítulo, en los primeros años de independencia hasta principios del siglo XX, primó el intento de exterminio para consolidar las fronteras nacionales.

Posteriormente se adoptaron medidas para lograr la asimilación forzada a través de las políticas públicas que consideraban "civilizado" a todo aquello relacionado con lo europeo y "bárbaro" a lo autóctono. En los años de "desarrollo económico", desde la década del 30 hasta los 70, los pueblos indígenas fueron sometidos a la explotación económica a través del trabajo forzado. En el norte argentino los ingenios azucareros forzaban las poblaciones autóctonas a trabajar en condiciones de semiesclavitud.

Otra política implementada fue simplemente la negación de su existencia, pues Argentina fue considerada un país culturalmente homogéneo y de descendencia europea. La idea de crear una Argentina "blanca y europea" estuvo siempre presente en la mente de los gobernantes: la mejor manera de exterminar a los indígenas sobrevivientes fue negar su existencia.

Hacia el norte del país existieron distintas iniciativas colonizadoras tendientes a lograr la ocupación criolla. La región del Chaco junto con la Patagonia, se habían convertido en regiones fronterizas imposible de ser sometidas por la resistencia de las so-

[3] Los datos estadísticos utilizados en este capítulo son del INDEC, si no se indica otra fuente. *Censo nacional de población, hogares y viviendas 2010: Censo del Bicentenario. Resultados definitivos*, Serie B no 2, Ed. Instituto Nacional de Estadística y Censos, Buenos Aires, 2012. La información específica de los pueblos indígenas se encuentra disponible por regiones. Las fuente consultada principalmente es la del Noreste: Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario. Pueblos originarios: región Noroeste Argentino*, Ed. Instituto Nacional de Estadística y Censos, Buenos Aires, 2015.

[4] Se opta por utilizar la palabra "criollo" o "criolla" para hacer referencia a la población no indígena, ya que es el término que se utiliza con mayor frecuencia en el norte argentino.

ciedades indígenas de la zona. Hasta mediados de 1880 el Chaco aún se encontraba bajo dominio indígena.[5] Para el Estado argentino la dominación de la zona se presentó como un desafío necesario para lograr la expansión económica bajo el sistema liberal. Durante el transcurso de la historia los pueblos indígenas del norte se vieron sometidos a reiterados procesos de desplazamientos de sus territorios ancestrales quedando obligados a trasladarse a zonas *inhóspitas, improductivas e inaccesibles.*[6]

La expansión del Estado argentino fue importante tanto en el aspecto económico como político. Por una parte resultaba necesario expandir y asegurar las fronteras nacionales para incorporar las tierras al sistema productivo argentino. Pero también desde el punto de vista político las autoridades argentinas querían consolidar al exterior la visión de un país moderno y civilizado por lo que resultaba necesario 'sociabilizar al indio'. Sostiene Rodríguez Mir[7] que mientras los demás países latinoamericanos consolidaban una identidad homogénea en su interior, Argentina buscaba excluir a sus pueblos originarios a través de la fusión o de la supresión numérica. Esto se lograría diluyéndolo en inmensos contingentes de inmigrantes europeos que traerían "la civilización y el progreso".

La región del Chaco se presentó como importante fuente de materias primas necesarias para la expansión económica. Por un lado, las poblaciones indígenas representaban un factor de atraso, pero por el otro respondían a la necesidad de mano de obra barata para las estancias y haciendas azucareras. A diferencia de lo que ocurrió en la Patagonia, la estrategia utilizada en el norte fue la dominación y la asimilación a la cultura dominante. Para esta tarea desempeñaron un rol fundamental las misiones religiosas que contribuían a disciplinarlos y entrenarlos. Como señalaba Briones y del Rio[8] en el capítulo anterior, las misiones religiosas se instalaron principalmente en esta zona. Tal era la opresión que sufrían los pueblos originarios que los misioneros fueron vistos como verdaderos salvadores. Sostiene Palmer[9] que la llegada de los anglicanos en 1902 fue celebrada por los wichí por su trato amable y respetuoso, a pesar de la imposición de elementos ajenos a su cosmovisión.

Con la tarea colonizadora de Domingo Astrada se adquirieron nuevas tierras donde se introdujo la cría del ganado vacuno y caprino, un sistema económico diferente e incompatible con el desarrollado por las comunidades indígenas. Según un estudio del

---

[5] JAIME, M., "Colonización y producción en la expansión de la frontera de Salta hacia el Chaco: El caso del departamento de Rivadavia (1880-1930)" en *Revista Escuela de Historia*, año 2, Universidad Nacional de Salta, Salta, 2003.

[6] RODRÍGUEZ MIR, J., "Resistencia y confrontación en Argentina. Negación y exclusión de los pueblos indígenas" en *Gazeta de Antropología*, Universidad de Granada, núm. 22, España, 2006.

[7] RODRÍGUEZ MIR, J., "El chaco argentino como región fronteriza. Límites territoriales, guerras y resistencia indígena" en *Hisponia Nova: Revista de Historia Contemporánea*, núm. 7, Universidad Carlos III, Madrid, 2007.

[8] BRIONES, C. y DELRIO, W., "La "Conquista del Desierto" desde perspectivas… *Op. Cit.*

[9] PALMER, J., *La buena voluntad wichí. Una espiritualidad indígena,* Ed. APCD/ CE-CAZO/ EPRAZOL, Salta – Formosa, 2005. Pág. 35 y ss.

Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)[10] con estas iniciativas se logró el crecimiento de la ganadería pero afectó a los pueblos originarios y al equilibrio ecológico.

Posteriormente con la institución de las haciendas azucareras se aprovechó el trabajo indígena como mano de obra barata. Su trabajo fue utilizado para desarrollar labores en el ámbito azucarero, generalmente poco remuneradas y explotadas. Como relata Rodríguez Mir muchas poblaciones indígenas fueron obligadas a trasladarse caminando cientos de kilómetros para trabajar en los ingenios azucareros en un régimen de explotación y terror. Relata el autor:

> …entrada la etapa republicana las estrategias para garantizar la mano de obra fueron la 'obligación del conchabo' por el cual se obligaba a los individuos, a través de los contratistas, a regresar el próximo año, el pago con fichas, vales o bonos que se podían intercambiar únicamente en la zafra, (…) el pago del arriendo de tierras con trabajo, etc. Los castigos corporales, con el látigo y el cepo, para el disciplinamiento laboral generaba terror entre las poblaciones indígenas durante los meses de la plantación[11]

Las comunidades del norte fueron testigos involuntarias de la usurpación de sus territorios por parte de los actores económicos de la época. Existen reiteradas referencias sobre la usurpación de tierras indígenas por parte de los criollos o por la venta del Estado al considerarlas inhabitadas. En la historia oral de los wichí se encuentran presentes testimonios de la crueldad a las que fueron sometidos por parte de los criollos "hasta el día de hoy siguen vivos los recuerdos, en todas las comunidades Wichí del Pilcomayo, de matanzas- individuales o colectivas- que fueron gratuitamente perpetradas contra el pueblo Wichí por unos cuantos fronterizos del pueblo argentino"[12].

Así a lo largo de la historia nacional el Estado argentino representó una amenaza hacia los pueblos indígenas, tanto por acción como por omisión. Con el final del período de dictaduras militares que se sucedieron en el país desde 1930 hasta 1983, el proceso de democratización fue permitiendo que las demandas indígenas fueran reconocidas, al menos formalmente, en distintos instrumentos jurídicos. Sin embargo, estos avances formales no han logrado modificar la situación de exclusión, discriminación y explotación que aún sufren los pueblos indígenas.

2.2. Las mujeres indígenas en los relatos históricos

Como se señalaba en el apartado anterior una de las estrategias de las autoridades nacionales y provinciales fue negar la existencia de pueblos indígenas en Argentina. En el caso de las mujeres indígenas su exclusión se vio reforzada por la ausencia de relatos sobe ellas. En el ámbito académico sólo a partir de los años 70 comenzaron a ser "objeto" de estudio.

---

[10] LEAKE, A., *Los Pueblos Indígenas Cazadores-recolectores del Chaco Salteño. Población, economía y tierras*, ED. Milor, Salta, Pág.19.
[11] RODRÍGUEZ MIR, J., "Resistencia y confrontación…". *Op. Cit.* Pág. 7.
[12] PALMER J., *La buena voluntad…. Op. Cit.* Pág. 32.

Una investigación realizada por Mar Langa Pizarro sobre la figura de la mujer en el primer siglo de la conquista, pone en evidencia la escasa literatura que existe sobre las indígenas a pesar de su importancia en la configuración de la sociedad colonial, a través del mestizaje. Si aparecen lo hacen como personajes secundarios sin demasiada importancia. Sostiene la autora que pese a que los recién llegados despreciaban a las indígenas "(su) sexualidad (…) ejerció un atractivo fuerte y completo en la psiquis europea, abriéndole la imagen de una actividad sexual libre, natural y sin controles (...) las mujeres de América fueron parte del botín debido a los conquistadores"[13].

Por su parte, Silvia Hirsch[14] advierte sobre la notable ausencia de las mujeres indígenas en los estudios etnográficos argentinos. Si bien se realizaron investigaciones sobre los pueblos indígenas solo se describían algunos aspectos de la vida de las mujeres. Considera que no solo influyó el hecho de que los antropólogos fueran varones sino también que las indígenas no hablaran el castellano y evitaren todo contacto con personas ajenas a su comunidad. Para la antropóloga los primeros estudios realizados sobre ellas apelaron a una imagen histórica que las consideraban como portadoras de la cultura tradicional, que cumplían con las reglas del parentesco y con la reproducción de la familia.

Un estudio realizado por el antropólogo Carlos Masotta sobre las postales y fotografías indígenas en Argentina sostiene que en general los indígenas eran mostrados como seres exóticos, representados como "buenos salvajes" en contraposición del pensamiento anterior que los consideraba "indios sanguinarios". Expresa que las postales privilegiaban "al cuerpo femenino más o menos erotizado, en escenas pasivas posando con objetos rústicos en marcos selváticos o agrestes".[15] Con sus trajes típicos o desnudos representaban un pasado indígena.

Aunque en esa época las indígenas eran trabajadoras de los ingenios azucareros fueron representadas como seres salvajes, alejadas del contacto cultural y de la modernidad. Las postales atendían particularmente al cuerpo femenino mutando en el tiempo *hacia un modelo cercano a la pornografía, con poses obscenas y exhibición de genitales.* Los fotógrafos pagaban por la pose y la desnudez. Dice Masotta[16] que se representaba así la relación de servilismo con la fuerza de trabajo indígena. Los cuerpos se mostraban dóciles y disponibles al igual que la fuerza de su trabajo.

Por su parte, para Mariana Gómez[17] las observaciones sobre las mujeres indígenas del Gran Chaco que aparece en los relatos de los misioneros, exploradores y etnólogos de la región desde el XVII se vinculan a tres imágenes que se construyeron para

[13] LANGA PIZARRO, M., "La gran figura silenciada: La mujer en el primer siglo de la conquista Rioplatence" en *Revista América sin nombre,* Universidad de Alicante, núm. 9-10, 2007. Pp.109-122.
[14] HIRSCH, S., *Mujeres indígenas en la Argentina: cuerpo, trabajo y poder... Op. Cit.* Pág. 17.
[15] MASOTTA, C., *Indios en las primeras postales argentinas del siglo XX,* Ed. La Marca, Buenos Aires, 2007.
[16] *Ibíd.*
[17] GÓMEZ, M. "¿Morirán mis hijos o las frutas del monte se secarán si no canto y uso mi amuleto cada noche? Mujeres tobas (qom) y Misioneros Anglicanos en el Chaco Centro occidental (Argentina)" en *Cadernos Pagú,* Universidade Estadual de Campina, enero-junio, Brasil, 2011. Pp 187-222.

describir su situación: bestias de carga, amazonas o guerreras y libertinas sexuales. Para la antropóloga la idea de las mujeres indígenas como "bestias de carga" o "esclavas" de sus esposos fue una imagen recurrente y no privativa del Gran Chaco, sino que apareció en lo reportes de los exploradores de otras regiones del mundo.

Otra imagen presente en distintos momentos históricos es la de mujeres pertenecientes a distintos grupos étnicos como poseyendo un poder sexual dominante sobre los varones y con ciertas libertades sexuales antes del matrimonio. Los relatos antropológicos indican que "históricamente han sido las iniciadoras de los juegos eróticos y de las elecciones de pareja, teniendo la libertad de elegir sus propios marido."[18] Para Gómez estas imágenes están fuertemente influidas por la mirada masculina de los misioneros y etnólogos europeos de la época.

En el caso de los misioneros anglicanos la actitud hacia las mujeres indígenas oscilaba entre la indiferencia y la sorpresa al ser comparadas con las características de las mujeres del mundo urbano de la época. Mariana Gómez[19] señala que los relatos sobre las mujeres tobas del Gran Chaco hacían referencia a su timidez, su "falta de moral", de "higiene personal" y actitud de descuido ante sus criaturas. Si bien las mujeres tobas fueron marginales en las labores misioneras, ya que se centraban principalmente en los varones, existía preocupación por ciertas características femeninas que contrastaban con las mujeres urbanas o blancas. Como la falta de interés en las cuestiones religiosas, las peleas entre mujeres y su fuerza corporal.

Por su parte, para Morita Carrasco[20], tres imágenes cotidianas navegaban al principio del siglo XXI en el imaginario colectivo de la población argentina sobre los pueblos indígena: la del indio estatua, la del salvaje indómito y nómada y la ausencia indígena. Para la antropóloga estas imágenes son fruto de distintas etapas de la historia nacional que ha impedido concebir una historia realista de las relaciones de los pueblos indígena y el resto de la población argentina. En este sentido, actualmente existe un proyecto colectivo de realizar un gran monumento "a la mujer originaria" para visibilizar la situación de los pueblos indígenas en el país. Aunque el objetivo del proyecto es dar a conocer el presente de los pueblos indígenas, no deja de llamar la atención que el mecanismo utilizado para tal fin sea la construcción de una estatua de una mujer, algo fijo que hace referencia al pasado.

Estas imágenes, que en el transcurso del tiempo se han construido sobre las mujeres indígenas, forman parte del imaginario colectivo, siguen vigentes y permean cualquier acercamiento que se pueda hacer sobre ellas en la actualidad. Ello quedara reflejado con mayor claridad en las distintas visiones que existe sobre vida y el rol de las mujeres wichí en la actualidad, tanto en los relatos antropológicos como de la sociedad en general.

---

[18] HIRSCH, S., *Mujeres indígenas… Op. Cit*. Pág. 86.
[19] GÓMEZ, M., "¿Morirán mis hijos o las frutas del monte se secarán si no… *Op. Cit.* Pág. 195.
[20] CARRASCO, M., *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, Ed. IWGIA, Buenos Aires, 2000. Pág. 14.

Pese a que el imaginario descrito por Morita Carrasco continúa vigente, en los últimos años las demandas indígenas han adquirido mayor visibilidad por sus continuas movilizaciones y denuncias. Ha aumentado el interés hacia las temáticas indígenas por parte de la sociedad y los sectores académicos. Sin embargo, continúa presente una actitud paternalista y victimista hacia las mujeres indígenas que hace solo referencia a sus triples opresiones, ("pobres, mujeres e indígenas"). Aunque es cierto presentan gran vulnerabilidad, hacer hincapié sólo en estos aspectos genera el riesgo de invisibilizar su agencia y demandas, perpetuando así una imagen estática de las mujeres indígenas.

2.3. La religión en la región chaqueña

Otro aspecto que genera opiniones divergentes es la presencia de las misiones religiosas en las comunidades indígenas y el rol que han despeñado a lo largo del tiempo, en especial con relación a las mujeres indígenas. El análisis de esta cuestión tiene interés porque en la actualidad los relatos y demandas de algunas mujeres indígenas están permeadas por ideas religiosas cristianas. Además, las organizaciones cristianas tienen una importante presencia en el norte argentino y muchas veces se constituyen como intermediarias entre el Estado y los movimientos indígenas[21].

En la actualidad la iglesia anglicana tiene gran presencia y legitimidad en las comunidades indígenas del norte argentino. En clara contraposición con el resto de la sociedad donde la religión católica es mayoritaria, pese al aumento de otras religiones cristianas en los últimos años. La iglesia anglicana lleva radicada en la región chaqueña desde principio del siglo XX, cuando llegaron misioneros de religiones cristianas no católicas: anglicanas, evangelistas, pentecontalistas, etc.

Su llegada fue favorecida por la política de la época que tenían como objetivo "pacificar" o "civilizar" a los pueblos indígenas. En este sentido, el artículo 100 de la Ley nacional 817 de inmigración y colonización de 1876, dictada durante la presidencia de Avellaneda, establecía:

> Poder Ejecutivo procurará por todos los medios posibles el establecimiento en las secciones de las tribus indígenas, creando misiones para traerlas gradualmente a la vida civilizada, auxiliándolos de la forma que crea más conveniente y estableciéndolas por familias en lotes de 100 hectáreas.[22]

La llegada de las misiones anglicanas tuvo un fuerte impacto entre los pueblos indígenas del Gran Chaco. Por una parte su presencia facilitó la consolidación del Estado nacional en territorios donde las campañas militares no habían tenido éxito y produjo la sedentarización de los pueblos indígenas. Además, facilitó la incorporación de los indígenas a los trabajos en los ingenios azucareros de la zona. En muchas ocasiones las misiones operaron en terrenos cedidos por los propietarios de los ingenios azucareros,

[21] En este sentido es representativa la labor del Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (ENDEPA), "un equipo eclesial católico, al servicio de los pueblos indígenas, con espíritu y búsqueda constante de una práctica ecuménica" que desarrolla una importante labor en la región del Chaco y se constituye como representante de los intereses de los pueblos indígenas. Véase: http://endepa.org.ar/quienes-somos/ Fecha de consulta: 01/07/2017.

[22] Ley 817, Buenos Aires, 6 de Octubre de 1876. Boletín Oficial, 19 de Octubre de 1876.

como es el caso de la Misión Algarrobal en Salta que se asentó en territorio cedido por la familia Leach, propietaria del ingenio azucarero "La Esperanza". Luego los anglicanos compraron el territorio y se creó la Misión Chaqueña.

Aunque cumplieron un importante rol en la "civilización" al crear las misiones[23] y favorecer la incorporación de los indígenas en la industria azucarera, su presencia también estaba motivada por motivos religiosos. Los misioneros cristianos deseaban orientar los pueblos indígenas a una nueva forma de vida y a su conversión. Mariana Gómez, señala:

> El objetivo principal de este proyecto pasaba por la conformación de una "Iglesia Nativa Protestante" de base pan-indígena (id.ib.:142). Ello explica la importancia que los anglicanos dieron a la incorporación de los nativos (hombres) a la estructura de cargos eclesiásticos y a la participación de los indígenas en diversas funciones de la misión, tanto en las misiones de Argentina como en las de Chile (Chávez y Avendaño, 2006).[24]

Por su parte, estudios antropológicos[25] indican que las políticas de evangelización no solo implicaron un disciplinamiento religioso sino también formas de ordenamiento cultural que afectaron la organización social, política y económica de los pueblos indígenas. Patricia Torres Fernández[26] señala que en las misiones fueron fijadas cuatro áreas para incorporarlos a la comunidad "civilizada" y cristiana que abarcaron la evangelización, educación, la salud y el trabajo industrial. La política misionera pretendía transformar y/o suprimir las prácticas culturales que consideraba salvajes pero no atacaban directamente aquellas que no contradecían los preceptos "cristianos y civilizados".

Ejemplo de ello es el conocimiento y la comunicación en la lengua wichí por parte de los misioneros, que fue fundamental para el acercamiento y contacto con los y las wichí. El relato de uno de los caciques, recogido por el antropólogo Marcos Castillo en su trabajo de campo en comunidades wichí, es ilustrativo en este aspecto:

> Había un misionero que se llamaba... no sé, no me acuerdo el nombre, que pasó por ahí... y anduvo visitando otra comunidad. Pero dice que había gente que quería matar al misionero. Querían matar porque ellos no conocen criollos, no conoce quién es. Ellos creían que este hombre era un asesino. Así que toda la gente de esa parte levantando ha querido matar al misionero. Pero la mitad de la gente que dice que "no, dejalo no hay que matar porque ese hombre está hablando en idioma de

[23] Pequeños pueblos/territorios donde se catequizaba a los y las indígenas.
[24] GÓMEZ, M., "*¿Morirán mis hijos … Op. Cit.* Pág. 192.
[25] Estudios sobre el tema TORRES FERNÁNDEZ, P., "Políticas misionales anglicanas en el Chaco Centro- Occidental a principios de Siglo XX: Entre comunidades e identidades diversas" en *Población y Sociedad*, Revista de Estudios Sociales, núm. 14/15, Tucumán, 2007/2008, pp.139-176; CERIANI CERNADAS, C. y LAVAZZA , H., "Fronteras, espacios y peligros en una misión evangélica indígena en el Chaco Argentino (1935-1962)", *Boletín Americanista*, año LXIII 2, núm. 67, Barcelona, 2013, pp. 143-162; COLAZO, S., "Entre la lejanía y el olvido: los wichi anglicanos del Chaco Austral", Universidad Nacional del Nordeste Argentina, Ponencia presentada en la *XVI Jornadas sobre Alternativas Religiosas en América latina*, 1 a 4 de noviembre de 2011, Uruguay; MONTALVA, M. "Mujeres mapuche, voces y acciones en momentos de la historia " en PEQUEÑO, A (Comp.) *Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos reciente,* Ed. FLACSO, Ecuador, 2009.
[26] TORRES FERNÁNDEZ, P., "Políticas misionales anglicanas en el Chaco… *Op. Cit.*

> wichi. Hablando idioma wichi. ¿Cómo está hablando así, él no es indio, no es mataco, pero cómo habla el idioma de nosotros?" Entonces él, aprovechó que la gente desconocía y hablaba el idioma de nosotros los aborígenes. Entonces había un anciano "dejalo al hombre, parece que el hombre es como si fuese mi hermano, por eso está hablando en idioma de nosotros. Entonces dejalo no hay matarlo" Y toda la gente bajó la lanza y entonces con la mano en la Biblia. Ellos ven, ese misionero es Ricardo, ese libro es la Palabra del Señor Jesucristo, Dios. "Si ustedes reciben éste cuando ustedes mueran van a llegar al cielo" Decía así el misionero. Así que la gente meta a escuchar.[27]

Por otra parte, cumplieron una intensa labor de asistencia y apoyo social a las comunidades frente a la explotación y exclusión que vivían por la presencia de campañas militares y plantaciones de caña de azúcar. El antropólogo Jonh Palmer[28] señala que la llegada de los anglicanos fue bien recibida por las comunidades indígenas frente al estado de violencia que se veían sometidos por parte del Estado. Al respecto David Leake, ex obispo anglicano de Argentina, decía:

> …nuestra situación en el norte argentino es un objetivo fácil para la crítica, especialmente por los antropólogos sociales... Pero yo opino que los pueblos indígenas del norte argentino hubieran desaparecido debido a las enfermedades y la explotación por el ejército, las expediciones y las epidemias. Claro que hubo explotación, pero si no fuera por la obra social, médica y educativa, esta gente no estaría aquí hoy.[29]

La recepción de la religión por parte de los y las indígenas fue diversa, oscilando entre la resistencia y la conversión. Gastón Gordillo[30] señala que las prácticas señaladas como "diabólicas" "satánicas" o inmorales por los misioneros continuaron practicándose en el monte, que se constituyó como un espacio de liberación, relajación y contestación. Mariana Gómez[31] relata que en la actualidad las bebidas de los jóvenes y los encuentros sexuales no conyugales desplegados en el monte son parte de los "vicios", percibidos como prácticas inspiradas por lo maléfico y diabólico.

También el silencio e indiferencia inicial de las mujeres indígenas ante la presencia de los misioneros es considerado como una estrategia de resistencia ante los cambios introducidos. Para la antropóloga la indiferencia de las mujeres ante los nuevos preceptos morales y religiosos y la reanudación de sus actividades cotidianas como si

---

[27] CASTILLO, M., *"Modernidad y pueblos indígenas… Op. Cit.* Pág. 157.
[28] PALMER, J., *La buena voluntad wichí… Op. Cit*. Pág. 35.
[29] "Un inglés entre los indios", Diario Página 12, http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-11129-2002-10-07.html Fecha de consulta: 23/03/ 2017.
[30] GORDILLO, G., *Landscapes of devils. Tensions of places and memory in the argentinean Chaco*, Ed. Duke University Press, Durham, 2004.
[31] GÓMEZ, M., "El cuerpo por asalto la amenaza... *Op. Cit., y* "¿Morirán mis hijos o las frutas del monte se secarán si no canto y uso mi amuleto cada noche? Mujeres tobas (qom)… *Op. Cit.* Si bien la antropóloga realiza su estudio sobre las mujeres del pueblo tobas (*qom)* considero oportuna la analogía ya que forman parte de la misma familia de pueblos, viven en la misma área geográfica y han atravesado procesos colonizadores similares. Tantos los pueblos wichí como qom han contado con la presencia de la iglesia anglicana en los mismo momentos históricos y tienen mitos y leyendas comunes, por ejemplo, lo relacionado con la libertad sexual de las mujeres previa a la colonización y presencia de las misiones religiosas.

nada nuevo ocurriese, eran actitudes comunes entre las mujeres con la llegada de las misiones[32].

Sin embargo, en la actualidad la iglesia anglicana tiene una gran presencia e influencia entre las comunidades del Chaco salteño. Pese a la inicial hostilidad hacia los misioneros que llegaban a la zona, los vieron como aliados y los propios indígenas se encargaron de mantener y difundir la religión tras convertirse a ella. Es característico de la zona que los propios indígenas se transformaran en pastores, luego de ser capacitados por misioneros extranjeros.

Por su parte, la concepción de Iglesia difiere bastante a lo que se entiende en las ciudades puesto que no hace referencia a la jerarquía de la iglesia anglicana. Se asocia "más a normas de conductas, principios ordenadores del mundo (visión religiosa del mundo), sentido de la vida y la muerte, etc. que se construye, principalmente, a partir de la lectura, directa o mediada por algún predicador, de la Biblia."[33] Es por ello que hay quienes hablan de iglesias nativas o de procesos "endógenos" que se estructuran a través de las propias prácticas indígenas por las enseñanzas contenidas en la Biblia.

El antropólogo Castillo explica que gran parte de la autoridad actual del pastor en las comunidades indígenas se asienta en la autoridad de antiguo *Shamán.* Pero no se trata de una simple sustitución sino de un proceso de reconfiguración de la organización indígena, en la cual aparecieron figuras nuevas, desaparecieron y se resignificaron otras. Señala que en la comunidad wichí Alto de la Sierra "la Iglesia en la actualidad se presenta… como una institución y una serie de prácticas, agentes y representaciones, claves en la conformación, organización y concepción de sí misma, de la comunidad"[34]. Explica que la legitimidad de poder y autoridad que en la actualidad tiene la iglesia anglicana, a diferencia de las autoridades comunitarias, no necesita ser constantemente reactualizado porque cuenta con una fuerte rutinización e institucionalización de sus prácticas, agentes y representaciones religiosas de la comunidad.

Por su parte, Rita Segato[35] al estudiar el proceso de cambio de religión en el noreste argentino se concentra en la recepción. Es decir, en cómo el mensaje religioso es reinterpretado localmente y a la luz del ambiente social y de la cosmovisión de las comunidades que lo reciben y lo adoptan. En su tarea como antropóloga busca mirar hacia las nociones, valores e intereses que están por detrás de la opción de un grupo por una nueva adhesión religiosa. La autora cuestiona la idea generalizada de entender la conversión religiosa como un proceso ideológico resultante de proyectos políticos, supuestamente coherentes y monolíticos, por parte de agencias propagadoras.

Por lo contrario, entiende que este proceso de *des-etnificación* (es decir, proceso de pérdida gradual de rasgos étnicos) podría entenderse mejor a la luz de la oposición

[32] GÓMEZ, M., *"¿Morirán mis hijos … Op. Cit.* Pág. 215.
[33] CASTILLO, M. *"Modernidad y pueblos indígenas… Op. Cit.* Pág. 157.
[34] *Ibíd.* Pág. 217.
[35] SEGATO, R., "Cambio religioso y des-etnificación: la expansión evangélica en los Andes Centrales de Argentina" en SEGATO, R., *La Nación y sus Otros: raza, etnicidad y diversidad…Op. Cit.* Pp. 203-242.

entre grupo étnico y Nación. Ya que aun cuando las misiones se establecieron dentro de un orden conservador o hayan obedecido a un proyecto de dominación, podrían insertarse en procesos de transformación. Señala Rita Segato:

> …estos procesos constituyen aspectos de una tendencia general hacia la des-etnificación en lo que respecta al repertorio cultural, pero a la continuidad del grupo étnico como unidad social. La política local, los modelos de sociabilidad, las concepciones de tiempo y espacio, en conjunto, todas las dimensiones de la existencia involucradas… dejan de expresarse en los idiomas tradicionales étnicos para ser reformuladas en una terminología libre de afiliación étnica. Así, los marcadores étnicos son neutralizados[36]

Es decir, que estos procesos proponen la destitución de los elementos que identifican a un grupo étnico como tal, por ejemplo, la música, la danza, la mitología, las prácticas de culto, la vestimenta, etc. Ante el descontento crónico de los conversos sobre el rol y la posición que les es atribuida dentro de la sociedad nacional. Una visión ornamental, pintoresca de su etnicidad, que considera sus elementos más aparentes sin ningún contenido sociológico o histórico. Sin embargo, esta destitución *de los marcadores étnicos* no implica alterar la continuidad del grupo étnico como unidad social.

Para Segato[37] la conversión a una ideología cristiana supranacional puede ser interpretada como una ruptura con la religión tradicionalmente asociada a los Estados nacionales, el catolicismo. Así, los conversos encuentran dentro de su nueva opción religiosa autonomía con relación a la elite local.

2.4. La religión y las mujeres indígenas

Por otra parte, los estudios antropológicos realizados en la región chaqueña advierten que el proceso de misionalización produjo una serie de cambios en los cuerpos, identidades y espacios de las mujeres y hombres. La relación de las mujeres indígenas y la religión anglicana es compleja ya que inicialmente mostraban mayor recelo y rechazo ante la presencia de los misioneros y resultaba más difícil el acceso a ellas debido a que en general no hablaban el castellano.

Sin embargo, en la actualidad los discursos religiosos están muy presentes entre las mujeres y tienen una activa participación en el mantenimiento de la religión. Son las encargadas de la escuela dominical donde se enseña la religión, de las reuniones de lectura de la biblia, la preparación del culto, las reuniones pastorales, etc.

La antropóloga Mariana Gómez, en un estudio realizado entre el pueblo *qom* donde también estaban presentes los misioneros anglicanos, señala que:

> …influenciados por su propia ideología de género, los misioneros entendían que el mundo femenino y el masculino debían funcionar de forma segregada y en tiempos distintos. Además, mientras que a los hombres se les exigió abandonar performances centrales en la conformación del "ethos masculino" del indígena chaqueño (como el chamanismo por ejemplo), a las mujeres se las exhortó a

[36] SEGATO, R., "Cambio religioso y des-etnificación: la expansión evangélica… *Op. Cit.* Pág. 206.
[37] *Ibíd.* Pág. 225.

> replegar del espacio público sus comportamientos "salvajes", ya que se pretendía feminizarlas y domesticarlas, de acuerdo con los rigores de la vida maternal y del cristianismo.[38]

Para la antropóloga[39] la conversión de los varones indígenas se presentaba como prioritaria, ya que asumían que el portavoz del cambio cultural y espiritual debían ser los hombres, y se perseguían expresamente prácticas culturales desarrolladas por ellos. Sin embargo, se esperaba que las mujeres abandonaran los rituales y prácticas contrarios a la moral cristiana. Tales como los rituales de duelo, la iniciación femenina, actitudes conyugales consideradas indecentes como el adulterio o el casamiento con hombres más jóvenes.

También se impusieron roles maternales que se consideraban adecuados para la moral cristiana, ya que la inicial indiferencia de las mujeres indígenas pareciera constituir un obstáculo para la conversión de sus maridos y la educación de sus hijos e hijas. Es por ello que existían críticas hacia la maternidad y la sexualidad de las indígenas. Así las misiones intervinieron en la regulación de la vida sexual, reproductiva y afectiva de las mujeres generando una mayor pérdida de su autonomía individual.

Si bien no es posible afirmar que en el pasado las mujeres indígenas tuvieran un absoluto control sobre sus cuerpos, existen coincidencias en las fuentes antropológicas que las misiones ejercieron un fuerte control sobre la sexualidad de las mujeres indígenas. Para Gordillo[40] la convivencia con los misioneros no solo introdujo nuevas normas morales en torno a cómo y cuándo expresar el deseo y las elecciones sexuales, sino también existió una reconfiguración espacial de la sexualidad, replegándose al espacio doméstico o al monte.

Así, el rol de las iglesias anglicanas en el Chaco salteño es ambiguo. En primer lugar, no se trata de un fenómeno reciente sino que su llegada se encuentra vinculada con la expansión del Estado nacional. Si bien impusieron su moral cristiana y contribuyeron al cambio de las prácticas culturales de las comunidades indígenas, también realizaron una labor de apoyo frente a la explotación que se vivía en los ingenios azucareros y las campañas militares. Por otra parte, es significativo el aporte de Segato al analizar porque las comunidades indígenas cambiaron de religión. Es decir, cuestionar la idea que se trata de un proceso unilateral y monolítico por parte de agentes propagadores.

Con relación a las mujeres indígenas, se advierte que formaron parte del disciplinamiento de los cuerpos, sexualidad y roles de las mujeres en base a una concepción occidental y cristiana de "lo femenino". Sin embargo, en la actualidad los discursos religiosos están muy presentes entre las mujeres y tienen una activa participación en el mantenimiento de la religión. Aunque existen mujeres indígenas que cuestionan el rol de las iglesias y proponen recuperar los saberes y espiritualidad ancestrales.

---

[38] GÓMEZ, M. "*¿Morirán mis hijos … Op. Cit.* Pág. 201.
[39] *Ibíd.* Pág. 217.
[40] GORDILLO, G., *Landscapes of devils…. Op. Cit.* Pág. 89.

Ello podría explicar las disputas que existen con relación a las prácticas sexuales de las mujeres indígenas. Ya que mientras algunas advierten que existe mayor libertad sexual entre ellas, otras señalan que dentro de su cultura las relaciones prematrimoniales no están autorizadas y que deben mantenerse "puras" hasta el matrimonio[41]. Sobre estas cuestiones, se profundiza en el próximo apartado al contextualizar la situación del pueblo wichí en Salta.

3. LOS Y LAS WICHÍ

3.1. El pueblo Wichí

En la actualidad no hay certeza acerca del porcentaje de indígenas que viven en la provincia de Salta. Mientras que según el último censo nacional representa un 6,5% de la población, organismos del gobierno provincial señalan que constituyen el 10%. Sin embargo, en 2015 desde el Programa de Atención Primaria de la Salud se identificaron a 119.951 personas que se declaran indígenas, lo que representa al 18,3% de la población provincial.[42]

Estos datos son relevantes, aunque la media nacional es de un 2,3%, en la provincia de Salta este porcentaje aumenta considerablemente al concentrarse la mayor cantidad de pueblos indígenas del país. Lo que genera un contexto de gran diversidad cultural y lingüística. Según estudios[43], el aumento de los porcentajes no se debe a aspectos demográficos, como mayor fecundidad o disminución de la mortalidad, sino a un contexto de mayor apertura y reconocimiento de la pluralidad del país. Lo que promovería la asunción de identidades indígenas que antes estaban invisibilizadas.

El pueblo wichí pertenece a la familia de los pueblos chaquences, que junto a los pueblos chorotes y qom viven en la región chaqueña, ubicada en el nordeste argentino en las provincias de Chaco, Formosa y Salta. Mantienen un fuerte vínculo con las comunidades de otras regiones en razón del matrimonio y parentesco por lo que sus fronteras políticas se encuentran desdibujadas. En Salta se ubican principalmente en los departamentos de San Martín, Rivadavia y Orán, al este de la provincia.

En el ámbito del Chaco salteño la población indígena se caracteriza por su alto grado de movilidad territorial que responde a dos causas. La primera es que, por cuestiones de subsistencia o de parentesco, se trasladan por un tiempo para luego volver a la comunidad. También por asuntos ambientales como inundaciones, falta de agua, problemas con la tierra, las mismas comunidades se ven obligadas a trasladarse de forma continua.

Un aspecto fundamental a considerar es la gran influencia que ejerce sobre las comunidades wichí el contacto con otros pueblos indígenas y con la sociedad hegemónica. Sostiene Ana Carolina Hecht "…estos factores marcan procesos de transformación

[41] SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN, *Mujeres dirigentes indígenas. Relatos e historias de vida.* Ed. Secretaria de Cultura, Buenos Aires, 2008. Pág. 40.
[42] CAUQUI, O., "Educación" en GOBIERNO DE SALTA*, Mapa social de la provincia...* Pág. 191.
[43] *Ibíd.* Pág. 242.

de las dinámicas socioeconómicas y culturales wichi y fundamentan su configuración actual. … La cultura wichi estuvo y está atravesada tanto por políticas de negación desplegadas desde el estado nacional y provincial, así como por la resistencia aborigen a las mismas"[44]. Estos aspectos repercuten profundamente en la configuración actual de las comunidades ya que si bien conservan prácticas culturales propias, la convivencia con la sociedad dominante genera procesos de cambio. Como se ha visto en los apartados anteriores al analizar la religión y relación con el Estado argentino.

Un aspecto singular del pueblo wichí, es que conservan gran parte de su identidad lingüística y cultural. Según datos del INDEC el 81,7 % de la población wichí tiene como lengua materna su idioma indígena y el 60,2% vive en zonas rurales. Lo que le diferencia en gran medida de otros pueblos indígenas de la región y del resto del país que viven mayoritariamente en zonas urbanas. En Salta, por ejemplo, el 90,2% del pueblo ava guaraní vive en zonas urbanas y del pueblo toba (qom) un 79,5 %. Al sur del país en Neuquén, provincia con mayor porcentaje de población indígena, el 81,1% de los y las indígenas vive en zonas urbanas. Del pueblo mapuche un 79,9 % vive en zonas urbanas y un 3,6 % utiliza la lengua indígena como materna.[45]

Para el antropólogo John Palmer el uso de su propia lengua ha permitido al pueblo wichí mantener viva gran parte de su cosmovisión. A pesar que la mayoría de sus rasgos culturales externos, como la vestimenta, la alimentación, la vivienda, han sido abandonados. Para Palmer esa pérdida de identidad externa tiene como contrapartida la consolidación de la identidad interior. Afirma que "cuanto mayor sea la amenaza tanto más se afianza la identidad cultural wichi"[46].

Tradicionalmente la economía se caracterizaba por el aprovechamiento de la diversidad de los recursos naturales: eran pueblos cazadores y recolectores. Debido a la riqueza natural que posee el Gran Chaco la vida silvestre representaba su principal fuente no sólo de alimentos sino también de medicinas y materias primas, como huesos, cueros, plumas, etc. Utilizaban la tierra teniendo en cuenta los ciclos estacionales y climáticos, esto le permitía acceder a una gran cantidad de recursos distribuidos en grandes superficies. Con la colonización del Chaco por parte de los criollos este sistema se vio gravemente afectado ya que se implementó el sistema ganadero. Ello provocó el enfrentamiento de dos formas incompatibles de uso y ocupación de tierra. Un estudio del INAI señala que existió un inexorable quiebre en el sistema de subsistencia de las comunidades indígenas debido al "recorte de sus territorios, la interrupción a su movilidad estacional, el bloqueo a su libre acceso a los recursos y la degradación del hábitat"[47].

---

[44] HECHT, A., *De la familia Wichí a la escuela intercultural bilingüe: procesos de apropiación, resistencia y negociación (Formosa, Argentina),* Cuadernos interculturales, año 4, núm. 6, Salta, 2006. Pág. 93.
[45] INDEC, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario. Pueblos originarios: región Patagonia*, Ed. Instituto Nacional de Estadística y Censos, Buenos Aires, 2015.
[46] PALMER. J., *La buena voluntad wichi. Una espiritualidad indígena… Op. Cit.* Pág. 34.
[47] LEAKE, A., *Los Pueblos Indígenas… Op. Cit.* Pág. 62.

El avance de la actividad agroindustrial, con el inevitable desmonte[48], obligó a las comunidades wichí a modificar sus fuentes de subsistencia. A su actividad económica tradicional han incorporado nuevas actividades que van más allá de la caza y la recolección de frutos. Sin embargo, todas ellas mantienen la estrecha relación con el medio ambiente. Entre los hombres las actividades más frecuentes son *la changa*[49], la recolección de miel, la caza, la pesca, la carpintería, la producción de carbón y de postes. También son ellos los que tienen un índice más elevado de empleo fijo (del 6% de hogares que afirmaron tener un miembro de la familia con trabajo, un 86% son hombres).[50] Las actividades que realizan generalmente las mujeres se destacan la recolección de frutos, la artesanía, la cría de gallina y cabras.

3.2. Las mujeres wichí desde la mirada antropológica

Según la mayoría de los estudios antropológicos recientes en las comunidades wichí los roles de género se encuentran claramente definidos desde la infancia. Mientras que los niños desenvuelven su niñez en el monte apartándose gradualmente del ámbito doméstico a medida que crecen, las niñas desde pequeñas comienzan a cooperar en las tareas del hogar como cuidar a sus hermanos menores, barrer, cocinar, tejer, etc. Dice Barúa, Dasso y Franceschi que las niñas suelen capitanear los grupos de pequeños en los juegos y las actividades domésticas, "y aquéllos terminan respondiendo a su autoridad y desenvoltura"[51].

Antiguamente, con la pubertad las niñas pasaban por un rito de iniciación que las convertía en mujeres. Atravesaban un periodo de reclusión donde sólo tenían contacto con una anciana, generalmente las abuelas, que les trasmitían el saber sobre las cualidades femeninas. La iniciación de las mujeres era una ocasión de celebración ya que marcaba su idoneidad para contraer matrimonio. Durante esta etapa la relación con la abuela era fundamental porque les trasmitía sus conocimientos a las más jóvenes.

Sin embargo, en la actualidad el rito de iniciación ha dejado de practicarse. Rodrigo Montani señala que cuando las niñas tienen su primera menstruación la abuela aprovecha para explicarle "todas las prohibiciones referentes a los monstruos Arco Iris, así como también las destrezas técnicas del arte de torcer el hilo"[52]. Sin embargo, este momento marca un punto de inflexión en la vida de las mujeres ya que a partir de allí, según algunos relatos antropológicos, las jóvenes comienzan mantener relaciones sexuales y eventualmente casarse.

---

[48] La zona geográfica donde viven las comunidades wichí en Salta es una zona boscosa donde se concentran la mayor superficie de bosque nativo del país. El desarrollo del sistema agropecuario necesariamente demanda la deforestación de los bosques para aumentar las tierras dedicadas a la explotación agrícola y ganadera.

[49] Changa: trabajo eventual e informal.

[50] LEAKE, A., *Los Pueblos… Op. Cit*. Pág. 78.

[51] BARÚA, G., DASSO, M. y FRANCESCHI, Z., "El papel femenino en la convivencia wichí del Chaco central" en HIRSCH, S. *Mujeres indígenas en la Argentina... Op. Cit.* Pág. 122.

[52] MONTANI, R., "Metáforas solidas del género: mujeres y tejidos entre los wichí" en HIRSCH, S., *Mujeres indígenas… Op. Cit.* Pág. 160.

En cuanto al matrimonio estudios antropológicos señalan que si bien no existe una ceremonia nupcial wichí, el padre ejerce una gran influencia en la elección de la mujer. Juan José Rossi[53] sostiene que tradicionalmente el padre de la futura esposa opta, con el previo consentimiento de la hija, por el futuro yerno. El esposo, que entra en el grupo social de la mujer, debe demostrar que posee las condiciones necesarias para la obtención de recursos del monte. Al ser los varones los que se incorporan en el seno de la familia de las mujeres ellas se encuentra protegida por sus parientes y está menos expuesta a situaciones de violencia de género.

Los relatos antropológicos coinciden en señalar que la presencia de las mujeres en el ámbito doméstico es importante. Cuando forman pareja los hombres se trasladan al hogar de las mujeres, "la residencia que los wichis practican lleva a la formación de grupos de convivencia organizados en base a relaciones de parentesco entre las mujeres"[54]. Son ellas las que están emparentadas, se relacionan como madres e hijas, como hermanas, etc. La educación corresponde a las madres, quienes alimentan los hijos, les educan, les disciplinan y les enseña el idioma.

Sostienen Barúa, Dasso y Franceschi[55] que el rol de "esposas" lo cumplen por regla general todas las mujeres adultas; se concibe como una anomalía que una mujer adulta no se halle casada. Las separaciones conyugales, si no han mediado problemas de brujería o violencia, sólo suelen implicar que el varón es "devuelto" a la casa de su familia materna. Es habitual que las viudas vuelvan a casarse luego de un lapso respetable. Señalan las antropólogas que al contrario de otros pueblos, tradicionalmente la mujer ha poseído mucho peso en el manejo de las relaciones y en la toma de decisiones sea con respecto a su esposo, a sus hijos/as, hermanos/as y ancianos/as.

Igualmente desarrollan un importante rol dentro de la economía familiar. Junto con los varones se ocupan del aprovechamiento de recursos madereros con la recolección de la leña. Son las encargadas de la recolección de frutos, la artesanía y la cría de gallinas y cabras. La artesanía no sólo constituye una fuente de ingresos sino que tiene estrecha relación con su patrimonio cultural. Son tejedoras desde tiempos inmemoriales y sus tejidos forman parte de su expresión artística. Se utiliza la fibra del chaguar[56] para confeccionar utensilios de uso doméstico como bolsas, cuerdas, redes. También fue incorporada para la producción de productos artesanales para su posterior venta transformándose en una fuente recursos.

A través del tejido de chaguar las mujeres transmiten a las generaciones presentes su acervo cultural. Con sus producciones reproducen su filosofía de vida, cosmovisión y mitología. Sostiene Carlos Spagarino[57] que las recorridas de las mujeres por el monte en busca de chaguar y los momentos de elaboración de productos con la fibra,

---

[53] ROSSI, J., *Los wichis ("mataco"),* Ed. Palerna, Buenos Aires, 2003. Pág. 138.
[54] PALMER. J., *La buena voluntad wichi..., Op. Cit.* Pág. 10.
[55] BARÚA, G., DASSO, M. y FRANCESCHI, Z., "El papel femenino en la convivencia wichí... *Op. Cit.*
[56] El chaguar es una planta común en la región del Chaco.
[57] SPAGARINO, C., *Ampliación de tierras de la comunidad wichí lote 27*, Ed. Asociación para la Promoción de la Cultura y el Desarrollo, Buenos Aires, 2008. Pág. 40.

adquieren un importante valor social para la transferencia de conocimientos entre generaciones. Tanto niñas, mujeres y ancianas se sientan juntas a tejer para aprender las más jóvenes de las más adultas. Esta actividad, tanto por su valor cultural como económico, ha contribuido a mantener la tradicional autonomía de las mujeres frente a los varones. En este aspecto Barúa, Dasso y Franceschi[58] afirman que, salvo situaciones acotadas, las relaciones de simetría y resguardo mutuo entre los géneros han tendido a prevalecer.

Por su parte, algunos relatos antropológicos señalan que son las mujeres wichí quienes inician las relaciones sexuales. Es mal visto por la comunidad que los hombres busquen tener sexo con una mujer, ya que el papel activo, iniciador les corresponde a las mujeres. Dice Oliva[59] que sería una ofensa para ellas ser buscadas por un hombre, esto demostraría ante el resto de las mujeres su incapacidad para tener sexo con quien ella quiera. Palmer señala que si un hombre se acerca a una mujer a iniciar una relación se consideraría que actúa como mujer ya que es ella quien toma la iniciativa.[60]

Sin embargo, distintas antropólogas señalan que la representación de las púberes del Chaco como libres electoras de sus compañeros sexuales y cónyuges debe ser problematizada por dos aspectos. En primer lugar, porque responden a discursos producidos en épocas pasadas donde ha predominado la mirada masculina de etnólogos europeos que visitaron la región del Chaco en las primeras décadas del siglo XX. Al respecto, señalan Gómez y Sciortino:

> De aquí en adelante, esta imagen sobre la libertad sexual de las jóvenes y la autonomía femenina contribuyó a erigir en la etnografía chaqueña la idea de que las relaciones de género en los grupos indígenas de la región tenderían hacia el pacifismo, la igualdad y complementariedad, reproduciéndose una imagen de la «mujer indígena» donde, desde un presente etnográfico, se la retrataba viviendo exclusivamente dentro de las lógicas de parentesco y de género de sus grupos y, espacialmente, dentro de la «comunidad». Esta mirada idílica y fósil se inserta en una «perspectiva cosmologicista» más amplia sobre los pueblos indígenas que la etnografía chaqueña heredó (o copió) de los americanistas provenientes de Francia, Inglaterra, Estados Unidos.[61]

En segundo lugar, es cuestionada en virtud de los cambios sociales e históricos que se produjeron en los pueblos indígenas del Gran Chaco, en especial, a partir de su conversión a religiones cristianas y católicas. Donde, como se ha mencionado en apartados anteriores, las nuevas funciones atribuidas a las mujeres impactaron sobre su cotidianeidad y prácticas.

En el trabajo etnográfico realizado por Mariana Gómez[62] en comunidades qom señala que los hombres adultos y mayores de la comunidad, frecuentadores del culto de las iglesias, no recuerdan que las mujeres hayan tenido tal libertad sexual. Por el contra-

---

[58] BARÚA, G., DASSO, M. y FRANCESCHI, Z., "El papel femenino... *Op. Cit.* Pág. 134.
[59] OLIVA, J., *La Mujer y El Mito*, Ed. Digital Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2007. Pág. 22.
[60] PALMER J., "La comunidad esta de duelo por la muerte simbólica de Fabián"… *Op. Cit.*
[61] GÓMEZ, M y SCIORTINO, S., "Mujeres indígenas, derechos colectivos… *Op Cit.* Pág. 46.
[62] GÓMEZ, M., *"El cuerpo por asalto… Op. Cit.* Nota al pié 11, pág. 86.

rio, priorizan el recuerdo de que las mujeres eran intercambiadas por sus padres quienes tenían la posibilidad de elegir a sus futuros yernos. Para lo cual consideraban ciertas cualidades y destrezas, como ser buen pescador, cazador o en la actualidad, tener un sueldo o estudios.

En este sentido, Octorina Zamora[63], lideresa wichí, señala que entre los wichí existen mitos contra el incesto y las relaciones prematuras. Expresa que el sexo femenino es venerado por su origen mitológico, y que las mujeres siempre fueron protegidas porque son madres, fuente de educación y resguardo para los niños.

Pese a que los relatos antropológicos coinciden en la importancia del rol de las mujeres en las comunidades y en la existencia de cierta simetría, también hacen referencia a los marcados roles de género que existen. Por ejemplo, Octorina Zamora advierte que en la actualidad, hay mayor presencia y participación en el ámbito público por parte de los varones wichí. Dice al respecto:

> Antiguamente, tanto el hombre como la mujer tenían derechos y tenían bien definido su rol… hoy vemos que la dirigencia indígena está mayoritariamente plagada de hombres. El hombre es el que más se corrompe. Tiene que tener mucha fuerza en su parte biológica para no ser vulnerado. La mujer es más fuerte, la mayoría es intransigente.
>
> En la actualidad, en el pueblo wichí hay una falta de participación de la mujer. Esto se da porque ningún proyecto la tiene como protagonista principal, y también por la falta de incentivo y el analfabetismo. Los proyectos de capacitación no se dan para mujeres. Vas a un evento y has más hombres que mujeres. Creo que se tienen que hacer trabajos desde las comunidades… necesitamos protagonismo en todo lo que tenga que ver con nuestro desarrollo.[64]

En este sentido, para Macarena Ossola[65] no solo se debe efectivizar la participación de los pueblos en los asuntos de su interés, sino democratizar los perfiles de quienes hacen escuchar sus voces. Ya que en general los que participan son varones con posiciones de jerarquía intra-étnica, lo que genera que las demandas de las mujeres indígenas queden muchas veces invisibilizadas.

Por último, los relatos antropológicos advierten que los procesos de cambio que generaron las relaciones con la sociedad dominante contribuyeron a que la situación de las mujeres se viera perjudicada. Al respecto sostiene Carlos Spagarino[66] que se propicia un nuevo sistema de sociedad patriarcal impuesto por la sociedad envolvente. En este sentido, es frecuente que las mujeres indígenas organizadas señalen que las relaciones desiguales de poder en sus comunidades son el resultado de la colonización y relación con la sociedad criolla. Relata Octorina Zamora:

> … nadie era ni menos ni más. Desde la parte occidental se hizo una mala interpretación de los roles. Con el contacto con el criollo, en algunas familias apareció el

[63] SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN, *Mujeres dirigentes… Op. Cit.* Pp. 29-42.
[64] *Ibíd.* Pág. 40.
[65] OSSOLA, M., "Pueblos originarios" en GOBIERNO DE SALTA, *Mapa social… Op. Cit.* Pág. 254.
[66] SPAGARINO, C., *Ampliación de tierras de la comunidad wichí lote 27… Op. Cit.* Pág. 25.

> machismo. Yo no crecí en una sociedad machista, crecí en una sociedad donde todo se compartía.[67]

Sobre la existencia del patriarcado y el machismo en los pueblos indígenas existen distintos posicionamientos que se tratan con más detalle en el siguiente apartado. Lo que los relatos antropológicos reflejan es que el rol de las mujeres wichí dentro en sus comunidades, además de importante, es dinámico. Al igual que en la sociedad dominante va cambiando con el transcurso del tiempo y en virtud de distintos factores, ya sean religiosos, culturales, políticos o económicos.

Al estudiar las relaciones de género y los roles atribuidos a las mujeres, hay que tener en cuenta que estas relaciones están inscritas en contextos sociales y culturales específicos. Las relaciones se modifican por los cambios que los grupos experimentan, ya sean por factores internos como externos. En este sentido, Burúa, Dasso, y Franceschi[68] advierten que en las sociedades wichí se presentan peculiares dispositivos que hacen que la construcción de los hombres y las mujeres siga constante y determinantemente las líneas impuestas por la cultura wichí. Lo que implica afirmar que las relaciones entre hombres y mujeres wichí, al igual que la sociedad dominante, están determinadas por las pautas culturales y sociales de su sociedad.[69]

---

[67] SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN, *Mujeres dirigentes… Op. Cit*. Pág. 39.

[68] BARÚA, G., DASSO, M. y FRANCESCHI, Z., "El papel femenino en la convivencia wichí... *Op. Cit.*

[69] La teoría feminista ha contribuido en advertir que tanto el género como el sexo son construcciones culturales y sociales. Simone de Beauvoir, en 1949, en su libro el *Segundo Sexo* advierte sobre la construcción social del género, resumida en la frase "mujer no se nace, se llega a serlo". El uso del término "género" surge en 1968 cuando el psiquiatra Robert Stoller lo utiliza para explicar distintos casos de donde la identidad sexual de las personas no correspondía el sexo biológico. Luego distintas pensadoras feministas comenzaron a utilizarlo, entre ellas Ann Oakley en el tratado *Sexo, género y sociedad,* hasta haber adquirido un uso generalizado.

Alda Facio y Lorena Fries lo conceptualizan como el "conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de sociabilizacion, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales" FACIO, A. y FRIES, L. "Feminismo, género y patriarcado" en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, núm. 6, Buenos Aires, 2005. Pág. 271.

Es decir, que al hablar del género se quiere indicar el conjunto de características, roles y comportamientos social y culturalmente atribuidas a las personas en virtud de su diferencia sexual. Estas características son jerarquizadas, es decir, las que son atribuidas a los varones tienen mayor reconocimiento que las atribuidas a las mujeres. Son tanto descriptivas como normativas y operan en relaciones sociales concretas e históricamente cambiantes. Es decir, no existe el "género" universal ni neutral, sino relaciones de género que operan en lugares concretos y de maneras distintas.

En 1990 los estudios de Judith Butler, a partir de la publicación de su libro *El género en disputa*, complejizaron un poco más lo que se entiende por género al poner en evidencia la performatividad del género y la sexualidad. Butler cuestiona la idea extendida hasta entonces de que el sexo es "lo natural", mientras que el género lo construido socialmente. Considera que entender al género como algo anclado o posterior al sexo, es continuar en la lógica del binarismo del género. Por lo contrario, entiende que el género y la sexualidad son performativos. Es decir, que se tratan de actuaciones reiteradas y obligatorias en función de unas normas sociales que nos exceden, ligadas a un sistema de recompensas y castigos. Sin embargo, al necesitar de una actuación reiterada, el género es constitutivamente inestable. Lo que da la posibilidad a cada sujeto de encarnarlo, resignificarlo o subvertirlo.

Desde entonces ha existido un importante desarrollo desde la teoría feminista sobre estos temas. Para introducir sobre estos aspectos consultar: BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, Ed. Cátedra, Madrid, 1998; BUTLER, J., *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 2007; BUTLER, J., *Deshacer el género*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006; BIRULÉS, F., *Entre actes: entorn de la política, el feminisme i el pensament*, Ed. Trabucaire, Tinta Femina, Barcelona, 2014; LA-

En este sentido habría que enfatizar que "la cultura wichí" no es un todo autónomo, ni aislado, sino que se encuentra a su vez definida y condicionada por relaciones sociales y de poder. Al respecto, Aura Cumes[70], advierte que también ha habido una colonización de la masculinidad y de la feminidad en indígenas como no indígenas. Porque sus relaciones, roles y funciones están atravesadas por procesos colonizadores y por la relación con el Estado.

Así mismo, en el caso de las comunidades wichí, las relaciones y funciones de las mujeres indígenas se ven alteradas por los cambios que las sociedades wichí experimentan y por las disputas de poder que existen al interior. Señalan al respecto Burúa, Dasso, y Franceschi "si no se ha desarrollado aún el estudio del genero relativo al mundo masculino, es porque las condiciones de existencia cultural de estas comunidades han atravesado una variación radical de los roles masculinos, cuyas modalidades son aun difíciles de percibir"[71].

Ante este contexto, interesa indagar cómo las mujeres indígenas consideran que son las relaciones al interior de sus comunidades en la actualidad y cuáles son los principios que las guían.

3.3. La complementariedad de género y el patriarcado occidental

Al tratar los derechos de los pueblos indígenas, un aspecto que despierta especial interés es las relaciones de género que existen entre los miembros de las comunidades indígenas. El análisis de estas relaciones presenta algunas complejidades, ya que la utilidad de la categoría género ha sido cuestionada por autoras feministas y mujeres indígenas.[72]

Al ser consultadas las mujeres indígenas sobre las relaciones con sus compañeros indígenas, en general señalan que el vínculo constitutivo de la pareja originaria es la *complementariedad de género*. Para explicarla Clara, una mujer quechua aymara, dice:

> Es muy importante la complementariedad porque el hombre y la mujer hacen equilibrio. Vas a una comunidad y el hombre va adelante, el hombre es el que habla. Porque por ahí cuando termina una reunión el hombre consulta con la mujer y la última palabra la tiene la mujer. […] El hombre y la mujer son importantes cumplen roles, como los hijos también. Entonces como mujeres indígenas cumplimos el rol de ser mujeres, de desempeñarnos a veces, en distintas comunidades, pueden ser los telares, las artesanías, la música, el canto, criar a los hijos lo cual es todo un arte. Y como mujeres nos toca organizarnos justo para llevar la economía de nues-

GARDE, M., *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, Ed. Horas y horas, Madrid, 1996; FEMENÍAS, M., *Sobre sujeto y género. Lecturas feministas desde Beauvoir a Butler*, Ed. Catálogos, Buenos Aires 2000.

[70] CUMES, A., "Esencialismos estratégicos y discurso de descolonización" en MILLÁN, M. (coord.), *Más allá del feminismo*, Ed. Red de Feminismos Descoloniales, México, 2014.

[71] BARÚA, G., DASSO, M. y FRANCESCHI, Z., "El papel femenino en la... *Op. Cit.* Pág. 148.

[72] María Lugones es una de las principales exponentes en este sentido, con su propuesta de *colonialidad del género*, que será desarrollada más adelante. Véase: LUGONES, M., "Colonialidad y género" en *Tabula Rasa*, núm. 9, julio-diciembre, Bogotá, 2008. Pp. 73-101.

> tra familia, llevar equilibrio. […] La mujer desde muy joven comienza a construirse como mamá, se prepara[73].

Las mujeres indígenas que forman parte del Consejo de Organizaciones Aborígenes de Jujuy (COAJ), señalan:

> Partimos de nuestros principios de reciprocidad y dualidad. En la dualidad están presentes dos fuerzas una positiva y negativa, y ambas son necesarias en una mutua reciprocidad. Así, la mujer indígena al ser una fuerza que representa lo femenino, la fecundidad, la armonía, requiere mirarla, no de forma aislada, sino en relación con los hombres, con la comunidad y con la naturaleza.
>
> Entonces, la complementariedad y la dualidad son mucho más que sustituir roles, sino más bien, una tarea mancomunada a un estado de armonía donde hombre y mujer viven en equilibrio con la naturaleza, con la Pachamama.[74]

Así, la complementariedad es entendida como la forma inherente de relación entre los hombres y las mujeres indígenas. Donde cada parte cumple su rol específico y en armonía con la otra, lo que contribuye al equilibrio de la comunidad y del cosmos. Ello evita que existan conflictos y desigualdades entre las parejas indígenas, concebidas como duales y heterosexuales. En general, las funciones de las mujeres están relacionadas con la maternidad, transmisión de cultura, educación de sus hijos y defensa del territorio. Lo que coloca a las mujeres no solo como transmisoras de la cultura, sino como defensoras de sus comunidades.

La introducción del libro *Mujeres dirigentes indígenas*, elaborado por la Secretaria de Cultura de la Nación, relata:

> Ellas (las indígenas) a través de su relato expresan la cosmovisión de los pueblos indígenas que entiende la relación entre hombres y mujeres como roles complementarios y circulares, existiendo una igualdad histórica entre ambos sexos que no desean que se deteriore, pues colabora al equilibrio del cosmos.[75]

En las conclusiones del taller "La mujer india", celebrado en el Primer Encuentro Nacional de Mujeres (ENM)[76] en 1986, las mujeres indígenas que participaron decían que en sus comunidades "no existe el conflicto occidental de superioridad de un sexo sobre otro". Afirmaban que entre varones y mujeres indígenas existía una "complementación de roles" que implicaba que "el trabajo del hogar es compartido y complementado naturalmente; si el compañero sale a trabajar afuera, a cosechar, cazar o pescar, la mujer se queda en su casa criando a sus hijos, haciendo artesanías o tareas que

---

[73] Entrevista realizada por la antropóloga Silvina Sciortino, véase: SCIORTINO, S., "Mujeres, madres y luchadoras: representaciones políticas de las mujeres originarias en los discursos identitarios" en VII Jornadas Santiago Wallace de Investigación en Antropología Social, UBA, Buenos Aires, 2013. Pág. 6.

[74] COAJ y ELA, *Mujeres indígenas en la provincia de Jujuy. Hacia un abordaje integral sobre el acceso a los derechos,* Ed. ELA- COAJ, Jujuy, 2016. Pág. 27.

[75] SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN, *Mujeres dirigentes indígenas… Op. Cit.* Pág. 7.

[76] Los Encuentros Nacionales de Mujeres, son encuentros de mujeres que se celebran anualmente en Argentina desde 1986 en distintas ciudades del país. Desde sus inicios existió un taller específico que trataba sobre temas de las mujeres de los pueblos originarios. Estos encuentros cuentan con gran asistencia de mujeres diversas y son autogestionados, por lo que las mismas asistentes deciden cuales son los temas que se tratarán en cada taller. Al final se emiten conclusiones colectivas y son compartidas con las demás participantes en el cierre del encuentro.

le son propias."[77] Consideraban que en sus sociedades no existía la preeminencia de un sexo sobre otro, ni que ello era un problema.

En este sentido, señala Rosario Quispe, lideresa del pueblo kolla, "yo digo siempre que es cuento que en la Puna haya mucho machismo. Los matrimonios son muy tranquilos. Seguramente, habrá algún que otro hombre malvado, que le pega a su mujer. Pero, por lo general, los matrimonios son tranquilos".[78]

Sin embargo, en los últimos años la defensa de la *complementariedad de género* comenzó a ser revisada críticamente por las mujeres indígenas. Muchas mujeres indígenas mencionan conflictos con sus compañeros indígenas tales como la desigual participación en la toma de decisiones, en la toma de la palabra entre mujeres y varones indígenas, e incluso, denuncian violencia y violaciones. En las conclusiones del ENM de 2006 celebrado en Jujuy[79] se menciona la violencia sobre las mujeres existente en las comunidades, provocadas por el alcoholismo.

Igualmente, en los encuentros de mujeres, se puede observar distintos posicionamientos entre las mujeres indígenas más jóvenes y las mayores sobre algunos temas. Mientras que las primeras hablan de violencia de género, aborto y violencias múltiples al interior de sus comunidades. Las mayores consideran prioritarias sus reivindicaciones sobre aspectos comunitarios, tales como la propiedad las tierras, falta de acceso a la salud, educación, etc.

Por otra parte, Silvina Sciortino[80], advierte que los relatos etnográficos han mostrado que aunque las esferas de responsabilidad de varones y mujeres puedan ser descritas en término de complementariedad, ello no excluye que la esfera de las mujeres pueda ser considerada marginal. Además, señala que una perspectiva que comprenda la complementariedad no necesariamente implica un modelo libre de contradicciones y/o desigualdad en las relaciones entre los géneros.

Silvia Hirsch[81], en un trabajo de campo realizado en comunidades guaraníes de Salta, apunta que existe complementariedad entre el trabajo agrícola de los hombres y mujeres guaraníes. Sin embargo, considera que es más valorado el trabajo de varones, al ser el de las mujeres considerado una ayuda. La antropóloga concluye que entre los y las guaraníes se observa complementariedad en algunos aspectos de la división sexual del trabajo y en la vida cotidiana, pero existe una jerarquización con una marcada valoración hacia las actividades y prácticas que son masculinas. Sin embargo, para Hirsch, las generaciones de mujeres más jóvenes demandan cambios en las relaciones de género y en su rol y participación en la comunidad.

---

[77] Material citado en SCIORTINO, S., "*Mujeres, madres… Op. Cit.* Pág. 5.
[78] SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN, *Mujeres dirigentes… Op. Cit.* Pág. 23.
[79] ENM, Cuadernillo de conclusiones del XXI Encuentro Nacional de Mujeres, Jujuy, 8, 9 y 10 de octubre de 2006.
[80] SCIORTINO, S., "*Mujeres, madres… Op. Cit.* Pág. 13.
[81] HIRSCH, S., *Mujeres indígenas en la Argentina…Op. Cit.* Pág. 246.

Al respeto, es interesante el relato de Rosana, una mujer coya participante de los encuentros de mujeres y de la organización "Mujeres originarias autoconvocadas":

> Las mujeres antes estábamos aisladas, yo lo tenía naturalizado como ese lugar que teníamos que tener pero después con otras mujeres me di cuenta que no es así. Me di cuenta…el patriarcado, el machismo, me costó mucho poder hablar.
>
> En los comienzos yo tenía naturalizado, siempre atrás, escuchando al hombre, poco a poco cuando fui participando en los Encuentros y todo eso me abrió la cabeza.[…]
>
> A las actividades las hacemos como mujeres originarias, se tienen que poner pollera para venir a decir que no quieren. Si no empezamos nosotras, siempre vamos a estar pendientes de que ellos digan que sí, que no, ellos vienen solamente cuando hay un escenario y pueden tomar el micrófono y hacer política.
>
> ¿Vos ves algún líder acá? No vienen, ¿Dónde está la complementariedad? Le mienten al mundo, dicen que somos complementarios ¿Dónde está la complementariedad?[82]

Aunque en la actualidad existen mayor cantidad de mujeres indígenas que expresan abiertamente las desigualdad que existe al interior de sus comunidades. Ello no implica que nieguen la complementariedad de género en cuanto ideal o característica en las relaciones entre hombres y mujeres indígenas, que es mantenido con firmeza por distintas mujeres indígenas de Argentina. Ni cuestiona el hecho que sus reivindicaciones estén centradas en la defensa de sus derechos como integrantes de sus pueblos, porque entienden que su bienestar y subsistencia depende de ello.

Moira Millán[83], líder mapuche, explica que el orden cósmico en el pueblo mapuche es entendido como un círculo de vida compuesto por fuerzas a las que llaman Newen. Estas fuerzas, cada una de ellas imprescindibles para la vida, se interrelacionan y complementan de una manera dual. Así, todas las fuerzas están constituidas por una condición masculina y femenina, anciana y joven. La cosmovisión mapuche no cree en un ser superior, por lo que no hay seres inferiores. Ello les permite constituir una sociedad circular y horizontal.

Sin embargo Millán, considera que con la colonización y la acción del Estado argentino este orden se vio alterado y las mujeres indígenas fueron las más perjudicadas, ya que sufrieron el arrebato de sus criaturas, la separación de sus maridos y fueron reducidas a todo tipo de servidumbre. Sostiene que la penetración colonizadora al pueblo mapuche ha generado machismo en las comunidades y la mujeres se ven luchando por recuperar su identidad, dignidad y respeto. "No solo ante la sociedad blanca europeísta sino ante sus propios hombres"[84].

---

[82] Entrevista realizada por Silvina Sciortino en SCIORTINO, S., "*Mujeres, madres… Op. Cit.* Pág. 17.
[83] MILLÁN, M., "Mujer Mapuche. Explotación colonial sobre el territorio corporal" en BIDASECA, K. y VÁZQUEZ LABA, V., *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina*, Ed. Godot, Buenos Aires, 2011.
[84] *Ibíd.* Pág. 135.

Para Millán la violencia doméstica y conyugal es un problema que aún no ha sido problematizado desde las organizaciones mapuches en general. Por ello, advierte:

> …las mujeres mapuches debemos ser sujetos históricos del proceso de lucha y reivindicación de los derechos fundamentales de nuestro pueblo nación pero también debemos gestionar y conseguir nuestros derechos al interior de nuestra sociedad, ¿cuál es el rol que nos asignará nuestros hombres colonizados en el proceso de organización y lucha? ¿Pelar papas y cortar cebollas?[85]

Entre los relatos recogidos por Silvina Sciortino de las mujeres indígenas que participan en los ENM se puede advertir el mismo sentido. Las mujeres indígenas entrevistadas, pertenecientes a distintos pueblos, consideran que el "sistema occidental" es la causa del desmantelamiento de las relaciones de complementariedad de los sexos. Dicen que la colonización impuso, el menosprecio hacia la mujer, el machismo y el alcoholismo que ha generado abandono de las familias, la violencia física, la imposibilidad de hablar y la obligación de estar detrás de sus compañeros.

Estos testimonios coinciden con lo expuesto por otras mujeres indígenas de Latinoamérica que también han cuestionado la real aplicación del principio de complementariedad y han denunciado abiertamente las múltiples violencias que sufren las mujeres indígenas. Consideran que la complementariedad se refiere más a un valor que a una realidad que se viva en las comunidades indígenas.

3.4. El patriarcado ancestral y la recuperación del primer territorio cuerpo

Con respecto a las nociones de complementariedad, dualidad, reciprocidad y equilibrio que generalmente se utilizan para caracterizar a las relaciones de hombres-mujeres en las sociedades indígenas, Aura Cumes[86], indígena maya de Guatemala, entiende que deben tomarse como ideales a los que aspiran las comunidades indígenas. Pero que no pueden ser utilizados como discursos para neutralizar la realidad existente entre las mismas.

Para Cumes, en Guatemala, las mujeres mayas han venido denunciando los problemas que les afectan desde distintos procesos organizativos y acciones políticas cuyo fundamento filosófico es diverso. Uno de ellos es la Cosmovisión Maya alrededor de la cual se desarrollan principios como la dualidad, la complementariedad, el equilibrio.

> Así, como horizonte, como utopía de sociedad, tiene una función importante; pero, cuando se busca como una vivencia actual, no soporta la evidencia de la realidad, puesto que lo que se capta dentro de la Cosmovisión Maya forma parte de un entretejido más amplio de relaciones sociales y de poder que es necesario observar. Esto es así, porque la realidad que viven mujeres y hombres mayas no se construye de forma cerrada "entre mayas", sino que se estructura en un contexto más amplio de dominación colonial-patriarcal.[87]

---

[85] MILLÁN, M., "Mujer Mapuche… *Op. Cit.* Pág. 135.
[86] CUMES, A., "Multiculturalismo, género y feminismos: Mujeres diversas, luchas complejas" en PEQUEÑO, A. (Comp.), *Participación y políticas… Op. Cit.* Pág. 47.
[87] CUMES, A., "Esencialismos estratégicos… Pág. 79.

Por su parte, Julieta Paredes[88], indígena aymara de Bolivia, dice que la complementariedad del chacha-warmi (hombre mujer) reivindicada por sus "hermanos indigenistas" en los Andes no reconoce la situación actual de las mujeres indígenas. Por lo contrario, pretende naturalizar la discriminación que sufren al no considerar que los roles que ellas desempeñan en sus comunidades tienen menor valor. Para Julieta Paredes, se trata de una complementariedad jerárquica y vertical, donde los varones están arriba con privilegios y las mujeres abajo y subordinadas.

Ante ello, las mujeres indígenas forman el feminismo comunitario en Bolivia, se proponen replantear el par comunitario desde las mujeres para construir un equilibrio en la comunidad y en la sociedad. Dicen "queremos una mitad de igualdad y respeto mutuo. Construir una complementariedad horizontal sin jerarquías"[89]. Esta complementariedad parte y tiene como fin la comunidad. La comunidad constituida por dos mitades imprescindibles, complementarias, no jerárquicas, recíprocas y autónomas una de la otra.

Diversas mujeres indígenas cuestionan que el patriarcado sea sólo el resultado de una imposición colonial. Para ellas previo a la colonización, existía un patriarcado ancestral, de baja intensidad, por lo que las mujeres también sufrían opresión y discriminación pero sus condiciones de vida eran mejores. Tenían acceso a la tierra, manejaban la medicina sobre sus cuerpos, eran autoridades religiosas y políticas. Sin embargo, existían formas de discriminación específicas hacia las mujeres, como la imposibilidad de heredar tierras, ser entregadas como doncellas del Inca o la división sexual de la guerra.[90]

Desde el feminismo comunitario proponen la noción de "entronque patriarcal" para explicar lo ocurrido a partir de la Conquista cuando ambos patriarcados (el occidental y el ancestral) se combinaron, se complementaron y crearon una nueva realidad que colocó a las mujeres indígenas en una situación de mayor exclusión que antes de la conquista. Julieta Paredes apunta:

> Tenemos que reconocer que hubo históricamente un entronque patriarcal entre el patriarcado precolonial y el occidental… Eso significa reconocer que las relaciones injustas entre hombres y mujeres aquí en nuestro país, también se dieron antes de la colonia y que no sólo son una herencia colonial. Hay también un patriarcado y un machismo boliviano, indígena y popular… había una propia versión de la opresión de género en las culturas y sociedades precoloniales, y que cuando llegaron los españoles se juntaron ambas visiones para desgracia de las mujeres que habitamos Bolivia. Este es el entronque patriarcal del que hablamos…[91]

[88] PAREDES, J., *Hilando fino. Desde el feminismo comunitario*, Ed. El Rebozo, México, 2013.
[89] *Ibíd.* Pág. 84.
[90] Para acceder a una recopilación de los distintos feminismos y/o posicionamientos de mujeres indígenas en Latinoamérica, ver: GARGALLO, F., *Feminismos desde Ayba Yala. Ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos en Nuestra América*, Ciudad de México, Ed. Corte y Confección, 2014.
[91] PAREDES, J., *Hilando fino. Desde el feminismo comunitario… Op.Cit*. Pág. 72.

Similar planteamiento realiza Lorena Cabnal, indígena maya-xinka de Guatemala, al afirmar que en sus pueblos existe un patriarcado originario ancestral, que configuró roles, usos y costumbres, principios y valores. Lo explican como:

> … un sistema milenario estructural de opresión contra las mujeres originarias o indígenas. Este sistema establece su base de opresión desde su filosofía que norma la heterorealidad cosmogónica como mandato, tanto para la vida de las mujeres y hombres y de estos en su relación con el cosmos.[92]

Por ello, Cabnal junto con las mujeres indígenas xinkas de la montaña de Xalapan, consideran que la opresión contra las mujeres manifestada al interior de sus culturas y cosmovisiones debe ser nombrada y cuestionada de manera frontal. Para ellas, se trata de "misoginia, expresada y manifestada en las actitudes y prácticas cotidianas más remotas y actuales, contra nuestros cuerpos, nuestros pensamientos, decisiones y acciones"[93].

Para las feministas comunitarias la intrusión colonial no fue solo en el territorio sino también en los cuerpos de las mujeres indígenas. Así, cuando se habla de recuperación de la tierra, los territorios y soberanía de los pueblos indígenas, también debe ser entendido en una doble dimensión como recuperación de los cuerpos de las mujeres indígenas de las violencias múltiples que viven.

En este sentido, las mujeres xinkas de Guatemala, proponen la recuperación consciente de sus "primer territorio cuerpo" como acto político emancipatorio. Lo que implica recuperar el cuerpo para promover la vida en dignidad desde un lugar concreto. Ello, implica integrar la lucha cotidiana de sus pueblos para la recuperación y defensa del territorio con la defensa de los cuerpos de las mujeres. En este sentido, Lorena Cabnal, explica:

> En el planteamiento de recuperación y defensa histórica de mi territorio cuerpo tierra, asumo la recuperación de mi cuerpo expropiado, para generarle vida, alegría vitalidad, placeres y construcción de saberes liberadores para la toma de decisiones y esta potencia la junto con la defensa de mi territorio tierra, porque no concibo este cuerpo de mujer, sin un espacio en la tierra que dignifique mi existencia, y promueva mi vida en plenitud. Las violencias históricas y opresivas existen tanto para mi primer territorio cuerpo, como también para mi territorio histórico, la tierra. En ese sentido todas las formas de violencia contra las mujeres, atentan contra esa existencia que debería ser plena.[94]

Así, los cuerpos de las mujeres indígenas se constituyen como lugares desde donde luchar y hacer política. Proponen recuperar y defender el primer territorio cuerpo, que han sido violentados y expropiados históricamente tanto por el poder patriarcal occidental y ancestral. Se proponen hacer política desde allí, desde sus cuerpos que han y son marcados por la ignorancia, la fealdad, la explotación, la anormalidad, la vergüenza

---

[92] CABNAL, L., "Acercamiento a la construcción de la propuesta de pensamiento epistémico de las mujeres indígenas feministas comunitarias de Abya Yala" en *Feminismos diversos: el feminismo comunitario*, Ed. ACSUR- Las Segovia, Barcelona, 2010. Pág. 14.
[93] *Ibíd.* Pág. 18.
[94] *Ibíd.* Pág. 23.

y el desprecio. Pero que a la vez, son cuerpos que contienen historias y sabidurías de los más variadas, de las rebeldías de las ancestras y de las mujeres que resisten ante el dominio colonial y patriarcal. Las feministas comunitarias de Bolivia afirman que "cuerpo que piensa, siente, se autogobierna, se autolibera, cuerpo como un territorio pero no un territorio asilado sino un territorio de la Pachamama"[95].

Estas propuestas y reflexiones sobre las violencias que atraviesan la vida de las mujeres indígenas abarcan una doble dimensión. Por un lado la colectiva, de mujeres que pertenecen a un pueblo indígena y que viven con mayor intensidad los frutos de la colonialidad. Y desde ahí, desde ese lugar, realizan sus propuestas para la comunidad y sociedad. Con ello se entiende el sentido profundo del lema de las feministas comunitarias de Bolivia "las mujeres somos la mitad de cada pueblo" [96]. Por otra parte, reflejan lo intrínsecamente vinculado que ello se haya con el ámbito individual de las mujeres. Al explicar que las luchas por la recuperación y defensa del territorio también implican la recuperación de sus cuerpos que han sido y son violentados de múltiples formas, exponen la continuidad que existe entre un ámbito y el otro.

Esta mirada también quedará reflejada al analizar las reivindicaciones de las mujeres indígenas de Argentina. Pero antes, para poder entender cuáles son sus demandas, se realiza un panorama de la situación de los derechos de los pueblos indígenas y de las mujeres indígenas en la actualidad. Como advierte Aura Cumes[97] la problemática de la vida de las mujeres indígenas no pueden ser explicadas como el resultado de relaciones "entre indígenas", sin observar su vínculo con la forma colonial/patriarcal en cuya base se ha organizado la sociedad.

4. ACCESO A DERECHOS: RESEÑAS DEL MAL VIVIR

En este apartado se consideran algunos aspectos sociales y económicos que reflejan cual es la situación actual de los derechos de los pueblos indígenas, en especial de las mujeres indígenas. Se pretende indagar cuál es la brecha entre el marco jurídico existente y la realidad cotidiana de las personas que pertenecen a pueblos indígenas en Argentina. Como advertía Rodolfo Stavengahen existe una "brecha de implementación"[98] entre los avances realizados en las legislaciones nacionales donde se reconocen los derechos a los pueblos indígenas y su efectivo goce.

A continuación se presenta el contexto en el que actualmente viven los pueblos indígenas y la posibilidad de acceder a los recurso/derechos indispensables para vivir una vida digna, como la salud y educación. Luego, se toma en cuenta la posibilidad de participar en la vida política del país, como un requisito indispensable para poder incidir en las cuestiones que les afectan y ejercer su derecho a la libre determinación. Por último, se estudia lo relativo a la propiedad de tierras, territorios y recursos puesto que se

[95] PAREDES, J. y GUZMÁN, A., *El tejido de la rebeldía ¿Qué es el feminismo comunitario?*, Ed. Comunidad Mujeres Creando Comunidad, La Paz, 2014. Pág. 95.
[96] PAREDES, J., *Hilando fino. Desde el feminismo comunitario... Op. Cit.*
[97] CUMES, A., "Esencialismos estratégicos… Pág. 78.
[98] ECOSOC, Informe del Relator Especial sobre la situación… *Op. Cit.*

trata de un supuesto básico para el ejercicio de los demás derechos y su subsistencia como pueblos.

4.1. Contexto del norte argentino, acceso a la salud y educación.

4.1.1. Empobrecimiento: mayor exclusión al interior

Luego de visitar Argentina en 2011, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya realizó un informe donde manifestaba su preocupación por seria exclusión en la que se encuentran las comunidades indígenas. Señaló que la situación de los pueblos indígenas en Argentina contrasta con la del resto de la población en su conjunto, calificada por la ONU entre los países de "muy alto" desarrollo humano. Dice el informe:

> Los pueblos indígenas en Argentina sufren bajos niveles de desarrollo económico y social en comparación con los sectores no indígenas del país. Según el UNICEF, el 23,5% de los hogares indígenas se encuentran con las necesidades básicas insatisfechas, en comparación con el 13,8% de los hogares no indígenas. Las provincias con los mayores niveles de necesidades básicas insatisfechas en los hogares indígenas son Formosa (74,9%), Chaco (66,5%) y Salta (57,4%), que tienen niveles alarmantes en este sentido. Además, según un estudio del Ministerio de Salud, el ingreso de los hogares de la población indígena es, en promedio, siete veces menor al del conjunto de los hogares del país.[99]

Las provincias de Chaco, Formosa, Jujuy y Salta que cuentan con índices más elevados de necesidades básicas insatisfechas, es donde viven la mayor cantidad de pueblos indígenas del país. Además, las y los indígenas presentan indicadores de pobreza más elevados que el resto de la población argentina. Si bien en los últimos años la pobreza general disminuyó, existe evidencia que la brecha entre la población indígena se mantiene sin cambios.[100]

Un informe de 2015 sobre la situación social en Salta, señala:

> …Salta está en una situación de desventaja en el nivel de desarrollo así concebido, comparado con otras provincias del país. Sus rasgos distintivos son: un ingreso per cápita bajo y desigualmente distribuido, niveles de infraestructura deficientes, con educación y salud por debajo del promedio nacional. Importantes disparidades de género y actitudes adversas de la población afectada (mujeres) hacia su propio grupo. Además, la provincia tiene una gran diversidad étnica y los individuos pertenecientes a los pueblos indígenas experimentan un hándicap en privaciones, por el solo hecho de ser indígenas.
>
> Estas brechas observadas en Salta en relación con el resto de las provincias de la Argentina, son aún más pronunciadas al interior de la provincia. La visión de esta "desigualdad dentro" es la que pretende rescatar este informe[101]

[99] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, La situación de los pueblos indígenas en Argentina, doc. A/HRC/21/47/Add.2, 12 de julio de 2012. Pág. 16.
[100] PAZ, J., "Introducción general" en GOBIERNO DE SALTA, *Mapa social de la provincia…Op. Cit.*
[101] GOBIERNO DE SALTA, *Mapa social…Op. Cit*. Pág. 35.

Así, según el informe, Salta no solo presenta una situación más perjudicial que el resto del país, sino que esta se agrava al interior de la provincia donde viven la mayor cantidad de pueblos indígenas.

La situación de empobrecimiento y exclusión afecta con mayor intensidad a las mujeres indígenas. Su mayor responsabilidad tanto en el ámbito comunitario como en el doméstico, muchas veces limita el acceso al trabajo, a la escolarización, a la información, al tiempo libre, a la participación en los procesos de toma de decisiones, prolongando y creando nuevas situaciones de exclusión. Como se advierte de los siguientes apartados las mujeres se encuentran expuestas a mayor vulnerabilidad por la intersección de los ejes de clase, etnia y género.

4.1.2. Derecho a la educación: un bien escaso y carente de contenidos.

Con relación al derecho a la educación de los pueblos indígenas en Argentina, de los informes y estudios especializados se puede advertir que existen dos barreras fundamentales para la escolarización: el acceso y la discriminación en los contenidos que se imparten.

El ingreso a la escuela se dificulta por la falta de infraestructura necesaria, según datos del censo el 92 % de los niños y niñas indígenas asisten a pie recorriendo distancias de hasta 5 kilómetros. Son frecuentes las denuncias de las comunidades por las pésimas condiciones de las escuelas. El informe del Relator Especial de ONU de 2012, James Anaya, señala que los pueblos indígenas continúan sufriendo serios obstáculos en el acceso a la educación formal, incluyendo falta de escuelas, especialmente para la educación secundaria[102].

Por otra parte, los currículos escolares generalmente no contemplan la cosmovisión indígena, prevalece un sistema monocultural de enseñanza donde los valores transmitidos son diferentes a los autóctonos. Son constantes las denuncias por parte de las comunidades indígenas de discriminación y falta de contenidos locales. Una de las principales demandas que realizaron las mujeres autoconvocadas de los pueblos indígenas de Salta en el 2007 fue "que se desarrollen programas educativos regionalizados que respeten y contemplen la situación de cada pueblo"[103].

En este sentido, existen distintas concepciones sobre lo que es la educación para las comunidades indígenas. Para las comunidades wichí:

> …educar o educarse es vivir la vida día a día en la comunidad, familiarizarse con el mundo mítico y respetar a los demás en todo; es aprender a plantar, recolectar, cazar, escuchar de boca de los ancianos la tradición, sus mitos y secretos milenarios, es participar en los juegos y ceremonias colectivas[104]

[102] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas… *Op. Cit.*
[103] "Petitorio de mujeres originarias al gobierno de Salta" en www.salta21.com/spip.php?article2732 Fecha de consulta: 29/03/2017.
[104] ROSSI, J., *Los Wichí…* *Op. Cit.*

Tradicionalmente no había profesores sino que las personas adultas enseñaban a través de su experiencia cotidiana. La educación formal, al no contemplar sus valores, muchas veces genera rechazo por parte de las familias porque no se sienten identificadas con la enseñanza impartida. En los últimos años a nivel provincial se desarrollaron diversos programas que implementaban políticas bilingües o incorporaron a la enseñanza contenidos indígenas. Estas iniciativas fueron difundidas mayoritariamente por ONG o por iniciativa del personal docente de los centros educativos. Se desarrollaron principalmente en las provincias de Chaco, Formosa, Salta y Jujuy.[105]

En el departamento de Rivadavia de Salta, ante el predominio de un modelo castellanizador que no consideraba la lengua y la cultura de las comunidades indígenas, un grupo de docentes y dirigentes de comunidades wichí desarrolló un proyecto para la creación de la carrera auxiliar docente bilingüe y de profesorado intercultural bilingüe. Desde 2011, existe el Profesorado de Educación Primaria con modalidad en Educación Intercultural Bilingüe y se dicta en nueve comunidades con gran población indígena. Un obstáculo presente en el desarrollo del proyecto es el abandono de los y las estudiantes por falta de recursos económicos y situaciones de pobreza extrema.[106]

En este sentido, Macarena Ossola advierte que en Salta la situación de los pueblos wichí es más perjudicial, no sólo con relación al resto de la población sino de los demás pueblos indígenas de la zona. Las razones por la que son expulsados de la escuela en los distintos niveles, varían. Pueden ser cuestiones:

> …lingüísticas (incomunicación docente-alumno, poca competencia en español y escolaridad monolingüe en español), económicas (pobreza, desocupación, migraciones) y de discriminación (en el chaco salteño, lo "criollo" se perfila como modelo predominante mientras que lo "indígena" se representa como estigma social que condiciona el acceso de los niños indígenas a las aulas). Por todo esto, muy pocas personas del pueblo wichí llegan a instancias de educación media y superior.[107]

A nivel nacional los planes de educación intercultural bilingüe comenzaron a desarrollarse hacia finales de los años 90 al crearse programas para mejorar la escolarización en las comunidades indígenas. En el 2006 fue sancionada la Ley 26.206 de Educación Nacional donde se establece la Educación Intercultural Bilingüe como una forma de reconocimiento a la diversidad étnica del país. Sin embargo, estudios sostienen que su aplicación se presenta como un conjunto de experiencias asiladas y discontinuas. Además, son casi inexistentes las medidas educativas que tienen a cubrir la totalidad de los tres niveles escolares.[108]

Una investigación realizada por la antropóloga Ana Carolina Hecht en la comunidad wichí del departamento de Ramón Losa, en la provincia de Formosa, señala que a pesar de cumplirse la legislación nacional de educación bilingüe son numerosos los con-

---

[105] MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y TECNOLOGÍA, *Educación Intercultural Bilingüe en Argentina,* Ed. Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, Buenos Aires, 2004.
[106] *Ibíd*. Pp. 39-56.
[107] OSSOLA, M., "Pueblos originarios" en GOBIERNO DE SALTA, *Mapa social…Op. Cit.* Pág. 248.
[108] *Ibíd.*

flictos que surgen en la aplicación del plan, ya que en la escuela subyace la idea de integrar a los niños y niñas indígenas a la sociedad mayoritaria. Concluye la autora que "la escuela se apropia de contenidos culturales wichí y los transforma en contenidos escolares folclorizados ya que se esgrime como espacio para la valoración y rescate de la cultura indígena"[109]. Los contenidos curriculares describen la cultura wichí a partir de una idealización del pasado, creando una visión estática y estereotipada sin tener en cuenta que son construcciones actuales, con características dinámicas.

Además, la educación bilingüe solo está contemplada para la enseñanza del idioma y no se incorpora de una manera transversal en las demás materias. Al respecto, señala el informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas:

> …la educación bilingüe solo está contemplada para la enseñanza de idiomas; las otras clases básicas no son impartidas en idiomas indígenas. Este problema destaca, según el UNICEF, en las áreas donde los pueblos indígenas todavía mantienen sus propios idiomas y hablan poco español, como en las comunidades mbyá guaraní de Misiones y wichí en Chaco, Formosa y Salta. Cabe resaltar en este sentido, que la tasa de analfabetismo en el idioma español para la población indígena de diez años o más de los pueblos mbyá guaraní y wichí de estas provincias, es más de nueve a diez veces mayor que la media nacional de 2,6% (29,4% y 23,4% respectivamente).[110]

Tanto la falta de acceso a la educación formal como la falta de contenidos adecuados afectan especialmente a las mujeres y niñas indígenas. En cuanto al primer aspecto, datos del INDEC reflejan que las mujeres indígenas sufren índices más elevados de analfabetismo que los hombres indígenas y que las mujeres no indígenas.[111] Asimismo, la falta de contenidos adecuados las perjudica porque al ser consideradas muchas veces como las portadoras de los valores culturales existe cierto temor de que la asistencia a la escuela les imponga valores ajenos que generen pérdida o desvalorización de sus prácticas ancestrales.

Barúa, Dasso y Franceschi advierten que cuando las jóvenes son excelentes alumnas y terminan a tiempo sus estudios la parentela suele encontrarla como *andariega, holgazana y sin capacidad para establecerse*[112]**.** Sin embargo, señala la antropóloga Georgina Méndez Torres[113] que la educación para las indígenas resulta ser una de las principales salidas para ser reconocidas como líderes, para constituirse como interlocutoras en iguales condiciones que los varones y para ser valoradas en los espacios de trabajo.

---

[109] HECHT, A., *De la familia Wichí… Op. Cit.* Pág. 109.
[110] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos… *Op. Cit.* Pág. 15, párrafo 65.
[111] Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas de 2004 y 2005… *Op cit.* Hay que tener en cuenta que los índices de analfabetismo no consideran el dominio que las mujeres tienen en su lengua materna, que en algunos casos son indígenas. Especialmente entre los pueblos wichí como se ha visto anteriormente.
[112] BARÚA, G., DASSO, M. y FRANCESCHI, Z., "El papel femenino en la... *Op. Cit.* Pág. 132.
[113] MÉNDEZ TORRES, G., "Mujeres indígenas profesionales: imaginarios sociales e identidades de género" Maestría en Ciencias sociales, especialidad en Estudios de Género, FLASCO, Ecuador. Disponible en: http://ford.ciesas.edu.mx/downloads/1er_g_04.pdf Fecha consulta: 29/03/2017.

En este sentido el informe del Relator Especial de ONU, James Anaya[114], sostuvo que las mujeres y niñas indígenas confrontaban retos particulares al carecer frecuentemente de oportunidades para estudiar, ya que suelen abandonar sus estudios por obligaciones familiares o porque las familias dan preferencia a los varones. En el informe también hace referencia a las situaciones de riesgo a la que se encuentran expuestas las mujeres que migran a otros centros urbanos para acceder a la educación. Muchas veces deben alojarse en albergues donde son supervisadas por varones, lo que las coloca en una situación de 'extrema vulnerabilidad de maltrato sexual'. En las escuelas sin albergues, las niñas a menudo tienen que trabajar para pagar sus gastos básicos, trabajando como empleadas domésticas o niñeras con salarios muy escasos y extensas horas de trabajo. En el caso de Salta, solo existe un albergue destinado exclusivamente a varones indígenas que residen en la ciudad de Salta por motivos de estudios.

Este breve recorrido refleja que no solo hay barreras que dificultan el acceso a la educación, sino que se mantiene una lógica monocultural que vulnera los derechos a la educación consagrados y afectan especialmente a las mujeres indígenas. Pese a que existen algunas iniciativas para implementar la educación bilingüe, continúa el enfoque homogeneizador que tiene a "integrar" a los y las estudiantes indígenas a la sociedad dominante y no contempla la alteridad indígena, más allá de contenidos folclóricos.

4.1.3. Salud: mayores riesgos sanitarios y violencias múltiples

Una de las mayores dificultades para poder valorar la situación de los pueblos indígenas en Argentina en el ámbito sanitario, es la ausencia de datos específicos sobre esta cuestión, especialmente por la inexistencia de la variante étnica en las estadísticas y datos oficiales.

En 2010 un estudio realizado por la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires[115] tuvo por objetivo identificar la incorporación de la variable étnica en los sistemas de salud de las provincias de Chaco, Salta, Formosa, Misiones, Jujuy y Neuquén. Concluyeron que solo la provincia de Formosa había incorporado formalmente la variable étnica en sus registros. Otras provincias como Salta, Jujuy y Misiones lo habían incorporado de manera informal y por iniciativa individuales, generalmente por parte de agentes sanitarios.

Además, el estudio señala que la mayoría de los funcionarios de las direcciones estadísticas de las provincias no estaban de acuerdo con la desagregación étnica en los sistemas de información porque consideraban que la pregunta por la pertenencia étnica generaría mayor discriminación hacia los y las indígenas. Sin embargo, el estudio indica que ninguno de los representantes indígenas entrevistados interpretó la pregunta sobre la adscripción étnica como discriminatoria, al contrario se manifestaban a favor de ella. El estudio concluye que en el actual el contexto la variable étnica permitiría identificar

[114] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas… *Op. Cit.*
[115] CUYUL, A., ROVETTO, M, y SPECOGNA, M., "Pueblos indígenas y sistema de información en salud: la variable étnica en seis provincias argentinas" en *Revista Argentina de Salud Pública*, vol. 2, núm. 7, Junio 2011.

factores de riesgo desatendidos. En este sentido, consideraron que la condición étnica se convierte en un determinante sociocultural del proceso salud / enfermedad / atención[116].

La salud, para los pueblos indígenas del norte argentino es entendida de la siguiente manera:

> …como el bienestar espiritual que sana el alma y el cuerpo, que mantiene sana la familia, los ancestros y las generaciones venideras con condiciones de trabajo dignas con salario justo, viviendas apropiadas y alimentación sustentable, educados en el respeto a la biodiversidad y el ecosistema al cual pertenecemos.[117]

En contraste con este ideal, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en el Programa de Salud de los Pueblos Indígenas de las Américas informa que "las comunidades indígenas albergan en toda su magnitud lo que se conoce con el nombre de *acumulación epidemiológica*[118]. Es decir, que los problemas de salud persisten y se agudizan debido a las carencias en la satisfacción de necesidades básicas. Además, conviven durante toda la vida desde el nacimiento, adolescencia, maternidad y vejez.

En este contexto, las mujeres indígenas presentan tasas más altas de morbilidad que los hombres indígenas debido a su función reproductiva y tasas de morbilidad y mortalidad mayores que las mujeres no indígenas principalmente debido a la distribución inequitativa de los recursos económicos y sociales.[119] En Argentina las tasas de mortalidad materna varían significativamente según el lugar donde vivan las mujeres, hay provincias que duplican o triplican la media nacional. En Salta, por ejemplo, la tasa de mortalidad de mujeres por causas ligadas al embarazo, parto o puerperio superan en 3,2 veces a las observadas en el distrito con menor mortalidad materna del país que es la Ciudad de Buenos Aires (CABA). Un informe relata: "de regir en Salta la tasa observada en CABA, fallecerían 12 mujeres menos que las 16 que se registran por año en la provincia"[120].

El aborto es una de las principales causas de muerte materna por practicarse de manera ilegal y clandestina, muchas veces sin las mínimas condiciones sanitarias. En Salta durante 2014, se registraron seis muertes por aborto. Sin embargo, en lo que respecta a las atenciones hospitalarias con egreso por causal de aborto, entre mujeres menores a 19 años la cifra es de 421 y en mujeres mayores de 20 años asciende a 1.725. En los casos de abortos no punibles solo 2 fueron practicados en la provincia.[121]

En este sentido, una cuestión que afecta especialmente a las mujeres indígenas es la existencia de prácticas médicas que dificultan el acceso a los servicios de salud sexual

---

[116] CUYUL, A., ROVETTO, M, y SPECOGNA, M., "Pueblos indígenas y sistema de... *Op. Cit.*

[117] "Denuncia del IDACH: El genocidio continua" Documento del Instituto del Aborigen Chaqueño, publicado en la Red de comunicación Indígena, Boletín mensual 16, abril del 2007, Jujuy.

[118] ROJAS, R. *Programa de Salud de los Pueblos Indígenas de las Américas*, Organización Panamericana de la Salud, Plan de acción 2005-2007. Disponible en: http://www.paho.org/Spanish/AD/THS/OS/Indig_PLAN05_07_esp.pdf. Fecha de consulta 28/03/2017.

[119] Equidad, género y salud de las mujeres indígenas en las Américas. Organización Panamericana de la Salud. http://www.paho.org/. Fecha de consulta: 20/05/2017.

[120] GOBIERNO DE SALTA, *Mapa social…* Pág. 25.

[121] *Ibíd.* Pág. 224.

y reproductiva de mujeres migrantes e indígenas en la región del Noroeste.[122] Se presentan resistencias por parte del personal sanitario a aplicar la Ley 26.150 sobre Salud Sexual y Reproductiva por motivos religiosos o morales. Incluso, en reiteradas oportunidades hay rechazo del personal sanitario de practicar abortos en los casos contemplados en la ley. Sobre el grave impacto que esta situación puede generar en la vida de mujeres indígenas se ejemplifica más adelante.

Otro aspecto que repercute especialmente sobre mujeres indígenas son los embarazados en edades tempranas. Según registros oficiales en Argentina más de 3.000 menores de 15 años por año afrontan embarazos y partos. En Salta, para 2010, los datos recabados por el Censo de población y vivienda señalaba la existencia de menores que a muy temprana edad, 11 y 12 años, habrían dado a luz por lo menos a un hijo.[123]

Además, las mujeres indígenas presentan tasas más altas de fecundidad que el resto de la población. El 49,5 % de las mujeres kollas que tienen criaturas, han tenido 4 o más. Para el caso de las mujeres tobas (qom) el porcentaje es de 49,2%.[124] Mientras que la media nacional es de 2 hijos/as. Por su parte, el informe del Relator Especial de ONU, James Anaya, señala que "el 12,65% de las mujeres indígenas entrevistadas tuvieron por lo menos un hijo que falleció antes del primer año de vida y que el 60% de estas muertes fueron por causas altamente prevenibles"[125].

También los niños y niñas indígenas presentan mayores riesgos sanitarios. Un estudio realizado con datos del censo de 2001 señalaba que el noroeste argentino la tasa de mortalidad infantil para personas menores de 5 años era de un 25% en los niños no aborígenes y un 51% en lo aborígenes. O sea, que estos últimos tenían el doble de posibilidad de morir antes de cumplir los 5 años de vida. En la actualidad, en Salta la malnutrición por déficit (bajo peso y baja talla) afecta principalmente a niños y niñas de pueblos originarios, mientras que la malnutrición por exceso (sobrepeso y obesidad) afecta principalmente a niños y niñas criollas.[126]

Estas graves carencias responden a que, además de los problemas estructurales, en el ámbito sanitario se presentan situaciones similares a las que existen en el sistema educativo. Junto con la precariedad y las barreras para el acceso a los servicios sanitarios, coexisten múltiples discriminaciones y racismo hacia los miembros de los pueblos indígenas, que varían desde la falta de reconocimiento a sus conocimientos y prácticas ancestrales hasta tratos denigrantes en los servicios de atención.

La precariedad del sistema sanitario en el norte argentino es un grave problema especialmente en los ámbitos rurales donde la falta de recursos, de personal médico y de infraestructura adecuada repercute sobre su salud de las personas. Existen tanto barreras

---

[122] VÁZQUEZ LABA, V. y PÁRAMO BERNAL, M., "Mujeres migrantes, indígenas y pobres ante los servicios de salud" en *Revista Medicina, Salud y Sociedad*, agosto-septiembre, Buenos Aires, 2013.
[123] RIVERA, J., "Género" en GOBIERNO DE SALTA, *Mapa social… Op. Cit.* Pág. 223.
[124] ELA y COAJ, *Mujeres indígenas en la provincia de Jujuy… Op. Cit.*
[125] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos… *Op. Cit.* Pág. 16, párrafo 69.
[126] SORUCO, A., "Educación" en GOBIERNO DE SALTA, *Mapa social… Op. Cit.* Pág. 194.

geográficas, al encontrarse en zonas rurales donde los servicios sanitarios son más precarios, como barreras sociales y culturales que inciden negativamente sobre su salud.

Por su parte, la salud de las mujeres indígenas se ve gravemente afectada por la discriminación y violencia institucional que se ejercen en los centros de salud. Situaciones como negar tratamientos, largas esperas, dar información errónea deliberadamente, amenazas, etc., han sido denunciadas por las mujeres y por distintos estudios al respecto. Además, el personal sanitario a menudo no explica los tratamientos ni respeta los derechos de las mujeres indígenas al consentimiento informado.

Según el Plan Nacional contra la discriminación en Argentina, elaborado por el INADI las mujeres indígenas entrevistadas manifestaron que en algunos casos los profesionales de la salud ni siquiera están dispuestos a tocarlas para hacerles una revisación médica. Las mujeres entrevistadas denunciaron sufrir violencia en los hospitales donde "nos marginan, nos excluyen, no nos dan los remedios, nos gritan, nos retan, sobre todo en el momento del parto o cuando los chicos se enferman, no nos dan los turnos o tenemos que esperar horas para ser atendidas"[127]. Además, al acudir a los centros de salud las explicaciones se las dan en castellano y con términos difíciles de entender, aun cuando la mayoría de las mujeres wichí, chorote o tapiete no hablan español ni hay traductores en las instituciones de salud.

Otra dificultad que se presenta es la falta de reconocimiento de sus prácticas medicinales muchas veces consideradas como 'brujería' o 'ejercicio ilegal de la medicina'. Los conocimientos tradicionales de los y las curadoras indígenas no son respetados, generalmente se encuentran fuertemente estigmatizados y desvalorizados. Pese a que Argentina ratificó, a través de la Ley 24.375, su adhesión a la Convención sobre Diversidad Biológica, por la cual se compromete a respetar y preservar los conocimientos de las comunidades indígenas, en el país no existen políticas públicas destinadas a proteger sus conocimientos medicinales.

Esta situación incide negativamente en las mujeres indígenas ya no hay reconocimiento, por ejemplo, de sus concepciones sobre cómo debe ser el parto. Un estudio realizado entre mujeres kollas, wichí, guaraníes y comechingones de Salta y Jujuy señala que el personal de salud no incorpora en sus atenciones hacia las mujeres indígenas una interpretación intercultural. Las costumbres de las indígenas en numerosas ocasiones son rechazadas por considerarse "creencias populares sin fundamento científico"[128].

Si bien existen algunas iniciativas a nivel nacional[129] para brindar asistencia sanitaria que tengan en cuenta las necesidades indígenas, en general, responden a una ló-

[127] INADI, Hacia un plan nacional contra la discriminación: la discriminación en Argentina, Ed. Inadi, Buenos Aires, 2005. Pág. 120.
[128] VÁZQUEZ LABA, V., GODOY, S., ORELLANO, C. y LESCANO, G., "Sexualidad, salud y autonomía de los cuerpos de las mujeres indígenas del norte argentino" en X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. Pág. 8. Disponible: http://www.aacademica.org/000-038/405. Consultado el 15/03/2017.
[129] Entre 2005 y 2007, ante el reconocimiento de la inexistencia de políticas de salud con enfoque intercultural, el Ministerio de Salud de la Nación implementó una iniciativa piloto llamada Subprograma

gica asistencialista. Andrés Cuyul[130], especialista en salud indígena, señala que en Argentina la participación de las comunidades indígenas se entiende de una manera utilitaria. Es decir, que se las responsabiliza de su condición de pobreza y se considera que es parte de su obligación cambiar la situación de pobreza estructural, utilizando sus propias fuerzas y recursos. Por el contrario, Cuyul[131] considera que la participación debe estar orientada a la formulación de planes de salud conjuntos, la implementación de los mismos y a la toma de decisiones e injerencia en salud de acuerdo a sus propias dinámicas y lógicas.

En este sentido, el Anuario de 2014 del Mundo Indígena elaborado por el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas advertía sobre la gravedad de la situación sanitaria que viven las personas que pertenecen a pueblos originarios en el norte del país. En el caso de Salta, apuntaban:

> El gobernador de Salta, al conocerse nuevos casos de muerte por desnutrición, reconoció ante la prensa que en su provincia existen 135.000 chicos en condiciones de vulnerabilidad extrema, pero apuntó a **la desinformación de los indígenas y a su nomadismo como causas que dificultan el tratamiento de la problemática sanitaria.** Las organizaciones indígenas sostuvieron, en cambio, que esta situación se debe a los desplazamientos forzosos por el aumento de los desmontes y el avance de la frontera agrícola-ganadera.[132] (Resalado propio)

La práctica de responsabilizar a los propios pueblos indígenas de las enfermedades y muerte es reiterada por parte de las autoridades salteñas. Entre el 16 de diciembre al 7 de enero de 2017, murieron 26 personas wichí (5 adultos y 21 menores de 2 años) a causa de las altas temperaturas y la falta de acceso a agua potable. Al ser consultado sobre la situación, el Secretario de Servicios de Salud, Francisco Marinaro Rodó, explicó:

> Las muertes nos preocuparon y nos ocuparon por eso hicimos el Refuerzo Estival. Lo que ocurre en verano es que beben agua de los madrejones y eso les provoca diarrea y deshidratación grave. Son los **hábitos higiénicos dietéticos de las comunidades wichis,** más que ninguna otra etnia, **los que generan estas problemáticas.**[133] (Resaltado propio)

Equipos Comunitarios para Pueblos Originarios con el objetivo de fortalecer el nivel de atención primaria. A partir del 2009 este subprograma se consolidó y fue creada el Área de Salud Indígena con el objetivo de mejorar la cobertura de salud y las condiciones de accesibilidad al sistema público de salud de las comunidades indígenas bajo una perspectiva intercultural. En 2016 se creó el Programa Nacional de Salud para los pueblos indígenas con el objeto de "lograr la reducción de la inequidades en las condiciones de Salud, disminuir la morbi-mortalidad y capacitar personal de las propias comunidades, interpretando las diferentes realidades culturales y adoptando para ello una estrategia de abordaje intercultural". Para información sobre el Programa: http://www.msal.gob.ar/chagas/index.php/component/content/article/8-institucional/40-area-de-salud-indigena- Fecha de consulta: 15/03/2017.

[130] CUYUL, A., "Salud indígena y políticas de salud intercultural en la provincia de Chaco, Argentina" Conferencia en el marco del Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional Indígena. 19 y 20 de abril de 2012, Chaco, Argentina. Pág. 13.

[131] *Ibíd.*

[132] MIKKELSEN, C. (ed.), *El mundo indígena 2015*, Ed. IWGIA, Copenhague, 2015. Pág. 197.

[133] "Los vecinos cortarán la ruta por 26 muertes en 23 días" Diario El Tribuno. Disponible en http://www.eltribuno.info/salta/nota/2017-3-18-0-0-0-los-vecinos-cortaran-la-ruta-por-26-muertes-en-23-dias. Fecha de consulta: 18/03/2017.

Al ser consultado por la falta de acceso al agua potable de las comunidades afectadas, Marinaro señaló que desde el Gobierno existía un plan interministerial a fin que todas las comunidades tengan *aguas seguras*. Dijo "mi gran ambición es que aprendan a lavarse las manos, a hacer hervir el agua, a cocinar y darles a sus hijos agua y comida segura"[134].

4.2. Participación política

Otro elemento a considerar es la posibilidad que tienen los pueblos indígenas y, por ende, las mujeres indígenas en participar de los asuntos que les afectan. Este derecho, reconocido en el ámbito nacional e internacional, permite que los pueblos indígenas puedan formar parte tanto en la elaboración de políticas como en la toma de decisiones de los asuntos que les interesen. Como se ha visto en el capítulo anterior, el Estado argentino reconoce a los pueblos indígenas la titularidad colectiva de derechos relacionados con la participación, como la participación en la gestión de sus recursos naturales, el derecho a consulta previa, el establecimiento de mecanismos para la resolución de conflictos, etc. En virtud de ello es importante indagar cual es el grado de cumplimiento de los mismos.

En el Informe del Relator Especial de ONU, James Anaya señala que existe una falta preocupante de participación de los pueblos indígenas en el desarrollo e implementación de programas y políticas. Recomienda al Estado argentino elaborar mecanismos de consulta de acuerdo a los estándares internacionales para posibilitar la participación de los pueblos en las decisiones que les afecten. Expresa:

> Debido en parte a estos vacíos legales y administrativos en relación con los proyectos extractivos, existe una ausencia de procesos de consulta con los pueblos indígenas que cumplan con los estándares internacionales. Son numerosos los casos que han sido llevados a la atención del Relator Especial alegando una falta de consulta. Por otro lado, se alega que los procesos de consulta que si se han realizado se han visto afectados por diversas irregularidades.[135]

En virtud del derecho de consulta previa, reconocido en el Convenio 169 de la OIT y Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, las autoridades están obligadas a celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que les afecten a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Sin embargo, en Argentina no se ha regulado tal procedimiento, por lo que estas consultas rara vez son realizadas.

En este sentido, el Anuario de 2014 del Mundo Indígena señalaba que durante 2013 en Argentina:

> …no se ha dictado legislación alguna que reglamente el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a practicar en los procesos legislativos o reglamentarios que los afecten, dando lugar a una práctica estatal, a nivel federal y provincial, con-

[134] "Los vecinos cortarán la ruta por 26 muertes en 23 días"… *Op. Cit.*
[135] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos… *Op. Cit.* Pág. 12, párrafo 46.

> sistente en regular aspectos que involucran directamente a los pueblos indígenas sin ninguna intervención de éstos.[136]

Hasta el presente esta situación no se ha modificado, de hecho la reforma del Código Civil y Comercial puso en evidencia la continuidad de la política estatal en este sentido. Durante el proceso de elaboración y sanción del nuevo Código se intentó regular la propiedad indígena, sin realizar las consultas pertinentes a los pueblos indígenas. El anteproyecto la regulaba sin respetar los estándares mínimos establecidos por el régimen de derechos humanos en materia indígena. Debido al fuerte activismo de movimientos indígenas, se quitaron los artículos relacionados con esta cuestión. El nuevo Código, en el artículo 18, dispone como norma transitoria que los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria, serán objeto de una ley especial. Lo mismo ocurre con el ante proyecto de reforma del Código Penal que contiene disposiciones que los afectan, pero no se han realizado las consultas necesarias.

Por su parte, las organizaciones indígenas denuncian la falta de consulta para la autorización de proyectos extractivos en sus territorios y diversas irregularidades en los casos que se realizan. La expansión de la frontera agropecuaria para el cultivo de la soja, la deforestación a gran escala, la megaminería, la concesión de autorizaciones para la extracción del petróleo ha generado la pérdida de grandes extensiones de territorio indígena y ha contribuido a crear nuevas situaciones de exclusión. Además, las comunidades indígenas afectadas no participan de los beneficios económicos de estas actividades pero se ven obligadas a soportar los efectos nocivos que generan, como contaminación, falta de agua, enfermedades respiratorias, abandono de las obras en condiciones altamente contaminantes, fumigación de cultivos con agrotóxicos, etc.

Con relación a la participación en la política institucional, en 1985 se dictó la Ley 23.302 sobre "Política y apoyo a las comunidades indígenas" que establecía como objetivo atender y apoyar a las comunidades indígenas para la plena participación en los procesos socioeconómicos y culturales del país. Con la ley se creó el INAI, entidad encargada de diseñar e implementar las políticas a favor de los pueblos indígenas.

Según el INAI, a través de su actividad, impulsa la participación de las comunidades en el diseño y la gestión las políticas públicas, "respetando sus formas de organización tradicionales, promoviendo el fortalecimiento de las identidades étnicas y culturales, y creando las bases para un desarrollo integral, sostenido y compatible con la preservación del medio ambiente en los territorios que habitan"[137].

Sin embargo, una de las mayores carencias del INAI era la falta de representación y participación de las comunidades indígenas. Por ello, y para dar cumplimiento a lo establecido por la ley, en 2004 se creó el Consejo de Participación Indígena *para incluir* a los pueblos indígenas en la elaboración y ejecución de sus programas. En 2008

[136] MIKKELSEN, C. (ed.), *El mundo indígena 2014… Op. Cit*. Pág. 219.
[137] Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Véase: https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/inai Fecha de consulta: 02/07/2017.

se conformó el Consejo de Coordinación y un Consejo Asesor, organismos también previstos en la norma de 1985 pero inexistentes por la falta de reglamentación.

Entre las funciones que la ley encomienda al INAI se encuentra la realización del relevamiento técnico, jurídico y catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas (art. 3 de la Ley 26.160). Sin embargo, en el Informe sobre la situación de los pueblos en Argentina, James Anaya relata que las comunidades han denunciado la falta de participación indígena en el programa nacional de relevamientos y que el proceso de selección de los representantes en los Consejos de Participación Indígena no se realiza de acuerdo a los procesos tradicionales de las comunidades[138]. Otro aspecto importante es que si bien el relevamiento territorial tiene la finalidad de reconocer la tenencia de las tierras no incluye el procedimiento de titulación de las mismas. Ante esta situación el INAI presentó en 2012 ante el Congreso Nacional un proyecto de ley sobre la posesión y propiedad comunitaria indígena, sin embargo esta iniciativa no fue consultada a las comunidades indígenas.

En 2016, por Decreto presidencial 672/2016, se creó el Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina. El artículo 4 establece que el organismo estará conformado por representantes de los pueblos, comunidades y/u organizaciones de los pueblos indígenas. Entre sus funciones está impulsar la reforma de la Ley 23.302; proponer un proyecto de reglamentación del derecho a la consulta previa, libre e informada; proponer programas para la implementación de planes y proyectos para la población indígena; promover la redefinición de áreas relativas a políticas hacia pueblos indígenas en los diferentes ministerios y organismos públicos; etc.

Con relación a esta medida, el posicionamiento de los movimientos y dirigentes indígenas variaron. Mientras que algunas organizaciones cuestionaron el Decreto por haber sido realizado sin la consulta previa a los pueblos indígenas, otros representantes de comunidades indígenas lo vieron como una oportunidad histórica para generar un diálogo con el Estado y como un logro del movimiento indígena ante la presión ejercida al nuevo gobierno. En una asamblea celebrada en julio de 2016, no exenta de polémicas, representantes de comunidades indígenas resolvieron la conformación y el funcionamiento del Consejo. Fue elegido un presidente y cuatro vicepresidentes. De las cinco autoridades, una era mujer.[139]

Si bien la falta de participación política de las comunidades es una denuncia recurrente, en el caso de las mujeres indígenas esta situación se agrava aún más. Al igual que en el resto de la sociedad argentina existe una mayor presencia de los varones en ámbitos de mayor responsabilidad y reconocimiento político. Una investigación desa-

[138] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos… *Op. Cit.* Pág. 9, párrafo 33.
[139] "Voces sobre la conformación del Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas", Endepa, 21 de julio de 2016, http://endepa.org.ar/?p=1796 Fecha de consulta: 27/3/2017; "Primera reunión del Consejo Consultivo y Participativo de Pueblos Indígenas", Argentina Indymedia, 16 de julio de 2016, http://argentina.indymedia.org/news/2016/07/894347.php Fecha de consulta: 27/3/2017. Para tener un panorama de las distintas opiniones con relación a la creación del Consejo, consultar "Cartografía indígena en tiempos PRO (I) y (II)" http://derrocandoaroca.com/2016/08/18/cartografia-indigena-en-tiempos-pro-ii/ Fecha de consulta: 27/3/2017.

rrollada por el Equipo latinoamericano de Justicia y Género durante 2010 señala que "el porcentaje de mujeres en la política nacional es de 35,6%, valor que desciende significativamente en los ámbitos provincial y municipal"[140]. En Salta, por ejemplo, en el ámbito de poder ejecutivo hasta la fecha solo varones han desempeñado el cargo de gobernador de la provincia y el desempeño de las mujeres como ministras es minoritario.

En el caso de las mujeres indígenas, es frecuente el reclamo ante la falta de participación en la toma de decisiones tanto dentro como fuera de las comunidades. En este sentido, las mujeres autoconvocadas de Salta exigieron que se reforme la Ley Provincial de los Pueblos Indígenas para que contemple el cupo femenino dentro del INAI y que exista una participación activa de las mujeres indígenas en el Instituto Provincial de Pueblos Indígenas de Salta.

Asimismo, el INADI sugiere al INAI y al Consejo Nacional de la Mujer el diseño de programas de fortalecimiento de las organizaciones de mujeres indígenas. Aconseja que sean difundidos sus derechos y que se promueva la participación tanto en los organismos como en la toma de decisiones comunitarias[141].

Sin embargo, en la actualidad la mayoría de los líderes indígenas son varones e integran mayoritariamente los órganos que representan a las comunidades indígenas. En últimas elecciones autoridades del Instituto Provincial de los Pueblos Indígenas de Salta fue elegida por primera vez una mujer como presidenta, pero, de los 8 vocales solo hay una mujer indígena del pueblo chané.[142]

Por su parte las mujeres indígenas organizadas tienen mayores dificultades para participar en espacios feministas y/o de reivindicación de los derechos de las mujeres. En el acto del 8 de marzo de 2017, en el marco de la celebración del día de la mujer trabajadora, las mujeres indígenas que forman parte de la Marcha de los pueblos Originarios en Argentina, denunciaron que su intervención en el acto central celebrado en Buenos Aires había sido rechazada. En un comunicado, exponían:

> Solo tres minutos hubiera sido como sentir el abrazo de todas ustedes. Pero hoy desconcertadas supimos una vez más, que NO, que las mujeres indígenas No hablaremos en el acto del 8 de marzo en Bs. As., que nuestras demandas y denuncias No estarán en su documento. **Que una vez más, las feministas porteñas de Argentina negarán al mundo que nosotras estamos, que existimos, que luchamos**.[143] (Resaltado en el texto original)

[140] ELA, *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe Argentina*, Ed. ELA, 2011.
[141] INADI, Recomendación General núm. 4: Contra la discriminación… *Op. Cit.*
[142] "Asumió la primera mujer frente al IPPIS y expuso sus prioridades", Nuevo Diario, 26 de enero de 2017. Disponible en: http://www.nuevodiariodesalta.com.ar/noticias/provinciales-2/asumio-la-primera-mujer-frente-al-ippis-y-expuso-sus-prioridades-4801 Fecha de consulta: 25/03/2017.
[143] "Solo tres minutos", 8 de marzo de 2017. Para acceder al texto completo, ver: https://www.originarias.net/8m-solo-3-minutos-marcha-de-las-mujeres-originarias/ Fecha de consulta: 01/07/2017.

4.3. Acceso a tierra, territorios y recursos naturales

Los estudios e informes consultados a lo largo del capítulo tienen en común señalar entre las principales causas de vulneración de los derechos indígenas la falta de acceso a sus tierras, territorios y recursos naturales. Rodríguez Garavito y Luis Arenas[144] apuntan que, frente a la expansión de la globalización, las reivindicaciones indígenas se han centrado en tres ejes: la autodeterminación, los derechos a la tierra y la supervivencia cultural. Estos aspectos están íntimamente interrelacionados, ya que los pueblos indígenas defienden un tipo de relación con el territorio diferente al de la sociedad hegemónica y su reconocimiento posibilita su subsistencia física y desarrollo cultural.

En Argentina una de las principales reivindicaciones de los pueblos indígenas es el respeto al derecho a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales porque es lo que les posibilita ejercer el resto de sus derechos. Sin el acceso a estos derechos su existencia, tanto individual como pueblos, se ve en peligro.

Sin embargo, a pesar del gran desarrollo legislativo y jurisprudencial que reconoce el derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, en la actualidad es uno de los derechos que más se vulneran por parte de los Estados y los actores privados. Los informes de las ONG y organismos de derechos humanos coinciden en expresar su preocupación en este sentido.[145]

El último informe del Comité de la CEDAW[146] en el periodo de evaluación del cumplimiento de Argentina de la CEDAW, advierte su especial preocupación por los derechos de las mujeres indígenas y la situación en sus territorios. Menciona la falta de reconocimiento y protección de la propiedad de la tierra a mujeres indígenas, los desalojos forzosos de tierras tradicionales indígenas en regiones como el Gran Chaco y la exclusión de las mujeres indígenas de los procesos de toma de decisiones sobre el uso de la tierra.

También menciona la ausencia de mecanismos eficaces de consulta para asegurar el consentimiento libre, previo e informado de las mujeres indígenas a los proyectos de desarrollo en sus territorios y la falta distribución de los beneficios que generan. Igualmente advierte sobre el acceso limitado al agua por falta de infraestructura, en particular en comunidades como las wichí en Gran Chaco, y el impacto negativo que genera en la salud de las mujeres y niñas indígenas el uso de pesticidas, fertilizantes y agroquímicos.

---

[144] RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y ARENAS, L., "Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U'wa en Colombia" en SANTOS, B. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita… Op. Cit.* Pp. 217-239.

[145] Amnistía internacional elaboró un mapa virtual donde registra los distintos conflictos relacionados con la tierra, territorios y recursos naturales (territoriales, ambientales, de violencia, desalojo, etc.). Disponible en: http://www.territorioindigena.com.ar/. Fecha de consulta: 28/03/2017.

[146] "The Committee notes with concern that indigenous women face intersecting forms of discrimination in the State party, based on their ethnic origin and social status, as well as racial hate, violence, poverty and marginalisation" Comité CEDAW, Concluding observations on the seventh periodic report of Argentina, doc. CEDAW/C/ARG/CO/7, 18 de noviembre 2016.

En las Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina, el Comité de Derecho Humanos de ONU, señala:

> A pesar de las iniciativas nacionales y provinciales en la regularización de tierras indígenas, incluyendo la Ley 26.160 de 2006 que ha declarado emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, el Comité lamenta que hasta el momento las tierras indígenas no hayan sido reconocidas y protegidas legalmente. El Comité reitera su preocupación expresada en sus observaciones finales anteriores (CCPR/C/ARG/CO/4, para. 25) que grupos indígenas continúan siendo objeto de violencia y desalojos forzosos en varias provincias (arts. 2, 6, 7 y 27).
>
> El Estado parte debe, en consulta con los pueblos indígenas, intensificar sus esfuerzos en la demarcación y reconocimiento legal de los territorios sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos. El Estado parte debe, asimismo, proteger de manera efectiva a los pueblos indígenas contra todo acto de violencia, y velar por que los autores de tales actos sean llevados ante la justicia y debidamente sancionados, y que las víctimas obtengan una reparación adecuada.[147]

Esta situación incumple lo establecido por la Ley 26.160, de 2006, que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades indígenas por un plazo de 4 años. La Ley, prorrogada hasta 2017, dispone la suspensión en la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos que tengan por objeto el desalojo o desocupación de las tierras indígenas. Además, establece que deberá realizarse un relevamiento técnico/jurídico[148] de la situación dominal de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas. Aunque el Programa de Relevamiento territorial tiene por finalidad reconocer la tenencia de tierras indígenas, no incluye un procedimiento para su titulación. Por lo que las comunidades, luego tienen que iniciar un nuevo procedimiento a tal fin.

El Anuario de 2014 del *Mundo Indígena*[149] advierte que en Argentina a fines del año 2013 de un total de 1.578 comunidades indígenas en el país sólo 223 habían recibido una resolución oficial que acredita que las tierras son poseídas tradicionalmente. Lo que representa sólo un 14,13% tras siete años de trabajo de relevamiento. Además, advierte que este porcentaje se reduce gravemente en las zonas del país donde existe mayor vulneración de los derechos indígenas. Apunta que solo 53 comunidades han tenido reconocimiento oficial de la posesión en las provincias de Salta, Jujuy, Formosa, Chaco y Neuquén donde existen 1.021 comunidades indígenas.

---

[147] CDCP, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina, 20 de junio a 15 de julio de 2016.

[148] Dice el art. 3 de la Ley 26.160 "Durante los 3 (tres) primeros años, contados a partir de la vigencia de esta ley, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas deberá realizar el relevamiento técnico –jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas y promoverá las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Aborígenes Provinciales, Universidades Nacionales, Entidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no Gubernamentales."

[149] MIKKELSEN, C. (ed.), *El mundo indígena 2014… Op. Cit.* Pp. 214-221.

En la provincia de Salta las autoridades se habían comprometido a realizar el relevamiento de 150 comunidades indígenas en un plazo de 4 años, sin embargo solo fueron relevadas 10 de las 383 comunidades existentes.

A la falta de titularidad sobre sus tierras y los desalojos forzados se suma el grave deterioro ambiental que afecta principalmente a los pueblos indígenas por su forma de vida estrechamente vinculada con la naturaleza. En Salta la mayoría de los pueblos indígenas se localiza en las zonas donde se concentran una de las áreas más extensas bosques nativos del país.

Frente a la magnitud de la deforestación ocurrida en Salta, en marzo del 2009 un fallo de la CSJN ordenó que se suspendieran por 90 días las autorizaciones para los desmontes en los cuatro departamentos de la provincia de Salta. Alegaba que si bien se habían realizado estudios sobre el impacto ambiental de cada uno, se realizaron de forma aislada sin prever el efecto acumulativo de todas las autorizaciones que llegarían a un millón de hectáreas. El informe del defensor de la Nación, sostenía:

> En este contexto, podemos afirmar que la provincia no puede garantizar el uso sustentable de sus recursos naturales exigido por la Ley Nacional Nº 25.675. De hecho, todo parece indicar que si se ejecutara la totalidad de los desmontes pendientes de autorización -lo que a la luz de la nueva ley 7.543 parece posible- el impacto ecológico y social sería desmedido e irreversible.[150]

Pese a lo dispuesto por la Corte, entre 2008 y 2011 han sido deforestadas en la zona 53.202 hectáreas.[151] La pérdida de los bosques tiene múltiples consecuencias tanto ecológicas, económicas, sociales y culturales. Estos concentran más de la mitad de la biodiversidad del planeta, tienen un importante papel en la regulación climática, el mantenimiento de las fuentes y caudales de agua, en la conservación de los suelos, etc. Los pueblos indígenas obtienen de los bosques recursos indispensables para su supervivencia, como alimentos, maderas y medicinas. El relator de ONU señala:

> Una situación de especial preocupación es la situación observada en el Chaco Salteño, provincia de Salta, habitado por comunidades del pueblo indígena wichí en las zonas territoriales denominadas Pilcomayo, Norte Bermejo, Rivadavia Banda Norte, Rivadavia, Itiyuro-Ruta 86, Bajo Itiyuro y Ballivián. En estas zonas, empresarios agropecuarios han desmontado cientos de miles de hectáreas de bosques, de los cuales dependen estas comunidades. Esta situación ha continuado en los años recientes.[152]

Además, en los últimos años las fronteras agrícolas se han extendido para ser dedicadas mayormente al cultivo de la soja dado el aumento del precio en el mercado mundial. Un informe elaborado por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable elaborado en 2004 señalaba que se había producido un crecimiento de aproximadamente del 50% en el cultivo y producción de la soja en los últimos años. Advertía que "las prácticas de monocultivo y de uso intensivo producen notables deterioros en las condi-

[150] Informe especial del Defensor del Pueblo de la Nación, "Deforestación en la provincia de Salta. Consecuencias biológicas y sociales", 2009.
[151] MIKKELSEN, C. (ed.), *El mundo indígena 2015… Op. Cit.* Pp. 197-206.
[152] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos… *Op. Cit.* Pág. 10, párrafo 40.

ciones físicas y químicas, con sensibles pérdidas por erosión, la cual puede transformar en lapsos muy breves el paisaje, apreciándose a simple vista el crecimiento de cárcavas y la decapitación del suelo".[153]

En la actualidad, Argentina junto con Brasil y Estados Unidos son los mayores productores mundiales de soja. Según información del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) la soja es el principal cultivo de la Argentina no sólo por la producción, sino por la superficie ocupada. Representa el 55% de las casi 37 millones de hectáreas que se siembran, seguida por los cultivos de maíz y trigo que en conjunto representan el 26%.[154]

Si bien el norte argentino presenta una superficie menor de cultivo que en el resto del país, en los últimos años la superficie destinada ha aumentado. Salta, sigue la tendencia nacional y la soja es el cultivo con mayor superficie y volumen de producción.[155] En las áreas que más se ha extendido su producción comprenden los departamentos de Anta, San Martín y Rosario de la Frontera. En los primeros se concentra gran cantidad de población indígena y los mayores porcentajes de deforestación.

Esta situación también repercute negativamente para las comunidades indígenas que son desalojadas y, a veces, obligadas a migrar a los centros urbanos más próximos, generando mayores situaciones de pobreza. En este sentido el informe del Relator Especial de ONU señala:

> Los desmontes realizados como parte de estas actividades agropecuarias también han hecho que el acceso a y la disponibilidad de los animales de caza y pesca, plantas y miel de recolección, materiales para la construcción de viviendas utilizados por los pueblos indígenas, así como el acceso a sitios de importancia cultural y espiritual, como cementerios, se vean severamente limitados. Existen también efectos nocivos en la salud de las personas indígenas a raíz del uso de agro-tóxicos para la fumigación de cultivos.[156]

Por último, la actividad de las industrias extractivistas como minería o petróleo tienen un impacto negativo sobre los pueblos indígenas. Disminuye sus territorios, generan contaminación y falta de acceso al agua. En Salta, las comunidades wichí se ubican junto a lagunas, arroyos y márgenes de los ríos Pilcomayo y Bermejo. Tienen una relación de dependencia directa con el río que es utilizado para la pesca, el consumo del agua y como fuente de trabajo.

En este sentido, como se mencionaba en el apartado de salud, los niños y niñas indígenas tienen doble posibilidad de morir que los niños y niñas criollos. La mayor tasa

---

[153] SECRETARÍA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, *Perspectivas del medio ambiente en Argentina: Geo Argentina 2004,* Buenos Aires, 2004. Pág. 84.
[154] LACELLI, G. y YBRAN, R., Informe estadístico del mercado de la soja, INTA, marzo 2016. Disponible en: http://inta.gob.ar/documentos/informe-estadistico-del-mercado-de-la-soja Fecha consulta: 18/03/2017.
[155] Producción agrícola de Salta, en Portal informativo de Salta: http://www.portaldesalta.gov.ar/agro.htm Fecha de consulta: 18/03/2017. "La soja lidera las áreas sembradas en Salta" en Sociedad Rural Salteña. Disponible en: http://www.ruraldesalta.org.ar/revista-nota.php?id=106449 Fecha de consulta: 18/03/2017.
[156] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos… *Op. Cit.* Pág. 10, párrafo 39.

de mortalidad refleja las desigualdades estructurales y de acceso a las condiciones mínimas para su bienestar como es el acceso al agua potable y a una alimentación saludable en un entorno sano. Ante este contexto de las mujeres de los Pueblos Originarios de Salta autoconvocadas expresaron:

> El despojo de nuestros derechos sobre los territorios tradicionales indígenas, contribuye decididamente a esta situación (la pobreza). Esta situación se ha visto agravada con los crecientes desmontes que parecieran no tener límites. Hemos sido testigos de las audiencias públicas en las que los permisos de desmonte no se han podido frenar. Presenciamos como con estas maniobras nos despojan de nuestros referentes naturales de vida y espíritu. Creemos que la gravedad de esta situación profundiza, y pone en grave peligro la continuidad de nuestra vida como personas y como pueblo. Queremos seguir siendo protagonistas de nuestra lucha y no testigos de la desaparición de nuestro pueblo.[157]

Del recorrido por la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas se puede constatar que existe una importante brecha entre el marco normativo y su implementación real. Un elemento común de los distintos ámbitos analizados es que la vulneración de sus derechos responde a la falta de cumplimiento del Estado de sus obligaciones más elementales. Como la reglamentación de los derechos consagrados, dotación de recursos necesarios en el ámbito de salud y educación, el dictado de políticas públicas eficaces, etc.

Sin embargo, se advierte que existen cuestiones estructurales más profundas que surgen al no reconocer la alteridad de los pueblos indígenas y continuar las instituciones con una lógica monocultural que considera que debe incluir o asimilar a los pueblos indígenas a la sociedad dominante. Pese a las reformas realizadas, el racismo institucional les impide acceder a los derechos consagrados porque la lógica estatal dominante no se ha modificado. Los distintos ámbitos analizados están atravesados por una concepción monocultural que establece jerarquía entre sus ciudadanos (por su género, clase y raza/etnia) y en virtud de ello posibilita el acceso a los derechos.

A continuación, para comprender de una manera más completa la situación de los pueblos indígenas en el norte argentino, se estudia cómo la administración de justicia responde ante los casos de vulneración de derechos antes descritos. El acceso a la justicia se analiza desde una doble dimensión, como derecho y como garantía de cumplimiento de los demás derechos.

5. ACCESO A LA JUSTICIA

5.1. Obstáculos procesales

Una investigación desarrollada por el Ministerio Público de la Defensa sobre el *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas*[158], señala que en Argentina existen tanto obstácu-

[157] "*Petitorio… Op. Cit.*
[158] DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, Ed. Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010.

los procesales como estructurales y culturales para el acceso a la justicia de personas que pertenecen a pueblos indígenas.

Entre los obstáculos procesales menciona: la insuficiencia de intérpretes de lenguas indígenas; el desconocimiento de los operadores judiciales sobre las instituciones indígenas; la falta de aplicación de sus medios para la solución de conflictos; la falta de participación en los procesos de peritos especializados en materia indígena; falta de procedimiento idóneo para la tutela de los derechos colectivos; prolongados plazos de duración de los procesos judiciales; complejidad de los conflictos judiciales planteados.

El estudio señala que muy pocos jueces aceptan las pericias antropológicas y contar con intérpretes cuando hay personas indígenas involucradas porque consideran que son estrategias meramente dilatorias. En el caso de los intérpretes se considera que no son necesarios porque las y los indígenas que intervienen en los procesos entienden el castellano. Un ejemplo de ello, ocurrió en 2014, cuando el Tribunal de Impugnación de la provincia de Neuquén tomó audiencia para tratar el pedido de la defensa de contar con intérpretes o facilitadores culturales del pueblo Mapuche. Ello había sido rechazado porque para la querella y el fiscal actuante, los miembros de esa comunidad indígena podían entender y comunicarse en español. Se tuvo que acceder a instancias superiores para que se aprobara la solicitud de intérprete para las siguientes etapas del juicio.[159]

Otro aspecto preocupante es la falta de conocimiento de las instituciones indígenas. Los abogados y abogadas que intervienen en la defensa de las comunidades indígenas advierten sobre la preferencia de los tribunales al cumplimiento de normas procesales por encima de decisiones de las comunidades. Lo que refleja que no es reconocida su calidad de sujetos colectivos. Una dimensión de ello, es el desconocimiento de los tribunales de los medios propios de resolución de conflictos que surgen en el seno de las comunidades.

Otra grave limitación, señalada en el informe, es la falta de mecanismos judiciales adecuados para proteger los derechos indígenas. Se advierte que existe gran dificultad para para defender los derechos indígenas, en especial los territorios, por lo que tienen que recurrir a figuras análogas del derecho que en general no son las adecuadas. Lo que plantea dudas y requiere interpretación judicial, que a veces exige la intervención de la Corte Suprema, lo que dilata aún más la solución del conflicto. Señala el informe:

> Desde el punto de vista procesal, los abogados defensores consideran que las tradicionales acciones previstas en los Códigos de Procedimientos, tanto civil como penal, no regulan en absoluto esta problemática, razón por la cual los abogados intervinientes se ven obligados a adoptar figuras cercanas, pero que no respetan la identidad de un pueblo indígena, tales como la acción de reivindicación, los interdictos de recobrar o retener, las acciones posesorias o los amparos.

[159] MIKKELSEN, C. (ed.) *El mundo indígena 2015… Op. Cit.*

> A la vez manifiestan que las defensas penales que debieran aplicarse para el abordaje de la temática indígena no se encuentran debidamente reguladas por los códigos de procedimientos actuales de las regiones[160]

A este contexto se suma el grave desconocimiento de los tribunales de la legislación nacional o internacional en materia indígena, especialmente en relación los derechos a las tierras y los recursos naturales. El informe del Relator Especial de ONU[161] advierte que se continúan favoreciendo a los derechos de propiedad privada de individuos o empresas por encima de la propiedad colectiva indígena. A pesar de tener reconocido tanto nacional como internacionalmente sus derechos sobre los territorios, son acusados de usurpar territorios privados. En el informe, James Anaya, señala que en numerosos casos los desalojos ocasionan la destrucción de las viviendas y propiedad de las comunidades[162].

En este sentido, Luciana Alvarez, al realizar un estudio sobre la jurisprudencia en materia indígena en Argentina advierte que existe una tendencia asimilacionista, al intentar adecuar las modalidades indígenas propias a las figuras conocidas del derecho. Un mecanismo utilizado frecuentemente por los tribunales es justificar el reconocimiento de derechos territoriales por una cuestión de reparación histórica y haciendo uso de figuras propias del derecho civil. Dice la autora:

> Lo que no se encuentra en los fallos precedentes es la posición política de los pueblos indígenas, siendo que, por un lado la idea de reparación histórica remite a un conflicto a un tiempo pasado, desatendiendo el estado actual de relaciones sociales y políticas entre el todo social y el otro-indígena. Por otro lado, la adjudicación de tierras en el marco de la legislación común consolida un proyecto privatista… asimilándola a los esquemas del derecho civil.[163]

Relacionado con lo anterior, el informe el Ministerio Público de la Defensa, sostiene que existe renuencia entre los operadores de justicia, especialmente jueces y fiscales, en aplicar normativa que protege a los derechos de los pueblos indígenas. En esta línea el Relator Especial de la ONU[164] recomienda a las autoridades tomar las medidas necesarias para eliminar los impedimentos que enfrentan los pueblos indígenas en el acceso a la justicia. Sugiere emprender programas de capacitación para funcionarios del poder judicial a nivel nacional y provincial sobre las normas nacionales e internacionales en materia de pueblos indígenas.

En este sentido, Silvina Ramírez[165], señala que la jurisprudencia en materia indígena es variada. Advierte que existen un número importante de sentencias que desconocen los derechos indígenas, mientras que algunas, aun tímidamente, realizan una adecuada lectura del material normativo vigente. Además, indica que existe gran disparidad

---

[160] DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Acceso a la justicia de los pueblos… Op. Cit.* Pág. 70.
[161] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos… *Op. Cit.* Pág. 13, párrafo 52.
[162] Ibíd. Pág. 13, párrafo 53.
[163] ALVAREZ, L., *Derechos a la diferencia: El caso indígena en el discurso jurídico...*Pág. 106.
[164] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos… *Op. Cit.* Pág. 20, párrafo 100.
[165] RAMÍREZ, S., *Matriz Constitucional… Op. Cit.* Pág. 347 y ss.

entre las jurisdicciones federal y provincial[166]. Por lo que en general, en las provincias, existe mayor renuencia a reconocer los derechos de los pueblos indígenas por su compromiso con los poderes locales. Para la autora la multiplicación de las acciones dirigidas a los tribunales es un correlato directo de la ausencia de políticas públicas y la vulneración de los derechos indígenas.

5.2. Obstáculos estructurales y culturales

Por su parte, el informe de la Defensoría de la Nación[167] indica que existen obstáculos estructurales para el acceso a la justicia relacionados con la organización del Estado. Entre las limitaciones, se advierte: la falta de interacción entre órganos nacionales y locales competentes en la materia indígena en los territorios con mayor presencia de comunidades indígenas; insuficientes servicios de asistencia legal gratuita; altos costos para poder acceder físicamente a los centros judiciales; ausencia de medios de transporte y falta de vías de comunicación adecuadas; inexistencia de juzgados especializados en la materia para una atención particularizada a los miembros de los pueblos indígenas; baja calificación de los operadores para el abordaje de la problemática indígena.

Uno de los principales obstáculos en este sentido es la distancia entre los servicios de justicia y el lugar de residencia de las comunidades indígenas. Al concentrarse los juzgados en zonas urbanas es más difícil acceder por la falta de recursos económicos y medios de transporte. Ello no solo dificulta las participación en los actos procesales, sino también la posibilidad de obtener asesoramiento jurídico y comunicación adecuada con los abogados. Además, de limitar la posibilidad de conseguir testigos que puedan trasladarse a realizar las declaraciones.

Otro aspecto relevante es la falta de personal indígena dentro de las estructuras de la administración de justicia, lo que genera una permanente invisibilización. Advierte el informe que "difícilmente se logrará un enfoque multicultural en las instituciones judiciales mientras la integración de sus órganos no sea también multicultural"[168].

Por último, el informe hace mención a obstáculos culturales: discriminación y racismo por parte de los operadores de justicia. Se advierte que existe una notable desconfianza en el poder judicial por parte de los y las indígenas a causa de la discriminación y el racismo que viven. En general no se considera que la administración de justicia pueda dar una respuesta adecuada ante las violaciones de sus derechos.

Para el INADI[169] el espacio judicial aparece como un ámbito en el cual se presentan frecuentes hechos de discriminación hacia los miembros de los pueblos indíge-

---

[166] Por regla general le corresponde a los poderes provinciales conocer sobre causas que versen sobre cuestiones indígenas. Sin embargo, existe cierta discusión doctrinaria si la CSJN tiene competencia originaria o derivada. Predomina la posición de que tiene competencia derivada. Es decir, que solo puede conocer de las cuestiones a través de recursos. Para un análisis más detallado de esta cuestión, véase: RAMÍREZ, S., *Matriz Constitucional… Op. Cit.* Pág. 389 y ss.

[167] DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Acceso a la justicia de los… Op. Cit.* Pág. 80 y ss.

[168] *Ibíd.* Pág. 134.

[169] INADI, *Hacia un plan nacional contra la discriminación…. Op. Cit.* Pág. 113.

nas. Señala que en muchas ocasiones sus denuncias no son recibidas o investigadas o que el accionar policial es más violento cuando hay indígenas involucrados. Instituciones como el INADI o la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación indican que reciben constantes denuncias de abusos policiales cometidos contra población indígena y deficiencias en la aplicación de justicia.

En este sentido, una de las conclusiones del informe de la Defensoría de la Nación señala que los distintos problemas mencionados en el informe comparten su matriz con las dificultades del poder judicial para enfrentarse con conflictos de tipo "multicultural". Dice:

> …el propio Poder judicial responde a una estructura que se puede llamar "occidental" y le cuesta adecuar sus instituciones o tipos de respuesta a la resolución de conflictos planteados por los pueblos indígenas, respetando las propias formas de resolución de los pueblos indígenas.[170]

5.3. Acceso a la justicia de las mujeres indígenas

En cuanto el acceso a la justicia de las mujeres indígenas, además de las barreras antes mencionadas, existen una serie de obstáculos que les afectan especialmente por la fuerte estructura patriarcal del poder judicial[171], intensificándose esta situación en las provincias del norte. A continuación se presentan dos casos que reflejan las múltiples violencias a las que pueden quedar expuestas muchas mujeres indígenas en Argentina al intentar acceder a la justicia.

En 2003 una menor, de 15 años de edad, perteneciente al pueblo qom de Chaco denunció ante la política que había sido abusada sexualmente por tres criollos. Luego de un proceso marcado por irregularidades los tres imputados fueron absueltos a pesar de haberse probado el acceso carnal violento. Los jueces opinaron que no existía seguridad de que la víctima no hubiese consentido la relación y que *no debía confundirse violación con violencia perpetuada en el acto sexual*. Atribuyeron las heridas sufridas por la víctima al:

> …ímpetu con que se intenta la penetración y a la juventud del sujeto activo, edad en que la excitación sexual suele ser mucho más impetuosa y más aún ante la ingesta alcohólica -que fue reconocida por el autor y constatada por el médico- que suele producir mayor desenfreno.[172]

En investigaciones posteriores organizaciones de derechos humanos y un dictamen del INADI denunciaron las siguientes irregularidades del proceso: a) En la comisaría la menor tuvo que esperar varias horas para realizar la denuncia. Previamente fue

---

[170] DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Acceso a la justicia de los pueblos… Op. Cit.* Pág. 130.
[171] Véase: BIRGIN, H. (Comp.), *El derecho en el Género y el Género en el Derecho… Op. Cit.;* SÁNCHEZ, A. y PUMAR, N. (coord.), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género,* Ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.
[172] Cámara Segunda en lo Criminal, "ROJAS HUMBERTO DARIO – ANRIQUEZ LUCAS GONZALO – PALAVECINO LEONARDO JAVIER", Expte. Nº 72, Sentencia núm. 95, 2004. Pág. 14. Para un análisis detallado del caso, véase: *Caso LNP. Discriminación por género en el sistema de justicia en casos de violencia sexual*, Instituto de Género, Derecho y Desarrollo, Rosario, 2010.

enviada al puesto sanitario donde "a horas de acaecido el hecho, se le efectuó tacto anal, rectal y vaginal (aun cuando la víctima manifestó haber sido violada vía anal), volviéndole a causar un intenso dolor" b) La denuncia fue realizada por la madre y tomada en la comisaría ante la presión que ejerció la comunidad indígena. c) Tanto la denuncia como el juicio fueron desarrollados sin la intervención de intérpretes. d) La víctima no accedió a asesoramiento letrado, ni pudo constituirse en querellante, ni recurrir la sentencia. e) Ni la víctima ni la familia fueron notificadas por el Tribunal de la sentencia. f) No se resguardó la privacidad de la niña ya que el Poder Judicial ordenó averiguar en el pueblo si ejercía la prostitución, g) Tres testigos habrían sido descalificados durante el proceso por ser "indígenas".[173]

Para el INADI[174] este caso no resulta de un evento aislado sino que denota el grado de vulnerabilidad de las mujeres indígenas, la impunidad sistemática de los responsables y la indiferencia de las autoridades responsables de garantizar a las mujeres sus derechos.

Otro hecho similar ocurrió en Salta ante la violación múltiple de una menor wichí de la comunidad de Alto de la Sierra. En 2015 los familiares de la menor, que tenía un retraso madurativo severo, denunciaron que había sido violada por un grupo de criollos. El caso fue conocido en los medios locales y nacionales tiempo después cuando la menor se encontraba embarazada y su vida corría riesgo. Finalmente, a la 31 semana de gestación, fue autorizado el aborto donde el feto falleció.

El caso refleja varias cuestiones. En un primer momento, al realizar la denuncia el testimonio de la menor no pudo ser tomado ya que en la zona no había traductores. Pese a que las denuncias de la familia y comunidad wichí de Alto de la Sierra fueron realizadas al momento de los hechos, los servicios de asistencia del Estado recién intervinieron tras hacerse pública la noticia a través de los medios de comunicación.[175] En este sentido, el Centro de Estudios Legales y Sociales y la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), expresaron:

> De acuerdo con los hechos de público conocimiento, frente al caso, el Estado no ha tomado las medidas siquiera mínimamente necesarias para garantizar el derecho a la salud de la niña. Tampoco se ha encausado una investigación seria y diligente para la determinación y sanción de los autores materiales, ni para dilucidar las res-

[173] INADI, Recomendación general núm. 4… *Op. Cit.* Pág. 13 y 14.
[174] *Ibíd.*
[175] El caso fue difundido por numerosos medios locales y nacionales. También organizaciones de derechos humanos y derechos de las mujeres siguieron el caso. El *Informe 2016/17 de Amnistía Internacional: La situación de los derechos humanos en el mundo,* lo menciona como un reflejo de la dificultad que tienen las mujeres y niñas en Argentina para acceder al aborto y la criminalización de sus derechos sexuales y reproductivos. Disponible en: https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/.
Para una explicación detallada del caso, ver: http://www.enredando.org.ar/2016/06/10/declaracion-ante-la-vulneracion-de-derechos-sobre-juana-nina-de-la-comunidad-wichi-en-salta/ Fecha de consulta: 12/06/2017.

ponsabilidades institucionales. Es evidente que se ha desatendido totalmente el "Protocolo para la atención integral de víctimas de violaciones sexuales".[176]

Por su parte, el médico que intervino al momento de la denuncia corroboró que la menor había sufrido violencia. Sin embargo, no se encontraba habilitado para firmar el acta dado que su título no había sido revalidado en la Argentina, por lo que la misma fue impugnada por la defensa de los acusados. Lo que les permitió obtener la libertad tras un corto periodo en detención. Por su parte, el segundo médico que atendió a la menor señaló que no podía constatar la existencia de violencia.

A pesar del pedido del fiscal de mantener a los acusados en prisión, el juez interviniente concedió la libertad al considerar que no había pruebas suficientes que lo inculparan ni riesgo de fuga[177]. Posteriormente sólo uno de los acusados fue detenido por "desacato judicial" al no presentarse a declarar en la fecha indicada.

Luego de conocerse los hechos, la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la provincia de Salta, realizó una investigación sobre las actuaciones de los distintos órganos competentes. Señaló que "las medidas judiciales tomadas durante el proceso penal por las autoridades no fueron oportunas y conducentes para el esclarecimiento del hecho. Asimismo no se observó la correcta preservación de los elementos de prueba que pueden resultar irreproducibles"[178].

Por último, ninguno de los órganos estatales intervinientes aplicó los protocolos de atención integral para casos de abortos no punibles y para la atención integral de las víctimas de violación. Lo que refleja la gran vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres wichí en estos casos ante la negligencia y/o reticencia de los operadores de justicia en aplicar los protocolos de aborto no punible. Agravado por el hecho que la intervención a la menor recién fue autorizada tras haberse comprobado que se trataba de un feto anencefálico.

Esta situación se da en un contexto como el salteño donde existe una fuerte reticencia en aplicar las normas nacionales, como la Ley 25.673 de salud sexual y reproductiva, e incluso lo dispuesto por la CSJN con relación al aborto no punible. El Código Penal en el art. 86, desde 1921, permite el aborto en los siguientes supuestos: cuando

---

[176] "Preocupación por la situación de la niña wichí", 1 de junio de 20015. Disponible en www.cels.org.ar. http://www.cels.org.ar/common/Nota.%20Preocupación%20x%20la%20situación%20de%20la%20niña%20wichí.%201%20de%20junio%20de%202016.pdf Fecha de consulta: 24/03/2017.

[177] Juez de Garantías núm. 2 del Distrito Judicial del Norte Tartagal, "Salas, Jorge Gabriel; Salvatierra, Juan Marcos; Salvatierra, Ariel Luis; Salvatierra, Sebastián Matías; Mansilla, Pantaleón Javier; Lamas, Luis Fernando; Arias, Omar Alcides; Mansilla, Enzo Efraín, por abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de S.A." causa núm. 75275/15, 2016. Luego de conocer los hechos, el juez Abel Cornejo, solicitó Juri de Enjuiciamiento para el fiscal y juez interviniente. Para acceder al pedido del juez y una narración detallada de la intervención de los órganos judiciales, ver: http://www.nuevapropuesta.com/single-post/2016/06/10/Arde-a%C3%BAn-m%C3%A1s-la-tragedia-de-la-ni%C3%B1a-wichi-violada Fecha de consulta: 12/06/2017. Finalmente la solicitud de Juri de Enjuiciamiento no prosperó.

[178] "La comisión de derechos humanos presentó el informe sobre el caso de la menor wichi", 13 junio de 2016. Ver: http://www.diputadosalta.gob.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=1110:la-comision-de-derechos-humanos-presento-el-informe-sobre-el-caso-de-la-menor-wichi&catid=11:partes-de-prensa Fecha de consulta: 20/07/2017.

está en peligro la vida o la salud de la mujer y cuando el embarazo es producto de una "violación o atentado al pudor contra una mujer idiota o demente".

En una sentencia de marzo de 2012 la CSJN[179] señaló que toda mujer embarazada, como resultado de una violación, tiene derecho a acceder al aborto no punible sin importar su capacidad intelectual. Además, dispuso como único requisito una declaración jurada en la que la mujer manifieste que el embarazo es fruto de una violación. Por su parte, la sentencia exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a implementar protocolos hospitalarios para concretar la atención de los abortos no punibles y remover las barreras administrativas o fácticas en los servicios médicos.

Sin embargo, en Salta la reglamentación del aborto no punible presenta mayores restricciones que lo establecido en la sentencia. Incumple lo dispuesto por la CSJN al exigir no solo la declaración jurada de la mujer que quiera realizar un aborto, sino la intervención de un defensor oficial o un asesor de menores e incapaces. En el caso que se trate de una menor requiere el consentimiento de sus padres o tutores[180]. Requisitos que en este caso tampoco fueron cumplidos, ya que pese a la gravedad de la situación, no intervinieron ni la defensoría de menores, ni la de incapaces.

En este contexto, el Comité de la CEDAW[181] en el periodo de evaluación a Argentina del cumplimiento de la CEDAW, manifestó su profunda preocupación por el estancamiento de los porcentajes de mortalidad materna. En parte a causa de abortos inseguros pese a lo establecido por la CSJN. Además, señala que las mujeres indígenas sufren formas de discriminaciones interseccionales basadas en su origen étnico y estatus social, además de odio racial, violencia, pobreza y marginación, por lo que recomienda al Estado que se tomen medidas específicas ante esta situación.

Tras el recorrido al acceso a la justicia se puede advertir que persisten las mismas barreras señaladas en ámbito sanitario y educativo. En el sistema judicial también predomina una visión monocultural, que no reconoce la alteridad indígena pese a los derechos consagrados y expone a las mujeres indígenas a múltiples violencias. En este sentido, Boaventura Sousa Santos habla del "racismo difuso en el accionar de las instituciones"[182] cuando se tratan de cuestiones relacionadas con los y las indígenas.

5.4. Algunas reflexiones sobre el acceso a derechos de las mujeres indígenas

Un aspecto que refleja el estudio de la situación de los derechos de las mujeres indígenas es cómo se articula el patriarcado y el racismo en el Estado argentino. Las mujeres indígenas se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad por la intersección de distintos ejes como la raza, la clase y el género. Frente a los varones indígenas presentan

[179] CSJN, Caso "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva", sentencia del 13 de marzo de 2012, Fallos: 335:197.
[180] Resolución ministerial núm. 792/12 de la Provincia de Salta. Decreto 1170/2012 de la Provincia de Salta. Para más información consultar: *Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación*, Asociación por los derechos civiles, Buenos Aires, 2015.
[181] Comité CEDAW, Concluding observations on the seventh periodic report… *Op. Cit.* Punto 40.
[182] SANTOS, B., "Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad" en SANTOS, B. y EXENI, J., *Justicia indígena… Op. Cit.* Pág. 21.

mayor vulnerabilidad por su condición de género y frente a las demás mujeres argentinas por su condición étnica.

Pese a que en los últimos años se ha prestado más atención a las necesidades específicas de las mujeres indígenas, en los informes analizados se observa una dificultad aún latente. Tanto los estudios o informes que estudian la situación de las mujeres argentinas como la de los pueblos indígenas, dedican un apartado (generalmente al último) para analizar la situación de las mujeres indígenas. Si bien esto es positivo ante su histórica invisibilización, los informes o estudios no logran realizar un análisis transversal de la situación de las mujeres indígenas en los distintos ámbitos que tratan, ni incorporar sus miradas.

Esta situación se refleja de manera clara en los informes alternativos presentados por organizaciones de mujeres al Comité de la CEDAW en el marco de la evaluación a Argentina sobre el cumplimiento de la CEDAW[183]. En los informes se señalan principalmente las problemáticas de las mujeres urbanas y criollas de Buenos Aires o de las ciudades más importantes del país. Si bien se menciona la necesidad de incorporar una mirada interseccional, es decir que tenga en cuenta las múltiples discriminaciones que enfrentan algunas mujeres, ello no logra hacerse efectivo porque las demandas y/o necesidades de las mujeres indígenas son tratadas por separado y de manera residual. Por lo que subyace la idea de que existen problemáticas generales y comunes de todas las mujeres y, luego, otras específicas de mujeres indígenas, las migrantes, etc. Los límites de estas aproximaciones es que las demandas consideradas comunes, en realidad, están determinadas por las necesidades de un grupo específico de mujeres.

Además, terminan por marcar una agenda política que no incorpora las miradas y necesidades de mujeres diversas, atravesadas por distintos ejes como el racismo. En materia de salud el informe alternativo presentado al CEDAW hace principalmente hincapié al derecho al aborto y a la problemática de los embarazos adolescentes, situación que presenta mayor gravedad, como se ha visto, en el norte del país. Sin embargo, cuando las mujeres indígenas mencionan sus problemas sanitarios denuncian principalmente la falta de acceso los recursos y al maltrato que reciben en los centros de atención. Situación que no es contemplada en los informes como un problema sanitario de las mujeres, sino como una problemática que enfrentan las mujeres indígenas que pertenecen a "grupos de mujeres con desventajas"[184].

[183] Distintas organizaciones y/o entidades de derechos humanos argentinas presentaron dos informes "sombra" ante el Comité de la CEDAW para la evaluación sobre el cumplimiento de la CEDAW en el marco de la presentación del cuarto informe periódico de las sesiones octubre de 2016. Uno general y otro sobre la situación del aborto en Argentina. El informe general hace referencia a las mujeres indígenas al hablar sobre la importancia del enfoque interseccional para tratar las violencias contra las mujeres y sugiere que se adopte este enfoque "en las políticas públicas hacia las mujeres indígenas". También las menciona cuando se refiere a los obstáculos en la participación política, la violencia institucional que enfrentan en los servicios de salud y al recomendar el acceso a métodos anticonceptivos a poblaciones vulnerables. El informe que trata sobre el aborto no las nombra. Para acceder a los informes completos: http://feim.org.ar/2016/10/28/cedaw2016/ Fecha de consulta: 12/06/2017.

[184] *Ibíd.* Véase el punto 11 y 13 del informe general presentado a la CEDAW. Pág. 19 y 24.

Con ello no se pretende cuestionar la centralidad y urgencia de ambas problemáticas, ni establecer una disyuntiva entre una u otra. Lo que interesa señalar es que quien marca cuáles son los temas centrales de las mujeres no son precisamente las mujeres indígenas. Por lo que las demandas de las feministas criollas no logran incorporar una mirada que reconozca la pluralidad de las mujeres y sus necesidades. Lo que refuerza la homogeneización de las mujeres (tomando como norma las mujeres blancas/criollas, urbanas y clase media) e invisibiliza a quienes no entran dentro de ese canon o no tienen el poder de diputarlo. Lo que en definitiva tiene efectos colonizadores porque silencia la alteridad de las mujeres indígenas y se asume la representación de todas las mujeres, sobre estas cuestiones se trata con mayor detalle en el siguiente capítulo.

6. REIVINDICACIONES DE LAS MUJERES INDÍGENAS EN ARGENTINA: CAMINAR HACIA EL BUEN VIVIR

En este apartado se tratará las reivindicaciones de mujeres indígenas desde una doble dimensión: la local y la nacional.[185] Si bien ambas se relacionan y tienen puntos en común, el trato diferenciado responde un interés de visibilizar lo que las propias mujeres exigen de acuerdo a su ámbito de incidencia. Aunque en los últimos años las mujeres indígenas han cobrado mayor protagonismo, el acceso a instancias internacionales o nacionales, a veces es más difícil por parte de las mujeres del norte argentino.

Para realizar este apartado se han priorizado documentos elaborados por las propias mujeres indígenas, ya sean comunicados, denuncias, proyectos, entrevistas, etc. Ello para tratar de escuchar sus propias voces, muchas veces silenciadas por los y las intermediarias.

Por su parte, al hablar de "mujeres indígenas" en realidad se hace mención a un conjunto de mujeres bastante heterogéneo con diferencias importantes entre ellas. No solo porque las formas de vida y cosmovisiones entre los pueblos varían, sino porque influyen una serie de aspectos como el lugar donde viven, si es en comunidades o en ciudades, y las diferentes formas de reivindicaciones que ellas eligen. Como se hacía mención al principio del capítulo, un alto porcentaje de mujeres wichí viven en comuni-

[185] En el resto de América existen ricas experiencias de movilización y reivindicaciones de mujeres indígenas. Colombia, Ecuador, Bolivia, Guatemala y México cuentan con una importante historia de reivindicaciones indígenas donde las mujeres han tenido especial relevancia. En México, el rol de las mujeres zapatistas en el alzamiento de 1994 y su labor desarrollada hasta entonces es fundamental para conocer las demandas de las mujeres indígenas, y los puntos en común las reivindicaciones a lo largo del continente. Además de constituir un horizonte importante para las mujeres indígenas de distintos lugares de América Latina y una inspiración para cualquier persona interesada en las defensa de los derechos humanos. La bibliografía sobre estos temas es abundante, para una introducción consultar: GARGALLO, F., *Feminismos desde Ayba Yala…Op. Cit.*; MARCOS, S., *Cruzando fronteras: Mujeres indígenas y feminismos abajo y a la izquierda*, Chiapas, Universidad de la Tierra, 2012; MARCOS, S., *Mujeres, indígenas, rebeldes, zapatistas*, México DF, Eon, 2011; HERNÁNDEZ CASTILLO, R., "Entre el etnocentrismo feminista y el esencialismo étnico. Las mujeres indígenas y sus demandas de género" en *Debate feminista*, año 12, vol. 24, 2001; GALINDO, M., *¡A despatriarcar! Mujeres creando*, Ed. La vaca, Bs. As., 2013; PEQUEÑO, A., *Participación y políticas de mujeres indígenas… Op. Cit.*

dades, un aspecto que las diferencia del resto de mujeres indígenas del país que viven mayoritariamente en centros urbanos.

Además, muchas mujeres indígenas forman partes de distintos espacios reivindicativos como partidos políticos, organizaciones de base y/o religiosas. Hay mujeres indígenas que se consideran feministas, otras que no; hay mujeres cristinas o católicas, mientras que otras que reivindican la espiritualidad indígena, etc. Sin embargo, lo que las vincula es que son mujeres que forman parte de pueblos indígenas y, en virtud a ello, comparten experiencias históricas, culturales y sociales más o menos próximas.

6.1. "Queremos seguir siendo protagonistas de nuestra lucha"

En el día de los derechos humanos, 10 de diciembre de 2007, un grupo de mujeres de los pueblos wichí, qom, tupi guaraní y chorote se autoconvocaron en la plaza central de la capital salteña para exigir al gobierno provincial la defensa de sus derechos.

Señalaban que "las mujeres de las comunidades de los pueblos originarios de la Provincia de Salta, que históricamente hemos participado de las luchas de nuestro pueblo, continuamos levantando aquellas banderas de resistencia"[186]. Igualmente, denunciaban ser parte de "las más extremas condiciones de pobreza en toda la provincia", debido al despojo de sus derechos sobre los territorios tradicionales y, agravado, por los crecientes desmontes "que parecieran no tener límites". Advertían que tal situación ponía en grave peligro la continuidad de sus vidas como personas y como pueblos.

Ante esta situación exigían lo siguiente:

> Que se termine con el genocidio silencioso al que nos han llevado las condiciones de extrema pobreza en las que vivimos forzados desde hace más de 500 años.
>
> Que se regularice de manera urgente los títulos de propiedad del territorio de las comunidades indígenas y la contemplación de territorios adicionales para aquellas que no las tengan, como lo expresa el convenio 169 de OIT.
>
> Que se abra la participación activa de la mujer indígena en la comisión normalizadora del Instituto Provincial de los Pueblos Indígenas de Salta.
>
> Que se reforme la Ley Provincial de los Pueblos Indígenas para que se contemple el cupo femenino.
>
> Que se cree un Ministerio de Asuntos Indígenas Nacional y Provincial para elevar a rango ministerial el tratamiento de las políticas de estado con respecto a la población originaria de nuestro país.
>
> Que el gobierno tome participación activa en la discusión de la ley de bosques en defensa de los pueblos originarios y campesinos, y no de los intereses de las grandes corporaciones.
>
> Que se promueva la inmediata aprobación de la ley de bosques, tanto en general, como articulo por articulo y su debida reglamentación con la participación de las

[186] "Petitorio de mujeres originarias…*Op. Cit.*

mujeres indígenas. Hasta que esto se efectivice se exige el retiro de las topadoras, orugas y cadenas con las que depredan nuestros montes.

Que el gobierno modifique la postura que llevó a la provincia de Salta al mayor nivel de desmonte en el último año, con aproximadamente 400.000 hectáreas y que afecta fundamentalmente a las poblaciones originarias y campesinas.

Que toda consulta, discusión o propuesta que tenga que ver con nuestros intereses como pueblo sean consultados directamente a los miembros de las comunidades indígenas y no a los representantes intermediarios como organizaciones no gubernamentales e iglesias.

Que el gobierno reconozca la representatividad de los miembros que las comunidades indígenas designen sin la intermediación de organizaciones no gubernamentales e iglesias.

Que se propicie la creación de fuentes de trabajo dignas para los pueblos originarios.

Que se desarrollen planes nacionales de salud que integren la atención en las situaciones de riesgo de desnutrición a las que hemos sido empujadas las comunidades indígenas.

Que se desarrollen programas educativos regionalizados que respeten y contemplen la situación de cada Pueblo Indígena.

Que se despenalicen a los luchadores y las luchadoras por las causas sociales.

Que se reconozca el territorio ancestral.[187]

Aunque han pasado casi 10 años del petitorio, muchas de las exigencias siguen vigentes y la situación descrita, en algunos casos, se ha agravado. Como se apuntaba en los apartados anteriores, la deforestación alcanzó mayor magnitud en los últimos años, habiendo superado las cifras señaladas por las mujeres indígenas en aquel momento.

Ante esta situación en julio de 2009 mujeres de los pueblos wichí y guaraní representantes de distintas comunidades, se reunieron en la comunidad Honat Le les, y determinaron "que es urgente defender la vida de sus pueblos que están en peligro" [188]. Por ello reclamaron, entre otras cosas, el cese de los desmontes; la entrega y devolución de las tierras y territorios ancestrales; la entrega de los títulos de propiedad. Igualmente exigieron la creación e implementación de programas de salud producto de una consulta participativa de las comunidades indígenas; que las escuelas integren contenidos propuestos por las comunidades indígenas y que se facilite el otorgamiento de pensiones por discapacidad, ancianidad, amas de casa y madres de 7 hijos. Por último, demandaron que se construyeran viviendas dignas y el empleo de mano de obra de los miembros de las mismas comunidades. Las mujeres sostuvieron que "no queremos ser el granero del mundo a costa de la vida de nuestros pueblos y la muerte de nuestros montes".

[187] "Petitorio de mujeres…*Op. Cit.*

[188] "Convocamos a dar soluciones a las demandas de los pueblos wichis y guaraníes" en Comunicación Humanitaria Estratégica, http://www.mateamargo.org/agencia/node/1980. Fecha de consulta: 23/03/2017.

Frente a la falta de respuestas por parte del gobierno provincial y municipal, las mujeres viajaron a Buenos Aires para entregar un petitorio a la CSJN. Señalaban que el viaje tenía como objetivo:

> … llevar NOSOTRAS SIN INTERMEDIARIOS los reclamos a los lugares donde se toman las decisiones sobre nuestras vidas, por eso Buenos Aires…. Porque el gobierno y los organismos que definen la política para nosotras como integrantes de los pueblos indígenas, no nos consideran protagonistas en nuestra lucha. No queremos que nos representen las organizaciones intermedias, llámense ONG´s u otras como las únicas voces.[189]

En Buenos Aires presentaron un petitorio a la CSJN donde denunciaban que el gobierno salteño violaba la suspensión de deforestación ordenada por el máximo tribunal. Una de las participantes de la marcha, Julia Gómez, señalaba:

> …como mujeres y madres sabemos lo que es el sufrimiento. Porque corremos peligro es que no queremos que ocurran los desastres naturales cuando se pueden prevenir. La única manera es dejar de desmontar y talar. Pero el hombre blanco ha perdido el valor de amar la tierra: sólo busca acumular riqueza y bienes a costa de los sufrimientos de los demás.[190]

Por otra parte, distintas mujeres wichí denuncian la falta de participación en los asuntos que les interesa, el autoritarismo de algunos caciques y las amenazas que reciben por denunciar esas situaciones. En junio de 2104, unas 60 mujeres wichí realizaron un corte en la ruta nacional 34 donde acamparon tres días para exigir al gobierno provincial su participación en las negociaciones sobre el destino de las ayudas sociales dirigidas a las comunidades indígenas. Además, denunciaron las condiciones de pobreza en las que vivían y el grave problema habitacional por el que atravesaban. Sostuvieron que "decidimos salir nosotras a hacer un grupo de mujeres originarias en pie de lucha porque estamos cansadas de que no nos participen de las decisiones, queremos lo mejor para nuestros hijos y para nosotras mismas"[191]. Asimismo denunciaron que los caciques de sus comunidades "no nos escuchan, no están de acuerdo con nosotras"[192], que reparten las ayudas sociales de forma arbitraria y que habían sido amenazadas con "pegarnos y correrlos de la ruta"[193].

Así, las principales denuncias de las mujeres wichí radican en la situación de exclusión y empobrecimiento que se encuentran tanto ellas como el resto de sus comunidades. La mayor parte de las veces que se realizan reclamos en espacios públicos (rutas, plazas, instituciones públicas) están dirigidos a exponer la falta de acceso a recursos

---

[189] "Las mujeres de los pueblos originarios del norte argentino decidieron viajar a Buenos Aires para tratar que sus reclamos sean escuchados", Argentina Indymedia, junio 2009. Disponible en: http://argentina.indymedia.org/news/2009/07/680993.php Fecha de consulta: 28/03/2017.

[190] "Rebelión entre el mujerío", Diario Página 12, 14 de agosto de 2009. Disponible en: https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-5104-2009-08-14.html Fecha de consulta: 20/03/2017.

[191] "Salta: mujeres wichí reclaman participación y denuncian amenazas" en Comunicar igualdad, 5 de junio de 2014. Disponible en: http://www.comunicarigualdad.com.ar/salta-mujeres-wichi-reclaman-participacion-y-poder-y-denuncian-amenazas/ Fecha de consulta: 20/03/2017.

[192] *Ibíd.*

[193] *Ibíd.*

mínimos para su subsistencia y la grave situación ambiental de sus territorios. Las condiciones de sanidad, educación, vivienda, titularidad sobre sus tierras, desmontes, son las principales causas de manifestaciones y denuncias. En las manifestaciones públicas, rara vez las mujeres indígenas hacen referencia a aspectos internos de sus comunidades.

Sin embargo, existe una constante exigencia de participar en los asuntos que les afecta, tanto en el ámbito estatal como al interior de las comunidades. El lema "nosotras sin intermediarios" refleja su demanda de ser consultadas, de tener la posibilidad de hablar y expresar sus puntos de vista más allá del apoyo que puedan realizar otras instituciones y/o personas. Así lo expresaban las mujeres wichí y guaraní que viajaron a Buenos Aires: "no podemos callar más, necesitamos que se ejecuten las leyes, que se nos entreguen territorios adicionales, para nuestro desarrollo, que se nos consulte sobre lo que queremos y necesitamos para el bien de nuestro pueblo"[194].

En este sentido, también denuncian el autoritarismo o mal manejo de las ayudas sociales por parte de los caciques. La decisión de viajar solo mujeres a Buenos Aires implica la intención de formar parte de manera directa de los asuntos que les interesa, sin esperar la autorización u opinión de las autoridades comunitarias. Frases como "cuando decidimos venir a la ciudad se lo comunicamos a nuestros maridos y les aclaramos que ya es hora de que se nos escuche" o "algunos dirigentes todavía no se enteraron. Decidimos trabajar así para evitar las malas interpretaciones" [195]. Dejan ver que algunas mujeres wichí cuestionan las relaciones la interior de sus comunidades, existen disputas de poder y toman la decisión de intervenir sin intermediarios. Esto es importante remarcarlo puesto que existe una visión generalizada de las mujeres indígenas como solo víctimas de una triple opresión, lo que oculta su agencia y resistencias ante relaciones de poder desiguales.

Cuando son consultadas sobre las relaciones al interior de las comunidades, se advierten distintas posiciones. Por ejemplo Octorina Zamora señala "en la sociedad occidental está muy desarrollado el machismo. Yo no sé ni lo que es el machismo ni lo que es el feminismo. Se lo que es la necesidad… si a mí par tengo un machista que quiere hacer mi tarea, eso se traslada a la vida familiar y es un infierno"[196].

Sin embargo, otras mujeres consideran que si existe machismo dentro de sus sociedades y que eso se "contagia" a los indígenas. Para Julia Gómez, "los poderosos van a la parte más vulnerable de las comunidades, que son en este momento los hombres. Vivimos en una sociedad machista, y eso se adiestra y se contagia"[197]. Lo que refleja que al interior de las mismas comunidades wichí existen diferentes posicionamientos sobre estos aspectos o sobre cómo comunicarlo al exterior.

---

[194] "Las mujeres de los pueblos originarios… *Op. Cit.*
[195] "Rebelión entre el mujerío… *Op. Cit.*
[196] SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN, *Mujeres dirigentes… Op. Cit*. Pág. 36.
[197] "Rebelión entre el mujerío… *Op. Cit.*

En este sentido al observar los talleres sobre mujeres originarias celebrados en el ENM, Silvana Sciortino y Mariana Gómez[198] señalan que existe una tendencia a priorizar temáticas consideradas como *originarias*, tales como territorio, identidad, cosmovisión, educación, interculturalidad, salud. Sin embargo, hay mujeres indígenas que nombran otros temas como las violencias, violaciones y acceso al aborto.

Por último, un aspecto interesante a considerar es que la interpelación de las mujeres indígenas no solo está dirigida a los caciques o autoridades provinciales, sino también hacia los movimientos feministas y/o de mujeres que defienden los derechos de las mujeres. En este sentido, en junio de 2015 se realizaron en Argentina numerosas actividades, bajo el lema "ni una menos", para denunciar la grave cifra de feminicios que diariamente ocurren a lo largo del país. En este contexto, un grupo de mujeres indígenas de los pueblos kolla, wichí, qom y mapuche emitieron un comunicado titulado "Ni una menos sea un compromiso hacia la Despatriarcalización y Descolonización"[199] donde mencionaban a mujeres indígenas que habían sido asesinadas por defender sus territorios. Al final, hacían un llamado a exigir al unísono el cumplimiento de las responsabilidades estatales con los derechos humanos individuales y colectivos *de toda mujer*.

Los petitorios y manifiestos presentados reflejan que las demandas de mujeres wichí están dirigidas a distintos ámbitos. Exigen el cumplimiento de sus derechos como miembro de los pueblos indígenas a la vez que demandan mayor participación en la toma de decisiones sobre asuntos que les competen. Ello tanto al interior de sus comunidades, al denunciar las prácticas autoritarias de los caciques o tomar iniciativas sin consultarles, como con la sociedad en general. Además, quieren que su participación sea a través de su propia voz, sin intermediarios. Con estos actos disputan el poder de los caciques al interior de sus comunidades y también piden a las demás mujeres recordar los femicidios a indígenas. Por último, y principalmente, al Estado le exigen que respete los derechos individuales y colectivos de *todas las mujeres.*

6.2. Reivindicaciones de mujeres indígenas a nivel nacional.

En el ámbito nacional, durante los últimos años comenzaron a realizarse con mayor frecuencia foros y encuentros entre mujeres de distintos pueblos indígenas para tratar temas específicos sobre su situación. Los encuentros son convocados y organizados por entidades de lo más diversas, desde ONGs, organizaciones religiosas, instituciones estatales o movimientos indígenas. Los objetivos y temas que se tratan varían: hacen referencia a aspectos culturales y espirituales; a cuestiones relacionadas con los derechos de las mujeres en general; a aspectos más políticos e institucionales; a formación; etc.

Por su parte, en el país también coexisten espacios políticos que trabajan temáticas de mujeres indígenas desde distintas perspectivas. Así, por ejemplo, el Consejo Na-

[198] GÓMEZ, M. y SCIORTINO, S. *Mujeres indígenas…Op. Cit.* Pág. 54.
[199] "Ni una menos sea un compromiso hacia la Despatriarcalización y Descolonización", Enlace Continental de Mujeres Indígenas, algunos fragmentos disponible en "Feminicidio Indígena", http://www.izquierdoshumanos.com/single-post/2015/06/05/El-femicidio-ind%C3%ADgena. Fecha de consulta: 12/06/2017.

cional de la Mujer Indígena Argentina (CONAMI) se define como una organización de mujeres indígenas comprometidas con "la defensa de los derechos de los pueblos originarios, la afirmación de la identidad y el fortalecimiento de las Mujeres Indígenas."[200] Desarrolla sus actividades con una red de instituciones en distintos niveles de la sociedad civil, organizaciones nacionales e internacionales.

Para Mariana Gómez[201], el CONAMI interviene en el área institucional para disputarle el monopolio a otras agencias gubernamentales en las capacitaciones a las mujeres indígenas. Surge ante la insatisfacción de los lugares que ocupaban las mujeres en las organizaciones mixtas como la Asociación Indígena de la República Argentina (AIRA). Una de sus fundadoras, Isabel Condorí, señala "eran todos hombres y nadie sabía decir los derecho. Yo tenía que cebar mate, escucharlos"[202]. Al mismo tiempo se distancia claramente de los movimientos feministas al considerar que los varones no pueden estar ausentes en el camino para alcanzar la igualdad de género. Relata cómo en un encuentro feminista celebrado en Colombia las representantes indígenas se negaron a firmar el acta final. Consideraban que el acta solo atendía a las necesidades de las mujeres como "si existiera sola en el mundo"[203], sin considerar la situación de los varones indígenas.

Otro ámbito de encuentro bastante distinto es, el ya mencionado, ENM que se celebra desde 1986. Allí existe un taller dedicado a las mujeres indígenas, donde participan mujeres indígenas y no indígenas. Estos encuentros son autogestionados y solo destinados a mujeres, lesbianas y transexuales. Como ya se apuntó, si bien en los talleres sobre mujeres indígenas el tema central son temas *originarios* relacionados con el acceso a la tierra, territorio y recursos naturales, cuestiones sanitarias, educativas, interculturales, etc. También tratan otros temas como la violencia de género, violaciones, acceso al aborto, etc.

Las mujeres indígenas que participan de los espacios feministas, introducen en estos espacios temáticas que en general no son tratadas por las feministas criollas/blancas como la demanda por el acceso a la tierra, territorios y recursos naturales. Sin embargo, también la agenda de las mujeres criollas permean las discusiones del taller de mujeres originarias. Sciortino y Gómez[204] señalan cómo el aborto, central en las demandas feministas argentinas, crea especial controversia entre las mujeres indígenas. Mientras que unas lo rechazan abiertamente por considerar que no es un tema *originario*, otras lo apoyan por considerar que también es una cuestión que afecta a las mujeres indígenas.

---

[200] Página del COMANI, http://conamiargentina.es.tl/. Fecha de consulta: 25/03/2017.
[201] GÓMEZ, M., "Mujeres indígenas en Argentina: Escenarios fugaces para nuevas prácticas políticas" en *Publicar. En Antropología y Ciencias Sociales*, Revista del Colegio de Graduados en Antropología de la República Argentina, año XII, núm. XVI, junio de 2014.
[202] SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN, *Mujeres dirigentes indígenas… Op. Cit.* Pág. 76.
[203] *Ibíd.*
[204] GÓMEZ, M. y SCIORTINO, S., *Mujeres indígenas…Op. Cit.* Pág. 50.

Lo que ocurre en las distintas ediciones del ENM permite advertir cómo la aproximación a ciertos temas puede parecer, en un principio, contradictorias. Así, mientras que las organizaciones de mujeres criollas al hablar del derecho a la salud hacen especial mención al acceso al aborto y manifiestan su preocupación por los embarazos adolescentes, las mujeres indígenas denuncian principalmente la falta de acceso a los recursos sanitarios y las múltiples violencias que viven en los mismos. Incluso muestran rechazo a tratar temas relacionados con el aborto o los derechos sexuales y reproductivos, al considerar que no son temas *originarios* o prioritarios. Frente a estas miradas que parecieran disyuntivas, existen otras experiencias de mujeres indígenas que logran conciliarlas.

En la provincia de Jujuy un grupo de mujeres pertenecientes a distintos pueblos indígenas realizaron una serie de encuentros para tratar de una manera integral el acceso a sus derechos. Las mujeres participantes reflexionaron sobre cómo interpretaban el género o el feminismo desde sus puntos de vista como mujeres indígenas. Reconocieron, desde sus saberes ancestrales, principios como la dualidad, la complementariedad, reciprocidad y colaboración mutua. Consideraron que la complementariedad y la dualidad era "una tarea mancomunada a un estado de armonía donde hombre y mujer viven en equilibrio con la naturaleza, con la Pachamama."[205] Reconocieron el rol protagónico de las mujeres dentro de sus cosmovisiones a pesar del colonialismo.

Para abordar el acceso a sus derechos se utilizó una triple perspectiva que articula los derechos humanos, el género y la cosmovisión indígena. Este enfoque integral puso en evidencia que las políticas públicas implementadas por el Estado en materia de salud y educación no respetaban los derechos humanos de las mujeres indígenas, ni como indígenas ni como mujeres.

Cuanto trataron el derecho a la salud, las mujeres indígenas señalaron que los principales obstáculos eran materiales: barreras geográficas, falta de medios de transporte, económicos, etc. Además, mencionaron las graves discriminaciones y violencias que viven cuando acceden a los puestos sanitarios y la falta de perspectiva de género e intercultural en las políticas sanitarias.

Al ser consultadas sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres indígenas, advirtieron que cualquier intento de acercamiento es inútil si no tiene en cuenta su pertenencia étnica. Por lo cual, consideraban que las políticas públicas no solo deben tener en cuenta el enfoque de género sino realizar un abordaje intercultural adecuado. Una mujer adulta del pueblo guaraní señalaba:

> Para la juventud, el Ministerio de Salud, manda todo tipo de personas para darnos pastillas anticonceptivas, mandan y mandan, pero no entienden que de la comunidad no vamos a dejar entrar a quien no conocemos, que no vamos a tomar una pastilla si no vemos que tiene un buen semblante en sus ojos (quien la reparte). Tienen que respetarnos, respetar nuestras asambleas del pueblo Guaraní. Es bueno que vengan a las comunidades pero con respeto. La buena salud para nuestra comuni-

[205] COAJ y ELA, *Mujeres indígenas en la provincia de Jujuy… Op. Cit.* Pág. 27.

> dad también es respeto, a nuestros jóvenes, a nuestras abuelas, a la comunidad, a la cultura guaraní.[206]

Esta experiencia desarrollada en Jujuy indica que el grupo de mujeres indígenas participantes tenía interés en conocer sobre sus derechos sexuales y reproductivos, siempre que la aproximación fuera adecuada a sus culturas y accesible en su lengua.

Además, una preocupación latente entre las mujeres era que se entendiera la salud desde una concepción integral, que no solo contemple su bienestar físico y social sino el vínculo permanente entre las mujeres, la comunidad y naturaleza. No conciben la salud fuera de sus conocimientos ancestrales y sus prácticas médicas tradicionales que están estrechamente ligadas con la contemplación, el cuidado y la conexión espiritual con la naturaleza. Así, una mujer del pueblo kolla señala: "La salud es un derecho pero no me imagino que alguien en una comunidad tenga salud si su agua está contaminada o si no puede estar en su tierra. Es un equilibrio"[207].

Con esta experiencia se advierte que para realizar puentes entre las demandas de mujeres indígenas y los demás movimientos de mujeres, es necesaria una aproximación intercultural que atienda a las reivindicaciones de las propias mujeres indígenas. Que tenga en cuenta el estrecho vínculo que existe entre las mujeres indígenas, su comunidad y la naturaleza. Si no se tienen en cuenta estos aspectos, se continúa con la misma lógica colonial que impone una única visión, unilateral. Por ello es fundamental que sean las propias mujeres indígenas las que tengan la oportunidad de manifestar cuáles son sus intereses y demandas.

En este sentido, otra propuesta política que surge de mujeres indígenas es la Marcha de Mujeres Originarias por el Buen Vivir. En 2012 mujeres de distintos pueblos originarios se reunieron y compartieron la necesidad de "hacer escuchar su voz como mujeres originarias". Con el tiempo surgió la iniciativa de convocar una marcha frente al Congreso de la Nación para proponer la implementación del Buen Vivir como un derecho para "todo el pueblo argentino".

Para Moira Millán, coordinadora de la iniciativa, la Marcha surge para visibilizar las muertes de las mujeres indígenas en "la lucha contra las trasnacionales… donde la complicidad de la policía, la justicia, los medios de comunicación vuelven completamente invisibles y borran esa realidad. La marcha de mujeres originarias se realiza para dar visibilidad a las mujeres ante todo"[208].

Las impulsoras de la iniciativa consideran que el feminicidio en las comunidades es uno de los principales problemas de las mujeres indígenas en la actualidad. Irma Caupán, mujer mapuche integrante del equipo organizador, expresaba:

---

[206] COAJ y ELA, *Mujeres indígenas en la provincia de Jujuy… Op. Cit.* Pág. 39.
[207] *Ibíd.* Pág. 40.
[208] "Buen vivir" según las mujeres de pueblos originarios: derecho, territorio, amor y lucha.", 9 de diciembre de 2016, Revista Superficie, http://revistasuperficie.com.ar/mujeres-originarias-derecho-territorio-amor-y-lucha.html Fecha de consulta: 20/03/2017.

> Una de las cosas más importantes que tenemos en este momento es el feminicidio en las comunidades, no porque se dé dentro de las propias comunidades sino que están vinculados a los conflictos con las corporaciones extractivistas y los latifundios. Se infringe violencia y terror en las comunidades para que se vayan las familias y el lugar quede liberado para el avance de los megaproyectos. Hay que tener en cuenta también que muchos hombres salen a trabajar por temporadas, como trabajadores golondrinas, y las mujeres quedan solas con sus familias. Este 3 de junio nos sumamos a la iniciativa "NiUnaMenos" porque los femicidios de las mujeres originarias están totalmente invisibilizados.[209]

Para denunciar esta situación en 2015 se realizó la "Primera Marcha de Mujeres Originarias por el Buen Vivir", donde estuvieron presentes mujeres de los distintos pueblos originarios. El objetivo de la marcha era visibilizar la situación de las mujeres indígenas ante las industrias extractivistas y expulsión de sus territorios ancestrales. Al finalizar la acción presentaron al Congreso de la Nación un anteproyecto de ley para la creación de un Consejo de Mujeres Originarias para el Buen vivir[210].

Al año siguiente se realizó la "Segunda Marcha de Mujeres Originarias por el Buen Vivir" bajo la consigna "Sin nosotras no hay país"[211]. En esta ocasión denunciaron la violencia que se ejerce contra ellas y nombraron distintos casos paradigmáticos de violaciones de derechos humanos. Tras la finalización de la marcha, las mujeres indígenas convocantes señalaron que no volverían a intentar la vía estatal porque "en ellos perdemos tiempo y destino". Por lo que consideraron que su tarea consistiría en realizar un relevamiento de feminicios indígena. Moira Millán decía:

> Tiene que haber una gran campaña de concientización sobre lo que está pasando en nuestros territorios, fundamentalmente con las mujeres indígenas. Nos sentimos muy solas. Porque los movimientos de las organizaciones indígenas, si bien hablan del extractivismo y demás, no están recogiendo una realidad que la tienen al lado, la violencia hacia las mujeres originarias. Y no solo la doméstica sino también la de las empresas. No nos dan visibilidad ni siquiera los líderes de las organizaciones de nuestros pueblos. Nunca los escucho teniendo solidaridad con nuestras mujeres que están siendo asesinadas.[212]

Por último, el 8 de marzo de 2017 emitieron un comunicado en el marco de día internacional de la mujer trabajadora. En esta ocasión señalaron "Nosotras las Mujeres Indígenas de las 36 Naciones y las mujeres negras, somos conscientes de que pertene-

---

[209] Mujeres caminando por el "buen vivir" en Comunicar Igualdad, 5 de junio de 2015. Disponible en: http://www.comunicarigualdad.com.ar/mujeres-caminando-por-el-buen-vivir/. Fecha de consulta: 20/03/2017.

[210] El objetivo del Consejo es realizar procesos de consulta, participación, información y difusión para elaborar y proponer normativas y políticas que garanticen y efectivicen el Buen Vivir. Estaría compuesto por dos consejeras de cada pueblo, elegidas por sus propios modos de organización, y se proponía dotarlo de iniciativa parlamentaria.
Para acceder al Anteproyecto de ley "Creación del consejo de mujeres originarias por el buen vivir", ver: https://mujeresoriginariasporelbuenvivir.files.wordpress.com/2015/04/proyecto-ley-consejo-mujeres-originarias.pdf Fecha consulta: 20/03/2017.

[211] "Segunda marcha de mujeres originarias por el buen vivir", Notas, 26 de abril de 2017. Disponible en: https://notasperiodismopopular.com.ar/2016/04/26/segunda-marcha-mujeres-originarias-buen-vivir/ Fecha de consulta: 27/ 03/2017.

[212] "Cartografía indígena en tiempos PRO (I)", Derrocando a Roca, 10 de agosto de 2016... *Op. Cit.*

cemos al estrato Social más oprimido de este País." Denunciaron, entre otras cosas, la situación de las mujeres indígenas en el ámbito laboral:

> En el ámbito laboral las Mujeres indígenas conformamos la mayor parte de la mano de obra esclava en el empleo doméstico, esto significa en la mayoría de los casos trabajos en negro sin obra social, con muy baja remuneración, expuesta al abuso sexual y la sobreexplotación de nuestro cuerpo, sobre todo para las hermanas que trabajan cama a dentro, donde se viola sus derechos laborales con jornadas que superan ampliamente las 8 horas.[213]

Igualmente mencionaron las violencias que sufren las mujeres indígenas en la maternidad y apropiación legal de sus criaturas, el aumento del tráfico de niños y niñas indígenas en Argentina y la situación de las niñas indígenas donde la pobreza y el maltrato las colocan como el sector más violentado.

Las distintas denuncias y reivindicaciones mencionadas reflejan la variedad de aproximaciones y experiencias políticas de mujeres indígenas que existen en Argentina. Algunas mujeres optan por la vía institucional, mientras que otras previeren movimientos sociales autónomos. Unas optan por organizaciones solo de mujeres, otras las prefieren mixtas. Pese a las diferencias, es común la denuncia de la exclusión que viven sus pueblos y la exigencia del cumplimiento de sus derechos tanto en la dimensión individual y colectiva.

En sus reivindicaciones las mujeres indígenas evidencian que la subsistencia como pueblos, les dará la posibilidad de llevar una vida digna como mujeres. Al mismo tiempo disputan a los varones indígenas la participación tanto en el ámbito comunitario como público, cuestionan las relaciones de poder al interior de las comunidades y exigen una mayor participación en los asuntos que les afectan. Además, en las demandas analizadas se puede observar que, en general, las mujeres indígenas exigen que sus demandas se cumplan para todos los integrantes de la comunidad. Aunque también hacen referencia específica a las violencias que sufren al interior de sus comunidades y exigen un cambio en las mismas.

El hacer mención principalmente a las reivindicaciones colectivas responde a su propia cosmovisión donde existe continuidad entre el cosmos, lo comunitario y lo individual. De los documentos analizados se desprende que es poco usual que las mujeres indígenas reivindiquen lo propio sin tener en cuenta el contexto en el que viven. Su lucha por las tierras, territorios y acceso a recursos es indispensable porque es la base para recuperar su *primer territorio cuerpo.* Base de subsistencia como mujeres y como la mitad de sus pueblos. Como se advierte de la experiencia relatada en Jujuy el acceso a derechos es concebido de una manera integral conectado con la naturaleza, la comunidad y las mujeres.

[213] Manifiesto de las Mujeres indígenas de las 36 Naciones, 8 de marzo de 2017. Disponible en: https://www.originarias.net/manifiesto-de-las-mujeres-indigenas-de-las-36-naciones/ Fecha de consulta: 28/03/2017.

CAPÍTULO 5: PROPUESTAS FEMINISTAS CONTRA-HEGEMÓNICAS Y LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL.

1. INTRODUCCIÓN

La teoría y los movimientos feministas han contribuido notablemente a visibilizar cómo opera el patriarcado en las sociedades occidentales y/u occidentalizadas. Han estudiado y demostrado la desigualdad y falta de libertad que enfrentan muchas mujeres y han generado importantes cambios a nivel teórico y social. Además, han contribuido a impugnar la supuesta neutralidad y universalidad del sujeto político/jurídico, al mostrar que solo representa las necesidades e intereses de los varones, blancos y propietarios.

En la actualidad existen tantas perspectivas diferentes y, hasta divergentes, que se autodenominan feministas, que resulta más preciso hablar de los feminismos en plural. Una de las discusiones más ricas que han surgido en torno a este aspecto es acerca de quién constituye el sujeto político del feminismo. Se ha cuestionado al feminismo *hegemónico*[1] el haber universalizado las experiencias de un grupo determinado de mujeres y haber asumido la representación del género femenino. Además, se han señalado los efectos perjudiciales que la homogeneización de la categoría mujer genera hacia aquellas mujeres que no entran dentro de tales cánones.

Distintas autoras y activistas feministas negras, chicanas, indígenas, postcoloniales y decoloniales, han visibilizado la pluralidad y heterogeneidad que existe dentro de la categoría "Mujer". Han puesto en evidencia cómo distintos ejes de dominación se articulan e impactan de diferente manera en la vida de las mujeres. Entre las aportaciones de estas pensadoras se encuentra la interseccionalidad como una herramienta teórica y analítica que permite explicar la específica situación en que se encuentran distintas mujeres.

---

[1] Cuando se hace referencia al *feminismo hegemónico* se toman las críticas que realizan autoras diversas (algunas desarrolladas en este capítulo) sobre los planteamientos feministas que han adquirido cierta hegemonía. Principalmente aquellos que provienen de autoras y/o activistas *blancas* ubicadas en Europa y Estados Unidos.

Chandra Mohanty, en su texto "Bajo los ojos de Occidente: academia feminista y discurso colonial", entiende al feminismo *occidental* como un discurso específico que coloca sus propios sujetos autorales como el referente implícito, es decir, como la unidad de medida mediante la cual se codifica y representa al Otro cultural. Con esta denominación no se pretende hacer referencia a un espacio territorial específico, sino a un discurso que coloca sus propios sujetos autorales como el referente implícito. Es decir, asumen sus propias historia y cultura como la norma y codifican las demás como "la Otra". SUÁREZ NAVAZ, L. y HERNÁNDEZ CASTILLO, R. (eds.), *Descolonizando el Feminismo: Teorías y prácticas desde los márgenes*, Ed. Cátedra, Madrid, 2008.

Otras autoras y pensadoras feministas, en especial afrodescendientes y mujeres *de color*, nombran como *feminismo blanco* a las propuestas elaboradas en su mayor parte por mujeres blancas de sociedades occidentales y/u occidentalizadas. La expresión de mujeres de color es utilizada para hacer referencia a aquellas mujeres que no entran dentro de la categoría de lo *blanco*.

A lo largo del texto se utiliza la expresión feminismo hegemónico para hacer referencia al predominio de una racionalidad específica que puede desarrollarse en distintos espacios geográficos, tanto en países del hemisferio norte como sur. Distintas autoras latinoamericanas han utilizado este término para calificar al feminismo dominante. Ver: MILLÁN, M. (coord.), *Más allá del feminismo… Op. Cit.*

En este capítulo se presentan las propuestas de distintas autoras feministas que permiten visibilizar la heterogeneidad de las mujeres. Sus análisis atienden las necesidades de mujeres diversas que han quedado excluidas de los relatos del feminismo hegemónico y advierten los efectos que tales exclusiones producen. Luego de analizar la interseccionalidad y las aportaciones de los feminismos negros, se estudia cómo autoras feministas descoloniales[2] han estudiado la interacción entre el patriarcado y la colonialidad/racismo. El capítulo tiene por objetivo estudiar cuáles son las herramientas teóricas y analíticas que proponen para entender la relación entre patriarcado y colonialidad del poder. Lo que permite tratar de una manera más adecuada las necesidades de mujeres que quedan fuera de los relatos dominantes tanto en la lucha anti-racista como feminista.

En la segunda parte del capítulo se presentan los instrumentos internacionales que reconocen los derechos a las mujeres y las distintas actuaciones de los órganos y organismos de derechos humanos en la materia. En especial, se analiza el tratamiento que reciben las mujeres indígenas dentro de este ámbito. En función de las propuestas realizadas por las autoras presentadas en la primera parte, se rescatan las herramientas que son útiles para la defensa de los derechos de las mujeres indígenas. También se advierten aquellas perspectivas que reflejan una mirada eurocéntrica y colonial. En el último apartado, se presentan algunas propuestas que mujeres indígenas de Latinoamérica han realizado en el ámbito internacional para combatir las múltiples formas de violencias que enfrentan.

Por último, es necesario destacar que las propuestas teóricas aquí presentadas, de una manera un tanto esquemática, han adquirido gran desarrollo posterior. Las trayectorias de los textos y las autoras que se exponen fueron distintas: algunas reflexiones fueron criticadas, otras matizadas, otras autoras desarrollaron sus propuestas con mayor detalle, otras las actualizaron para responder a los cambios de coyuntura política, etc. Aquí se toman solo alguna de las aportaciones que brindan herramientas para analizar el caso de análisis y responder a las preguntas que el mismo plantea.

2. PROPUESTAS DE LOS FEMINISMOS CONTRA-HEGEMÓNICOS

2.1. Feminismos negros

2.1.1. La interseccionalidad como herramienta analítica

Kimberly Crenshaw, jurista afroamericana, propuso la palabra *interseccionalidad* para explicar la forma en que la raza y el género se interrelacionan en el contexto de la violencia contra *las mujeres color*[3] en Estados Unidos.

---

[2] Entre las autoras que se inscriben dentro de esta propuesta, hay algunas que hablan de feminismo *descolonial* y otras de feminismo *decolonial*. En el capítulo se utiliza la palabra descolonial, salvo que la autora tratada lo utilice de otro modo. Ello porque se entiende que lo descolonial se trata de un proceso continuo, no acabado, que se va desarrollando con el transcurso del tiempo. Ver: MILLÁN, M. (coord.), *Más allá del feminismo….Op. Cit.*

[3] El término *mujeres de color* surge en Estados Unidos durante los años ochenta para aglutinar las opresiones comunes, en torno al racismo, que vivían las mujeres de procedencias nacionales y étnicas/raciales

La autora cuestiona las políticas de identidad desplegadas en Estados Unidos para combatir la violencia contra las mujeres y el racismo al mostrar que el contenido descriptivo de las categorías usadas y las narrativas en que se basan, privilegian algunas experiencias y excluyen a otras. Es decir, que la identidad del grupo se centra en las experiencias de unos pocos e ignoran las diferencias al interior del grupo. Ello es problemático porque la violencia que muchas mujeres de color experimentan a menudo se forma por más dimensiones de su identidad, como la raza y la clase. Además, señala que no tener en cuenta la diferencia *dentro* de los grupos contribuye a crear tensión *entre* los grupos.

Crenshaw[4] estudia casos judiciales en los cuales las denuncias de las mujeres negras por discriminación eran sistemáticamente rechazadas porque se aplicaban de manera excluyente las legislaciones contra el sexismo y racismo. Ilustra cómo muchas de las experiencias que enfrentan las mujeres negras en Estados Unidos no encajan dentro de los límites tradicionales de la raza o de la discriminación de género. Ello porque la intersección del racismo y el sexismo actúa en la vida de estas mujeres de formas que no pueden ser capturadas por completo al ver las dimensiones raciales o de género por separado.

Esto se debe a que las experiencias de las mujeres de color son frecuentemente fruto de patrones de racismo y sexismo que se cruzan y que no están representadas dentro de los discursos del feminismo o antirracismo. Además, advierte que en los sistemas donde la raza, el género y la dominación de clase convergen, las estrategias de intervención basadas únicamente en las experiencias de mujeres que no comparten la misma clase o raza será una ayuda limitada para las mujeres que enfrentan obstáculos diferentes debido a su raza y clase. Este aspecto es importante tener en cuenta al estudiar la situación de las mujeres indígenas y sus reivindicaciones.

La autora expone tres expresiones distintas de la interseccionalidad. En primer lugar, analiza la *interseccionalidad estructural,* es decir, las formas en que la ubicación

---

distintas. Su uso fue extendido y utilizado por distintas autoras feministas críticas hacia el feminismo hegemónico.

Dice María Lugones "mujeres de color es una frase que fue adoptada por las mujeres subalternas, víctimas de dominaciones múltiples en los Estados Unidos… no apunta a una identidad que separa, sino a una coalición orgánica entre mujeres indígenas, mestizas, mulatas, negras: cherokees, puertorriqueñas, sioux, chicanas, mexicanas, pueblo, en fin, toda la trama compleja de las víctimas de la colonialidad del género. Pero tramando no como víctimas, sino como protagonistas de un feminismo decolonial". LUGONES, M. "Colonialidad y género" en *Tabula Rasa... Op.Cit*. Nota al pie núm. 3. Pág. 75.

[4] En el artículo "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", publicado en 1989, la autora utiliza la palabra interseccionalidad por primera vez y se refiere específicamente a la situación de las mujeres negras de los Estados Unidos. En su posterior artículo "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color" hace referencia a las mujeres de color, que como se ha visto, es un término que comprende a más mujeres.

Para presentar su propuesta se toman ambos artículos, ver: CRENSHAW, K., "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics" en *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, article 8, 1989. Disponible en: http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8 (Fecha de consulta: 10/05/2017); CRENSHAW, K., "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color" en *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991.

de las mujeres de color en la intersección de raza y de género hace que su experiencia real de la violencia doméstica, la violación y la reforma correctivas sea cualitativamente diferente a la de las mujeres blancas. En la segunda parte presta atención hacia la *interseccionalidad política*, donde analiza cómo las políticas feministas y antirracistas, paradójicamente, a menudo han ayudado a marginar la cuestión de la violencia contra las mujeres de color. En la tercera parte, analizan *interseccionalidad representacional*, es decir, cómo la producción de imágenes de las mujeres de color y las contestaciones sobre estas imágenes tienden a ignorar sus intereses interseccionales.

Especial mención requiere algunas consecuencias de la interseccionalidad política. Para Crenshaw, este concepto refleja que las mujeres de color están situadas dentro de dos grupos subordinados que frecuentemente persiguen agendas conflictivas. Lo que les implica dividir sus energías políticas entre dos grupos a veces opuestos, una dimensión de su desapoderamiento que los varones de color y las mujeres blancas rara vez enfrentan.[5]

Además, advierte que aunque la retórica de ambas agendas incluye formalmente a las mujeres de color, el feminismo no problematiza el racismo, ni los discursos antiracistas el sexismo. Lo que hace que las experiencias de las mujeres no se encuentren reconocidas ni representadas en ninguno de los grupos. Para Crenshaw es la experiencia del racismo como la experimentan los varones de color lo que tiende a determinar las estrategias antirracistas. Por su parte, el sexismo experimentado por las mujeres blancas tiende a fundamentar los movimientos de las mujeres. Dice la autora:

> The problem is not simply that both discourses fail women of color by not acknowledging the "additional" issue of race or of patriarchy but that the discourses are often inadequate even to the discrete tasks of articulating the full dimensions of racism and sexism. Because women of color experience racism in ways not always the same as those experienced by men of color and sexism in ways not always parallel to experiences of white women, antiracism and feminism are limited, even on their own terms.[6]

[5] Nancy Fraser también analiza esta cuestión al advertir que con el descentramiento de la "clase" y el mayor auge de las reivindicaciones en torno a las identidades, los movimientos sociales se han movido en torno a ejes transversales de diferencias. Al enfrentarse a un conjunto de injusticias, sus reivindicaciones se solapan ya que la injusticia cultural y económica se entrecruzan. Las exigencias de transformación cultural se entremezclan con las exigencias de transformación económica, ambas se dan en el seno de los movimientos y a caballo. Sin embargo, para Fraser, las reivindicaciones basadas en la identidad tienden a predominar, mientras que las exigencias de redistribución parecen ir en retroceso. Ver: FRASER, N., "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en una era "postsocialista"" en FRASER, N., CARBONERO, M. y VALDIVIELSO, J., *Dilemas de la justicia en el siglo XXI: género y globalización*, Ed. Universitat de les Illes Balears, España, 2011.

[6] "El problema no es simplemente que ambos discursos fallan a las mujeres de color al no reconocer la cuestión "adicional" de la raza o del patriarcado, sino que estos discursos son a menudo inadecuados incluso para tareas discretas de articular todas las dimensiones del racismo y el sexismo. Debido a que las mujeres de color viven el racismo de maneras no siempre iguales a las experimentadas por hombres de color y sexismo en maneras no siempre paralelas a las experiencias de las mujeres blancas, el antirracismo y el feminismo son limitados, incluso en sus propios términos." (Traducción propia) CRENSHAW, K., "Mapping the Margins… *Op. Cit*. Pág. 1252.

Asimismo, una de las consecuencias políticas más preocupantes, para la autora, del fracaso de los discursos antirracistas y feministas para abordar las intersecciones es que un análisis niega implícitamente la validez del otro. Es decir, que la incapacidad del feminismo para interrogar el racismo significa que las estrategias del feminismo a menudo refuerzan la subordinación de las personas de color. Mientras que la incapacidad del antirracismo para cuestionar al patriarcado significa que el antirracismo frecuentemente reproducirá la subordinación de las mujeres. Estas exclusiones mutuas presentan un dilema político para las mujeres de color porque la adopción de cualquier de los análisis constituye la negación de una dimensión fundamental de su subordinación y dificulta el desarrollo de un discurso político que empodere a las mujeres de color.

Por ello, para Crenshaw[7], es necesario que se reconozcan las ramificaciones de la estratificación racial entre las mujeres, al mismo tiempo que la agenda antirracista reconozca la violencia intragrupal contra las mujeres de color. Ya que marginar estos aspectos hace que las mujeres de color no tengan medios para vincular sus experiencias con la de otras mujeres. Este aislamiento limita los esfuerzos para politizar la violencia sexual dentro de las comunidades de color y permite el silencio que rodea a estos temas.

Asimismo, para la autora, dentro de la comunidad afroamericana, las mujeres negras deben enfatizar que el patriarcado es un tema crítico que afecta la vida tanto de las mujeres como de los hombres negros. Ello ayudará a reformular las prácticas tradicionales de modo que la evidencia del racismo no contribuya a una justificación de los valores patriarcales. Así para la Crenshaw[8], aunque la oposición colectiva al racismo continúa siendo crucial para proteger los intereses de las personas negras, una sensibilidad feminista negra requerirá que los términos de unidad no sean en base a la continua marginación de las mujeres negras.

A partir de la propuesta de Crenshaw la interseccionalidad ha adquirido gran desarrollo por parte de la teoría y movimiento feminista[9]. Son numerosos los estudios, debates, publicaciones y políticas que se han desarrollado en torno a esta propuesta teó-

[7] CRENSHAW, K., "Mapping the Margins… *Op. Cit.* Pág. 1282.
[8] *Ibíd.* Pág. 1295.
[9] La literatura actual sobre la intersección es abundante. En 2006 el volumen 13 del *European Journal of Women's Studies* estuvo dedicado exclusivamente al estudio de la interseccionalidad, donde intervinieron distintas autoras que trataron el tema desde diferentes ámbitos. Ver: *European Journal of Women's Studies*, volume 13, Issue 3, August 2006. También las revista electrónica *Politics and Gender,* (vol. 3, marzo de 2007), y *Feminist Review* tienen monográficos dedicados a esta temática (vol. 108, noviembre 2014, vol. 98, septiembre 2011). En 2013 *Sing, Journal of Women in Culture and Society* dedicó un volumen a la temática, titulado Interseccionality: Theorizin Power, emporwering Theory (vol. 38, núm. 4, verano de 2013).

Para una introducción consultar: CRENSHAW, K., "Demarginalizing the intersection of race and sex…*Op. Cit.*; PHOENIX, A. y PATTYNAMA, P., "Intersectionality" en *European Journal of Women's Studies*, 2006; DAVIS, K., ""Interseccionality as a buzzword" A sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful" en *Feminist Theory,* núm. 9, 2008; MCCALL, L., "The Complexity of Intersectionality" en *Signs*, vol. 30, núm. 3, Spring 2005; CUBILLOS, J., "La importancia de la interseccionalidad para la investigación feminista" en *Oxímora, Revista Internacional de Ética y Política*, núm. 7, otoño 2015; ROMERO BACHILLER, C. y MONTENEGRO, M., "La interseccionalidad como situación" en *Revista de Estudios de Juventud*, 89, 2013; NASH, J., "Re-thinking Intersectionality" en *Feminist Review,* núm. 89, 2008; AHMED, S., *On being included*, Ed. Duke University Press, Durham, 2008.

rica y analítica. Organismos internacionales como la ONU y Unión Europea han adoptado este enfoque para sus políticas anti discriminatorias[10].

Sobre el posterior desarrollo que se ha realizado de la interseccionalidad cabe mencionar tres cuestiones.

En primer lugar, que en distintas ocasiones el uso de la interseccionalidad no ha logrado superar la lógica aditiva o de yuxtaposición de opresiones que intentaba cuestionar. Aquella que explica las distintas problemáticas de las mujeres haciendo referencia a la "doble o triple discriminación" que viven. Es decir, suponer que existe una mujer a la que se le van agregando "capas" de opresiones. Lo que implica pensar que las opresiones se suman a un sujeto previo ya constituido. Una manifestación de ello son los análisis con perspectiva de género que para tratar ciertas problemáticas explican que las vulnerabilidades aumentan porque "además de ser mujer" es indígena, lesbiana, migrante, etc. (o cualquier otra identidad generalmente discriminada).

Otra forma en la que opera esta lógica está presente en los análisis que tratan cuestiones generales de "las mujeres" y luego, de forma adicional, problemáticas de otras mujeres, como migrantes, indígenas, lesbianas, etc. Estos análisis son limitados porque no tienen en cuentan que los distintos marcadores condicionan las experiencias de las mujeres en todos los ámbitos de su vida. Además, no profundizan sobre lo sistémico/constitutivo de ciertos ejes (como el racismo y clasismo), sino que son tratados como una adición individual a la condición previa de mujeres.

En segundo lugar, otro (mal) uso que se ha hecho de la interseccionalidad es la exaltación y la fragmentación de las identidades. Al analizar la aplicación del concepto que distintas agencias internacionales de mujeres han realizado, Nira Yuval Davis[11] advierte que en la actualidad se produce una fragmentación y multiplicación de las categorías identitarias en vez de una más dinámica, cambiante y múltiple construcción de la interseccionalidad. Lo que genera el efecto contrario de lo que se pretendía con los análisis interseccionales, que era visibilizar las experiencias de los miembros más marginados de una categoría social, denunciar la homogeneización de los discursos identitarios hegemónicos e impedir cualquier intento de esencializar "la negritud" o el ser mujer.

---

[10] En el ámbito de la UE Lombardo y Verloo advierten, por ejemplo, cómo la aplicación de la interseccionalidad generó el tránsito de un "enfoque unitario" de las discriminaciones hacia uno "múltiple". Así, mientras que durante la década de los ochenta se crearon unidades políticas y comités específicos que trabajaban sobre determinadas discriminaciones, ahora existe la tendencia a crear organismos cubren varias desigualdades. Para las autoras el tratamiento interseccional de UE sólo yuxtapone distintas desigualdades en lugar de tratar las intersecciones existentes. LOMBARDO, E. y VERLOO, M., "La 'interseccionalidad' del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea" en *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 23, Julio 2010

En los siguientes apartados se analiza cómo el Comité de la CEDAW ha incorporado esta perspectiva en sus recomendaciones. Para consultar la aplicación del principio en ONU y UE, ver: YUVAL-DAVIS, N., "Intersectionality and Feminist Politics" en *European Journal of Women's Studies*, 13, 2006; VERLOO, M., "Una atenta mirada a les desigualtats múltiples, a les seves interseccions i com es tracten a Europa" en BODELÓN, E. y GIMÉNEZ, P., *Construint els drets de les dones. Dels conceptes a les polítiques local*, Ed. Diputació de Barcelona, Barcelona, 2008. Pp.17-36.

[11] YUVAL-DAVIS, N., "Intersectionality and Feminist Politics" en *European Journal of Women's Studies... Op. Cit.* Pp. 193-209.

Lo que propone el análisis interseccional es atender a la localización específica que tienen las personas por la interacción de distintos ejes. Como advierte Nira Yuval-Davis, el objetivo de la interseccionalidad no es encontrar los distintos ingredientes que componen la identidad, sino atender a la localización específica que ella produce.

Otro efecto negativo de tal fragmentación es que termina generando una mera exaltación de la diversidad, sin tener en cuenta las desigualdades que ella produce, y en los sistemas en los que se inscribe. En este sentido, Ochy Curiel[12] explica que no se trata solo de abordar las identidades de manera fragmentaria sino también el carácter estructural y sistémico que tienen y su vinculación con la continuidad de las estructuras de opresión/dominación.

En tercer lugar, se advierte cómo el marcador racial se fue desplazando en algunos estudios posteriores hasta convertirse en un eje muchas veces sustituible. En virtud de ello, se opta por hacer mención exclusivamente a las propuestas de Crenshaw para enfatizar el análisis de la intersección entre el género y la raza a la ella hacía mención. Desarrollos posteriores de la propuesta han privilegiado otros ejes de análisis como la heteronormatividad, nacionalismos, capacitismo, edad, etc. Ello genera el riesgo de excluir o colocar en un lugar accesorio cómo el racismo interactúa en estos aspectos.[13] En este sentido advierte Angela Davis:

> Recientemente, el movimiento trans, por ejemplo, se ha convertido en un importante territorio donde luchar por la justicia. Con todo, hay una diferencia fundamental entre las representaciones dominantes de las cuestiones trans, que habitualmente hacen hincapié en la identidad individual, y los movimientos trans interseccionales, que consideran que tanto la raza como la clase son elementos fundamentales en las luchas de las personas trans. En vez de centrarse en el derecho de la persona a 'ser' él mismo, ella misma, o ell@ mism@, estos movimientos trans afrontan la violencia estructural (en manos de la policía, la prisión, el sistema sanitario, el sistema de la vivienda, el ámbito laboral, etc.) que las mujeres trans de color tienen más probabilidades de experimentar que ningún otro grupo de la sociedad. En otras palabras, luchan por unas transformaciones radicales de nuestras sociedades en contraposición a la asimilación en un estado de cosas determinado e inamovible.[14]

Por otra parte, si bien Crenshaw realiza un gran aporte con su propuesta, cabe mencionar que con anterioridad distintas autoras y activistas feministas (negras, chicanas, poscoloniales) ya habían realizado sus análisis teniendo en cuenta la específica posición en la que se encontraban las mujeres afroamericanas o de color ante la interrelación del género, la clase y raza. Principalmente se había problematizado la categoría

---

[12] CURIEL, O., "La descolonització des d'una proposta feminsitas crítica" en *Descolonització i despatriacalització de i des dels feminismes d' Aybya Yala*, Ed. Acsur Las segovias, Barcelona, 2015.

[13] Véase: PLATERO MÉNDEZ, R. (Ed.), *Intersecciones. Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, Ed. edicions Bellaterra, Barcelona, 2012; RODÓ, M., "El acceso de la juventud al espacio público en Manresa. Una aproximación desde las geografías feministas de la interseccionalidad" en *Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, vol. XIX, núm. 504, 1 de mayo de 2015; RODÓ, M., "Young lesbians negotiating public space: an intersectional approach through places" en *Children's Geographies*, vol. 13, 2015.

[14] Entrevista a Angela Davis en Periódico Diagonal, 08 de septiembre de 2016. Disponible en: https://www.diagonalperiodico.net/libertades/31326-raza-genero-y-clase-son-elementos-entrelazados.html Fecha de consulta: 09/05/2017.

"Mujer" sobre la que teorizaban el feminismo blanco estadounidense, al considerar que no respondía a la diversidad de las mujeres, y la consideración del patriarcado, como el único sistema de opresión hacia las mujeres.

Estas propuestas surgieron para poner énfasis en la necesidad de que los estudios y prácticas feministas tuvieran en cuenta las conexiones entre el género, la clase y la heterosexualidad en los procesos de racialización. Cuestionaba el tratamiento por separado de las categorías de "género", "raza" o "clase" por ser homogeneizadores y excluyentes de quienes no tenían poder suficiente para incidir en las representaciones dominantes. Por ello, el aporte de la mirada interseccional es que atiende al papel que el racismo o los procesos de racialización tienen en la vida de las mujeres. Cuestión que los feminismos hegemónicos habían excluido al tomar como patrón universal las experiencias de las mujeres, blancas y clase media.

En este sentido Angela Davis advierte que "el uso generalizado de la categoría 'mujer' escondía una racialización clandestina operativa dentro de esta categoría, según la cual 'mujeres' en realidad significaba 'mujeres blancas' o, aún más concretamente, 'mujeres blancas acomodadas'"[15].

Así, ante la centralidad que ha adquirido la mirada interseccional en los últimos años, no se puede olvidar que el término surge para explicar la interacción entre el racismo y patriarcado en las mujeres de color. Omitir estos ejes puede quitarle el contenido político y transformador de la propuesta, para terminar utilizándola como una mera explicación de la relación entre identidades individuales desvinculándola de los sistemas que las crean, la legitiman y perpetúan.

2.1.2. ¿Acaso no soy una mujer?

En 1852 Sojourner Truth, una mujer negra que había nacido esclavizada, preguntaba en un discurso si acaso ella no era una mujer. Con ello intentaba cuestionar la visión dominante sobre las mujeres en la época y visibilizar la no humanidad de las mujeres negras en los Estados Unidos. Su discurso en la Convención de los Derechos de la Mujer en Akron, Ohio, conocido como *¿Acaso no soy una mujer?,* forma parte del legado de miradas críticas de las feministas negras de ese país. Decía:

> Los caballeros dicen que las mujeres necesitan ayuda para subir a las carretas y para pasar sobre los huecos en la calle y que deben tener el mejor puesto en todas partes.
>
> Pero a mí nadie nunca me ha ayudado a subir a las carretas o a saltar charcos de lodo o me ha dado el mejor puesto! y ¿Acaso no soy una mujer? ¡Mírenme! ¡Miren mis brazos! ¡He arado y sembrado, y trabajado en los establos y ningún hombre lo hizo nunca mejor que yo! Y ¿Acaso no soy una mujer? Puedo trabajar y comer tanto como un hombre si es que consigo alimento y puedo aguantar el latigazo también! Y ¿Acaso no soy una mujer? Parí trece hijos y vi como todos fueron vendidos como esclavos, cuando lloré junto a las penas de mi madre nadie, excepto Jesús Cristo, me escuchó y ¿Acaso no soy una mujer?

[15] Entrevista a Angela Davis en Periódico Diagonal… *Op. Cit.*

…. ¿Qué tiene a que ver todo esto con los derechos de las mujeres y de los negros?

Si mi cántaro solamente puede contener una pinta y el de ustedes un cuarto, ¿no sería muy egoísta de parte de ustedes no dejarme tener mi pequeña mitad llena? Entonces el pequeño hombre vestido de negro dice que las mujeres no pueden tener tantos derechos como los hombres…[16]

Décadas después, durante los setenta, el manifiesto del *Combahee River Collective Statement* marcó los principales ejes que seguirán los desarrollos posteriores del feminismo negro en Estados Unidos. En 1977 un grupo de feministas afroamericanas publicaron esta declaración tras años de encuentros para analizar la situación de las mujeres negras en ese país. Fue un importante antecedente del desarrollo de la interseccionalidad porque abordan una mirada integral de las opresiones que vivían las mujeres negras. Declaraban:

The most general statement of our politics at the present time would be that we are actively committed to struggling against racial, sexual, heterosexual, and class oppression, and see as our particular task the development of integrated analysis and practice based upon the fact that the major systems of oppression are interlocking. The synthesis of these oppressions creates the conditions of our lives.[17]

Por su parte, recordaban que durante la Historia habían existido activistas negras que han identificado cómo su identidad sexual se combinaba con su identidad racial para hacer única su situación de la vida y enfocar sus luchas políticas únicas. Advertían que les resultaba difícil separar la raza de la clase y de la opresión sexual porque en sus vidas eran experimentadas de forma simultánea.

En la declaración manifestaban que su situación como parte del pueblo negro requiere una solidaridad en torno a la raza, que las mujeres blancas no tenían que afrontar. Por lo que luchan junto a los hombres negros frente al racismo mientras que luchan contra ellos por el sexismo. Por ello consideraban que la principal dificultad de su trabajo político es que trataban de abordar toda una gama de opresiones. Ya que si bien una posición antirracista y anti-sexistas las unió inicialmente, luego integraron la lucha contra el heterosexismo y a la opresión económica bajo el sistema capitalista.

Bajo esta mirada integral, indicaban que la liberación de los pueblos oprimidos requería la destrucción de los sistemas político-económicos del capitalismo y el imperialismo, así como el patriarcado. Creían que la libertad de las mujeres negras permitiría que las demás personas fueran libres, ya que su libertad requeriría la destrucción de los distintos sistemas de opresión. Por ello adoptaban una política inclusiva, que les llevaba

[16] TRUTH, S., "¿No soy yo una mujer?" en Tribuna Feminista. Disponible en: http://www.tribunafeminista.org/2016/07/sojourner-truth-no-soy-yo-una-mujer/ Fecha de consulta: 08/04/2017.

[17] Combahee River Collective, "A Black Feminist Statement" en MORAGA, C. y ANZALDÚA, G., *This Bridge Called My Back: Writtings by Radical Women of Color*, Ed. Kitchen Table, Women of Color Press, Nueva York, 1981. Pág. 210. "Nuestra postura política más general en la actualidad es que estamos comprometidas activamente con luchar contra la opresión racial, sexual, heterosexual y de clase, y vemos como nuestra tarea particular hacer un análisis y práctica integradas, basadas en el hecho de que los principales sistemas de opresión se interrelacionan. La síntesis de estas opresiones crean las condiciones de nuestras vidas." (traducción propia).

a trabajar con aquellas luchas en las que la raza, el sexo y la clase eran factores simultáneos en la opresión.

Sin embargo, consideraban que ningún otro movimiento había tomado la opresión específica de las mujeres negras como una prioridad o había trabajado seriamente para el fin de esa opresión. Señalaban que la liberación de las mujeres negras es una necesidad autónoma y no como el complemento de otras liberaciones. En tal sentido, se mostraban preocupadas por el racismo en el movimiento de mujeres blancas. Ya que eran conscientes del poco esfuerzo que se hacía para comprender y combatir su racismo, lo que requería una comprensión más que superficial de la raza, color, historia y cultura negra. Declaraban que la eliminación del racismo en el movimiento de las mujeres blancas era un trabajo para las mujeres blancas, pero que ellas seguirían hablando y exigiendo responsabilidad en ese tema.

Por su parte, en esta época existieron autoras negras que en el ámbito académico hicieron especial hincapié en la relación entre el género, la raza y la clase. Es conocido el trabajo de Ángela Davis, bell hooks[18], Patricia Collins, Audre Lord y otras autoras feministas negras que estudiaron esta cuestión.[19]

En un texto ya clásico bell hooks[20] advierte que la historia del feminismo estadounidense no ha surgido de las mujeres que son víctimas directas de la opresión sexista. Para la autora las mujeres blancas que han dominado el discurso feminista rara vez se han cuestionado si sus perspectivas de la realidad se adecuaban o no con las experiencias vitales de las mujeres estadounidenses como colectivo. Considera que el aislamiento respecto de grupos de mujeres de otra clase y raza les impidió tener una base comparativa inmediata para poner a prueba sus presupuestos básicos sobre la opresión común que viven las mujeres.

Para fundamentar sus afirmaciones la autora toma como referencia, no solo sus experiencias en el movimiento feminista estadounidense y en el ámbito universitario, sino la obra de Betty Friedan *Mística de la Feminidad* publicada en 1963. Tanto la obra como Friedan tuvieron gran protagonismo en el feminismo estadounidense de la época. En su obra, también clásica dentro del pensamiento feminista, indaga sobre la problemáticas de las mujeres de clase media estadounidenses, muchas de las cuales se encontraban deprimidas y dependientes del alcohol y psicofármacos. Para la autora la raíz de la insatisfacción de las mujeres estadounidenses de los años 60, ese "problema que no tie-

[18] Nombre propuesto por la autora.

[19] Para una compilación en castellano de los principales textos de feministas negras, consultar: JABARDO, M. (ed.), *Feminismos negros. Una antología*, Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2012.

Para obras individuales: LORDE, A., *La hermana, la extranjera*. Ed. Horas y Horas, Madrid, 2003; HILL COLLINS, P., *Black Feminist Thought*. *Knowledge, consciousness, and the politics of empowerment,* Ed. Routledge, Nueva York, 2000; HILL COLLINS, P., "La política del pensamiento feminista negro" en NAVARRO, M. y STIMPSON, C. (comps.), *¿Qué son los estudios de mujeres?*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998; DAVIS, A., *Mujeres, raza y clase*, Ed. Akal, Madrid, 2014.

[20] HOOKS, B., "Mujeres negras. Dar forma a la teoría feminista" en BELL HOOKS *et al., Otras inapropiables. Feminismos desde las fronteras,* Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2004. Varias de las ideas que expone en el artículo, se encuentran más desarrolladas en el libro: HOOKS, B., *Ain't a woman. Black women and feminism*, Ed. Pluto Press, Londres, 1982.

ne nombre"[21], era la mística de la feminidad, un conjunto de discursos y presupuestos sobre la feminidad por el cual las mujeres renunciaban a su realización profesional para dedicarse a la maternidad y las tareas domésticas.

Para bell hooks la mirada de Fridan reflejaba cómo el feminismo blanco hacía de su situación, y de la situación de las mujeres blancas como ella, un sinónimo de la condición de todas las mujeres estadounidenses. Lo problemático es que al hacerlo apartaba la atención del clasismo, el racismo y el sexismo que evidenciaba su actitud hacia la mayoría de las mujeres de Estados Unidos. Advierte la autora "en el contexto de su libro, Friedan deja claro que las mujeres a las que consideraba víctimas del sexismo eran universitarias, mujeres blancas obligadas por condicionamientos sexistas a permanecer en casa."[22]

En virtud de ello, bell hooks, cuestiona un principio central del pensamiento feminista moderno: "todas las mujeres están oprimidas". Ya que ello significa afirmar que las mujeres comparten una suerte común y que factores como la raza, la clase, la religión, preferencia sexual, no crean una diversidad de experiencias en sus vidas. Por lo contrario, para bell hooks, pese a que muchas mujeres sufren la *tiranía sexista* hay pocos indicios que este hecho cree "un vínculo común entre todas las mujeres" [23]. Considera que existen muchas pruebas que demuestran que las identidades de raza y clase crean diferencias vitales que están por encima de las experiencias comunes que las mujeres comparten.

Para bell hooks el sexismo, como sistema de opresión, está institucionalizado pero nunca ha determinado de forma absoluta el destino de todas las mujeres de la sociedad estadounidense. Por ello cuestiona el uso que las feministas blancas hacen sobre la palabra opresión, que significa ausencia de elecciones. Considera que en realidad explotación y discriminación son palabras que definían de manera más acertada la situación de las mujeres como colectivo en Estados Unidos, ya que muchas mujeres blancas no estaban oprimidas.

Advierte que esta falta de diálogo con grupos diversos de mujeres se debía a que no comprendían la interdependencia de las opresiones de sexo, raza y clase o porque se negaban a tomarlas en serio. Para bell hooks[24] el análisis feminista que se centra exclusivamente en el género no proporciona fundamentación solida sobre la que construir una teoría feminista. Ya que comparte la tendencia dominante a mixtificar la realidad de la mujer insistiendo que el género es el único determinante del destino de las mujeres, sin considerar cómo influyen otros ejes como la raza o la clase.

Por último, la autora advierte, que cualquier proceso de liberación que tenga como objetivo adquirir la igualdad con los varones blancos de la clase dominante, tiene intereses creados en la continuidad de la exploración y opresión de otros grupos. Para

[21] FRIEDAN, B., *La Mística de la feminidad*, Ed. Sagitario, Barcelona, 1965. Pág. 33 y 34.
[22] HOOKS, B., "Mujeres negras. Dar forma a la teoría feminista"… *Op. Cit.* Pág. 35.
[23] *Ibíd.* Pág. 37.
[24] *Ibíd.* Pág. 48.

bell hooks[25], las mujeres blancas y los hombres negros pueden actuar como opresores o ser oprimidos y oprimidas. Los hombres negros pueden ser víctimas de racismo, pero el sexismo les permite actuar como exploradores y opresores de las mujeres negras. Mientras que las mujeres blancas pueden ser víctimas del sexismo pero el racismo les permite actuar como explotadoras y opresoras de la gente negra. Por ello, señala que el sexismo de los hombres negros ha limitado las luchas para erradicar el racismo del mismo modo que el racismo de las mujeres blancas ha socavado las luchas feministas en los Estados Unidos.

Considera que las experiencias de las mujeres negras confronta directamente la estructura social de la clase dominante racista, clasista y sexista. Por lo que las luchas feministas de las mujeres negras tienen que tener en cuenta el punto especial de ventaja que su marginalidad les otorga para hacer uso de esa perspectiva para criticar la hegemonía clasista, racista y sexista así como para imaginar y crear una contra-hegemonía.

Los distintos planteamientos de feministas negras han enriquecido en gran medida los planteamientos del feminismo. Han permitido visibilizar y cuestionar las perspectivas del feminismo hegemónico al asumir la representación de todas las mujeres, silenciando así las miradas y experiencias de otras mujeres que no tenían suficiente poder para entrar en los relatos dominantes de la categoría "Mujer". También han contribuido a un rico desarrollo y debate posterior sobre estas cuestiones provenientes de distintos sectores de mujeres, como se advierte en los siguientes apartados.

Si bien en la actualidad las propuestas de los feminismos negros son diversas y han aumentado en su complejidad y desarrollo. Las autoras aquí presentadas han contribuido notablemente en la defensa de los derechos de las mujeres de color al insistir en la intersección entre la raza, clase y género. Sus reflexiones son útiles para considerar la situación de las mujeres indígenas y advertir cómo estos ejes se interrelacionan colocándolas en una situación específica. Tener en cuenta estos aspectos permite pensar estrategias para enfrentarlos de una manera conjunta.

2.2. Perspectivas feministas postcoloniales: del silenciamiento a la colonización.

Por su parte, autoras feministas postcoloniales también señalaron los límites de las propuestas del feminismo hegemónico al universalizar sus experiencias como mujeres y los efectos que ello generaban en otras mujeres, especialmente las que vivían en los países del llamado Tercer Mundo. Pese a la gran cantidad de desarrollo teórico que existe en este sentido, se toman las propuestas de Gayatri Chakravorty Spivak y Chandra Talpade Mohanty, puesto que ejercieron gran influencia en el desarrollo de los estudios postcoloniales.[26]

[25] HOOKS, B., "Mujeres negras. Dar forma a la teoría feminista"… *Op. Cit.* Pág. 49.

[26] Para profundizar sobre los estudios postcoloniales y la crítica feminista postcolonial, consultar: AA.VV., *Estudios postcoloniales. Ensayos fundamentales*, Ed. Traficantes de Sueños, Madrid, 2008; SAID, E., *Orientalismo*, Ed. Debate, Madrid, 2002; SUÁREZ NAVAS, L. y HERNÁNDEZ CASTILLO, R., *Descolonizando el feminismo… Op. Cit.*; AA.VV., *Otras inapropiables... Op. Cit.*; MOHANTY, C., *Feminism without borders. Decolonizing theory, practicing solidarity,* Ed. Duke University Press,

Ambas son referentes en los estudios feministas contra-hegemónicos ya que cuestionan la representación estereotipada que se realiza de las "mujeres del Tercer Mundo", en cuanto las tratan como meras víctimas y terminan reduciéndolas al silencio. Estas críticas se dirigen no solo hacia el feminismo hegemónico sino también hacia los propios intelectuales postcoloniales y occidentales más afines con las causas de *los subalternos*[27].

2.2.1. Entre la representación y el silenciamiento: ¿Puede hablar la subalterna?

En primer lugar, la obra de Gayatri Chakravorty Spivak realiza una crítica hacia las primeras publicaciones del *Grupo de Estudios Subalternos,* surgido en los años 80, integrado principalmente por historiadores de la India. La autora cuestiona el intento de estos académicos en recuperar "la voz" de los subalternos en los textos coloniales que habían quedado silenciada en la historiografía hegemónica. Buscaban repensar la historia de la India durante la ocupación colonial desde la perspectiva de una cadena continua de levantamientos campesinos que generaban distintas crisis, a las que las elites coloniales debían responder.

Spivak[28] advierte que estos intentos terminaban por suponer la existencia de una conciencia común, subyacente, del campesinado indio. Además, la insistencia del Grupo de encontrar *la* voz con la que hablaba el subalterno implicaba re-escribir el desarrollo de la conciencia de la nación india. Es decir, que esta conciencia subyacente que se creía encontrar en los textos, en realidad, se trataba de una estrategia intervencionista por parte de los autores.

Para la autora esto tenía efectos problemáticos porque la búsqueda de una conciencia o subjetividad común suponía la existencia de un sujeto monolítico, al que se le presume identidad y conciencia previa. Ello es cuestionable porque, para Spivak, el *sujeto* subalterno colonizado es irrecuperablemente heterogéneo. Además, desconfía de cualquier manifestación que delate un sentimiento de nostalgia por los orígenes perdidos, "especialmente a la hora de fundamentar en ella la producción de ideología antihe-

---

Durham and London, 2003; MOHANTY, C y JACQUI A., *Feminist genealogies, colonial legacies, democratic futures*, Ed. Routledge, New York, 1997; YUVAL- DAVIS, N., *Gender and Nation*, Ed. Sage Publications … *Op. Cit.*; BIDASECA, K., *Perturbando el texto colonial. Los estudios (pos) coloniales en América Latina*, Ed. SB, Buenos Aires, 2010.

[27] La palabra subalterno fue utilizada por Gramsci cuando se encontraba en prisión para saltar la censura del control carcelario. Luego fue utilizada por el Grupo de Estudios Subalternos para designar a aquellas personas que no cabían dentro del término "proletario" usado por el marxismo. La condición de subalternidad era entendida como la negación radical de la palabra y de la capacidad de acción política impuesta por el colonialismo. Para profundizar sobre esta cuestión consultar: MEZZADRA, S., "Introducción" y SHOHAT, E., "Notas sobre lo postcolonial" en AA.VV., *Estudios postcoloniales…Op. Cit.*

Al respecto, Spivak señala: "Me gusta la palabra 'subalterno' por una razón. Es verdaderamente situacional. 'Subalterno' comienza siendo una descripción de cierto rango militar. Luego fue usada para sortear la censura por Gramsci: él llamó monismo al marxismo y fue obligado a llamar subalterno al "proletariado". La palabra, usada bajo coacción, se transformó en una descripción de todo aquello que no cabe en el estricto análisis de clase." Entrevista a Spivak en *Revista Ñ*, 05 de noviembre de 2013, https://www.revistaenie.clarin.com/ideas/gayatri-spivak-entrevista_0_B1f-ZYGowmg.html Fecha de consulta: 04/04/2017.

[28] SPIVAK, G., "Estudios de la Subalternidad. Deconstruyendo la Historiografía" en AA.VV., *Estudios postcoloniales... Op. Cit.* Pp. 33-68.

gemónica"[29]. Ello no solo porque es esencialista, sino porque contribuye al silenciamiento del subalterno, al no darle espacio para que pueda hablar. En este sentido, para la autora, los intelectuales postcoloniales también eran responsables ya que al hablar *por* el subalterno terminaban por sustituirlo. Reproduciendo así el orientalismo que se le criticaba a occidente.

Otra crítica importante que realiza Spivak[30] es la omisión del *Grupo de Estudios Subalternos* en sus estudios historiográficos a la consideración del carácter sexuado del subalterno y a la instrumentalización que tradicionalmente se hace de las mujeres como objeto de intercambio simbólico. Advierte que si bien el grupo era muy escrupuloso en su consideración hacia las mujeres, pasaban por alto cuán importante es la *metáfora-concepto mujer* para el funcionamiento de su discurso. Llama la atención de la autora que un Grupo tan atento a la subjetividad del subalterno, fuera indiferente a la subjetividad e incluso a la presencia de la mujer en ese sentido.

Se pregunta "¿Deberíamos preocuparnos por la constitución del subalterno como sujeto (sexuado), cuando la explotación de la diferencia sexual parece tener un papel tan decisivo en tantos frentes?"[31] Así, afirma que:

> Si el insurgente campesino fue la víctima y el héroe desconocido de la primera ola de resistencia contra el imperialismo territorial en India, se sabe muy bien que, por razones de connivencia entre las estructuras patriarcales pre-existentes y el capitalismo internacional, la mujer subproletaria urbana es el sujeto paradigmático de la configuración actual de la División Internacional del Trabajo.[32]

Considera que esta falta de análisis al papel de las mujeres se hacía más notoria en los estudios acerca de los modos comunales del poder. Advierte que en los distintos volúmenes de los Estudios Subalternos se hacía evidente que las nociones de parentesco estaban ancladas y consolidadas por medio del intercambio de mujeres. Para Spivak ello debería haber sido problematizado por los estudiosos, ya que el tema de la mujer debía plantearse como un asunto más estructural que marginal.

Por otra parte, en uno de sus textos más reconocidos, "¿Puede hablar el sujeto subalterno?", la autora trata con mayor detalle la pregunta si se puede encontrar la "voz" del subalterno, en especial de las mujeres. En su artículo analiza con detalle un diálogo de Deleuze y Foucault, recogido en *Los intelectuales y el poder*[33]. Entre las muchas cosas que trata Spivak está la crítica hacía los autores por tratar a *los oprimidos*, como un grupo unitario y homogéneo; la omisión a toda consideración a la división internacional del trabajo que se da en marco de la globalización y la falta de cuestionamiento a su rol como académicos dentro de este contexto. Dice:

> Según Foucault y Deleuze (que escriben en el Primer Mundo, en condiciones de generalización y regulación de una sociedad capitalista, aunque no parecen tener

[29] SPIVAK, G. "¿Puede hablar la subalterna?" en *Revista Asparkía*, núm. 13, 2002. Pág. 210.
[30] SPIVAK, G. "Estudios de la Subalternidad... *Op. Cit.*
[31] *Ibíd.* Pág. 61.
[32] *Ibíd.* Pág. 64.
[33] Entrevista con G. Deleuze "Les intellectuels et le pouvoir" en *L'Arc*, vol. 49, marzo 1972. Pp. 3-10.

> conciencia de ello), los oprimidos *podrían hablar y conocerían sus propios condicionamientos* una vez que obtuvieran la ocasión para hacerlo (el problema de la representación no pudo ser obviado en ese punto), lo que sucedería por medio de la solidaridad a través de alianzas políticas (aclaración donde se ve cómo funciona la temática marxista). Debemos ahora comparar semejantes opiniones con nuestra propia pregunta: *¿Puede realmente hablar el individuo subalterno* haciendo emerger su voz desde la otra orilla, inmerso en la división internacional del trabajo promovida en la sociedad capitalista, dentro y fuera del circuito de la violencia epistémica de una legislación imperialista y de programa educativo que viene a complementar un texto más temprano?[34]

Para Spivak el hecho que ambos autores hayan ignorado la violencia epistémica del imperialismo y de la división internacional del trabajo, no sería tan grave si ellos no entraran a considerar asuntos del "Tercer Mundo". Con violencia epistémica se refiere al proyecto colonial de construir al subalterno como un *Otro*, anulando su subjetividad y, finalmente, borrando sus propios sentidos, significados y saberes.

Además, profundiza sobre la situación de las mujeres de la India y las lecturas que se han hecho sobre ciertas tradiciones, al principio aceptadas y luego prohibidas por el colonialismo inglés. Para la autora, si en el contexto colonial el sujeto subalterno no tiene historia y no puede hablar, cuando el subalterno es mujer se encuentra aún más silenciada. Dice:

> Entre el patriarcado y el imperialismo, entre la constitución del sujeto y la formación del objeto, lo que desaparece es la figura de la mujer, pero no esfumada en la Nada prístina, sino que ella sufre un violento traslado basado en una figuración desplazada de "la mujer del Tercer Mundo" atrapada entre tradición y modernización. [35]

Así considera que la subalterna, como mujer, resulta inaudible e ilegible. Es decir, que no puede hablar, no porque no tenga voz sino porque su voz no es escuchada, ni entendida. No puede generar un diálogo porque no tiene un lugar en el discurso desde el que pueda hablar y responder. Spivak[36], apunta al silenciamiento estructural de la subalterna dentro de la narrativa histórica capitalista y colonial. Pone como ejemplo el suicidio de una joven india que hace suya la reivindicación de la condición de subalterna e intenta hablar, transformando su cuerpo en un texto. Sin embargo, su mensaje no fue leído ni escuchado, ni por la tradición patriarcal, ni por la historia colonial, ni por las mujeres de su familia.

---

[34] SPIVAK, G., ¿Puede hablar el subalterno? en *Revista Orbis Tertius*, vol. III, núm. 6, Universidad Nacional de la Plata, Buenos Aires, 1998. Pág. 15.

[35] *Ibíd*. Pág. 41.

En la versión revisada del texto, publicada en 2010 por la editorial Akal, la autora realiza un cambio. Se reproduce el mismo párrafo pero agrega al final que "la mujer del tercer mundo" se encuentra atrapada no solo entre la tradición y la modernización, sino también entre el culturalismo y el desarrollo. Dice el texto: "Entre el patriarcado y el imperialismo, entre la constitución de sujeto y la formación del objeto, la figura de la mujer desaparece, no en una nada prístina, sino en un violento vaivén que es la figuración desplazada de la "mujer del tercer mundo" atrapada entre tradición y modernización, **entre el culturalismo y el desarrollo**" (Resaltado propio) SPIVAK, G., *Critica a la razón poscolonial. Hacia una historia de presente evanescente*, Ed. Akal, Madrid, 2010. Pág. 298.

[36] SPIVAK, G., ¿Puede hablar el subalterno? en *Revista Orbis Tertius*... *Op. Cit.* Pág. 42.

El primer texto de Spivak, publicado en 1983, recibió distintas críticas[37] porque se consideraba que la autora terminaba por negar la posibilidad de agencia de las subalternas. Las convertía en un *Otro* inaccesible, que no podía hacer nada para salir de esa situación. Sin embargo, en textos posteriores la autora explica que intentaba resaltar el silenciamiento al que las mujeres habían sido sometidas y la complicidad de los intelectuales postcoloniales con el mismo. Al señalar ese silenciamiento intentaba generar espacios que la subalterna pudiera acceder a un lugar de enunciación que haga posible que su voz sea escuchada. En este sentido, dice la autora:

> Desde el momento en que se establece una línea de comunicación entre un miembro de los grupos subalternos y los circuitos de la ciudadanía o la institucionalidad, los subalternos se ven insertos en el largo camino hacia la hegemonía. A menos que queramos ser puristas románticos o primitivistas que quieren "preservar la sulaternidad"- una contradicción en los términos- esto es algo absolutamente deseable.[38]

Pese que ha transcurrido tiempo desde que Spivak lanzara esta pregunta, la cuestión, aún latente en los estudios sociales, lleva a reflexionar si existen los canales y las líneas para que esta comunicación sea posible. En este sentido, la autora realiza una lúcida crítica hacia los autores postcoloniales y también hacia la postura de pensadores occidentales frente a la pregunta del *Otro* o la *Otra*. En sus estudios puso de manifiesto cómo la producción discursiva del subalterno, en especial de la mujer pobre del "Tercer Mundo", tuvo un efecto silenciador para estas mujeres. Los discursos académicos y activistas sustituyeron las versiones orientalistas de "las mujeres del Tercer Mundo", haciendo pasar sus relatos como realidades vividas por ellas.

Las aportaciones de la autora son útiles porque permiten cuestionar los relatos esencialistas que buscan encontrar "la voz" de los grupos oprimidos, tratándolos como un todo homogéneo y, sobre todo, indagar cuál es el rol que las mujeres adquieren en dichos relatos. Estos aspectos, como se analiza en los siguientes apartados, tienen especial importancia en el ámbito indígena donde existe cierta tendencia a romantizar el pasado prehispánico.

2.2.2. Los discursos coloniales en la academia feminista occidental

Chandra Mohanty realiza una crítica similar que Sprivak pero dirigida a ciertos análisis feministas que tienen por objeto estudiar la situación de la "Mujer del Tercer Mundo"[39].

---

[37] Entre las críticas a la que al autora responde expresamente, ver: MEDOVOI, L. *et. Al*, "Can the Subaltern Vote?" en *Socialist Reveiw* 20, 3 (julio-septiembre de 1990), pp. 133-149 y BUSIA, A. "Silencing Sycorax. On Afrian Colonial Discourse and the Unvoiced Female" en *Cultural Critique* 14, invierno de 1989-1990, pp. 81-104. Para una actualización del pensamiento de la autora con relación a este tema, consultar: ¿Podemos oír al subalterno? en *Revista Ñ… Op. Cit.*

[38] SPIVAK, G., *Critica a la razón poscolonial… Op. Cit.* Pág. 303.

[39] La autora trata principalmente la serie de Zed Press que dedica a las mujeres del Tercer Mundo. Dice Mohanty: "La serie "Women in the Third World" de la editorial Zed Press es única en su concepción. Escogí enfocarme en esta serie porque no encontré otra que asumiera que "las mujeres del Tercer Mundo" son un tema de investigación legítimo y aparte. Desde 1985, cuando escribí este ensayo, han aparecido muchos nuevos títulos en la serie. Sospecho que Zed Press ha llegado a ocupar una posición privilegiada en la divulgación y construcción de discursos por y sobre mujeres del Tercer Mundo" MOHANTY, M.,

Presenta una mirada crítica hacia los postulados feministas universalizantes y alerta sobre los efectos colonizadores que estos discursos tienen sobre las mujeres de color.

En el artículo "Bajo los ojos de occidente: academia feminista y discurso colonial"[40] la autora analiza algunos textos feministas para poner en evidencia cómo, en ciertas ocasiones, se representa a la "mujer del Tercer Mundo" como sujeto monolítico singular. Con ello trata de visibilizar la forma en que el universalismo etnocéntrico se reproduce en ciertos análisis y considera que su razonamiento es válido para cualquier "discurso que coloca a sus propios sujetos autorales como el referente implícito, es decir, como la unidad de medida mediante la cual se codifica y representa al otro cultural"[41].

Mohanty sostiene que los escritos feministas colonizan de forma discursiva las heterogeneidades materiales e históricas de las vidas de las mujeres del "Tercer Mundo", y, por tanto, producen un compuesto singular: la "Mujer del Tercer Mundo". Si bien se trata de una imagen construida de forma arbitraria lleva consigo la firma legitimadora del discurso humanista de Occidente. En tanto que la conexión entre las mujeres como sujetos históricos y la representación de la Mujer producida por los discursos hegemónicos feministas no es una relación de identidad directa, ni una relación de correspondencia. Se trata de una relación arbitraria construida por culturas particulares dominantes.

En su artículo cuestiona la presuposición que las mujeres formen un grupo ya constituido y coherente, con intereses idénticos sin importar la clase social, la ubicación o las contradicciones raciales o étnicas. Para Mohanty ello implica suponer que la noción de diferencia sexual, de género o, incluso, de patriarcado que puede aplicarse de forma universal y a todas las culturas.

Estas aproximaciones, para la autora, asumen una unidad ahistórica y universal entre las mujeres, fundada en la noción generalizada de su subordinación. Es decir, que se presupone que lo que une a todas las mujeres es la igualdad de su opresión. Lo problemático, dice Mohanty, es que no pretenden descubrir las especificidades materiales e ideológicas que constituyen a un grupo particular de mujeres "sin poder" en un contexto determinado, sino que buscan encontrar una variedad de casos de grupos de mujeres "sin poder" para probar de forma general la conclusión de que las mujeres son un grupo carente de poder. Así, las mujeres son consideradas como un grupo "despojado de poder" antes de que se analice cualquier situación.

"Bajo los ojos de Occidente: academia feminista y discurso colonial" en SUÁREZ NAVAZ, L. y HERNÁNDEZ CASTILLO, R. (eds), *Descolonizando el Feminismo… Op. Cit.* Pág. 119, nota al pie núm. 6.

[40] Su artículo marcó un hito en los debates feministas. Fue publicado por primera vez en 1984 en la revista *Boundary 2* y luego en 1988 en *Feminist Review*. Desde su aparición se ha vuelto a imprimir casi anualmente y ha sido traducido al alemán, holandés, chino, ruso, italiano, sueco, francés y español. En 2003, 16 años luego, escribe "De vuelta a "Bajo los ojos de Occidente": La solidaridad feminista a través de las luchas anticapitalistas". Ambos artículos están recogidos en: SUÁREZ NAVAZ, L. y HERNÁNDEZ CASTILLO, R. (eds.), *Descolonizando el Feminismo… Op. Cit.* Pp. 404-454.

[41] *Ibíd.* Pág. 113.

Al igual que las autoras antes presentadas, para Mohanty, estos análisis limitan la definición del sujeto femenino a la identidad de género, ignorando por completo otras identidades de clase o étnicas. Según estas perspectivas lo que caracteriza a las mujeres es su género por encima de los demás aspectos que inciden en sus vidas, lo cual indica una noción monolítica de la diferencia sexual. Es decir, que en todas las culturas la diferencia sexual es entendida de la misma manera y se convierte en equivalente de subordinación femenina. Además, el poder es definido automáticamente en términos binarios: aquellos que lo tienen (léase hombres) frente a aquellas que carecen de él (léase mujeres).

Para Mohanty los análisis de la "diferencia sexual" como una noción monolítica, singular y transcultural llevan a la construcción de una noción igualmente reduccionista y homogénea de lo que llama "la diferencia del Tercer Mundo"[42]. Es decir, un concepto estable y antihistórico que aparentemente oprime a la mayor parte de las mujeres de esos países. En la producción de la "diferencia del Tercer Mundo" es donde, para la autora, los feminismos occidentales se apropian y colonizan la complejidad constitutiva que caracteriza la vida de las mujeres de esos países.

Así, "las Mujeres del Tercer Mundo" son asumidas como un grupo coherente y previamente constituido que se inserta dentro de determinadas estructuras sociales, como la familiar, religiosas, legales, etc. Lo cual les roba su agencia política e histórica al no considerar sus marcos de referencia de clase y étnicos. Son definidas como *afuera* de estas relaciones sociales en vez de analizar cómo las mujeres se constituyen *a través de* ellas. De esta manera, para la autora, las estructuras legales, económicas, familiares, religiosas se tratan como fenómenos susceptibles de juicio según los estándares occidentales.

Es aquí donde para Mohanty se ubica la *jugada colonial*[43]. Puesto que las mujeres del Tercer mundo al ser definidas principalmente en consideración a cómo se ven afectadas por ciertas instituciones o sistemas, son consideradas como objetos. Ello contrasta con la auto-representación de los feminismos occidentales que se colocan como los únicos sujetos de la contra-historia. Además, señala que no sólo se define a las mujeres de cierta forma antes de su entrada en las relaciones sociales, sino que no se hacen conexiones entre los desplazamientos de poder entre el Primer y el Tercer Mundo. Con ello se refuerza la suposición de que el Tercer Mundo simplemente no ha evolucionado tanto como el Primer Mundo.

En contra de estas representaciones, la autora advierte que las mujeres de color están constituidas a través de una complicada interacción entre clase, cultura, religión y otras instituciones y marcos de referencia propios. No se trata de un grupo coherente. Por ello señala que el análisis del patriarcado como una noción "monolítica, singular y transcultural" lleva a una noción reduccionista de la mujer de Tercer Mundo que impide considerar la complejidad que caracteriza sus vidas. Dice Mohanty:

[42] MOHANTY, M., "Bajo los ojos de Occidente: academia feminista… *Op. Cit.* Pág. 148.
[43] *Ibíd.* Pág. 135.

> Se asume una noción homogénea de la opresión de las mujeres como grupo, que a su vez produce la imagen de una "mujer promedio del tercer mundo". Esta mujer promedio del tercer mundo lleva una vida esencialmente truncada debido a su género femenino (léase sexualmente constreñida) y su pertenencia al tercer mundo (léase ignorante, pobre, sin educación, limitada por las tradiciones, doméstica, restringida a la familia, víctima, etc.). Esto, sugiero, contrasta con la autorepresentación (implícita) de la mujer occidental como educada, moderna, en control de su cuerpo y su sexualidad y con la libertad de tomar sus propias decisiones.[44]

En este contexto, Mohanty no solo cuestiona estos análisis por su falta de capacidad explicativa de la realidad de las mujeres del "Tercer Mundo", sino por los efectos políticos que generan: la colonización de la complejidad que caracteriza la vida de estas mujeres, la supresión violenta de su heterogeneidad y de su agencia al ser caracterizadas sólo como víctimas.

Estas perspectivas, para la autora, además de ser simplistas e históricamente reductivas son poco efectivas para diseñar estrategias que combatan la opresión de las mujeres. Asimismo, limitan la posibilidad de alianzas políticas entre feministas de Occidente y las feministas de color. Advierte que estas limitaciones son evidentes en la construcción de la prioridad (implícitamente consensual) de temas alrededor de los cuales aparentemente se espera que todas las mujeres se organicen.

Los análisis de Spivak y Mohanty contribuyeron en gran medida en los estudios feministas. Permitieron visibilizar cómo ciertos discursos contribuían a mantener el silenciamiento de muchas mujeres, especialmente de aquellas que viven en países colonizados y/o empobrecidos. Además, advirtieron los efectos colonizadores de algunas estrategias analíticas desarrolladas por estudios feministas occidentales y demostraron las limitaciones que presentaba el tratamiento de ciertas nociones de manera universal y descontextualizada. Prácticas que serán continuamente denunciadas por las mujeres de color.

2.3. Propuestas feministas desde Abya Ayala[45]

2.3.1. La colonialidad del género y la deshumanización de las Otras

Por su parte, autoras en el contexto latinoamericano (chicanas, indígenas y descoloniales) también han advertido los límites de las representaciones monolíticas de las mujeres y han propuesto nuevas herramientas para entender cómo el patriarcado se vincula con la colonialidad del poder. En este apartado de tratan principalmente las propuestas del feminismo descolonial.

María Lugones[46], una de las principales referentes de esta propuesta feminista, busca entrelazar dos marcos analíticos que considera que no habían sido explorados de forma conjunta. Por un lado, la interseccionalidad propuesta por las mujeres de color de

[44] MOHANTY, M., "Bajo los ojos de Occidente: academia feminista… *Op. Cit.* Pág. 120.
[45] Abya Yala es el nombre que utilizaba el pueblo Kuna de Panamá y Colombia para denominar al continente americano antes de la conquista y colonización. En la actualidad es utilizado por movimientos indígenas y sociales como nombre oficial del continente, en oposición al impuesto durante la colonización.
[46] LUGONES, M., "Colonialidad y género"…*Op. Cit.*

Estados Unidos, y por el otro, la propuesta decolonial sobre la colonialidad del poder, del ser y saber.

Como fue señalado en el segundo capítulo, al tratar la colonialidad de poder, Anibal Quijano[47] considera que la producción social de la categoría "género" es la más antigua en la historia social. En tanto que la producción de la categoría "raza" es relativamente reciente y su plena incorporación a la clasificación social comienza con la constitución de América. Sin embargo, María Lugones[48], advierte ciertos límites de la propuesta de Quijano con relación a la categoría "género". Propone una lectura más compleja de la misma ya que considera que el eje de la colonialidad no es suficiente para dar cuenta de todos los aspectos del género.

Para la autora, Quijano realiza una comprensión demasiado estrecha e hiperbiologizada del género al considerarlo como inseparable del sexo. El autor entiende al género como un resultado del sexo biológico, y a este como "natural" y heterosexual.[49] Lo que para Lugones oculta las maneras en que las mujeres colonizadas fueron subordinadas y desprovistas de poder. Ya que la organización del sexo en las sociedades precolombinas, según la autora, no estaban marcadas por la jerarquía del género ni tampoco eran necesariamente heterosexuales, ni binarias. Recurre a trabajos antropológicos que demuestran la gran aceptación que tenían las personas intersexuales dentro de estas sociedades o la vigencia de los principios de complementariedad y dualismo en las relaciones sociales.

Así, aunque Quijano analiza con gran claridad cómo fue la constitución de la raza, no logra extender esta mirada al analizar el género. María Lugones utiliza las herramientas que aporta Quijano para realizar un análisis más complejo y extenso del género. Propone hablar de la *colonialidad del género* para hacer visible lo instrumental del sistema género en el sometimiento de los hombres y las mujeres de color en todo los ámbitos de su existencia.

Para la autora, el capitalismo eurocentrado introdujo diferencias de género donde anteriormente no existían. El sistema de género, impuesto a través del colonialismo, implicó la subordinación de las mujeres de los pueblos colonizados en todos los aspectos de sus vidas. Propone hablar de la colonialidad del género porque advierte que el género se trata de una construcción eurocentrada y colonial que produce la inferiorización cognitiva, política, económica y sexual de las mujeres. Señala:

> …es importante entender hasta qué punto la imposición de este sistema de género fue tanto constitutiva de la colonialidad del poder como la colonialidad del poder fue constitutiva de este sistema de género. La relación entre ellos sigue una lógica de constitución mutua… El sistema de género moderno, colonial no puede existir

[47] QUIJANO, A., *Colonialidad del poder y clasificación social… Op. Cit*. Pág. 371.
[48] LUGONES, M., "Colonialidad y género… *Op. Cit.* Pág. 82.
[49] Como se comentaba en el capítulo anterior, esta fue la interpretación dominante del pensamiento feminista hegemónico hasta los trabajos de Judith Butler en la década de los noventa donde propuso la performatividad del género y de la sexualidad. Véase: QUIJANO, A., *Colonialidad del poder y clasificación social… Op. Cit*.

> sin la colonialidad del poder ya que la clasificación de la población en términos de raza es una condición necesaria para su posibilidad.[50]

Así, para Lugones tanto la raza como el género se tratan de poderosas ficciones, por lo que propone analizar la construcción diferencial del género en términos raciales. Es decir, la raza no es ni separable ni secundaria a la opresión de género, sino co-constitutiva. La colonialidad del género tuvo efectos en todos los ámbitos de la existencia de las sociedades colonizadas.

En primer lugar, contribuyó a la disolución de los vínculos de solidaridad entre las víctimas de la dominación y explotación. Para Lugones[51] una de las técnicas colonizadoras para destruir los vínculos comunitarios fue tratar al *macho noble indígena* como autoridad y como mediador, mientras que a la *hembra india* se le negó toda autoridad. También fueron relegadas a una posición de inferioridad, al pasar a ocuparse de tareas que antiguamente eran complementarias en la comunidad.

En segundo lugar, los efectos de la colonialidad del género no son los mismos para todas las mujeres. Mientras que unas, las mujeres blancas, fueron inferiorizadas y subordinadas a los varones blancos, las mujeres colonizadas (a las que Lugones llama hembras[52]) fueron despojadas de su humanidad, reducidas a la animalidad, por lo que ni siquiera llegaban a ser mujeres.

Lugones, al igual que otros autores y autoras[53], considera que la colonialidad implicó un proceso de deshumanización de los pueblos colonizados. La colonización del continente americano impuso una jerarquía dicotómica entre lo humano y lo no humano. Junto a ella existían otras distinciones jerárquicas, como la existente entre hombres y mujeres blancos. Afirma que solo los civilizados eran hombres y mujeres, y por ende, solo ellos tenían género. Mientras que las y los colonizados fueron constituidos como seres sin razón, como bestias, y fueron tratados como tal en el pensamiento occidental moderno. En virtud de ello, es que considera que las *hembras indias* no podían ser mujeres, esa calidad solo le era reconocida a las mujeres burguesas blancas. Aunque con un carácter devaluado ya que se encontraban en una posición de inferioridad frente a los varones blancos, al ser solo consideradas como reproductoras de su raza y del capital. Dice Lugones:

> La consecuencia semántica de la colonialidad del género es que "mujer colonizada" es una categoría vacía: ninguna hembra colonizada es una mujer. De este modo, la respuesta colonial a Sojourner Truth es claramente "no"… A diferencia de la colonización, la colonialidad del género sigue estando entre nosotros; es lo que ya-

[50] LUGONES, M., "Colonialidad y género… *Op. Cit.* Pág. 93.
[51] LUGONES, M., "Subjetividad esclava, colonialidad de género, marginalidad y opresiones múltiples" en *Pensando los feminismos en Bolivia*, Ed. Conexión Fondo de Emancipación, La Paz, 2012.
[52] LUGONES, M., "Colonialidad y género… *Op. Cit.* Pág. 94.
[53]Nelson Maldonado Torres y Ramón Grosfoguel han profundizado sobre esta cuestión. Consultar: CASTRO-GÓMEZ, S. y GROSFOGUEL, R. (Eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global (127-167)... Op. Cit.* También Karina Ochoa trabaja en detalle esta cuestión desde una perspectiva feminista e histórica. Consultar: OCHOA, K., "El debate sobre las y los amerindios: entre el discurso de la bestialización, la feminización y la racialización" en *El Cotidiano. Revista de la realidad mexicana actual*, vol. 184, UAM-A, México, 2014.

> ce en la intersección de género/ clase/raza como constructos centrales del sistema de poder del mundo capitalista.[54]

Al igual que las demás autoras presentadas anteriormente, Lugones considera que los feminismos blancos no hicieron explícitas las conexiones entre el género, la clase y la heterosexualidad como racializados. Enfocaron su lucha en contra una caracterización de las mujeres como frágiles, débiles, recluidas al espacio privado, sexualmente pasivas, etc. Estas características solo atribuidas a las mujeres blancas y burguesas. Por lo que prestaron atención solamente a la dicotomía que las subordinaba y no a la que hacía de ellas humanas y de otras *bestias*.

El carácter hegemónico que alcanzaron estos análisis, ocultaron la relación entre estas características y la raza. Señala Lugones "empezando el movimiento de 'liberación de la mujer' con esa caracterización de la mujer como el blanco de la lucha, las feministas burguesas blancas se ocuparon de teorizar el sentido blanco de ser mujer como si todas las mujeres fueron blancas."[55] Al igual que advertían las feministas negras, considera que el movimiento feminista hegemónico ha buscado que las mujeres consigan lo que tiene el hombre blanco, lo que requiere una asimilación a la Colonia y al eurocentrismo.

Ante estos planteamientos, señala que al estudiar las sociedades precolombinas debe cuestionarse la utilización de la categoría "género" como parte de la organización social, porque en realidad se trata de una imposición colonial. Considera fundamental estudiar la organización social prehispánica desde sus cosmogonías y prácticas para poder entender la profundidad de la imposición colonial y los cambios que introdujo en la organización del sexo y el género. Pero al mismo tiempo, sugiere que no es posible buscar una construcción no-colonizada del género en las organizaciones indígenas actuales. Cuestiona a los intelectuales subalternos que afirman que su cultura, tradición, cosmología no subordina a la mujer indígena, porque olvidan el impacto de los más de 500 años de la Colonia moderna capitalista y de la resistencia ejercida por las personas reducidas a la no humanidad.

Ante ello, Lugones propone una forma diferente de estudiar las sociedades que han sido colonizadas. Dice:

> Pensando en la metodología de la descolonialidad, propongo leer lo social desde las cosmologías que lo informan, en vez de comenzar con una lectura generizada de las cosmologías que informan y constituyen la percepción, la motilidad, la encarnación y la relación. Por lo tanto la postura que estoy recomendando es muy diferente de aquella que incorpora el género a su lectura de lo social. El cambio puede permitirnos comprender la organización de lo social en términos que develan el profundo trastorno de la imposición del género en el sí mismo en relación.[56]

---

[54] LUGONES, M., "Hacia un feminismo descolonial" en *Revista La manzana de la discordia*, Julio - Diciembre, Año 2011, vol. 6, núm. 2. Pág. 109.
[55] LUGONES, M., "Colonialidad y género… *Op. Cit.* Pág. 95.
[56] LUGONES, M., "Hacia un feminismo… *Op. Cit.* Pág. 112.

En este contexto, aunque las feministas descoloniales se reconoce "herederas" de los feminismos de color de Estados Unidos con sus aportes de la articulación del sexo, la raza y el género, terminan por cuestionar y complejizar la propuesta de interseccionalidad. Ya que al considerar que la raza, el género y la sexualidad son co-constitutivas del sistema global capitalista de poder, advierten que no pueden pensarse de manera separada. Por ello, para Lugones:

> …la colonialidad de género nos muestra grados de opresión mayores y complicidades mayores que la interseccionalidad…
>
> … No es una cuestión de categorías sino de seres donde la imposición dehumanizante colonial es vivida por seres que no son describibles como una unión de categorías. Kimberly Crenshaw nos explica que ella está pensando en la intersección de categorías dominantes. Lo hace porque ella está pensando en la ley de EE UU y la ley incorpora categorías dominantes, homogéneas. Por lo tanto la mujer chicana, por ejemplo, no es la intersección de la categoría "mujer" y la categoría "chicano." Eso implicaría ser una suma de dos categorías homogéneas y separadas, atómicas: mujer blanca y "hombre" chicano, un ser imposible.
>
> … las dicotomías jerárquicas, características del pensamiento, y las prácticas modernas no existen en el pensar indígena.[57]

En este sentido, como advierte Ochy Curiel[58], asumir la co-sustancialidad de las opresiones, es distinto a la perspectiva de la interseccionalidad. Esta analiza la diferencia colonial desde categorías separadas que luego son intersectadas. Pero poco se pregunta acerca de cómo se producen estas diferencias contenidas en las experiencias de muchas mujeres. Para Curiel es por ello que la interseccionalidad tiende a un multiculturalismo liberal que pretende reconocer las diferencias para incluirlas en el paradigma de la diversidad, pero no cuestiona las razones que provocan la necesidad de inclusión. En cambio, señala que:

> Una posición decolonial feminista implica entender que tanto la raza como el género han sido constitutivas de la episteme moderna colonial; no son simples ejes de diferencias, sino que son diferenciaciones producidas por las opresiones que, a su vez, produjo el colonialismo, y que continúa produciendo en la colonialidad contemporánea.[59]

Además, Lugones señala que la interseccionalidad muestra lo que no se ve al tratar las categorías por separado, revela la ausencia de las mujeres negras, no su presencia. Ello porque cada categoría se caracteriza en los términos del miembro superior de la dicotomía jerárquicas de la lógica moderna. Ante ello, advierte:

> La interseccionalidad es importante cuando se están mostrando la no inclusión en las instituciones de la discriminación o la opresión que sufren las mujeres de color. Pero aquí quiero ser capaz de pensar en su presencia como seres tanto oprimidos como resistentes. De este modo, he cambiado a la colonialidad del género y de la diferencia colonial para poder percibir y comprender el locus fracturado de las mu-

[57] LUGONES, M., "Subjetividad esclava, colonialidad de género… *Op. Cit.* Pág. 136.
[58] CURIEL, O., "Construyendo metodologías feministas desde el feminismo decolonial" en AA.VV. *Otras formas de (re)conocer… Op.Cit.*
[59] *Ibíd.* Pág. 55.

> jeres colonizadas y de los/las agentes que conocen y emplean las culturas nativas con fluidez.[60]

Ante esto, la autora propone entender la resistencia a la colonialidad del género desde la perspectiva de la *diferencia colonial.* Es decir, pensar al sujeto colonizado no simplemente como los imagina y construye el colonizador, sino en las respuestas oposicionales basadas en una larga historia de respuestas alternativas y resistentes. Por los colonizados y las colonizadas tienen la posibilidad de habitar un *locus fracturado* que percibe doblemente, que habita doblemente, que se relaciona doblemente. Donde cada uno de los lados está en tensión y, al mismo tiempo, informa la subjetividad del colonizado. Habitar en la fractura, en la herida colonial, donde el sentido es contradictorio pero a partir de ahí se construye uno nuevo.

Los planteamientos de María Lugones, junto con otras autoras[61], han contribuido en gran medida al desarrollo de marcos teóricos y analíticos propios que permiten estudiar y explicar las experiencias de distintas mujeres que habitan el continente americano, en especial las mujeres indígenas. Ello importa un notable aporte para el pensamiento feminista y latinoamericano en general puesto que implica generar grietas en la colonialidad del saber, en especial en el ámbito de la producción del conocimiento. Sin embargo, dentro de las propuestas feministas descoloniales y pensadoras de Abya Yala existen divergentes posicionamientos sobre ciertos temas. A continuación se analizan algunos de ellos.

2.3.2. Patriarcado de baja intensidad en las sociedades precolombinas

Un aspecto a tener en cuenta es que existen pensadoras feministas que al estudiar los cruces entre el patriarcado y la colonialidad del poder difieren del análisis de Lugones. Como ya fue señalado al tratar las propuestas de Julieta Paredes y Lorena Cabnal, consideran que previo a la colonización existía una organización patriarcal en las sociedades prehispánicas.

Para Rita Segato[62], también feminista descolonial, se trataba de un *patriarcado de baja intensidad* ya que las relaciones de género otorgaban mayor jerarquía a lo masculino sobre lo femenino. Estas relaciones se vieron fuertemente alteradas por la violencia desplegada por la Conquista, lo que intensificó el sistema patriarcal. Es decir, profundizó las relaciones de poder y de jerarquía antes existentes, posicionando a las muje-

---

[60] LUGONES, M., "Hacia un feminismo descolonial… *Op. Cit.* Pág. 111.

[61] Si bien a María Lugones se la considera como una de las primeras referentes dentro del feminismo descolonial por su concepto la colonialidad del género, distintas autoras que tienen una larga trayectoria dentro de esta perspectiva. En México Sylvia Marcos, Margara Millán, Rosalva Aida Hernández Castillo, María Teresa de la Sierra, Mariana Mora y otras autoras han profundizado sobre estos temas.

Para una introducción sobre la temática consultar las siguientes obras colectivas: BIDASECA, K. y VAZQUEZ LABA, V. (Comp.), *Feminismos y poscolonialidad… Op. Cit.*; MILLÁN, M. (coord.), *Más allá del feminismo: caminos para andar… Op. Cit.*; ESPINOSA, Y., GÓMEZ, D. y OCHOA, K. (eds.), *Tejiendo de otro modo: Feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*, Ed. Universidad del Cauca, Colombia, 2014.

[62] SEGATO, R., "Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico Descolonial" en BIDASECA, K. y VAZQUEZ LABA, V., *Feminismos y poscolonialidad… Op. Cit*. Pp. 17-46.

res indígenas en una situación de mayor exclusión. Generando la transición hacia un patriarcado colonial moderno de alta intensidad.

Una de las razones que, para Rita Segato, indican la existencia del patriarcado en las sociedades aún no colonizadas es la existencia de mitos de origen en la mayoría de los pueblos. Ellos incluyen una narración de derrota o disciplinamiento de la primera mujer o del grupo de mujeres en un momento fundacional de su historia. Dice:

> Ese episodio fundacional de toda historia humana, omnipresente en las historias míticas de los pueblos, es una prueba de la prioridad de la sujeción de género como molde primordial de todas las otras formas de dominación, aunque plenamente histórico justamente porque aparece narrado en la forma compacta del relato del pasado que son las mitologías.[63]

Una interpretación similar realiza Silvia Rivera Cusicanqui al estudiar las relaciones de género en las sociedades andinas prehispánicas. Para la pensadora en aquellas sociedades existía un equilibrio dinámico y contencioso orientado normativamente hacia la pareja andina. Operaba un sistema de filiación y parentesco bilateral, una línea materna y otra paterna, cada género se relacionaba con su linaje, y ambos se relacionaban desde la complementariedad. Dice:

> Lejos de una visión dicotómica y excluyente de lo femenino y masculino como identidades irreducibles, lo que hizo la sociedad andina fue dar una resolución social y cultural a la desigualdad de atributos biológicos de ambos sexos, al incorporar dos asimetrías complementarias en su sistema de parentesco.[64]

Señala que existía un reconocimiento de la diferencia de un modo explícito y tajante, "quizás hasta el punto de fundar una jerarquía"[65]. Por ello, aunque considera que existía cierta complementariedad, cuestiona la idealización que suelen hacer las dirigencias étnicas masculinas acerca de las sociedades prehispánicas que las presentan como un modelo de armonía entre los sexos. Para la autora estas interpretaciones son parte del gesto maniqueo occidental que divide al mundo en norte/sur, civilizado/salvaje, cristiano/hereje.

Para Rivera el drama colonial comienza cuando los varones indígenas ofrecen las mujeres de su sociedad al invasor. Lo que genera la ruptura de las normas de reciprocidad hasta ese entonces compartidas y genera un mecanismo de distanciamiento completamente inédito que consiste en mirar al otro como si fuera parte de la naturaleza, de lo asocial. Así, junto con la occidentalización comienza un proceso de patriarcalización de las sociedades andinas.

---

[63] SEGATO, R., "Patriarcado: del borde al centro. Disciplinamiento, territorialidad y crueldad en la fase apocalíptica del capital" en SEGATO, R., *La guerra contra las mujeres*, Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2016. Pág. 92.
[64] RIVERA CUSICANQUI, S., "Mujeres y estructuras de poder en los andes: De la etnohistoria a la política" en *Violencias (re) encubiertas*, Ed. Piedra Rota, La Paz, 2010. Pág. 186.
[65] *Ibíd*. Pág. 187.

Sin embargo, para ambas autoras, los efectos más perturbadores se produjeron con la acción modernizadora de los Estados republicanos. Cuando el frente estatal democrático llega a la frontera indígena con sus leyes y políticas públicas, lo que implica:

> … la expansión de los tentáculos del Estado modernizador en el interior de las naciones, entrando con sus instituciones en una mano y con el mercado en la otra, desarticulando, rasgado el tejido comunitario… introduciendo un desorden profundo en todas las estructuras que aquí existían y en el propio cosmos.[66]

Para Segato las relaciones de género existentes se ven alteradas de una forma peligrosa porque las nomenclaturas pertenecen pero son reinterpretadas de acuerdo al nuevo orden moderno. Explica:

> …un idioma que era jerárquico, en contacto con el discurso igualitario de la modernidad, se transforma en orden súper jerárquico, debido a dos factores…: la hiperinflación de los hombres en su papel de intermediarios del mundo exterior, del blanco; y la superinflación de la esfera pública, habitada ancestralmente por los hombres, con el derrumbe y privatización de la esfera doméstica.[67]

Es decir, que si bien entre los roles atribuidos a los hombres estaba deliberar en el terreno común de la aldea, ausentarse a expediciones de caza y tener contacto con aldeas de otros pueblos, para parlamentar o hacer la guerra. Con la intrusión colonial y luego estatal, los colonizadores toman a los varones como la figura con quien negociar. Así, aunque continúan cumpliendo con su función ancestral, para Segato, es aquí donde opera la transformación por el nuevo papel relacional "con las poderosas agencias productoras y reproductoras de colonialidad"[68]. Los varones indígenas se constituyen como una bisagra entre los dos mundos, como el colonizador dentro de su comunidad. Dice la autora, "es él quien va a transferir la violencia apropiadora del mundo que llega hacia el interior de las relaciones de su propio mundo"[69].

Por otra parte, los vínculos entre las mujeres, que se orientaban hacia la reciprocidad y a la colaboración se ven modificados por la pérdida de valor político del ámbito doméstico, al ser reducido a la "vida privada". Previo a la intrusión colonial, la política atravesaba tanto el espacio público como el doméstico, ya que las decisiones que afectaban a la vida colectiva se tomaban en ambos espacios. Según los relatos, aún vigentes en numerosas comunidades indígenas, los varones deliberaban en el ámbito público de la aldea, pero era obligatoria la consulta a las mujeres en el espacio doméstico antes de la toma de decisiones. Con la modernización colonial, el espacio político por excelencia pasa a ser el ámbito público. La consecuente privatización del ámbito doméstico tiene graves consecuencias para las mujeres ya que les quita su poder político y, además, las expone a nuevas situaciones de violencia.

---

[66] SEGATO, R., "Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico Descolonial" en BIDASECA, K. y VAZQUEZ LABA, V., *Feminismos y poscolonialidad… Op. Cit.* 27.
[67] *Ibíd.* Pág. 34.
[68] *Ibíd*. Pág. 36.
[69] SEGATO, R., "Patriarcado: del borde al centro… *Op. Cit.* Pág. 93.

También para Rivera Cusicanqui el Estado republicano tuvo mayor influencia e injerencia en este proceso paralelo de occidentalización y patriarcalización. Señala cómo distintos estudios han demostrado que la "modernidad" que llegó en el último medio siglo contribuyó a crear una imagen maternal de las mujeres colonizadas, produciendo la desvalorización de sus saberes como pastoras, tejedoras y ritualistas. Además, introdujo cambios en el modelo de familia andino por el modelo familiar hegemónico y un rápido cambio de conductas.[70]

En este sentido es importante señalar que estas formas de relaciones de género descritas por las autoras no forman parte de un pasado abandonado completamente. Conviven y coexisten con las formas impuestas por la modernidad colonial y de ahí la complejidad al acercarse a las realidades indígenas. La colonialidad del poder y del género no operan completamente, no son una hegemonía incuestionable. Sino que conviven con las resistencias y respuestas de las comunidades colonizadas.

Como advierte Segato todavía pueden encontrase forma de organización de las relaciones de género regidas por patrones comunitarios de convivencia o por un "tejido comunitario, si no es ileso, por lo menos reconocible y vital"[71]. Por ello Lugones[72] sugiere mirar desde el *locus fracturado*, porque no existe una totalidad, y de allí las dificultades y debates antropológicos al describir la actualidad de las comunidades indígenas.

Los diferentes posicionamientos presentados reflejan esta complejidad y las diferentes lecturas que se hacen de la misma. Pese a las diferencias entre las autoras, lo que interesa destacar de sus reflexiones es que con la intrusión colonial la situación de las mujeres de los pueblos colonizados se vio violentamente alterada. Al proceso de racialización de las relaciones de dominio se le impuso la profundización o implementación del patriarcado. Este proceso, iniciado con la colonización de América, no terminó con la independencia de los Estados latinoamericanos sino que continuó vigente y reactualizándose. Por ello para abordar la situación de las mujeres en la actualidad es necesario tener en cuenta cómo la racialización impregna las relaciones de género. En los términos propuestos por las feministas descoloniales, se debe atender cómo la colonialidad del género se manifiesta en la actualidad y cuáles son las resistencias frente a ella.

Además, las autoras completan los planteamientos de la colonialidad del poder al profundizar sobre el género. Aspecto que había sido omitido por los principales representantes del pensamiento decolonial. En general las categorías "género", "raza" y "clase" han sido consideradas de manera separada como si actuaran de forma autónoma. Ello, para María Lugones, ha contribuido a esconder la intersección entre ellas y, por lo tanto, ocultar la situación violenta de las mujeres de color. Por lo cual incorporar la mirada interseccional para visibilizar sus ausencias y tener en cuenta la co-sustancialidad

[70] RIVERA CUSICANQUI, S., "La noción de "derecho" o las paradojas de la modernidad postcolonial: Indígenas y mujeres en Bolivia" en *Violencias encubiertas… Op. Cit.* Pág. 205.
[71] SEGATO, R., "Patriarcado: del borde al centro… *Op. Cit.* Pág. 92.
[72] LUGONES, M., "Hacia un feminismo descolonial… *Op. Cit.* Pág. 110.

de la raza, el género y la sexualidad se vuelve fundamental para estudiar la situación de las mujeres indígenas o *de color*.

2.3.3. El feminismo hegemónico como racionalidad

Un último aspecto sobre el cual es importante enfatizar es que las críticas presentadas no se realizan a sujetos, análisis o propuestas políticas que surgen de un espacio geográfico concreto, sino a aquellas que responden a una racionalidad específica, que termina por invisibilizar las experiencias de ciertas mujeres y universalizar las propias, apoyándose en relaciones desiguales de poder. Lo que se ha caracterizado en este capítulo como feminismo hegemónico.

En este sentido, una investigación realizada por Yuderkys Espinosa Miñoso y Rosario Castelli señala cómo los estudios de género y sexualidad en Argentina están liderados por grupos específicos de mujeres (blancas/criollas, heterosexuales, urbanas, universitarias). Que reproducen las lógicas del feminismo hegemónico y tienen una gran dependencia a la producción académica de los países centrales. Así, las problemáticas de las mujeres argentinas se analizan bajo los marcos teóricos propuestos por referentes del feminismo de países del norte y los temas tratados responden principalmente a los intereses de estos grupos específicos de mujeres.

Las autoras señalan que dentro del ámbito de derechos y salud sexual y reproductiva los principales temas estudiados son: embarazo y maternidad adolescente, cuidado de la familia y división del trabajo en su interior, trabajo doméstico o no remunerado, acceso a la información sobre métodos anticonceptivos, salud reproductiva. En el ámbito de los estudios de la sexualidad los temas claves son aborto, salud sexual y reproductiva y políticas públicas.

Ante lo cual concluyen "los marcos interpretativos adoptados, las problemáticas de interés y preocupación en que se centran las investigaciones y debates confirman la dependencia sustantiva a un comunidad productora de discursos legítimos y hegemónicos liderados y definidos en Europa y Estados Unidos". Por lo que el feminismo sigue produciendo un "sujeto universalista anclado en el género como factor determinante y primordial de opresión sin poder entablar las conexiones entre androcentrismo, modernidad y colonialidad"[73].

Así, la posibilidad de incidir en la definición y en la explicación de los temas prioritarios de "la agenda feminista" o de los movimientos de mujeres, es un poder que solo lo detentan un determinado grupo de mujeres que comparten una racionalidad común. Lo problemático es que para ello se recurre a un discurso que asume la representación de todas las mujeres y presupone la existencia de un consenso previo. Esta cuestión hace evidente al estudiar los derechos de las mujeres consagrados en el ámbito interna-

[73] ESPINOSA, Y. y CASTELLI, R., "Colonialidad y dependencia en los estudios de género y sexualidad en América Latina: en el caso de Argentina, Brasil, Uruguay y Chile" en BIDASECA, K. y VAZQUEZ, V., *Feminismo y poscolonialidad… Op. Cit.* Pág. 211.

cional y las prioridades que establecen los órganos y organismos de derechos humanos de las mujeres.

2.4. Algunas reflexiones.

Las propuestas presentadas por las autoras permiten reflejar que existe una amplia tradición de cuestionamiento hacia aquellos los discursos feministas que universalizan sus experiencias y asumen la representación de las mujeres como grupo homogéneo, unido por una misma opresión.

Entre los distintos aportes que realizan las autoras estudiadas se puede señalar algunos aspectos comunes. En primer lugar, cuestionan el uso de "la Mujer" como una categoría homogénea y abstracta que une a todas las mujeres en base a una opresión común. Las autoras proponen distintas herramientas analíticas para considerar los distintos ejes de opresión que intervienen en la vida de las mujeres. Ello permite desarrollar estrategias que tengan en cuenta tanto en contexto en el que viven como las conexiones más amplias que existen en el marco de la economía y política global.

En segundo lugar, cuestionan que el patriarcado sea considerado como el único eje de opresión que impacta en la vida de las mujeres y proponen analizar su interrelación con el racismo, el clasismo y la heteronormatividad. Por ello, en contra de generalizaciones descontexutalizadas y ahistóricas, proponen analizar cómo estos distintos ejes impactan en la vida de grupos concretos de mujeres y cuáles son las causas que los generan. En este sentido, los aportes del feminismo descolonial son útiles porque permiten entender cómo se interrelaciona el patriarcado con la colonialidad del poder. Un aspecto fundamental para estudiar las problemáticas que enfrentan las mujeres indígenas y de color.

Las distintas propuestas elaboradas de autoras de Abya Yala permiten complejizar la situación que enfrentan las mujeres que pertenecen a pueblos colonizados. Si bien no existe consenso acerca de la existencia del patriarcado ancestral, ponen en evidencia cómo con la intrusión colonial la situación de las mujeres de los pueblos colonizados se vio violentamente alterada. Las mujeres indígenas recibieron un tratamiento diferenciado no solo con relación a las demás mujeres, sino también con los varones indígenas.

En este sentido, las relaciones de género descritas por Rivera y Segato no forman parte de un pasado abandonado completamente. Conviven y coexisten con las formas impuestas por la modernidad colonial y de ahí la complejidad al acercarse a las realidades indígenas. La colonialidad del poder y del género no operan completamente, no son una hegemonía incuestionable. Sino que conviven con las resistencias y respuestas de las comunidades colonizadas.

En virtud de ello es necesario tener en cuenta cómo los distintos sistemas de dominación se constituyen mutuamente y se retroalimentan. Como advierte Crenshaw[74], si no se tienen en cuenta estos aspectos las estrategias que se desarrollen para combatir

[74] CRENSHAW, K., "Mapping the Margins: Intersectionality... *Op. Cit.* Pág. 1252.

las problemáticas de manera unidimensional contribuirán a reforzar otras opresiones. Así, las políticas o medidas a favor de los derechos de las mujeres, sino tienen en cuenta el racismo vigente, contribuirán a reforzarlo. Lo mismo ocurre con las políticas antirracistas que no consideren el patriarcado como sistema de dominación contra las mujeres.

En tercer lugar, los planteamientos antes presentados realizan una crítica epistémica al indagar sobre el poder de determinados discursos feministas y sus efectos colonizadores en la vida de muchas mujeres. En este sentido es necesario indagar porque determinados temas, y no otros, forman parte de la "agenda internacional" de los movimientos de mujeres. O, como advierte Spivak[75], quienes tienen la posibilidad que su "voz" sea escuchada, reconocida y considerada apta para entablar un diálogo.

Por último, estas propuestas permiten tener en cuenta que las diferencias entre mujeres, no son solo diferencias sino que, en algunos casos, responden a relaciones de dominación, opresión y explotación de unos pueblos contra otros. Relaciones de las que muchas mujeres se han y continúan beneficiado, pese a que en otros ámbitos de sus vidas vivan distintas formas de opresión. Este aspecto, es fundamental para establecer alianzas entre las mujeres de distintos contextos y diseñar estrategias que respondan a las distintas necesidades de las mujeres implicadas. Como advierte Ochy Curiel: "un feminismo que no es antirracista es racista, un feminismo que no es anticlasista es clasista y un feminismo que no esté luchando contra los efectos de la heterosexualidad como régimen político, es heterosexista"[76].

3. LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En este apartado se tratan los instrumentos internacionales que protegen de manera específica los derechos de las mujeres y la actuación de distintos órganos y organismos de derechos humanos en la materia.

Su análisis tiene dos objetivos claramente diferenciados. En primer lugar, se busca indagar cuáles son las herramientas jurídicas que pueden servir para amparar las reivindicaciones de las mujeres indígenas y defender sus intereses. Aquellas exigencias que mujeres indígenas organizadas han expresado por distintas vías, alguna de ellas descritas en el capítulo anterior y, otras, en el presente capítulo.

Por otra parte, se estudian informes, recomendaciones y estudios realizados por distintos organismos y órganos de derechos humanos para analizar las aproximaciones que realizan sobre los derechos de las mujeres. Interesa analizar cómo tratan la heterogeneidad de las mujeres y cuáles son las recomendaciones que realizan para luchar contra las múltiples formas de violencia que enfrentan las mujeres, en especial las mujeres indígenas. Este análisis se realiza tomando en cuenta las reflexiones presentadas por las autoras antes presentadas.

[75] SPIVAK, G., *Critica a la razón poscolonial. Hacia una historia de… Op. Cit.* Pág. 303.
[76] CURIEL, O., "La descolonització des d'una proposta… *Op. Cit.* Pág. 22.

Ambos análisis permiten tener un panorama acerca de la situación de los derechos de las mujeres y las aproximaciones que desde los organismos internacionales, en particular ONU, se realiza sobre los derechos de las mujeres indígenas, tanto individuales como colectivos.

3.1. La CEDAW y Recomendaciones del Comité

Existen distintos instrumentos internacionales que protegen específicamente los derechos de las mujeres. La CEDAW[77] contiene una serie de disposiciones que permiten proteger a las mujeres indígenas contra las múltiples formas de violencias que las afectan. Tanto de aquellas que se desarrollan en las relaciones familiares y comunitarias, como ante las acciones desplegadas por las autoridades públicas, el poder judicial y agentes privados (personas, asociaciones o empresas). La protección también comprende la omisión del Estado en prevenir o sancionar tales actos.

En Argentina la CEDAW entró en vigor en 1985 y en 2007 fue ratificado el Protocolo Facultativo. La CEDAW tiene jerarquía constitucional según lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Desde su adopción, el Comité[78] ha elaborado una serie de recomendaciones generales para aclarar el significado de algunos conceptos y el alcance de las obligaciones impuestas a los Estados. La labor el Comité ha contribuido a ampliar la interpretación del tratado para adaptar sus disposiciones a las distintas formas de violencia y/o discriminación que enfrentan las mujeres. En el primer artículo la convención define como "discriminación contra la mujer" como:

> …toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

En el texto impone a los Estados parte la obligación de "tomar todas las medidas" tendientes a revertir las situaciones de discriminación a las que las mujeres se encuentran sometidas. Los distintos preceptos tienden a lograr la igualdad con los varones en los distintos ámbitos de la vida, tanto en el público como en el privado. Para el primer supuesto regula la participación en la vida política y pública del país, su nacionalidad, salud, educación, empleo, acceso a la justicia, ámbito económico y social, etc. La Convención también tiene en cuenta el ámbito privado al contemplar, por ejemplo, las relaciones matrimoniales y familiares.

---

[77] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

[78] El Comité supervisa la aplicación de la Convención y de su Protocolo Facultativo. Está compuesto por 23 expertos y expertas independientes en derechos de las mujeres de todo el mundo. Para más información del Comité, véase: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Introduction.aspx. Fecha de consulta: 11/06/2017.

En las distintas recomendaciones el Comité de la CEDAW[79] señala que los Estados tienen la obligación de condenar la discriminación contra las mujeres en todas sus formas, incluida las múltiples formas de violencia a las que se pueden encontrar sometidas. Las formas de discriminación a las que hace referencia la Convención pueden ser tanto directas como indirectas. La directa cuando supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género. Indirecta, cuando una ley, una política, programa o práctica parece ser neutra pero tiene un efecto discriminatorio porque no se han tenido en cuenta las desigualdades preexistentes.

Para el Comité la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio en las relaciones de poder entre mujeres y hombres puede exacerbar las desigualdades existentes. Por lo que advierte que un trato idéntico o neutro hacia la mujer y hombre podría constituir discriminación contra las mujeres cuando tuviera como resultado privarlas del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistente por motivos de género.

En la Recomendación núm. 19[80], señala que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con los hombres. Advierte que aunque en el texto de la Convención no se haga mención a la violencia expresamente, los Estados partes deben adoptar medidas positivas para eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres para aplicar cabalmente el tratado.

El Comité insta a los Estados a adoptar medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de violencia por razones de sexo. Recomienda adoptar las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia. Propone que se apliquen sanciones penales, civiles e indemnizaciones; medidas preventivas para modificar las actitudes relativas al papel y la condición del hombre y de la mujer; servicios de apoyo para las familias en las que haya habido un caso de incesto o de abuso deshonesto; etc.[81]

Aunque en el articulado de la CEDAW no se hace referencia explícita a las mujeres indígenas, contiene algunos artículos que pueden ser invocados para atender sus necesidades específicas. El artículo 5 dispone que los Estados parte deberán tomar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para la eliminación de los prejuicios que se encuentren fundamentados en funciones estereotipadas. El artículo 7 garantiza el acceso en igualdad de condiciones a la participación de asuntos públicos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. El 10 estipula la igualdad en el acceso de la educación y hace referencia a la alfabetización de las mujeres y la elaboración de planes tendientes a reducir la tasa de aban-

[79] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, doc. CEDAW/C/GC/, 3 de agosto de 2015. Párrafo 22. Comité CEDAW, Recomendación general núm. 28 relativa al artículo 2 de la CEDAW, doc. CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010. Pág. 4, párrafo 16.
[80] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 19: La violencia contra la mujer, doc. A/47/38, 1992. Pág. 1, párrafo 1 y 6.
[81] *Ibíd.* Pág. 2, párrafo 9.

dono femenino. El artículo 14 dedicado a las mujeres rurales dispone que los Estados partes deben tomar en cuenta los problemas especiales que enfrentan. Además, establece que se deberán tomar todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la Convención en zonas rurales.

Igualmente el Comité de la CEDAW ha emitido una serie de recomendaciones donde hace referencia a la situación de las mujeres indígenas y en distintas oportunidades señala cómo formas entrecruzadas de discriminación pueden limitarles el acceso a la justicia, salud, con relación a su edad, etc.[82] En la Recomendación núm. 28 hace referencia a la interseccionalidad como un concepto básico para comprender las obligaciones generales de los Estados parte. Dice:

> La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas.[83]

En la Recomendación núm. 34[84], dedicada a las mujeres rurales, advierte que no se trata de un grupo homogéneo y que enfrentan formas entrecruzadas de discriminación. Señala que muchas mujeres indígenas y afrodescendientes viven en zonas rurales y sufren discriminación debido a su origen étnico, idioma y forma de vida tradicional. Considera que los Estados partes deberían eliminar todas las formas de discriminación contra estos grupos de mujeres rurales *desfavorecidos y marginados*. También deben velar por que estén protegidas contra las formas entrecruzadas de discriminación y tengan acceso a la educación, empleo, agua y saneamiento, atención sanitaria, entre otras cosas.

La Recomendación núm. 33 hace referencia al acceso a la justicia de las mujeres. También en este ámbito el Comité indica que ha podido documentar distintos ejemplos de los efectos negativos que produce la intersección de discriminaciones. Entre ellos señala la falta de recursos procesales eficaces para grupos específicos de mujeres y la renuencia de estos grupos a realizar denuncias ante las autoridades. Ello a causa del temor a ser "a ser humilladas, estigmatizadas, arrestadas, deportadas, torturadas o sometidas a otras formas de violencia contra ellas, incluso por los oficiales encargados de hacer cumplir la ley"[85]. Advierte el Comité que cuando las mujeres *de esos subgrupos*[86]

---

[82] Véase: Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33… *Op. Cit.,* párrafo 5; Recomendación núm. 27 sobre mujeres menores de edad y protección de sus derechos humanos, doc. CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010. Pág. 3, párrafo 13.

[83] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 28... *Op. Cit.* Pág. 5, párrafo 18.

[84] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 34 sobre los derechos de las mujeres rurales, doc. CEDAW/C/GC/34, 7 de marzo de 2016.

[85] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, doc. CEDAW/C/GC/, 3 de agosto de 2015. Pág. 5, párrafo 10.

[86] *Ibíd.* Pág. 16, párrafo 33 y ss.

plantean reclamaciones, las autoridades con frecuencia no actúan con la debida diligencia para investigar, enjuiciar y castigar a los perpetradores y/o aplicar medidas correctivas.

Tras hacer referencia a los distintos obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia. El Comité sugiere que los Estados tomen medidas para que los agentes de justicia (jueces, fiscales, abogados y funcionarios) incorporen en sus actuaciones las disposiciones que establecen la prohibición de la discriminación contra las mujeres y el principio de igualdad sustantiva. En especial, en el ámbito del derecho penal para garantizar el acceso a la justicia en base a la igualdad. Advierte que los Estados deben asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos.

En los últimos apartados la Recomendación núm. 33[87] realiza una serie de observaciones dedicadas a los "sistemas de justicia plurales". Es decir, a aquellos Estados donde las leyes, los reglamentos, los procedimientos estatales coexisten con leyes y prácticas religiosas, consuetudinarias, indígenas o comunitarias. Para estos casos, sugiere entre otras cosas, que se promulgue legislación para regular las relaciones entre los diferentes mecanismos de los sistemas de la justicia a fin de eludir posibles conflictos. También recomienda es que se fomente un diálogo constructivo y formalicen los vínculos extraoficiales de justicia, incluso mediante la adopción de procedimientos para compartir información entre ellos.

Por último, es importante mencionar la Recomendación núm. 31 sobre "prácticas nocivas" emitida conjuntamente con el Comité de los Derechos del Niño. Ambos Comités llaman la atención sobre la existencia de prácticas que afectan a mujeres y a niños, especialmente a niñas, y emiten la recomendación a fin de aclarar las obligaciones de los Estados partes para erradicarlas. Son definidas de la siguiente manera:

> Las prácticas nocivas son prácticas y formas de conducta persistentes que se fundamentan en la discriminación por razón de sexo, género y edad, entre otras cosas, además de formas múltiples o interrelacionadas de discriminación que a menudo conllevan violencia y causan sufrimientos o daños físicos o psíquicos. El daño que semejantes prácticas ocasionan a las víctimas sobrepasa las consecuencias físicas y mentales inmediatas y a menudo tiene el propósito o el efecto de menoscabar el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las mujeres y los niños. Asimismo, tales prácticas repercuten negativamente en su dignidad, su integridad y desarrollo a nivel físico, psicosocial y moral, su participación, su salud, su educación y su situación económica y social. Por consiguiente, las prácticas se reflejan en el trabajo de ambos Comités.[88]

[87] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33 sobre el acceso... *Op. Cit.* Pág. 24, párrafo 54 y ss.

[88] Comité CEDAW y Comité de los Derechos del Niño, Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, doc. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18 14 de noviembre de 2014. Pág. 7, párrafo 15.

Para los Comités las prácticas nocivas constituyen una negación de la dignidad o integridad de la persona y una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en las ambas Convenciones. Consideran que se fundamentan la discriminación por sexo, género y edad y se entrecruzan con otros factores por lo que mujeres y niñas que pertenecen a *grupos desfavorecidos* corren mayores riesgos de ser víctimas de tales prácticas.

Si bien la Recomendación hace especial hincapié en la obligación de los Estados de erradicar las prácticas utilizando la vía penal, ofrece una visión más holística del tratamiento que se debe realizar para erradicarlas. Indica que los Estados están obligados a aprobar leyes, políticas y medidas adecuadas para eliminar la discriminación que generan las prácticas nocivas y a la violencia contra las mujeres. Además, advierte que deben probar la pertinencia e idoneidad de las medidas que adoptan asegurando que no se vulneren los derechos humanos de las mujeres y demostrar que las medidas lograrán los efectos y resultados deseados.[89]

Por su parte, la Recomendación también hace mención a la Convención de los Derechos del niño y establece que los principios generales que se aplican a la cuestión de las prácticas nocivas, son: protección contra la discriminación, atención al interés superior del niño, defensa del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el derecho del niño a ser escuchado[90]. Por lo que advierte que la participación de los me-

---

[89] Comité CEDAW y Comité de los Derechos del Niño, Recomendación general núm. 31… *Op. Cit.* Pág. 13, párrafo 33.

[90] Desde la adopción de la Convención el Comité de los Derechos del Niño emitió distintas Observaciones explicando los alcances del derecho del niño y de la niña a ser escuchada (art. 12). Ha señalado que constituye uno de los principios generales de la Convención. Por lo que debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar los demás derechos allí consagrados. Ello debido a la condición jurídica y social del niño/a que, pese a carecer la plena autonomía de las personas adultas, son sujetos de derechos.

En la Observación General núm. 12, sobre *El derecho del niño a ser escuchado,* establece que en los procedimientos penales debe ser respetado el derecho de los y las niñas a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afectan. Ello debe ser observado escrupulosamente durante todas las etapas del proceso. Además, con relación "al niño víctima", el Comité señala que debe tener la oportunidad de ejercer plenamente el derecho a ser escuchado, lo que implica que debe hacerse todo lo posible para que se les consulte sobre aspectos relativos al caso, sus opiniones y preocupaciones en cuanto a la participación en el proceso judicial. Todo ello vinculado al derecho a ser informados sobre la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales.

Con relación a los niños y niñas indígenas, la Observación General núm. 11 sobre *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño*, señala que por una parte tienen el derecho individual a expresar sus opiniones y, por la otra, el derecho a ser oídos colectivamente. En la dimensión individual, el Comité señala que los Estados parte tienen la obligación de respetar este derecho y tener debidamente en cuenta la opinión de los niños/a indígenas en función de la edad y madurez. En la dimensión colectiva la Observación General señala que el Estado desempeña una importante función en la promoción de la participación de los niños/as indígenas y debería velar para que se les consulte en todos los aspectos que les afecten. Además, debería elaborar estrategias especiales para que la participación sea efectiva en distintos ámbitos como el escolar, la comunidad, etc. Los planes, programas y políticas que se elaboren en ese sentido deben realizarse en estrecha colaboración con los niños/a indígenas y sus comunidades.

El Comité también señala que los Estados, en consulta con las comunidades indígenas (incluidos los niños y niñas) deberían idear medidas para la prevención de abusos y explotación sexuales. Recomienda que las medidas se basen en estudios que documenten las tendencias de las transgresiones y en los que se analicen sus causas fundamentales. Para un tratamiento más detallado de las Observaciones del Comité en caso de violencia sexual contra niñas y mujeres, consultar: TOLEDO VÁSQUEZ, P., BODE-

nores en los procesos judiciales tiene que estar acompañada de una serie de garantías para salvaguardad sus derechos, su seguridad y limitar los posibles efectos nocivos de los procedimientos.

Además, indica que las mujeres y niñas que son víctimas de prácticas nocivas necesitan servicios de apoyo inmediato, incluidos servicios médicos, psicológicos y jurídicos. Considera que todas las iniciativas de elaboración y enmienda de leyes penales deben ir acompañadas de medidas y servicios de protección para las víctimas.

La Recomendación señala que uno de los primeros pasos para combatir las prácticas nocivas es la prevención y la adopción de medidas integrales. Las prácticas no pueden ser afrontadas de manera aislada sino dentro de un contexto más amplio basado en la comprensión global sobre cómo están vinculadas a otras normas culturales y sociales. Por su parte, advierte que cualquier enfoque que se centre en cambiar conductas individuales tiene considerables limitaciones por lo que se necesita un enfoque comunitario o colectivo de amplia base. Considera que la prevención y eliminación de las prácticas nocivas requiere la creación de una estrategia holística bien definida "basada en los derechos y localmente pertinente que incluya medidas jurídicas y de política general de apoyo, así como mediadas sociales"[91].

Los comités recomiendan que los Estados partes garanticen:

> …que todos los esfuerzos realizados para hacer frente a las prácticas nocivas y para cuestionar y cambiar las normas sociales subyacentes sean holísticos, comunitarios y se fundamenten en un enfoque basado en los derechos fundamentales que incluya la participación activa de todas las partes interesadas competentes, especialmente las mujeres y las niñas.[92]

La Recomendación considera que solo este abordaje puede ofrecer soluciones más sostenibles y eficaces a largo plazo, en especial cuando involucran a las partes interesadas en todos los niveles. Tanto a dirigentes comunitarios como, en especial, a las niñas y mujeres de las comunidades a las que las prácticas podrían afectar, así como los niños y varones de tales comunidades.

También señala que las actividades de concienciación tienen que diseñarse cuidadosamente de acuerdo al contexto local para no fomentar ni estigma ni discriminación contra las víctimas y/o comunidades practicantes. Por ello se recomienda que se elaboren y aprueben programas de concienciación integrales para cuestionar y cambiar actitudes, tradiciones y costumbres culturales y sociales que son la causa subyacente de las formas de conducta que perpetúan las prácticas nocivas.

LÓN, E., TUR, N. y MARTÍNEZ, J., *Marc jurídic internacional, estatal i autonòmic de les violències sexuals (matrimonis forçats, mutilacions genitals femenines, tràfic d'essers humans amb finalitat d'explotació sexual, assetjament i agressions sexuals)*, Ed. Antígona, Grup de Recerca de Dret i Societat en Perspectiva de Gènere, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2017.

[91] Comité CEDAW y Comité de los Derechos del Niño, Recomendación general núm. 31… *Op. Cit.* Pág. 13, párrafo 33.

[92] *Ibíd.* Pág. 20, párrafo 60.

3.2. Análisis interseccional de las Recomendaciones del Comité CEDAW

El Comité ha desarrollado una intensa labor en la promoción de los derechos de las mujeres y aporta herramientas útiles para la protección de los derechos de las mujeres indígenas.

Sin embargo, presenta una serie de limitaciones que deben mencionarse ya que reflejan las críticas realizadas por las autoras antes estudiadas. Si bien el Comité menciona la interseccionalidad de las discriminaciones para visibilizar las distintas posiciones en las que se encuentran las mujeres, no logra incorporar esta mirada en los abordajes que realiza. Incluso, se puede advertir que presenta serios límites desde una perspectiva intercultural, ya que tiende a universalizar una mirada monocultural sobre ciertos temas.

En este sentido, la Recomendación núm. 33 sobre acceso a la justicia, al hacer mención a los sistemas de justicia indígena presenta una serie de deficiencias. Por una parte, refleja las críticas que se han realizado desde distintos ámbitos sobre la mirada etnocéntrica y eurocéntrica hacia la justicia indígena. Además, se advierte un serio desconocimiento sobre el régimen internacional de derechos indígenas. Cuando el Comité hace mención a los sistemas indígenas los trata de distinta manera según cuenten con reconocimiento estatal. Si no cuentan con tal reconocimiento los incluye dentro de los "sistemas alternativos de resolución de conflictos" y, en el caso que estén reconocidos los trata dentro de los "sistemas extraoficiales de justicia"[93].

En el primer caso, la justicia indígena es tratada conjuntamente con algunos sistemas alternativos de resolución de conflictos. Dice el Comité:

> Muchas jurisdicciones han adoptado sistemas obligatorios u optativos para la mediación, la conciliación, el arbitraje, las resoluciones de colaboración para la solución de controversias, la facilitación y la negociación basada en los intereses. Esto se aplica, en particular, a las esferas del derecho de familia, la violencia doméstica, la justicia de menores y el derecho laboral. **Los procesos alternativos de solución de controversias suelen denominarse de justicia oficiosa vinculados a los litigios judiciales oficiales** pero que funcionan fuera de esos procesos. Los procesos alternativos oficiosos de solución de controversias incluyen también a los tribunales indígenas no oficiales, así como a los cargos de jefes basados en la solución alternativa de controversias en que estos últimos y otros líderes comunitarios resuel-

[93] Es importante señalar el documento original en inglés al hablar de los "sistemas plurales de justicia" los menciona en todo el texto como "plural justice systems". Sin embargo, la traducción al castellano ofrecida por ONU ofrece un tratamiento distinto. En el título de la sesión dedicada a este tema los traduce como "sistemas de justicia plurales". En cambio, durante los distintos párrafos utiliza la expresión "sistemas extraoficiales de justicia" para referirse a ellos.

La traducción al castellano como "sistemas extraoficiales de justicia" es contradictoria porque es utilizada para referirse a los sistemas reconocidos por el Estado. Al traducirlos como "extraoficiales" da la impresión que se tratan de instituciones "externas" del Estado. Al ser el original del documento en inglés, se mantiene la interpretación propuesta en ese texto. Sin embargo, llama la atención el cambio que realiza la versión en castellano. Al ser este idioma también oficial de ONU la traducción de los documentos deberían tener el mismo sentido.

ven las controversias interpersonales, incluidos el divorcio, la custodia de los hijos y las diferencias sobre la tierra.[94] (Resaltado propio)

Para el Comité si bien estos sistemas pueden ofrecer alternativas favorables para las mujeres, como reducción de costos y demoras cuando solicitan justicia, considera que ellos pueden dar lugar a nuevas violaciones de derechos y a la impunidad debido a que estos sistemas *suelen actuar en base a valores patriarcales*. Ante ello recomienda a los Estados que "aseguren que los casos de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, bajo ninguna circunstancia se remitan a cualquiera de los procedimientos alternativos de solución de controversias"[95].

En este sentido, el Comité realiza un tratamiento diferenciado según qué sistema de resolución de conflictos se trate. Mientras que las dificultades que existen al acceso de la justicia estatal son calificadas como "prejuicios" o "discriminaciones" de género, en los sistemas alternativos (incluida la justicia indígena no oficial) ello responde a que funcionan en base a valores "patriarcales". Ante ello pareciera inferir que el Comité considera que solo existen valores patriarcales en las prácticas de justicia "alternativas" y no en las oficiales. Lo que resulta difícil de sostener cuando a lo largo de la Recomendación el Comité hace referencia a las diferentes formas de exclusiones que viven las mujeres al intentar acceder a la justicia estatal.

La *jugada colonial*, diría Mohanty, radica en pensar que en ciertas sociedades, y por ende sus instituciones, las discriminaciones hacia las mujeres, (en este caso concretizada en las limitaciones al acceso a la justicia), se tratan de "prejuicios" o "estereotipos" de género. Mientras que cuando se valoran otras alternativas son consideradas como manifestaciones de valores patriarcales que estructuran la sociedad, en este caso la indígena. Ello agravado por el desconocimiento de las experiencias y las alternativas que mujeres indígenas han propuesto. Como se ha documentado en distintas investigaciones sobre el acceso a la justicia indígena, muchas de las cuales no se encuentran reconocidas por el sistema estatal.[96]

---

[94] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33… *Op. Cit.* Párrafo 57. Pág. 25.
La versión en inglés dice: "Many jurisdictions have adopted mandatory or optional systems for mediation, conciliation, arbitration and collaborative resolutions of disputes, as well as for facilitation and interest-based negotiations. This applies, in particular, in the areas of family law, domestic violence, juvenile justice and labour law. Alternative dispute resolution processes are sometimes referred to as informal justice, which are linked to, but function outside of, formal court litigation processes. **Informal alternative dispute resolution processes also include non-formal indigenous courts** and chieftancy-based alternative dispute resolution, where chiefs and other community leaders resolve interpersonal disputes, including divorce, child custody and land disputes. While such processes may provide greater flexibility and reduce costs and delays for women seeking justice, they may also lead to further violations of their rights and impunity for perpetrators because they often operate on the basis of patriarchal values, thereby having a negative impact on women's access to judicial review and remedies" (Resaltado propio)
La versión en inglés los nombra como "informal aternatives" "non-formal indigenous curts". Mientras que la traducción ofrecida por ONU los trata como "procesos alternativos oficiosos" y "los tribunales indígenas no oficiales".
[95] *Ibíd.* Párrafo 58.
[96] El informe del Foro Internacional de la Mujer Indígena (FIMI) hace mención a distintas estrategias comunitarias que desarrollan las mujeres indígenas contra las violencias que sufren. En Nicaragua en las comunidades miskitas se desarrollan modelos de justicia restaurativa para tratar la violencia de género y

Además, si se tendría que seguir la misma lógica propuesta por el Comité para excluir "los casos de violencia contra las mujeres" en tribunales que demuestren valores patriarcales, sería prácticamente imposible que algún tribunal de justicia estatal tuviera conocimiento de estos casos. Menos aún la justicia penal dado los fuertes criterios patriarcales sobre los que se estructuran, según estudios feministas y la propia Recomendación refleja.

Para el segundo caso, el Comité nombra como "sistemas extraoficiales de justicia" (sistemas plurales de justicia, en la versión en inglés) a aquellos casos donde junto a los procedimientos estatales coexisten con leyes y prácticas religiosas, consuetudinarias, indígenas o comunitarias. Nuevamente pareciera que el Comité desconoce el régimen internacional sobre derechos indígenas al equiparar la jurisdicción indígena con prácticas religiosas.

La Recomendación núm. 33 recuerda a los Estados que tienen la obligación de asegurar que los derechos de las mujeres sean respetados de manera equitativa y que estén protegidas contra las violaciones a sus derechos por todos los componentes de los sistemas extraoficiales (plurales) de justicia. Ello debido a que "la existencia de sistemas extraoficiales de justicia puede por sí misma limitar el acceso de la mujer a la justicia perpetuando y reforzando normas sociales discriminatorias"[97]. Es decir, que para el Comité la mera existencia de una pluralidad de mecanismos pone en peligro los derechos de las mujeres. Dice:

> En muchos contextos, puede haber múltiples formas de obtener acceso a la justicia dentro de un sistema extraoficial, y sin embargo las mujeres no pueden ejercer efectivamente la elección de la jurisdicción. El Comité ha observado que, en algunos Estados partes en que los sistemas de derecho de familia y/o personales basados en las costumbres, la religión o las normas comunitarias coexisten junto con los

---

ofrece recursos a las sobrevivientes de violencia de género. Para la mayoría de las mujeres el sistema legal estatal no es accesible, ya sea porque no hay servicios de traducción o debido a las distancias de los servicios de justicia. La organización Wangky Tangni combina procesos de justicia tradicional indígena con instrumentos tradicionales de derechos humanos para defender los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia. El informe también señala estrategias desarrolladas en Kenia contra la mutilación genital femenina.

Distintas investigaciones realizadas en América Latina han documentado experiencias exitosas desarrolladas por comunidades indígenas para enfrentar a los distintos tipos de violencia contra las mujeres indígenas. Por lo general estas experiencias tienen en cuenta las culturas locales para resistir a la violencia. Entienden la cultura como una fuerza dinámica y versátil y toman aquellas prácticas culturales que fomentan los derechos de las mujeres.

Ver: FIMI, *Mairin Iwanka Raya: Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia. Informe complementario al Estudio sobre violencia contra las mujeres del Secretario General de las Naciones Unidas*, Ed. Fimi, 2006. HERNÁNDEZ CASTILLO, R. y CANESSA, A. (ed.), *Complementariedades y exclusiones en Mesoamérica y los Andes*, Ed. IWGIA, Quito, 2012; SIERRA, M., *Haciendo justicia: Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, Ed. CIESAS, México, 2004; MARCOS, S., "Comunicación liberadora: los aportes de las mujeres indígenas a través de sus declaraciones, demandas y propuestas" en *Hariak, Recreando la educación emancipadora*, Ed. Universidad del País Vasco, Marzo, 2017; SIERRA, M., "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad" en STANLEY, R. (comp), *Estado, Violencia, Ciudadanía en América Latina... Op. Cit*.

[97] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33… *Op. Cit.* Pág. 26, párrafo 62.
Versión en inglés: "The presence of plural justice systems can, in itself, limit women's access to justice by perpetuating and reinforcing discriminatory social norms."

> sistemas civiles de derecho, las mujeres pueden no estar familiarizadas con ambos sistemas ni en condiciones de decidir cuál de esos regímenes se les aplica.[98]

Luego, el Comité advierte que existen modelos donde la pluralidad de sistemas de justicia han podido garantizar el acceso a la justicia a las mujeres y reducir al mínimo los conflictos. Entre las prácticas que considera que han permitido la reducción de los conflictos son: promulgación de legislación que defina claramente la relación entre los sistemas extrajudiciales (plurales) de justicia, la creación de mecanismos estatales de revisión, reconocimientos y codificación oficiales de los sistemas religiosos, consuetudinarios, indígenas, comunitarios y de otro tipo.

Las medidas valoradas como positivas por el Comité para reducir los conflictos merecen, al menos, dos comentarios.

En primer lugar, lejos de reconocer la diferencia de los sistemas de justicia y de tratarse de procesos interculturales, se tratan de procesos de reafirmación de la mayor jerarquía de la justicia estatal (monocultural). Los distintos modelos que señala el Comité como positivos son propios de los Estados e implican garantizar la subordinación a la lógica estatal dominante. Este tratamiento, ampliamente cuestionado, refleja las críticas anteriormente realizadas a las políticas multiculturales. Nira Yuva-Davis[99] expresa claramente esta cuestión al afirmar que todo el debate sobre el multiculturalismo tambalea con el hecho de que los límites de la diferencia, así como los límites de los derechos, están determinados por específicos discursos hegemónicos, que aunque utilicen un lenguaje universalista definitivamente no lo son.

Además, como se ha visto al tratar el marco jurídico de los pueblos indígenas, la concepción jerárquica de las relaciones interculturales fue trastocada al reconocer los derechos de los pueblos indígenas. Lo cual no significa sostener que la jurisdicción indígena carece de límites, sino que ante la existencia de conflictos deben articularse mecanismos interculturales para resolverlos. Ello para garantizar los derechos de los pueblos indígenas (también los de las mujeres indígenas como integrantes de los pueblos).

En segundo lugar, el Comité lejos de aportar alternativas útiles para la coordinación entre los sistemas y resolución de posibles conflictos, contribuye a afianzar una mirada "de sospecha"[100] hacia las alternativas no occidentales por suponer que su mera existencia supone una amenaza para los derechos de las mujeres. Por lo que recomienda a los Estados que de manera inmediata se brinde formación en derechos humanos de las mujeres a los operadores de estos sistemas y se establezcan mecanismos de control para todas sus actuaciones.

---

[98] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33… *Op. Cit.* Pág. 27, párrafo 63.
"In many contexts, the availability of multiple avenues for gaining access to justice within plural justice systems notwithstanding, women are unable to effectively exercise a choice of forum. The Committee has observed that, in some States parties in which systems of family and/or personal law based on customs, religion or community norms coexist alongside civil law systems, individual women may not be as familiar with both systems or at liberty to decide which regime applies to them."
[99] YUVAL- DAVIS, N., *Gender and Nation… Op. Cit.*
[100] Como las califica Boaventura Sousa Santos estudiar el tratamiento que recibe la justicia indígena. Véase: SANTOS, B. y EXENI, J., *Justicia indígena… Op. Cit.* Pág. 38.

Lo que queda aún sin contestar o problematizar en la Recomendación es si la intervención de la justicia estatal podrá garantizar el reconocimiento de los derechos de las mujeres, ya que, según lo constata el propio Comité durante la Recomendación, dentro de su propio ámbito de actuación la justicia estatal encuentra aún numerosas dificultades.

Estas consideraciones reflejan que aunque el Comité de CEDAW hace mención a la interseccionalidad de discriminaciones que puede afectar a subgrupos de mujeres, no logra incorporar esa mirada en su tratamiento sobre el acceso a la justicia. Realiza un tratamiento superficial, monolítico y homogeneizador de las realidades que viven otras mujeres, aspecto que como se ha visto, ha sido largamente cuestionado al feminismo hegemónico.

El análisis interseccional, propuesto por las autoras antes presentadas, permite advertir cómo las mujeres indígenas son excluidas de los tratamientos que realiza el Comité, ya que su situación no es considerada al tratar distintas cuestiones. Por lo general las Recomendaciones del Comité analizadas consideran las necesidades de las mujeres "en general" y luego tratan por separado o mencionan de manera superficial las problemáticas de grupos específicos de mujeres (*grupos desfavorecidos y marginados*) al que se le añaden otras opresiones.

Ello es problemático porque bajo la aparente generalidad con la que se tratan los temas, subyace la suposición de que las diferentes problemáticas impactan de la misma manera a todas las mujeres. Consideración que no se subsana con la simple mención a la multiplicidad de discriminaciones que viven ciertos grupos de mujeres. La interseccionalidad requiere un abordaje integral y trasversal al tratar las distintas problemáticas que enfrentan las mujeres. La mirada eurocéntrica de la Recomendación núm. 33, en el caso de las mujeres indígenas, radica en que solo hace referencia a ellas cuando trata la justicia indígena. No son consideradas ni mencionadas en los demás obstáculos que debe enfrentar cuando intentan acceder a la justicia ordinaria, que no serán los mismos que el resto de las mujeres.

En realidad el modelo de mujer que es considerado para tener en cuenta las problemáticas generales que describen las Recomendaciones responde a un grupo muy específico de mujeres. Cuyas experiencias luego se universalizan al suponerse que son compartidas por el resto de las mujeres que no entran en los relatos dominantes.

Además, la Recomendación núm. 33 trata la justicia indígena de una manera inadecuada, sin tener en cuenta las experiencias de mujeres indígenas en este sentido y los derechos reconocidos en materia indígena sobre este aspecto. Es paradójico que la Recomendación solo mencione de forma génerica la intersección de discriminaciones al acceso de la justicia estatal. Pero que luego dedique varios párrafos a tratar otros sistemas de justicia de una manera superficial y sin los conocimientos necesarios, al menos en lo que respecta a temática indígena. Con ello contribuye a reforzar la mirada colonial de las experiencias y mecanismos que no responden a los patrones occidentales. Agravado ello, por el poder político y simbólico que posee el Comité al ser el órgano legiti-

mado a nivel internacional de velar por los derechos de las mujeres, al menos de todas las mujeres de los Estados parte.

Por otra parte, la Recomendación núm. 31 sobre "prácticas abusivas" adolece de similares defectos al enfocarse principalmente en las prácticas presentes en sociedades no occidentales. El Comité señala que las prácticas nocivas se fundamentan en la discriminación por razón de sexo, género y edad y que se justifican, a menudo, invocándose costumbres y valores socioculturales y religiosos. Advierte que si bien la naturaleza y prevalencia de las prácticas varían según la cultura y la religión, "las más prevalecientes y mejor documentadas son la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil forzoso, la poligamia, los delitos cometidos con motivos de honor y la violencia por causa de la dote"[101].

También menciona, de manera superficial, otras formas de prácticas nocivas presentes en sociedades occidentales y occidentalizadas como los tratamientos médicos o cirugía plástica para cumplir normas sociales del cuerpo. Y las presiones que reciben muchas mujeres y niñas para estar delgadas, lo que ha provocado "una epidemia de trastornos alimentarios y de salud"[102].

Pese a que son nombradas distintas prácticas nocivas, la Recomendación pareciera estar orientada solo a erradicar las primeras. Varias de las observaciones que realiza no podrían ser aplicables para las últimas, e incluso, ni parecieran haber sido consideradas. En este sentido, lo más adecuado hubiera sido que el Comité hiciera referencia solo a aquellas prácticas abusivas que tiene mayor interés en erradicar, en vez de pretender generalizar su tratamiento a todas las prácticas abusivas. Es decir, hubiera sido más correcto realizar una recomendación específica sobre las prácticas más difundidas, estudiar detalladamente sus causas y ofrecer soluciones para estas. Y no pretender que se intenta erradicar las distintas prácticas abusivas presentes en las sociedades de los Estados partes, cuando el enfoque solo está orientado a algunas de ellas. En su pretensión de universalidad, cuando en realidad está enfocada a prácticas concretas, es en donde falla el tratamiento que realiza la Recomendación de los Comités.

Con ello no se pretende poner en duda ni la gravedad ni el rechazo que merecen las prácticas abusivas contra las mujeres y niñas, ni la obligación por parte de los Estados en erradicarlas. Lo que se quiere señalar es que tales planteamientos son poco efectivos para desarrollar estrategias políticas eficaces para combatirlas. Además, son colonizadores, porque refuerzan la mirada de que las prácticas abusivas se practican solo en determinadas sociedades o a causa de la migración. Cuando todo el trabajo del Comité CEDAW refleja lo contrario, que las violencias que viven las mujeres se manifiestan de distintas formas en los Estados parte de la Convención.

[101] Comité CEDAW y Comité de los Derechos del Niño, Recomendación general núm. 31… *Op. Cit.* Pág. 5, párrafo 7.
[102] *Ibíd.* Pág. 5, párrafo 9.

3.3. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y Relatora Especial.

Otro instrumento internacional importante para proteger los derechos de las mujeres es la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, aprobada por la Asamblea General de ONU, el 20 de diciembre de 1993. En el preámbulo reconoce que la violencia contra la mujer:

> …constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre…[103]

La Declaración es relevante porque hace mención específica a la violencia contra las mujeres y va más allá de concebirla como actos de discriminación. La Asamblea General advierte que la violencia contra las mujeres es continua y endémica, lo cual limita sus oportunidades para lograr la igualdad jurídica, social, política y económica en la sociedad. Se muestra preocupada porque algunos grupos de mujeres, como las indígenas, refugiadas, migrantes, rurales, indigentes, con discapacidad, niñas, ancianas, son particularmente vulnerables a la violencia.

En el primer artículo define la "violencia contra la mujer" como:

> …todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Entre los actos que abarca la violencia contra la mujer señala la violencia física, sexual y sicológica que se produce en la familia, en la comunidad y la perpetrada o tolerada por el Estado. Dentro del ámbito familiar incluye los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación. En el ámbito de la comunidad en general incluye la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada.

Dispone que los Estados deberán condenar la violencia contra la mujer y no podrán invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir sus obligaciones de procurar eliminarla. Además, establece que se deberán aplicar todos los medios apropiados y sin demora desarrollar políticas encaminadas para eliminar la violencia contra la mujer. Entre las distintas medidas que señala está la de adoptar políticas orientadas a eliminar la violencia contra las mujeres especialmente vulnerables.

---

[103] Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, doc. A/RES/48/104 85ª.

En este marco, en marzo de 1994, la Comisión de Derechos Humanos decidió nombrar un Relator/a Especial sobre la violencia contra la mujer[104], sus causas y consecuencias. Fue nombrado/a por un periodo de tres años para que, entre otras funciones:

> Solicite y reciba información sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, de los gobiernos, los órganos creados en virtud de tratados, de los organismos especializados, de otros relatores especiales encargados de diferentes cuestiones de derechos humanos y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales con inclusión de las organizaciones de mujeres, y que responda eficazmente a esa información…[105]

El mandato del Relator/a fue extendido en distintas oportunidades y anualmente ha emitido diferentes reportes sobre los derechos de las mujeres en todo el mundo. En 2007 la Relatora Especial, Yakin Ertürk, presentó su primer informe temático ante el Consejo de Derechos Humano sobre las "Intersecciones entre la cultura y la violencia contra la mujer"[106]. Allí afirma que el régimen de derechos humanos de ONU establece la primacía del derecho de las mujeres a vivir sin estar sometida a la violencia de género por lo cual los Estados no pueden invocar ningún discurso cultural (ya sea costumbre, tradición o religión) para justificar o condonar cualquier acto de violencia contra la mujer.

El informe contiene importantes elementos para combatir las diferentes formas de violencia que enfrentan las mujeres indígenas. Cuestiona la terminología usada por la ONU hasta ese entonces al hacer referencia a "las prácticas tradicionales perjudiciales". Para la Relatora Especial ello refleja una tendencia a esencializar las culturas tradicionales del *Sur mundial* como intrínsecamente perjudiciales para las mujeres. Señala los límites de tal enfoque al suponer que la eliminación de aquellas prácticas serviría para "liberar a las mujer victimizada de esas culturas"[107]. Ello pasa por alto, según la Relatora, las bases económicas y políticas de la subordinación de las mujeres y el hecho que las culturas se construyen dentro de dinámicas de relaciones de poder en el ámbito local, nacional y mundial.

También indica que las medidas que adopten los Estados para erradicar la violencia contra las mujeres no deben restringirse sencillamente a penalizar y enjuiciar el propio acto de violencia. Señala que se deben identificar otros aspectos vinculados con las prácticas violentas y desarrollar una estrategia exhaustiva para transformarlos.

Sin embargo, el Informe presenta una serie de limitaciones. En primer lugar, asume que el régimen internacional de derechos humanos que protege a las mujeres es

---

[104] Para consultar sobre el surgimiento y labores de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, ver: http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRWomen/Pages/SRWomenIndex.aspx. Fecha de consulta: 06/05/2017.

[105] La cuestión de la integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y la eliminación de la violencia contra la mujer, doc. 1994/45. Artículo 6.

[106] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk: Intersecciones entre la cultura y la violencia contra la mujer, doc. A/HRC/4/34, 17 de enero de 2007.

[107] *Ibíd.*

un fruto del consenso de los movimientos de mujeres de todo el mundo. En especial menciona al plan de Acción y Plataforma de acción de Beijing y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Dice:

> La interconexión de los movimientos de resistencia locales permitió que éstos se convirtieran en un movimiento internacional de mujeres, que logró transformar la legislación internacional de derechos humanos para abordar las maneras específicas en que se produce la violación de los derechos de la mujer. Ello culminó en un programa exhaustivo que reconoce a la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos, que debe condenarse, con independencia de que esa violencia se base en prácticas tradicionales, religiosas o culturales.[108]

El Informe trata de una manera demasiado generalizada a los movimientos de mujeres, como si fueran una unidad monolítica que naturalmente se hubieran interconectado para formar un movimiento internacional de mujeres. Sin embargo, como se ve en el apartado siguiente, distintos movimientos de mujeres (entre ellas mujeres indígenas) cuestionaron la Plataforma de Acción de Beijing y la Declaración por considerar que no tenía en cuenta sus necesidades y universalizaba las experiencias e intereses de un determinado grupo de mujeres.

En segundo lugar, el Informe de la Relatora trata al patriarcado como un eje universal, que lo sufren *todas* las culturas del mundo. La tendencia a universalizar *a priori* las problemáticas que atraviesan las mujeres, que ha sido continuamente criticada, presenta serias limitaciones al momento de buscar estrategias para luchar contra los problemas concretos que viven las mujeres de acuerdo a sus contextos específicos.

Por último, otro tratamiento inadecuado que realiza el informe está relacionado con los derechos de los pueblos indígenas. Para el informe los instrumentos que promueven el reconocimiento de la diversidad cultural con frecuencia lo hacen sin proteger debidamente los derechos de las mujeres. Advierte que cada vez es más se recurre a paradigmas relativistas culturales y políticas de identidad para restringir los derechos de las mujeres. Como ejemplo señala la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de ONU, que en aquel momento solo contaba con la aprobación del Consejo de Derechos Humanos y estaba pendiente la aprobación de la Asamblea General.

En el informe la Relatora Especial cuestiona que la Declaración no mencione la CEDAW, ni la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y que no haga referencia específica a las necesidades especiales de las mujeres. Considera que no aborda en absoluto los problemas de las mujeres indígenas con relación a sus propias comunidades "lo que incluye muchas veces grados inquietantes de desigualdad entre los géneros, opresión patriarcal y violencia". Señala:

> …en definitiva, la lucha de los pueblos indígenas por la justicia social en una plataforma de derechos humanos sólo será legítima, y por ende, eficaz, si se reconocen

[108] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer… *Op. Cit.* Pág. 26, párrafo 68.

> y abordan los problemas de derechos humanos dentro de la comunidad, en particular la violencia y la discriminación contra la mujer.[109]

Estas consideraciones reflejan las críticas realizadas por las autoras antes señaladas en dos sentidos. Por una parte, ante la tendencia a universalizar las experiencias de un grupo determinado de mujeres y tratarlas como si fueran demandas comunes de *todas* las mujeres. El informe da por sentado que existe consenso acerca de cuáles son los derechos, prioridades y métodos para luchar contra la violencia. Si bien en la actualidad los derechos humanos son herramientas útiles y utilizadas por muchas mujeres para exigir una vida libre de violencias, ello no significa que sean fruto de un consenso donde hayan participado *todas* las mujeres, lo que sería prácticamente imposible.

Al "consenso" que la Relatora parece referirse es a la participación desde una perspectiva meramente formal a través de la representación de los Estados. Sin embargo, como ha quedado señalado en capítulos anteriores, los Estados en América Latina han tendido a negar la existencia de los pueblos indígenas y a excluirlos de la participación en el ámbito público, sobre todo a las mujeres indígenas. Además, las organizaciones indígenas han cuestionado el formato de los organismos internacionales que limitan su participación en la toma de decisiones.[110] Los arduos debates que existieron en torno a la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing reflejan de manera contundente que tal consenso era ampliamente cuestionado por diferentes sectores del movimiento de mujeres.

Por otra parte, condicionar la lucha indígena al respeto de los derechos de las mujeres implica abordar la complejidad del asunto de una forma maniquea. Olvida que las mujeres indígenas forman parte de esos pueblos y que ellas mismas luchan por el reconocimiento de sus derechos como tal. El tratamiento que realiza la Relatora deja entrever que entiende que la lucha de los pueblos indígenas sería una tarea solo de los varones indígenas, lo que implica negar la agencia política de las mujeres indígenas. Un aspecto que ella misma critica en el informe al señalar que "el esencialismo cultural también ignora el papel de la mujer en el mundo en desarrollo y las trayectorias de su resistencia a la violencia y la opresión"[111]. Además, como las mujeres indígenas señalan, se tratan de procesos conjuntos, es decir, que el reconocimiento de sus derechos colectivos se encuentra íntimamente relacionado con el respeto de sus derechos como mujeres.

Tanto la CEDAW como la Declaración son instrumentos útiles para ofrecer una protección más amplia a los derechos de las mujeres indígenas y señalar cuáles son las

---

[109] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer… *Op. Cit.* Pág. 16, párrafo 30,

[110] Dice el Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas en 2016 elaborado por el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas: "La Asamblea General de las Naciones Unidas considera actualmente cómo fortalecer la participación de los pueblos indígenas en las reuniones de Naciones Unidas sobre temas que les conciernen. La iniciativa no tiene precedentes, ya que contempla la apertura de la Asamblea General a actores no estatales que no son organizaciones internacionales." BROCH HANSEN, K. JEPSEN, K. y LEIVA JACQUELIN, P., *El Mundo indígena 2017…Op. Cit.* Pág. 552.

[111] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer…. *Op. Cit.* Pág. 9, párrafo 20.

obligaciones de los Estados en caso que sus derechos sean vulnerados. Sin embargo, ambas contienen una serie de limitaciones al no colocar la atención debida a la heterogeneidad de las mujeres y las diferentes experiencias y necesidades que enfrentan. Las aproximaciones que realizan el Comité de la CEDAW y la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer si bien mencionan la interseccionalidad de las discriminaciones, no logran incorporar esta herramienta analítica en sus análisis. Los análisis se realizan desde una perspectiva eurocentrada, que reproducen la colonialidad al universalizar las experiencias de un grupo determinado de mujeres y continuar excluyendo las necesidades de las demás mujeres. A continuación se analiza cómo otros órganos internacionales de derechos humanos han tratado esta cuestión.

3.4. La protección de los derechos de las mujeres indígenas en el ámbito internacional

Distintos órganos de derechos humanos del ámbito internacional han hecho referencia a los derechos de las mujeres indígenas. En mayor o menor medida intentan realizar una aproximación que tenga en cuenta sus necesidades específicas de mujeres que forman parte de pueblos indígenas.

En el ámbito del ECOSOC tanto la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer como el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas emitieron resoluciones e informes que tienen como objetivo específico los derechos de las mujeres indígenas.

La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer[112] aprobó dos resoluciones al respecto. En 2005 la resolución 49/7, titulada "Las mujeres indígenas más allá del examen decenal de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing", donde pide a los gobiernos, organismos intergubernamentales, sector privado y sociedad civil que adopten medidas para garantizar la participación plena y efectiva de las mujeres indígenas en todos los aspectos de la sociedad.

Por su parte, en 2012, emitió la resolución 56/4 titulada "Las mujeres indígenas: agentes claves para la erradicación de la pobreza y el hambre", donde señala que las mujeres indígenas representan una gran diversidad de culturas y tradiciones con diferentes necesidades y preocupaciones. Destaca que sus conocimientos contribuyen en las distintas economías locales para la erradicación de la pobreza, la seguridad alimentaria, el desarrollo sostenible, la conservación de la diversidad biológica y recursos naturales. La Comisión se muestra preocupada por el hecho de que las mujeres indígenas sufran múltiples formas de discriminación y de pobreza que aumentan su vulnerabilidad ante todas las formas de violencia.

[112] La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, depende del ECOSOC, y es el órgano internacional intergubernamental dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Para conocer su historia, ver: http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history. Fecha consulta: 05/05/2017.

En virtud de ello, la resolución 56/4 insta a los Estados a tomar medidas especiales para promover y fortalecer políticas y programas que permitan la plena participación de las mujeres indígenas y que se respete su diversidad cultural para que puedan elegir el proceso de desarrollo que deseen para erradicar la pobreza. Además, insta a los Estados a velar por la realización del derecho de las mujeres y niñas indígenas a una educación con un enfoque multicultural que responda a sus necesidades, aspiraciones y culturas. Similar posición toma en el ámbito sanitario, ya que insta a que se respeten los conocimientos tradicionales de las mujeres indígenas relacionados con la medicina, conservación de plantas medicinales, animales y minerales.

En marzo de 2017, el 61 periodo de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer estuvo dedicado a "El empoderamiento económico de la mujer en el cambiante mundo del trabajo". En su programa de trabajo para el período 2017-2019 estableció que el tratamiento del empoderamiento de las mujeres indígenas sería una esfera prioritaria para su 61 sesión. En las conclusiones de la sesión, al tratar la situación de las mujeres indígenas, dice:

> La Comisión reconoce que el empoderamiento, la inclusión y el desarrollo económicos de las mujeres indígenas, entre otras cosas mediante el establecimiento de empresas que sean de su propiedad, puede permitirles mejorar su participación en los ámbitos social, cultural, civil y político, alcanzar una mayor independencia económica y generar comunidades más sostenibles y resilientes, y observa la contribución de los pueblos indígenas a la economía en general.[113]

Ante ello, insta a los gobiernos de todos los niveles y a las entidades del sistema de las ONU a adoptar medidas para el empoderamiento económico de las mujeres indígenas. Entre otras cosas recomienda:

> …facilitando el acceso a una educación inclusiva y de calidad y la participación significativa en la economía afrontando las formas múltiples e interrelacionadas de discriminación y los obstáculos a que se enfrentan, en particular la violencia, y fomentar su participación en los procesos pertinentes de toma de decisiones a todos los niveles y en todas las esferas, sin dejar de respetar y proteger sus conocimientos tradicionales y ancestrales, y teniendo en cuenta la importancia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, para las mujeres y las niñas indígenas…[114]

Por otra parte, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas[115] también ha realizado múltiples actividades para promover los derechos de las mujeres indígenas. En 2013 emitió un "Estudio sobre la incidencia de la violencia contra las mujeres y las niñas indígenas teniendo presente lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 22 de la Decla-

---

[113] ECOSOC, El empoderamiento económico de la mujer en el cambiante mundo del trabajo, doc. E/CN.6/2017/L.5, 27 de marzo de 2017. Pág. 8, párrafo 34.

[114] *Ibíd.* Pág. 16, párrafo gg).

[115] El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas es un órgano asesor del ECOSOC. Fue creado en el año 2000 con el mandato de examinar las cuestiones indígenas en el contexto de las atribuciones del ECOSOC relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos. Para más información sobre la actividad del Foro, consultar: https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/sesiones-del-foro-permanente.html Fecha de consulta: 05/05/2017.

ración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas"[116]. El artículo 22 de la Declaración establece que los "Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación".

Entre los distintos aspectos que menciona el informe del Foro es que existe poca información sobre la violencia contra las mujeres y niñas indígenas y sobre la manera en que ellas explican y comprenden la violencia. Advierte que la violencia contra las mujeres indígenas, no es solo la ejercida en el hogar o en el ámbito comunitario, sino que incluye la violencia estatal y la ejercida por actores privados. Por lo que afirma que las múltiples formas de violencia deben analizarse en un contexto estructural más amplio, en particular teniendo en cuenta los efectos de la colonización.

De las distintas características que tiene la violencia contra las mujeres y niñas indígenas señala tres aspectos. En primer lugar su carácter polifacético y su estrecha relación con los efectos de la colonización. En segundo, su vinculación con la persistencia de políticas racistas y modelos de desarrollo contrario a los principios de los pueblos indígenas y sus derechos humanos fundamentales. En tercer lugar, la íntima relación ente los derechos individuales de las mujeres indígenas y los derechos colectivos de sus pueblos. Advierte el estudio que la violación sistemática de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es un importante factor de riesgo para la violencia de género.

Por su parte, el estudio del Foro intenta brindar un panorama general de los problemas que enfrentan las mujeres indígenas e ilustrar hasta qué punto se trata de una situación "endémica"[117]. Entre las distintas formas de violencia contra las mujeres y niñas indígenas señala: la violencia interpersonal; la violencia sexual; violencia proveniente del sector privado; violencia proveniente del sector público; discriminación y maltrato en los servicios públicos; violencia habitual, tradicional y cultural; la violencia relacionada con la colonización y la trata de mujeres y niñas indígenas.

Por último, destaca que cuando las comunidades indígenas se implican en la formulación y el establecimiento de medidas para hacer frente a la violencia, existen mayores probabilidades que sean eficaces y surtan efectos[118].

En 2105 el Foro publicó un examen sobre la aplicación de la Declaración y Acción de Beijing, tras sus 20 años, teniendo como objetivo la situación de las mujeres indígenas. Tras mencionar las distintas acciones desarrolladas por los Estados, recomienda:

> …para tratar de resolver los problemas a que se enfrentan las mujeres y las niñas indígenas es necesario dar prioridad a sus derechos como mujeres y sus derechos como población indígena. A ese respecto, los derechos consagrados en la Declara-

[116] ECOSOC, Estudio sobre la incidencia de la violencia contra las mujeres y las niñas indígenas teniendo presente lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 22 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, doc. E/C.19/2013/9, 12 de febrero de 2013.
[117] *Ibíd.* Pág. 6, párrafo 10.
[118] *Ibíd*. Pág. 15, párrafo 43.

> ción de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas deben promoverse al mismo tiempo que las iniciativas concebidas específicamente para las mujeres indígenas, a fin de contribuir a resolver los problemas estructurales que afectan a los pueblos indígenas y aumentan aún más las dificultades que afectan a las mujeres indígenas en particular.[119]

Por último, cabe destacar el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz, que en 2015 estuvo enfocado en la situación de las mujeres indígenas en todo el mundo y las violaciones de sus derechos humanos, caracterizadas como "multifacéticas y complejas"[120]. El informe se propone analizar la situación de las mujeres indígenas examinando las formas de las violaciones los derechos humanos de las mujeres indígenas basadas en el género y los efectos que ellas tienen sobre las comunidades en su conjunto.

Al igual que los estudios presentados anteriormente el informe indica que las mujeres indígenas enfrentan gran diversidad de violaciones de sus derechos humanos, que se refuerzan mutuamente. Señala que los distintos tipos de violaciones a sus derechos está relacionada con múltiples y concomitante formas de vulnerabilidad, como estructuras de poder patriarcales; numerosas formas de discriminación y marginación basadas en el género, la clase, el origen étnico; circunstancias socioeconómicas; violaciones del derecho a la libre determinación y el control de sus recursos.

Un aspecto novedoso del informe de la Relatora es que advierte que desde el ámbito internacional no se ha prestado suficiente atención al nexo entre los derechos individuales y los derechos colectivos de las mujeres indígenas. Ni a las maneras en que "las formas concomitantes de discriminación y vulnerabilidad" contribuyen a que sigan violándose sus derechos.

Entre las distintas vulneraciones a los derechos humanos de las mujeres indígenas, menciona la vulneración de los derechos colectivos a la libre determinación y los derechos sobre la tierra, territorio y recursos naturales. Con relación a la libre determinación advierte que debe considerarse las experiencias históricas únicas que han vivido las mujeres indígenas. Ya que las distintas violaciones a sus derechos son fruto de la colonización y también perpetuadas por las estructuras de poder postcoloniales y prácticas estatales. Para la Relatora el ataque a la libre determinación de los pueblos indígenas en muchas ocasiones ha contribuido a subyugar aún más los derechos de las mujeres, ya que la defensa por sus derechos se ha visto como desintegradora y externa a la lucha indígena. Dice el informe:

> …falsa dicotomía entre los derechos colectivos y los derechos de las mujeres ha, paradójicamente, arraigado aún más la vulnerabilidad de las mujeres indígenas a los abusos y la violencia. Las mujeres indígenas se ven por lo tanto privadas de su derecho a la libre determinación tanto por las violaciones de sus derechos colecti-

[119] ECOSOC, Examen al cabo de 20 años de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y el futuro: un marco para promover las cuestiones relacionadas con las mujeres indígenas, doc. E/c.19/2015/2, 4 de febrero de 2015. Párrafo 92.
[120] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, doc. A/HRC/30/41, 6 de agosto de 2015.

> vos, en cuanto miembros de las comunidades indígenas, como por las violaciones de sus derechos individuales, como subcolectivo dentro de esas comunidades.[121]

Tras analizar las distintas vulneraciones a los derechos sociales, económicos, culturales, políticos y civiles, el informe advierte que estas violaciones pueden considerarse una forma de violencia estructural contra las mujeres y niñas indígenas. Ello sumado al racismo y discriminación racial persistente y multifacética que deben enfrentar al ser parte de pueblos indígenas. Todo ello, según la Relatora Especial, aumenta su vulnerabilidad a otros abusos e impide sistemáticamente que disfruten de los derechos y recursos que tienen garantizados otras personas.

Con relación a "la violencia en nombre de la tradición", el informe de la Relatora Especial, realiza un tratamiento más cuidadoso que las recomendaciones de la CEDAW antes comentadas. Considera que la política de la identidad basada en la cultura puede utilizarse para justificar actos de violencia contra la mujer en nombre de prácticas o valores tradicionales. Sin embargo advierte que:

> …el hecho de que tales prácticas tradicionales no dependan de la religión, el lugar geográfico ni las características étnicas demuestra que existen factores causales multidimensionales y que no se trata de que un factor atribuido a la identidad de las mujeres sea el que las vuelve vulnerables. Las violaciones que sufren las mujeres y niñas indígenas deben tomarse en consideración en el contexto de la amplia variedad de violaciones experimentadas y de sus vulnerabilidades concretas como miembros de comunidades indígenas.[122]

Además, señala que, por ejemplo, que existe muy poca información sobre la prevalencia de la mutilación genital femenina y los factores que incentivan a las comunidades indígenas a realizarlas. Igualmente indica que se trata de una práctica vigente en algunas comunidades indígenas, pero no en todas. Lo mismo dice acerca de la falta de información desglosada sobre las dinámicas concretas de los matrimonios infantiles en comunidades indígenas.

Estas consideraciones son útiles porque realizan, en cierta medida, un tratamiento más cuidadoso de las prácticas culturales que vulneran los derechos de las mujeres indígenas. En primer lugar, las separa de las consideraciones identitarias ya sea culturales o de género. Es decir, no las considera propias de determinadas culturas o grupos específicos de mujeres, sino que se enmarcan en un contexto más amplio. En segundo lugar, no realiza generalizaciones poco informadas sobre la existencia de las mismas e intenta abordarlas desde una perspectiva más amplia que permita entender cuáles son los factores que incentivan a las comunidades a realizarlas. En este sentido, la participación activa de las mujeres indígenas afectadas o expuestas a tales prácticas puede aportar valiosa información para combatirlas.

Sin embargo, el Informe de la Relatora Especial realiza un tratamiento poco adecuado al tratar la justicia indígena. Durante el informe se advierte que tanto en el ámbito

---

[121] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos… *Op. Cit.* Pág. 6, párrafo 13.
[122] *Ibíd.* Pág. 17, párrafo 54.

nacional como indígena las mujeres pueden encontrar obstáculos para acceder a la justicia. Por ejemplo, menciona cómo en algunos Estados (Australia, Canadá y Nueva Zelanda) la proporción de mujeres indígenas en los sistemas de justicia penal es elevada y que el número de mujeres indígenas detenidas va en aumento. Además, advierte que sistemáticamente se les deniega el derecho a interponer recursos por casos de violaciones de derecho humanos.

Al mencionar los límites que enfrentan las mujeres indígenas cuando intentan acceder a la justicia indígena advierte que "tienden a estar dominados por los hombres y no siempre dan el debido margen para que las mujeres tengan voz o participación."[123] Señala que "si bien los sistemas de justicia consuetudinarios o informales difieren de una comunidad indígena a otra, es posible que no puedan ofrecer un recurso genuino a la justicia"[124].

Pese a mencionar los límites que existen en ambos ámbitos (estatal e indígena), cuando delimita los principales desafíos para los derechos de las mujeres indígenas, solo menciona a las dificultades que plantea la justicia indígena. Es más, pareciera que el mero hecho de la existencia de ambas jurisdicciones pudiera poner en peligro los derechos de las mujeres indígenas. Dice el informe:

> Las relaciones entre las jurisdicciones consuetudinarias de las comunidades indígenas y los sistemas nacionales de justicia son a menudo complejas, lo que puede acarrear varias consecuencias para las mujeres que son víctimas de violaciones de sus derechos humanos. En primer lugar, las relaciones pueden crear confusión con respecto a la responsabilidad por sucesos de violencia y desalentar la presentación de denuncias por parte de las mujeres. Cuando las mujeres presentan efectivamente denuncias, es posible que surjan tensiones jurisdiccionales complicadas en cuanto a la competencia para enjuiciar, lo que puede ocasionar retrasos y prolongar así el sufrimiento de la víctima, además de desalentar a las mujeres a denunciar actos de violencia en el futuro.[125]

Si bien el Informe de la Relatora realiza un tratamiento más adecuado que el Comité de la CEDAW continúa manteniendo una visión negativa de la justicia indígena e incluso de lo comunitario. Al mencionar "la dinámica comunitaria y estigmatización", como otro desafío para los derechos de las mujeres indígenas, dice:

> Los sistemas de gobernanza y las estructuras de poder indígenas a menudo dependen en gran medida de cuestiones de género y pueden excluir a las mujeres y su perspectiva de la administración de la justicia y el control de la elaboración de normas sociales y decisiones, lo que expone más a las mujeres a sufrir violaciones de sus derechos humanos. **Las comunidades indígenas suelen estar estrechamente relacionadas entre sí, lo que puede servir para proteger a los perpetradores y silenciar a las mujeres**, y el hecho de ser víctima de violencia comporta asimismo a menudo un alto grado de estigmatización, por lo que las mujeres indígenas con frecuencia sienten miedo de denunciar casos de violencia por temor a caer en el ostracismo dentro de la comunidad. **Además, es posible que la gran**

[123] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos… *Op. Cit.* Pág. 13, párrafo 44.
[124] *Ibíd.*
[125] *Ibíd.* Pág. 20, párrafo 70.

> **unión que caracteriza a las comunidades indígenas y el estigma social de la violencia restrinjan la capacidad de las mujeres de buscar justicia en otras jurisdicciones.**[126] (Resaltado propio)

Para el informe, la existencia de "gran unión" entre las comunidades indígenas, lejos de constituir una posibilidad para combatir la violencia contra las mujeres, se plantea como un desafío ya que puede alentar a la protección de los perpetradores y silenciar a las mujeres. Ello asumiendo que los únicos que violan los derechos de las mujeres indígenas son los varones indígenas, pese a que el resto del informe demuestra lo contrario.

Por su parte, al nombrar las prácticas alentadoras para el respeto y promoción de los derechos de las mujeres el Informe de la Relatora Especial menciona distintas experiencias de tribunales indígenas que han logrado proteger los derechos de las mujeres de una manera más integral. Lo que de cierta manera contradice lo sostenido anteriormente, ya que refleja que dentro de la justicia indígena también pueden existir espacios y posibilidades para tratar las violencias contra las mujeres de una manera respetuosa a sus derechos.

Este sesgo de la valoración sobre la justicia indígena, puede responder, además de una mirada eurocéntrica, a que se analiza la vulneración de los derechos de las mujeres indígenas de una manera aislada de la situación de los derechos de las demás mujeres y sus dificultades para acceder a la justicia. Del análisis que realiza el Comité de la CEDAW del acceso a la justicia en la Recomendación núm. 33 surge que las mujeres sufren similares limitaciones al intentar acceder a la justicia nacional. Es decir, que tanto mujeres indígenas como no indígenas tienen obstáculos para acceder a los sistemas de justicia debido a que cultura jurídica dominante se estructura en un sistema patriarcal y a la fuerte estigmatización que sufren las mujeres cuando denuncian distintos tipos de violencia.

Así, el análisis que realiza el Informe de la Relatora sobre la justicia indígena, al realizarse en un contexto donde lo indígena se encuentra desvalorizado contribuye a mantener y reproducir la *colonialidad* al asumir que existe un sistema de justicia que a priori es más apto que otro para resolver ciertos conflictos. Ello queda reflejado de manera evidente en las recomendaciones que realiza a los Estados con respecto a la violencia contra las mujeres y niñas indígenas. Dice que los Estados miembros deberían:

> … En el contexto de la concesión de jurisdicción legal a los pueblos indígenas de forma compatible con sus derechos a la libre determinación, elaborar mecanismos que permitan a las mujeres y niñas indígenas buscar otros medios para interponer recursos contra actos de violencia en caso de que no puedan obtener apoyo y acceso a la justicia dentro de las comunidades indígenas…
>
> …Lograr un equilibrio entre el derecho a la libre determinación de las comunidades indígenas y su responsabilidad de proteger a las mujeres y niñas indígenas en cuanto ciudadanas nacionales y titulares de derechos...

[126] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos… *Op. Cit.* Pág. 21, párrafo 71.

> ...Velar por que la relación entre las jurisdicciones indígena, nacional y local sea clara en cuanto a la violencia contra las mujeres, y porque el proceso de justicia sea accesible y tenga en cuenta las necesidades de las mujeres indígenas[127]

Es decir, recomienda que se garantice el acceso a la justicia a las mujeres indígenas dentro del ámbito nacional. Sin embargo, al igual que la Recomendación del Comité CEDAW, no profundiza sobre cómo la justicia estatal en estos casos puede garantizar un mejor tratamiento. Solo menciona que deben velar porque el proceso sea accesible y tenga en cuenta sus necesidades. No problematiza los límites que la justicia nacional presenta, pese a haber señalado a lo largo del informe el contexto de violencia estructural al que las mujeres indígenas se enfrentan.

Es necesario señalar que entre las recomendaciones que el informe realiza a los Estados para garantizar los derechos civiles y políticos de las mujeres indígenas, está considerar la creación de tribunales especiales para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres indígenas. Si bien esto podría pensarse como una posible vía de garantizar sus derechos, no es suficiente puesto que la creación de estos tribunales no garantiza *per se* que se superaran los limites antes mencionados. Es decir, que la justicia estatal pueda otorgar un tratamiento respetuoso con relación a sus necesidades específicas como mujeres indígenas.

Pese a estos límites, del informe de la Relatora Especial se pueden destacar distintos elementos. En primer lugar, el énfasis que realiza en tratar a los derechos de las mujeres indígenas desde un enfoque multidimensional. Se recomienda a los Estados a encontrar un equilibrio entre la protección de las mujeres indígenas y el respeto a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas.

Además, realiza un llamado a los Estados, organizaciones y mecanismos de derechos humanos de ONU para que presten mayor atención al nexo que existe entre los derechos individuales y colectivos de las mujeres indígenas y la estrecha relación que existe entre las diferentes formas de desigualdad y discriminación.

Por su parte, entre los desafíos a los derechos de las mujeres y niñas indígenas menciona los paradigmas económicos y de desarrollo neoliberales. Define al neoliberalismo como un paradigma económico que defiende el poder de las fuerzas del mercado y su desregulación para para garantizar el desarrollo mundial. Para la Relatora[128] el predominio del neoliberalismo ha conducido a un desarrollo medido por cifras globales de crecimiento, pero que concede muy poca importancia a que tal desarrollo posibilite la reducción de la desigualdad o *un alivio de la pobreza*. Lo que perjudica en gran medida a los grupos vulnerables, como los pueblos y las mujeres indígenas.

También señala como las políticas de ajuste estructural del Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional ha afectado a las mujeres indígenas. Ya que las drásticas reducciones del gasto público "se traducen regularmente en recortes en los servicios

[127] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos… *Op. Cit.* Pág. 25, párrafo 79.
[128] *Ibíd.* Pág. 20, párrafo 68.

vitales, que repercuten de forma desproporcionada en las personas más vulnerables, entre ellas las mujeres indígenas"[129].

3.5. Algunas reflexiones

El análisis del distinto tratamiento que han realizado los órganos de derecho humanos sobre los derechos de las mujeres indígenas se puede advertir que existe gran diversidad. Mientras el Comité de la CEDAW otorga algunas herramientas útiles para proteger los derechos de las mujeres indígenas, presenta una serie de limitaciones al no considerar sus necesidades específicas y desconocer (o no prestar la atención debida) los derechos que las amparan en virtud de su pertenencia a pueblos indígenas.

Por su parte, otros órganos de derechos humanos, (como el Foro de Cuestiones Indígenas y la Relatora Especial) hacen un tratamiento que intenta tener en cuenta ambas dimensiones, pero presentan algunos límites debido a su tratamiento parcializado, al énfasis hacia políticas multiculturales y la tendencia de continuar jerarquizando a la cultura jurídica dominante.

De los análisis de los distintos informes, se puede advertir que los órganos de derecho indígenas logran realizar un análisis de los derechos de las mujeres indígenas más atento a sus necesidades específicas como mujeres que pertenecen a pueblos indígenas. Mientras que en los órganos de derecho humanos de las mujeres existen mayores dificultades para tener en cuenta la heterogeneidad de mujeres, sus necesidades y hacer propuestas que reflejen tal heterogeneidad.

A continuación se tratan algunas propuestas realizadas por mujeres indígenas en foros y/o ámbitos internacionales. Ello permite tener en cuenta cómo ellas consideran que debe ser el abordaje de sus derechos ante las múltiples formas de violencia que viven o las amenazan. Estos enfoques aportan mayor detalle y avanzan hacia una mirada intercultural de los derechos de las mujeres indígenas.

4. PROPUESTAS Y DECLARACIONES DE MUJERES INDÍGENAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En el ámbito internacional existen declaraciones, informes y estudios elaborados por mujeres indígenas que tratan las múltiples formas de violencias que ellas enfrentan e intentar aportar herramientas para responder a las diferentes realidades que atraviesan.

4.1. Declaración de Beijing de las Mujeres Indígenas

El año 1995 marcó un hito en la lucha por el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Durante la celebración de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer se aprobó la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción, donde participaron delegaciones oficiales de 189 países miembros de la ONU. Si bien ello fue un importante logro para promover y fortalecer los derechos de las mujeres, también puso en evidencia los

[129] Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos… *Op. Cit.* Pág. 20, párrafo 69.

desacuerdos que existían sobre los temas prioritarios en la agenda de los movimientos de mujeres.[130]

En este marco, mujeres indígenas representantes de 26 países redactaron una declaración denominada "La Declaración de Beijing de las Mujeres Indígenas". Allí expresaron su compromiso con la defensa de sus derechos como mujeres de los pueblos indígenas a la libre determinación y los derechos sobre sus territorios. Alertaron cómo las políticas del "nuevo orden mundial" implicaban la *recolonización* de sus territorios.

En la Declaración cuestionaban el énfasis exclusivo que el documento de la Plataforma de Acción de Beijing ponía en la discriminación en base a la diferencia de los géneros y en la igualdad de género sin mencionar las cuestiones estructurales que generan violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Si bien la Plataforma de Acción hacía mención a la pobreza que sufren las mujeres, no analiza sus causas ni hace referencia a las políticas que continúan generándola. Las mujeres indígenas advertían, por ejemplo, la amenaza que la liberación del comercio y el acceso a los mercados representaba sobre sus derechos territoriales, recursos intelectuales y patrimonio cultural.

Por su parte, en la Declaración advertían que la violencia contra las mujeres indígenas y la trata sexual se habían agravado debido a la perpetuación de un modelo de desarrollo económico que generaba más pobreza en los países que han sido colonizados, debido su orientación hacia la exportación y la fuerte dependencia hacia la importación. Además, señalaban que los objetivos estratégicos y las acciones que recomienda la Plataforma carecían de todo significado si no se cuestionaba de forma simultánea la desigualdad entre las naciones, razas, clases sociales y géneros. Expresaban:

> … la remuneración equitativa por el mismo trabajo y la igualdad de condición jurídica y social en el así llamado Primer Mundo, sólo es viable a expensas de la perpetuación de un modelo de desarrollo que no sólo es insostenible sino que ocasiona un aumento en la violación de los derechos de las mujeres, de los pueblos indígenas, y de las naciones no consideradas como primer mundistas.[131]

Por su parte, estaban de acuerdo que la Plataforma de Acción considerara como un área central de preocupación el acceso desigual a la educación y a la salud de las mujeres y que le diera un tratamiento prioritario. Sin embargo, las mujeres indígenas señalaban que no se cuestionaba la orientación monocultural (occidental) que prevalecía en los sistemas educativos y de salud, lo que perpetuaba la discriminación hacia los pueblos indígenas. También advertían que los medios de comunicación, la religión y educación habían contribuido a la erosión de la diversidad cultural de los pueblos indígenas. Ninguno de estos aspectos, decían, eran mencionados en la Declaración de Beijing, ni en la Plataforma de Acción.

---

[130] Ver: ESPINOSA, Y., GÓMEZ, D. y OCHOA, K. (eds.), *Tejiendo de otro modo… Op. Cit.*

[131] La Declaración de Beijing de Mujeres Indígenas, adoptada en Huairou, Beijing, China en el Foro de ONGs, Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, 30 de agosto – 8 de septiembre de 1995. El texto completo de la Declaración está disponible en KAMBEL, E. *Guía Sobre los Derechos de la Mujer Indígena bajo la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, Ed. Forest Peoples Programme, 2004. Pág. 68-74, párrafo 16.

Ante ello, las propuestas y demandas de las mujeres indígenas, hacían hincapié en el reconocimiento y el respeto del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, de sus derechos territoriales, del derecho al desarrollo, educación y salud. Exigían a los gobiernos, organizaciones internacionales y las ONGs que desarrollaran sus políticas y recursos desde perspectivas interculturales y no sexistas.

Por ejemplo, para el ámbito educativo se exigía la implementación de políticas que solucionaran el analfabetismo de las mujeres indígenas y campesinas proporcionándoles acceso a la educación intercultural y bilingüe que fueran respetuosas con las cosmologías indígenas y promovieran una educación no-sexista. En el ámbito sanitario demandaban la implementación de políticas de salud que respetaran y promovieran la salud reproductiva de las mujeres indígenas y reconocieran los sistemas indígenas para el cuidado de la salud. Denunciaban y exigían "el cese de los servicios conminativos de planificación familiar, como son la esterilización masiva de mujeres indígenas o los programas de abortos forzosos."[132]

Igualmente demandaban a los gobiernos la creación de instrumentos jurídicos y sociales adecuados para la protección de las mujeres indígenas contra la violencia doméstica y del Estado. Además, exigían el reconocimiento y el refuerzo de las leyes indígenas y sistemas judiciales respetuosos con las mujeres víctimas de violencia. Y la erradicación de leyes, costumbres y tradiciones indígenas discriminatorias hacia la mujer.

Las demandas de las mujeres indígenas que hacen hincapié en el respeto de sus derechos colectivos como parte integrante de sus derechos humanos como mujeres han estado presentes en las distintas declaraciones y manifestaciones realizadas en contextos internacionales[133]. También el cuestionamiento hacia el exclusivo énfasis que el movimiento de mujeres realiza hacia la discriminación en base al género y la lucha por la igualdad de derechos, sin mencionar otros aspectos que influyen en la vida de muchas mujeres. Las distintas propuestas realizadas por las mujeres indígenas buscan conciliar sus derechos como integrantes de pueblos indígenas y sus derechos a una vida libre de violencias.

---

[132] La Declaración de Beijing de Mujeres Indígenas… *Op. Cit.* Párrafo 28.

[133] En el ámbito de Beijing: Declaración del Foro Internacional de Mujeres Indígenas (Beijing+5) Adoptada en la Ocasión de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Beijing +5, junio 9, 2000, en Nueva York. Beijing +10: "Acercando las Perspectivas Indígenas al ámbito internacional: Una Conferencia Mundial de Mujeres Indígenas" Declaración del Foro Internacional de Mujeres Indígenas, Nueva York, 27 de febrero, 2005.

Con relación al análisis de la Aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing+15 en el 2009, consultar el documento elaborado por el Foro Internacional de Mujeres Indígenas, titulado*: Documentos Conceptuales Ampliación del Análisis de la Aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing +15 en el 2009* disponible en http://www.fimi-iiwf.org/. Fecha de consulta: 29/04/2017.

Para las declaraciones sobre la evaluación de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijin +20, ver Declaración de las mujeres indígenas en CSW 57, 14 Marzo de 2013, Nueva York. Disponible en: http://www.iwgia.org/news/search-news?news_id=755 (Fecha de consulta: 29/04/2017). Y la presentación de Tarcila Rivera Zea, en representación del Enlace Continental de Mujeres Indígenas de las Américas, en la 59° Sesión de la Comisión de la Condición Social y Jurídica de la Mujer Nueva York, celebrada 10 al 21 de marzo del 2014.

4.2. Informe del Foro Internacional de Mujeres Indígenas

En este sentido, es útil considerar un informe realizado por el Foro Internacional de Mujeres Indígenas (FIMI)[134] sobre cómo mujeres indígenas confrontan la violencia. Se presenta como un estudio complementario al elaborado por el Secretario General ONU en 2006 sobre la violencia contra las mujeres. El informe del FIMI hace hincapié en la dimensión espiritual de la violencia contra las mujeres y la necesidad de centrar la discusión sobre la violencia desde la integralidad de la persona. Es decir, considerar que las mujeres se encuentran dentro de una colectividad y, que según el contexto, la violencia se manifiesta de distintas maneras. También pone énfasis en la necesidad de una perspectiva intercultural para tratar la violencia contra las mujeres.

El estudio surge ante la consideración del FIMI sobre la necesidad de estudiar las causas de violencia contra las mujeres indígenas ante las limitaciones que presentan los enfoques del feminismo dominante. La violencia de género es definida en términos más amplios:

> Para las Mujeres Indígenas, la violencia de género es definida no solo por la discriminación de género dentro de los contextos indígenas y no-indígenas; sino también por un contexto de continua colonización y militarismo, racismo y exclusión social, políticas económicas y de "desarrollo" que aumentan la pobreza. Estos fenómenos son interactivos y mutuamente influyentes, al igual que los distintos aspectos de identidad que definen las experiencias de violencia de las mujeres y sus estrategias de resistencia.[135]

Advierte que la sistemática violación a los derechos colectivos como Pueblos Indígenas es el mayor factor de riesgo para la violencia de género, incluyendo aquella que se perpetra dentro de las comunidades. Sugieren que las estrategias en contra la violencia hacia las mujeres indígenas estén basadas en la defensa de los derechos colectivos de sus pueblos. Ello, según el informe del FIMI, en virtud de la indivisibilidad de los derechos humanos de las mujeres indígenas, ya que solo se puede disfrutar del derecho a una vida sin violencias cuando los derechos colectivos de sus pueblos son respetados.

Por otra parte, un aporte importante del informe es que logra incorporar la intersección de las identidades (colectivas e individuales) de las mujeres indígenas para tratar las violaciones a sus derechos humanos. Advierte que la defensa del derecho a una vida libre de violencia de género requiere revisar el paradigma tradicional de los derechos que postula al individuo como único sujeto de derechos.

Al mencionar la importancia de la protección de los derechos colectivos de las mujeres, el informe no desplaza ni subestima la protección de sus derechos individuales. En contra de concebirlos como contradictorios, entiende que ambas dimensiones de los derechos son complementos necesarios para salvaguardar los derechos de las mujeres indígenas. Ello porque el respeto de los derechos humanos de las mujeres indígenas está

---

[134] FIMI, *Mairin Iwanka Raya: Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia… Op. Cit.*
[135] *Ibid.* Pág. 14.

intrínsecamente vinculado a la protección, respeto y ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos y de los derechos de las mujeres, en el ámbito comunitario, nacional e internacional.

Al igual que las autoras antes señaladas, el informe del FIMI advierte que las tendencias por subrayar la universalidad de la opresión de las mujeres se realiza a costa de reconocer las diferencias en las formas y experiencias subjetivas de sea opresión. Advierten cómo la lucha contra las violencias hacia las mujeres ha producido una tendencia a negar las necesidades y realidades específicas de las mujeres indígenas. Ello responde a que la mayoría del movimiento global de mujeres continúa dominado por una concepción del feminismo que responde a las mismas tradiciones liberales europeas en las que se basa la interpretación dominante de los derechos humanos. Para el informe, "cuando el feminismo es considerado esencialmente en los términos liberales europeos como una extensión de los derechos humanos de las mujeres, los derechos colectivos (que son una prioridad de las Mujeres Indígenas) son eliminados."[136]

Una de las limitaciones de esta concepción es que las soluciones ofrecidas no contemplan las necesidades de las mujeres indígenas. Por ejemplo, en el caso de violencia de género, las recomendaciones de abandonar el entorno familiar, aunque imprescindibles en muchos casos, no tienen en cuenta las amenazas adicionales que ello presenta para las mujeres indígenas, como el abandono de las comunidades y el enfrentamiento al racismo de la sociedad dominante. En virtud de ello, las mujeres indígenas que no abandonan sus hogares ante la violencia de sus parejas son vistas como pasivas y sumisas.

Además, en muchas ocasiones los modelos de familia concebidos desde una visión monocultural no responden a la realidad de muchas mujeres indígenas, por lo que el tratamiento de la violencia de género debe atender estas situaciones. Otro ejemplo, según el informe, se presenta en la tendencia de tratar el "patriarcado" de manera aislada, sin considerar su interrelación con otros sistemas de dominación.

Por ello consideran que la interpretación convencional del marco de los derechos humanos debe ser revisada. En este sentido, el FIMI propone revisar la definición estándar de violencia contra las mujeres promovida en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* de la ONU en 1993. Advierte que el lenguaje de la Declaración ignora manifestaciones de violencia contra las mujeres indígenas al excluir los términos que reconocen las experiencias de estas mujeres. Por lo que apunta a trabajar con mujeres indígenas de distintas regiones para poder articular una definición de violencia contra las mujeres que pueda reflejar mejor sus experiencias y defender sus derechos de una manera más rigurosa.

La necesidad de un nuevo lenguaje para combatir la violencia contra las mujeres, más que una demanda de "inclusión" o "adhesión" en el marco convencional de derechos humanos insta "por es una reestructuración fundamental de las categorías de dere-

[136] FIMI, *Mairin Iwanka Raya: Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia… Op. Cit.* Pág. 18.

chos humanos, sus términos y sus supuestos"[137]. Por lo que para el informe es central reconciliar las dicotomías entre los derechos individuales y colectivos, y entre los derechos basados en el género y la cultura.

En este sentido el informe del FIMI señala distintas formas de violencia a las que las mujeres indígenas se ven amenazadas, que no son conceptualizadas como tal dentro de los discursos dominantes del feminismo y/o movimiento de mujeres. Entre otras, se menciona la *violencia ecológica* para nombrar la manera en que la salud, las formas de vida, el estatus social y la supervivencia de las mujeres indígenas están amenazadas por las políticas neoliberales. También la *violencia espiritual* para hacer mención a la relación entre la violencia contra las mujeres y los ataques sistemáticos contra las prácticas espirituales indígenas.

Otro aporte del informe del FIMI es que hace referencia a las distintas formas en que la violencia contra las mujeres indígenas se ejerce, interrelacionadas entre sí, y a las particulares manifestaciones que tienen en sus vidas. Menciona las siguientes: el neoliberalismo y desarrollo agresivo contra las mujeres indígenas; violencia en el nombre de la tradición; violencia por parte del Estado y violencia doméstica; conflictos armados, militarización; migración y desplazamiento de las mujeres indígenas y VIH/SIDA y violencia contra las mujeres indígenas.

Dentro de cada tipo de violencia el Informe hace mención a sus diferentes manifestaciones. Por ejemplo, el Neoliberalismo y desarrollo agresivo les genera violencia económica y espiritual; la piratería de sus cultivos, conocimientos y tierras a causa de las patentes de propiedad intelectual y el saqueo de los recursos naturales.

Esta reflexión, más amplia de lo que se entiende por violencia contra las mujeres indígenas, es importante porque tiene en cuenta el contexto en el que se desarrolla y sus diferentes manifestaciones. Ello permite generar estrategias localizadas y situadas de acuerdo a las propias necesidades de las mujeres indígenas. Solo tratar la violencia en el ámbito comunitario sin tener en cuenta el contexto más amplio en el que se inscriben presenta limitaciones porque no responde de una manera integral a las amenazas que las mujeres indígenas enfrentan.

Por último, otra cuestión relevante que señala el informe FIMI, es que las estrategias de las mujeres indígenas contra la violencia no predican el rechazo a su cultura. Por lo contrario, se entiende que el ámbito cultural propio puede ser utilizado de múltiples maneras, incluyendo la defensa de los derechos humanos de las mujeres. Así considera que, al igual que cualquier otra cultura, hay algunos aspectos de las culturas indígenas que pueden promover los derechos de las mujeres y ciertos que pueden tender a violar esos derechos.

[137] FIMI, *Mairin Iwanka Raya: Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia… Op. Cit.* Pág. 58.

4.3. Diálogos entre mujeres indígenas de saberes sobre violencia

En este sentido, el documento "Diálogo de Saberes sobre la Violencia contra las Mujeres Indígenas Aproximaciones metodológicas a la Investigación Intercultural"[138] elaborado por mujeres indígenas de Centro América y el Caribe, recoge distintas prácticas comunitarias útiles para prevenir, eliminar y sanar la violencia contra las mujeres. La publicación surge de encuentros entre mujeres indígenas interesadas en realizar investigaciones sobre las violencias contra las mujeres desde una perspectiva intercultural, de género y con enfoque en los derechos humanos.

Para las mujeres indígenas participantes en los encuentros una forma de enfrentar la violencia contra las mujeres requiere trabajar en el fortalecimiento de las propias instituciones indígenas. Ante ello se proponen documentar cuál es el estado de salud de sus instituciones comunales indígenas para identificar cuáles prácticas son dañinas para las mujeres por lo que deben ser criticadas. También cuales apoyan su Buen vivir y deben ser fortalecidas como parte de un proceso de restitución de su derecho a la libre determinación como pueblos.

A partir de la reflexión conjunta de las mujeres participantes se pudo identificar a la sanación[139], como una práctica intercultural utilizada para la reconstitución de las mujeres que han sufrido violencia. Se trata de una especie de terapia individual y colectiva a las que las mujeres sobrevivientes de la violencia recurren para lograr la recuperación y reconstitución de su dignidad. Ello hace referencia no solo al ámbito corporal y espiritual, individual, sino también al colectivo. Ya que se entiende que la violencia contra las mujeres, no solo las afecta a ellas, sino que daña a toda la comunidad y genera un quiebre del equilibrio en la relaciones sociales.

En este sentido, la sanación es concebida como una opción para enfrentar la violencia contra las mujeres indígenas. Una forma de curar el dolor físico, espiritual y emocional que puede ayudarlas a restablecer el equilibrio interno. Al mismo tiempo puede ser preventiva para sanar las relaciones desiguales entre varones y mujeres. También es considerada como una ruta de acceso a la justicia para lograr el reconocimiento comunitario de la dignidad de las mujeres que han vivido violencia. Ello permite reconocer el importante rol que tiene la comunidad para hacer justicia hacia las mujeres que sufren violencia[140].

Incluso se considera que la sanación puede obtener el rango de política pública para aglutinar el tratamiento de atención, prevención y erradicación de la violencia con-

[138] FIMI, *Manual de investigación intercultural. Diálogo de saberes sobre la Violencia contra las Mujeres Indígenas Investigación Intercultural como herramienta para su abordaje. Aproximaciones metodológicas*, Ed FIMI/ PATH, México, 2013.

[139] La sanación es definida como "un conjunto de saberes y prácticas ancestrales transmitidos por las abuelas y abuelos, y las y los guías espirituales, desde la cosmovisión de los Pueblos Indígenas. Sirve para mantener, restaurar el equilibrio y la armonía del ser individual y colectivo; para prevenir el daño, para liberar la impotencia, el dolor, el miedo, el susto, el enojo y la culpa. Se usa para desinternalizar la opresión que viven las mujeres y ayudarlas a volver a sí, a reconocerse a sí mismas y a ser de nuevo reconocidas en su dignidad e integralidad." *Ibíd.* Pág. 19.

[140] *Ibíd.* Pág. 18 y ss.

tra las mujeres. Sin embargo, se recomienda que al reivindicar la sanación como un recurso para erradicar la violencia contra las mujeres no debe perderse de vista el marco estructural y colonial en el que la violencia se produce y se reproduce. Ello para evitar miradas culturalistas o folkloristas que lejos de contribuir para el respeto de los derechos de las mujeres, recrean su subordinación y violencia.

Estas aproximaciones interculturales realizadas por las mujeres indígenas son ejercicios descolonizadores. Ya que cuestionan el pensamiento hegemónico que considera que existe una única manifestación de la violencia contra las mujeres y una única manera de enfrentarla. Proponen alternativas locales que permiten tratar la violencia de forma integral para buscar soluciones más efectivas para las propias mujeres afectadas.

Esta investigación también ofrece herramientas útiles para comprender la violencia que viven las mujeres desde una perspectiva intercultural que tenga en cuenta las voces de las propias mujeres afectadas. Las organizaciones y redes de mujeres participantes proponen una teorización propia para conceptualizar la violencia contra las mujeres indígenas y los distintos abordajes metodológicos que deben realizarse para comprenderla. Dicen:

> … se considera que el estudio de la violencia contra las mujeres indígenas debe ser abordado desde un enfoque integral, complejizando el análisis, incorporando las muchas otras dimensiones de la violencia, que incluya, entre otras, la violencia estructural; la violencia institucional; la discriminación y el racismo; entre otros aspectos. Estos fenómenos son interactivos y mutuamente influyentes.[141]

Buscan construir las perspectivas propias de las mujeres indígenas sobre la violencia de género y documentar los distintos tipos de violencia que existen. Ofrecen una miradas desde el interior de las comunidades indígenas que toma en cuenta la dimensión local, lingüística y cosmogónica para comprender los códigos, normas y valores en los que la violencia se produce y reproduce. Señalan que si bien las mujeres viven en un mundo con violencias compartidas, estas tienen características diferentes que deben ser visibilizadas. Esta mirada ofrece puntos de vista diferentes, desde la diversidad propia de las mujeres.

Así, complejizan la violencia contra las mujeres indígenas al tratarla no solo como una violación de los derechos humanos por su condición de género sino incorporando otras variables en el análisis del género. Al estudiar cómo se construye el género en las mujeres indígenas advierten que intervienen distintos factores como el racismo, las relaciones coloniales, la violencia estructural, etc.

Señalan que la construcción de la identidad del género de las mujeres indígenas no se limita a las relaciones de poder y subordinación a los varones, sino que también se construyen en el "interaccionar interétnico, en la identidad étnica, en el pertenecer a un pueblo indígena y en el estar situada en lugares sociales caracterizados por la pobreza y la exclusión social."[142] Por ello proponen que los análisis de violencia contra las muje-

[141] FIMI, *Manual de investigación intercultural… Op. Cit.* Pág. 8.
[142] *Ibíd.* Pág. 14.

res se consideren los distintos tipos de violencia, cómo se entretejen, se sobreponen y cómo van determinando la construcción de la identidad de género de las mujeres indígenas. Esta construcción está también condicionada por una relación colonial que subordina a los pueblos indígenas a la violencia estructural y en muchas ocasiones a condiciones de pobreza.

Además, las perspectivas de las mujeres indígenas incorporan en su análisis la comprensión de la violencia como una pérdida del equilibrio interno de la persona que la sufre. Lo que influye en las relaciones familiares y comunitarias. Todo ello en un contexto más amplio de ruptura del tejido social y cultural como producto de múltiple factores. Como la amenaza a sus territorios ante el desarrollo de proyectos extractivistas, el deterioro ambiental, la presencia del narcotráfico y trata de personas, etc. Ello genera un entorno amenazante, violento que produce la perdida de equilibrio y armonía de las comunidades, afectando principalmente a las mujeres y a las niñas indígenas.

En sus análisis identifican a la comunidad como un espacio donde se producen las violencias contra las mujeres indígenas y, a la vez, como un ámbito donde se pueden reconstruir las relaciones sociales para generar un espacio libre de violencia hacia ellas. Es en la comunidad, donde consideran que se puede reconstituir la identidad, la dignidad y la integridad de las mujeres que han sufrido violencia. Por lo que proponen el fortalecimiento de las instituciones comunitarias, desde una mirada crítica, para erradicar la violencia contra las mujeres. Esta entendida como un problema que involucra a todos los miembros de una comunidad y por lo tanto, su erradicación debe ser asumida de manera colectiva por las comunidades y pueblos indígenas.

CAPÍTULO 6: ANÁLISIS DEL CASO Y PROPUESTAS

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objetivo analizar el caso presentado en el primer capítulo con los distintos elementos que se recogieron a lo largo de la investigación.

Cabe recordar que los hechos ocurrieron en la provincia de Salta, Argentina, ante la denuncia de abuso sexual a una menor wichí por parte de un joven miembro de la misma comunidad indígena. El juez que tomó conocimiento de la causa la calificó como "abuso sexual agravado" y la elevó a juicio oral y público. Luego que la Cámara de Acusación rechazara la apelación contra el auto de procesamiento, la defensa interpuso un recurso ante la CJS. La CJS lo aceptó, declaró por voto mayoritario la nulidad del juicio y aconsejó al juez que al fallar considerara las pautas culturales del pueblo wichí.

Ante la recomendación de la CJS, el juez de Instrucción Formal núm. 2 de Tartagal resolvió procesar nuevamente a Ruiz por el mismo delito, fundamentando que más allá de las costumbres del pueblo wichí, la menor no estaba en condiciones de decidir sobre su propio cuerpo. La defensa apeló la decisión ante la Cámara de Acusación, cuya Sala Tercera confirmó nuevamente el auto de procesamiento por considerar al imputado autor del delito de abuso sexual calificado con acceso carnal reiterado.

Finalmente, tras 11 años de juicio, en 2016 el Tribunal de Juicio Distrito Orán, declaró al imputado penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la convivencia preexistente y le impuso una pena de 8 años de prisión de cumplimiento efectivo. Dado que el imputado había cumplido 7 años de prisión con anterioridad, se dispuso que quedara en libertad.

El caso trascendió el ámbito meramente jurídico y luego de la sentencia de la CJS distintos sectores manifestaron opiniones diversas sobre la decisión judicial. La mayor parte del debate jurídico fue sobre la compatibilidad entre el respeto a la diversidad cultural y los derechos humanos, en especial los derechos de las mujeres. Otros análisis se centraron en la identidad étnica del imputado o en los derechos de la menor, realizando tratamientos unidimensionales que reflejan la dificultad de tratar conjuntamente la situación de la menor.

En este capítulo se proponen algunos elementos para responder a las preguntas que genera. En primer lugar, tras el análisis del marco jurídico, se advierte que las mujeres indígenas están amparadas por un *corpus iuris*, que las protege tanto en su dimensión individual como colectiva. Una pregunta que surge del caso es si el Estado, al administrar justicia, ha realizado las diligencias necesarias para garantizar esos derechos. Cabe indagar, si en su actuación los tribunales de justicia han respetado los derechos colectivos de los pueblos indígenas y, por ende, de las mujeres indígenas que lo integran. Y, en especial, los derechos de la menor (en sus distintas dimensiones) que es a quien el ordenamiento jurídico intentaba proteger.

Este interrogante genera una reflexión más amplia sobre cómo debería intervenir la justicia en casos que parecieran vulnerar los derechos fundamentales de mujeres y niñas indígenas para garantizarles una protección integral. Es decir, que tenga en cuenta tanto su condición de género como étnica y los distintos derechos que las amparan en virtud de ello.

Para responder estas preguntas, en un primer momento se realiza una valoración general de la actuación de la justicia salteña para después profundizar sobre algunos aspectos que requieren mayor análisis. Luego, se analiza el caso desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos. Este ámbito permite cuestionar las aproximaciones que consideran los derechos de las mujeres indígenas de una manera unidimensional y aporta herramientas para realizar un acercamiento integral. También permite valorar la actuación de justicia salteña a partir de las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el ámbito internacional.

En segundo lugar, otra pregunta que se planteaba en el primer capítulo al presentar el caso, es sobre la posibilidad del ejercicio de los derechos indígenas en un sistema jurídico que se vertebra en una noción de Estado monocultural/colonial. En los distintos capítulos se ha advertido que para garantizar el ejercicio de los derechos indígenas es necesario re-significar algunos principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

A partir de ello, tras analizar el caso y señalar las limitaciones del accionar estatal, se propone una interpretación de algunos principios del ordenamiento jurídico que sea acorde con los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. En especial se trata el principio de igualdad, ya que las distintas reflexiones que surgieron en torno al caso hicieron referencia a su supuesta vulneración ante el reconocimiento de derechos especiales o frente al trato diferenciado a personas que integran pueblos indígenas. Este argumento se encuentra presente en gran parte de los debates en torno a la diversidad cultural y por ello requiere mayor análisis.

En tercer lugar, el caso planta la pregunta de cómo deben interpretarse los derechos humanos de una manera que responda a la diversidad existente. Para responder a esta cuestión, en la segunda parte del capítulo, se tratan distintas propuestas desarrolladas por los ordenamientos jurídicos para abordar las tensiones entre el derecho estatal y derechos indígenas. Como se ha visto, la mayoría de los instrumentos jurídicos que reconocen derechos a los pueblos indígenas establecen cláusulas que condicionan tal reconocimiento al respeto de los derechos humanos. Lo que no termina por resolver la cuestión, sino generar nuevas preguntas sobre cómo deben resolverse los conflictos. Se sugieren algunas pautas para interpretar estos límites de una manera que respete la diversidad consagrada y los derechos de las mujeres.

Por último, se exponen algunas notas preliminares para reflexionar sobre una noción de justicia más amplia que esté atenta a las necesidades de los diferentes grupos culturales que viven en sociedades heterogéneas como las latinoamericanas. En especial, para que se pueda garantizar que el reconocimiento de la pluralidad cultural sea respetuoso con los derechos y reivindicaciones de las mujeres indígenas.

2. VALORACIONES GENERALES EN TORNO AL CASO

De las distintas actuaciones que realizó la justicia hay aspectos que se pueden destacar. El voto mayoritario de la CJS acierta en considerar la diferencia cultural del imputado al momento de valorar los hechos y dictar sentencia. Ello debido a que su condición étnica podría haber incidido sobre la apreciación del hecho tipificado como delito. Como se ha señalado en los distintos capítulos, el derecho estatal y la cultura jurídica dominante, por lo general, son "ciegos a las diferencias" por lo que es positivo que se haya valorado este aspecto.

Para la CJS el procesamiento del imputado debía basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo los relativos a la tipicidad. Por lo cual el juez de instrucción debería haber indagado sobre la culpabilidad del imputado y no dejar su comprobación para la etapa plenaria porque ello podría causarle un gravamen irreparable.

Para tener más elementos sobre la culpabilidad, alega la CJS, los jueces intervinientes deberían haber considerado el contexto cultural del imputado para poder "apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto penal"[1]. Sin embargo, el voto mayoritario de la CJS consideró que los jueces no habían valorado los distintos aspectos que podrían haber aportado información en este sentido. Por ejemplo, no se habían ponderado correctamente las pericias antropológicas, ni se había considerado la "cierta actitud de perplejidad" de referentes de la comunidad indígena por la consideración penal de la conducta del imputado.

Lo relevante de la interpretación de la CJS es que se pregunta si el imputado cumple con los parámetros tomados en cuenta por el legislador para tipificar la acción como delito. Al prever la posibilidad que no cumpla con tales parámetros, debido a sus características culturales, la CJS pone de manifiesto que la norma penal no es neutral sino que representa los valores del grupo social dominante. Allí es donde acierta el voto mayoritario de la CJS, porque considera y cuestiona si la conducta de Ruiz cumplía con esos supuestos previstos por la norma.

En caso contrario, su aplicación estricta podría generar inequidades al continuar asumiendo que esos supuestos son neutrales y representativos de toda la población argentina. Lo cual, como se ha visto, fue ampliamente cuestionado al demostrar que las instituciones estatales tienen un sesgo favorable a las visiones e intereses de los grupos hegemónicos. Esta cuestión se analiza con mayor detalle al tratar sobre el ámbito penal en los próximos apartados.

Otras actuaciones de la justicia salteña presentaron serias limitaciones que vulneraron los derechos tanto de las partes involucradas como del pueblo wichí, según lo dispuesto en la Constitución Nacional e instrumentos internacionales. Los operadores jurídicos que intervinieron en las diferentes instancias deberían haber realizado una se-

[1] CJS, R., J.F. Recurso de Casación…*Op. Cit.* Considerando 7.

rie de diligencias adicionales para respetar los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros.

En primer lugar, para responder a las preguntas planteadas en la introducción, debe tomarse en cuenta el accionar de la justicia con relación a los derechos reconocidos a las mujeres indígenas, tanto en su dimensión colectiva como individual

Como se ha visto al estudiar el marco jurídico, los pueblos indígenas son sujetos colectivos de derechos, según lo dispone el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la Declaración de la ONU. Por lo tanto las mujeres indígenas (incluida la menor), como integrantes de un pueblo indígena, tienen derecho a que se respeten sus instituciones y a participar en los asuntos que les afectan. En virtud de ello, la justicia debería haber consultado a las autoridades indígenas de la comunidad involucrada y atender a su relato como representantes de un pueblo diferente reconocido como tal por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, tras la reforma constitucional de 1994 y adopción del Convenio 169 de la OIT no se crearon los mecanismos necesarios para cumplir con tales obligaciones. Ni la actuación de la justicia en este caso realizó las diligencias necesarias para darle cumplimiento.

La participación de las mujeres indígenas, tanto de la mejor como de las demás mujeres que integran la comunidad involucrada, fue excluida durante los diferentes procesos judiciales. En este sentido cabe recordar que el fallo de la CJS fue emitido por voto mayoritario, mientras que la jueza María Cristina Garros Martínez votó en contra y solicitó la desestimación del recurso deducido por la defensa. A diferencia de las consideraciones de la mayoría, tuvo en cuenta la situación de la víctima de la supuesta violación. Lo cual introdujo un elemento importante que no había sido tratado por la mayoría de la CJS que al dictar sentencia había considerado solo la identidad indígena del imputado.

Sin embargo, en su voto Garros Martínez al hacer referencia sobre lo que expresan las mujeres indígenas en situaciones similares toma en cuenta publicaciones especializadas de México y Brasil. Teniendo los recursos y la posibilidad de consultar la opinión de las mujeres de la comunidad involucrada, no se explica porque no recurrió a su testimonio. Pese a la falta de consulta a las mujeres wichí, para la magistrada, la posible iniciación sexual precoz de las mujeres indígenas "se relacionaría más con un cierto determinismo cultural que con la convalidación de una costumbre buena o positiva, que justifique su tolerancia frente a la norma penal contraria"[2]. Es decir, que para la jueza las mujeres wichí no tienen la posibilidad de decidir sobre determinadas prácticas culturales porque son obligadas a practicarlas por "su cultura".

Tal razonamiento refleja una concepción de la cultura wichí como un todo homogéneo y monolítico en el cual aparentemente las mujeres wichí no participan. Como

[2] CJS, R., J.F. Recurso de Casación…*Op. Cit.* Voto en disidencia de la Jueza María Cristina Garros Martínez. Considerando 13.

advertía Chandra Mohanty[3] en estas consideraciones las mujeres son definidas desde *afuera* de las relaciones sociales y sus estructuras legales, económicas, familiares son tratadas como fenómenos susceptibles de juicio según los estándares occidentales.

Sin embargo, para la jueza aun cuando estas prácticas pudieran ser aceptadas por las mujeres indígenas, el sistema jurídico argentino no podría tolerarlas porque atentan contra su integridad. Lo problemático de esta aproximación es que Garros Martínez conjetura sobre la posible aceptación de la práctica y sus fundamentos, sin consultar a las mujeres involucradas. Consulta que es necesaria porque las mujeres indígenas forman parte de un pueblo distinto al que ella pertenece. Dada la propia localización de la magistrada, carece de los elementos suficientes para poder realizar una aproximación adecuada de una realidad cultural que le es ajena. Es aquí donde se ejercen los efectos coloniales del discurso que mencionaba Chandra Mohanty[4] porque se ejerce una supresión violenta de la heterogeneidad del *Otro/a*. Esta supresión atenta contra la igualdad de los pueblos indígenas, reconocida por los distintos instrumentos de derechos humanos, porque se les niega la posibilidad de participar en los asuntos que les afectan.

La falta de consulta a las mujeres indígenas responde a que se asume que no podrán dar una respuesta adecuada, lo que refleja la imposibilidad de hablar que mencionaba Spivak[5]. Las mujeres indígenas, en este caso, no tienen lugar en el discurso porque cualesquiera que sean sus respuestas serán consideradas insuficientes. Ya sea por quienes defienden los derechos de las mujeres o por quienes defienden los derechos de los pueblos indígenas, ante la división dicotómica que predomina en los distintos posicionamientos que surgen a partir del caso. Sobre este aspecto se trata con mayor detalle en el próximo apartado.

Además, del razonamiento de la jueza pareciera sugerir que quien está facultado para determinar, de manera unilateral, cuáles prácticas atentan contra la dignidad e integridad de las mujeres indígenas es el poder judicial o el Estado de acuerdo a parámetros monoculturales. Esta posición también es mantenida por el informe de la Comisión de la Mujer de la UNSA y la antropóloga Mónica Tarducci.

Estas consideraciones plantean la necesidad de indagar sobre cómo debe determinarse si cierta práctica atenta contra la integridad de las mujeres indígenas. ¿Es el veredicto del tribunal o el posicionamiento institucional el que debe prevalecer? O, en virtud de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas ¿deberían ser consultadas las mujeres indígenas? ¿Debería ser fruto del diálogo entre la justicia y las mujeres indígenas? ¿Es posible el diálogo cuando las mujeres indígenas son consideradas, *a priori*, incapaces de emitir una opinión válida o que sus prácticas responden a cierto determinismo cultural?

En segundo lugar, debe considerarse cómo fue la actuación de la justicia con respecto a los derechos que amparan a la menor, tanto por su condición de género como

[3] MOHANTY, M., "Bajo los ojos de Occidente… *Op. Cit.* Pág. 148.
[4] *Ibíd.* Pág. 114.
[5] SPIVAK, G., ¿Puede hablar el subalterno?... *Op. Cit.* Pág. 44.

étnica. Del análisis del marco jurídico se advierte que la menor tiene reconocidos una serie de derechos para vivir una vida libre de violencias. Los órganos de justicia intervinientes no realizaron las diligencias necesarias para garantizar que sus derechos fueran respetados, ni realizaron una aproximación que tuvieran en cuenta la especifica situación de menor/mujer/indígena y madre de una criatura. Tampoco se articularon los mecanismos idóneos para garantizar su debida protección como posible víctima de un delito, ni se le brindo asistencia integral.

El voto mayoritario de la sentencia de la CJS al tratar la identidad cultural del imputado no considera los efectos que los hechos pueden tener en la vida de la menor. El voto minoritario de la jueza, al considerarla, advierte que el acceso carnal a menores de edad, más allá su consentimiento, debe valorarse por el riesgo de daño físico que genera. Por lo que debía ponderarse con exclusividad *las consecuencias físicas* del acto sin tener en cuenta otros aspectos. Por su parte, el Juez de Instrucción Formal núm. 2 de Tartagal resolvió procesar al imputado al considerar que la menor no estaba en condiciones de decidir sobre su cuerpo, decisión confirmada por la Cámara de Acusación.

Lo apuntado por la jueza de la CJS y por el juez de instrucción formal es uno de los aspectos más complejos y sensibles que genera el caso. Está claro que el ordenamiento jurídico argentino considera delito mantener relaciones sexuales con menores de 13 años, con independencia su consentimiento[6]. Sin embargo, la intervención de la justicia no presta la debida atención a las medidas que deben adoptarse para que su intervención no genere mayor daño a la menor involucrada dado las múltiples formas de violencia que enfrenta, según quedó reflejado en el capítulo cuarto. Tampoco se adopta una perspectiva que procure amparar los demás derechos que la asisten por formar parte de un pueblo indígena.

Además, la menor no tuvo la posibilidad de ser escuchada durante los distintos procesos pese a que la Convención del Niño le reconoce tal derecho. Solo a través de los medios de comunicación se pudo conocer su interpretación de los hechos. Según una entrevista realizada en un periódico de Salta y un documental emitido por la televisión pública argentina, la menor se consideraba *esposa* de Fabián y una mujer libre cuando *lo eligió.* Luego, con la mayoría de edad continuaba pidiendo a la justicia *de los blancos* que la escucharan, que liberara a José Fabián porque *todos lo necesitan*.[7]

---

[6] Según el Código Penal argentino los delitos contra la integridad sexual solo pueden ser denunciados a través de acciones de instancia privada. Es decir, que es necesario que exista acusación o denuncia de la persona agraviada, de su tutor, guardador o representantes legales.

No obstante, el artículo 72 establece que el Fiscal podrá actuar de oficio en caso existieren intereses gravemente contrapuestos entre estos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior del último. Por lo que en el caso analizado no resultó necesaria la denuncia de la menor ni de sus representantes legales ya que el Fiscal también podía actuar de oficio. Si bien la denuncia inicialmente fue realizada por la madre, quien luego la retiró, el Fiscal ya había tomado conocimiento de la causa y al considerar que existían intereses contrapuestos entre la madre y la menor, prosiguió con la investigación de oficio.

[7] "La Corte Suprema decide el destino de un wichí"… *Op. Cit.* Se realizaron dos documentales donde se retrata la vida de la comunidad, uno producido y transmitido por el Canal Encuentro en 2009 llamado "Wichí: pueblos distantes". Disponible en http://encuentro.gob.ar/. El segundo está centrado en la vida del

Sin embargo, los distintos posicionamientos que existieron en torno al supuesto consentimiento de la menor no tomaron en cuenta lo manifestado por ella, ni buscaron indagar sobre las causas más profundas por la cual la menor realizara tales declaraciones. El informe de la Comisión de la Mujer de la UNSA al hacer referencia sobre este aspecto consideró insuficiente su consentimiento puesto que carecía de las capacidades necesarias para emitirlo. En el informe afirmaron que el consentimiento supone conciencia, libertad y conocimiento de las consecuencias de una acción. Se preguntaban si alguien *honestamente* podía afirmar que una menor de 10 u 11 años tendría esa libertad y conciencia.

Garros Martínez en su voto en disidencia también hizo alusión al consentimiento de la menor al señalar que carecía de la madurez suficiente por tratarse de una niña de acuerdo a lo regulado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, la propia Convención consagra el derecho de las niñas a ser escuchadas y a participar en los procesos que las involucren, aun cuando sean víctimas de un delito.

Por otra parte, si bien el voto minoritario de la CJS aporta la consideración los derechos de la menor (solo como niña) no problematiza lo suficiente su situación como integrante de un pueblo indígena y los derechos que la amparan. El conflicto que el caso expone es abordado solo desde una perspectiva individual, sin tomar en cuenta la dimensión colectiva por tratarse de integrantes de pueblos diferentes con derechos específicos. Al haber intervenido sin prestar la atención debida al contexto cultural de la menor, se produjeron daños adicionales porque no se consideró la importancia que la dimensión colectiva tiene en la vida de las personas indígenas. Este aspecto no es una cuestión menor, ya que como señala la Observación General núm. 21 del CDESC[8], a través de la cultura los grupos humanos expresan el sentido a su existencia.

Por esta razón, la jurisprudencia de la Corte Interamericana[9] advierte sobre la exigencia de respetar la identidad cultural como eje fundamental para el pleno ejercicio de los demás derechos de los pueblos indígenas. Es decir, que el respeto a la diversidad cultural de los pueblos indígenas exige que el resto de sus derechos sean interpretados de acuerdo al reconocimiento de tal diversidad. Sobre este aspecto se trata más adelante al proponer algunas notas para pensar una noción más amplia de justicia.

Pese a lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana el razonamiento de la jueza se dirige en una dirección opuesta y refleja las críticas de las autoras feministas antes presentadas. Las mujeres indígenas son tratadas solo como víctimas, limitadas por sus tradiciones e incapaces de decidir por sí mismas. Estas formulaciones que son simplistas y poco efectivas para diseñar estrategias de lucha contra las prácticas que las propias mujeres consideran opresivas. Además, ocultan sus reivindicaciones y los cambios generados dentro de sus dinámicas culturales. Al presentar las reivindica-

---

antropólogo John Palmer titulado "El etnógrafo". Disponible: https://www.youtube.com/watch?v=pq10jF_Q6lM. Fecha de consulta: 07/06/2017.

[8] CDESC, Observación general núm. 21… *Op. Cit.* Pág. 4, párrafo 13.

[9] Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador… *Op. Cit.*; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay... *Op. Cit.;* Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay... *Op. Cit.*

ciones de mujeres indígenas en los capítulos anteriores, se puede advertir su heterogeneidad y los procesos de transformación en los que están involucradas.

Muchas mujeres indígenas en Argentina, lejos de ser pasivas, forman parte de procesos organizativos para exigir el cumplimiento de sus derechos y plantear cuáles son sus necesidades más urgentes. Garantizar su participación en los casos que las afectan, es un primer paso (mínimo) para posibilitar que sus derechos sean ejercidos. El sistema jurídico debe crear mecanismos para que ello sea posible, previa consulta a los pueblos indígenas sobre los mismos.

En tercer lugar, estas reflexiones llevan a responder otra de las preguntas que el caso plantea: cómo debería intervenir la justicia en situaciones que parecieran vulnerar los derechos fundamentales de mujeres y niñas indígenas para garantizarles una protección integral. Es decir, que tenga en cuenta tanto su condición de género como étnica y los distintos derechos que las amparan.

El caso de análisis refleja los límites de tratar la cuestión de manera unidimensional: mientras que el voto mayoritario trata al imputado solo como indígena (obviando su género), el voto de la minoría de la CJS considera la situación de la menor solo como mujer (obviando su condición étnica). Estas aproximaciones no responden a la realidad de las personas involucradas, porque la condición étnica y de género son inseparables.

Por esta razón, los análisis y propuestas deben realizarse desde una aproximación que tenga en cuenta las perspectivas de las mujeres indígenas afectadas y que responda a sus necesidades. Asimismo, cobra relevancia analizar si el Estado les garantiza su derecho a participar en los asuntos que les afectan y el contexto más amplio en el que se inscriben las relaciones comunitarias. La falta de información sobre la posición de las mujeres indígenas sobre un aspecto tan delicado como el que el caso plantea pone en evidencia que no existen las vías adecuados para que ellas participen.

En este sentido, en el caso de análisis, no se puede determinar con claridad si la iniciación sexual de las menores a partir de la primera menstruación es una práctica habitual en la actualidad entre los y las wichí. Si bien las pericias antropológicas presentadas durante el juicio constatan su existencia, el petitorio presentado por autoridades wichí señala que no se acostumbra a que una joven recién adulta forme pareja. Los demás relatos antropológicos también varían en este sentido. Por su parte, el voto de Garros Martínez concluye que de las pruebas aportadas no surge que las relaciones sexuales con menores de edad integre una práctica habitual en la comunidad y las palabras de Octorina Zamora así lo reafirman.

Además de la falta de participación de las mujeres indígenas, la dificultad de determinar con claridad la existencia de la práctica responde a la realidad de los pueblos indígenas como grupos dinámicos, fuertemente influidos por las relaciones con la sociedad hegemónica y el Estado. Al igual que los demás grupos humanos están atravesados por pugnas y relaciones desiguales de poder por lo que no siempre existe un único

relato sobre lo que es propio de cada cultura. Como señala Seyla Benhabib[10] la cultura es el conjunto de prácticas humanas complejas divididas internamente por relatos en conflicto, que se crean a través de diálogos complejos con otras culturas.

Igualmente, como indica Rita Segato[11], pese a la intrusión colonial todavía pueden encontrase formas de organización regidas por patrones comunitarios de convivencia. Las formas impuestas por la modernidad colonial conviven y coexisten con otras, que resisten por subsistir. De ahí la complejidad del acercamiento a temáticas indígenas, puesto que la colonialidad impacta fuertemente en sus vidas.

Estos aspectos deben ser valorados porque cobran especial relevancia en situaciones sensibles y complejas como la que se presenta en el caso de análisis. Por ello es fundamental escuchar los posicionamientos de los distintos miembros de la comunidad, tener en cuenta su agencia política y resistencia a las múltiples relaciones de opresión. Deben tomarse medidas que garanticen que las voces de las personas afectadas puedan ser escuchadas y valoradas desde una perspectiva intercultural. La existencia de instancias donde las propias mujeres puedan definir su posición sobre estos aspectos, generaría espacios de diálogo, reflexión y negociación en este sentido. El ante-proyecto de ley para la creación de un Consejo de Mujeres Originarias para el Buen vivir, presentado por la Marcha de Mujeres Originarias en 2015, sería una buena oportunidad para ello[12].

Por el contrario, en el estudio del caso se advierte una tendencia por parte de los operadores jurídicos y doctrina a considerar a los pueblos indígenas como grupos estáticos, anclados en el pasado, y ajenos a las relaciones con la sociedad mayoritaria. Incluso en parte de los análisis jurídicos presentados se evidencia cierta exigencia de autenticidad o de pureza de las comunidades indígenas.

El voto de Garros Martínez considera que "no puede concluirse que Misión Wichí importe un grupo étnico totalmente cerrado que mantenga sus principios culturales en forma totalmente pura"[13], ya que existe contacto con los barrios, con la policía, con la iglesia evangélica, los niños van a la escuela, etc. En este sentido es el análisis del jurista Renato Rabbi-Baldi[14], que al estudiar el caso, propone penetrar en el *corazón mismo de la cultura* wichí para constatar que de allí emergen las mismas *notas esenciales* que se encuentran ya afirmadas en los derechos universales.

También el informe de la Comisión de la Mujer de la UNSA señala que las comunidades wichí tienen una efectiva integración ya que "de otro modo no se explicaría que las comunidades originarias denuncien la violación de sus derechos humanos (con-

[10] BENHABIB, S., *Las Reivindicaciones de la cultura: igualdad y diversidad en la era global,* Ed. Katz, Buenos Aires, 2006.
[11] SEGATO, R., "Patriarcado: del borde al centro… *Op. Cit.* Pág. 92.
[12] Ver capítulo 4, punto 6.2. Reivindicaciones de mujeres indígenas a nivel nacional. Pág. 264.
[13] CJS, R., J.F.-Recurso de Casación…*Op. Cit.* Voto en disidencia de la Jueza María Cristina Garros Martínez. Considerando 24.
[14] RABBI-BALDI CABANILLAS, R., "Universalismo y multiculturalismo… *Op. Cit.* Pág. 19.

cepto desarrollado por la sociedad occidental en el S. XX), que demanden sus derechos de ciudadanía (cuestión de debate contemporáneo)…"[15].

Esta exigencia de pureza y/o autenticidad es problemática porque significa entender a los pueblos indígenas como grupos humanos aislados, estáticos, ajenos a los cambios operados por el resto de la sociedad. Además, condicionan el mantenimiento de cierta autenticidad o pureza para poder gozar de sus derechos. Resulta paradójico que una historia marcada por la colonialidad y el intento de exterminio a lo indígena, en la actualidad los tribunales de justicia exijan "pureza" o "autenticidad" para reconocer derechos.

El reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, fundamentados en la igualdad con los demás pueblos, no puede estar condicionado al mantenimiento de ciertos rasgos que desde los grupos hegemónicos se consideran característicos. Las prácticas culturales deben ser entendidas de una manera amplia y dinámica, que se van modificando con el transcurso del tiempo sin que ello cuestione la diversidad e integridad cultural indígena.

Por último, cabe valorar si solo el Derecho Penal, sin acompañamiento de otras medidas, es la mejor vía para erradicar las prácticas violatorias de los derechos de las mujeres indígenas. Para la jueza la aplicación de la ley penal importa el reconocimiento de la igualdad de condiciones de los y las indígenas para ser receptoras y deudoras de los derechos establecidos en los pactos internacionales de derechos humanos. Además, una posibilidad del grupo a acceder a las condiciones de progreso. Afirma que:

> …la no aplicación de esta norma no implicaría el respeto a su cultura sino, por el contrario, la desvalorización discriminatoria de la misma al constituir un modo de impedimento al acceso a condiciones de progreso del grupo al que pertenece, única finalidad que podría justificar el reconocimiento de un "derecho distinto".[16]

Para valorar la efectividad de la vía penal se podrían considerar los efectos que la sentencia tuvo sobre la menor y la comunidad indígena involucrada. Como se señaló antes, Tejerina[17] con su mayoría de edad continuaba exigiendo la liberación del imputado porque, según su relato, *todos los necesitan*. El petitorio realizado por los wichí afirma que la situación de las mujeres había empeorado con la prisión de Ruiz al sufrir privaciones por su ausencia y por la imposibilidad del niño de conocer a su padre.

El Estado al implementar solo la vía penal, no ha ofrecido una solución integral a la cuestión generando una mayor situación de desamparo tanto para la menor como para su hijo. La actividad estatal se ha limitado a intervenir en la comunidad, criminalizarla y simbólicamente ha contribuido a reforzar el discurso hegemónico que estigmatiza a las comunidades indígenas como atrasadas y a las mujeres indígenas como puras víctimas de las opresiones de su cultura. Como se ha visto en el capítulo cuarto al estu-

[15] PALACIOS, M. y CARRIQUE, V., "Diversidad cultura y derechos humanos… *Op. Cit.*
[16] CJS, R., J.F. Recurso de Casación… *Op. Cit.* Voto en disidencia de la Jueza María Cristina Garros Martínez. Considerando 21.
[17] "La Corte Suprema decide el destino de un wichí"… *Op. Cit.*

diar la situación de los pueblos indígenas en el norte argentino, existe una tendencia de las autoridades estatales a responsabilizar a las propias comunidades indígenas de la vulneración de sus derechos humanos más básicos.

Además, el razonamiento de la jueza refleja una concepción formalista y evolucionista del Derecho. Se cree que es el Derecho quien otorgará las herramientas para que los pueblos indígenas "progresen". De los argumentos desarrollados se advierte que, pese a que han transcurrido más de 20 años de la reforma constitucional, se continúa analizando la situación de los pueblos indígenas desde una visión paternalista que se rige bajo los patrones de la modernidad colonial. Parten del supuesto de la homogeneidad cultural y del Estado como garante de la unidad nacional, tanto territorial como cultural.

Ante lo expuesto, se considera que el tratamiento que realizó la justicia salteña en el caso de análisis fue violatorio de los derechos individuales de las personas involucradas y de los derechos colectivos de la comunidad indígena afectada. El juez de primera instancia omitió toda consideración a la identidad étnica del imputado. Si bien el voto mayoritario de la CJS lo consideró, no tuvo en cuenta la situación de la menor. Por otra parte, el voto minoritario de la CJS y la Cámara de Acusación realizaron una lectura etnocéntrica sobre las mujeres wichí y no respetaron los derechos que amparaban a la menor por formar parte de un pueblo indígena.

En su actuar la Justicia debería haber adoptado todos los mecanismos necesarios para garantizar la protección integral de los derechos de la menor. Además, deberían haber garantizado el derecho a participar y a ser escuchada durante el proceso judicial, tanto a la menor como las mujeres de la comunidad Lapacho Mocho. Ello hubiera permitido incorporar más elementos de análisis que podrían aportar nuevas perspectivas y buscar una solución holística a la cuestión planteada.

Para concluir, cabe enfatizar que el respeto a la diversidad cultural no debe ser entendido como la obligación del Estado de aceptar prácticas violatorias a los derechos de las mujeres, sino en cumplir su obligación de respetar los derechos individuales y colectivos de las mujeres indígenas. Lo cual significa respetar la diversidad cultural del pueblo al que pertenecen, las instituciones propias, las formas de resolución de conflictos, y, en caso de que existan prácticas que atenten contra sus derechos, articular los mecanismos necesarios para que la intervención judicial sea respetuosa con los demás derechos reconocidos. La falta de aplicación de estos mecanismos revela un problema a nivel estructural porque el Estado no ha desarrollado las instancias necesarias para garantizar el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y realizar una interpretación de sus derechos de acuerdo a la diversidad cultural reconocida.

Esta exigencia no responde a una cuestión meramente de procedimiento, a una cuestión formal, sino al reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos, que tienen el derecho a ser consultados sobre los temas que les afecten. El reconocimiento de la calidad de pueblos y a su libre determinación impone nuevas relaciones

entre el Estado y los pueblos indígenas. Como advierte la CEACR de la OIT[18] la consulta y participación constituyen la piedra angular del Convenio 169 y la base de todas sus disposiciones. Los gobiernos tienen la obligación de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, acciones coordinadas para proteger los derechos y garantizar la integridad de esos pueblos.

Ello implica la propia transformación del Estado, su relación con los pueblos indígenas y la distribución del poder político, jurídico y sobre los recursos. En el reconocimiento de su calidad de pueblos cabe recordar que las mujeres forman parte del mismo, por lo que sus derechos e intereses también deben ser considerados. En los siguientes apartados se analiza cómo los principios del ordenamiento jurídico deben ser interpretados para cumplir con este aspecto.

A continuación se realiza un análisis del caso desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos. Se toman algunas herramientas que el ordenamiento jurídico internacional brinda para proteger los derechos de las mujeres indígenas de una manera más adecuada y evitar tratamientos unidimensionales que terminan por vulnerar sus derechos.

3. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHO HUMANOS

3.1. Tratamiento dicotómico y algunas herramientas para evitarlo

Una de las cuestiones centrales que el caso plantea es el supuesto enfrentamiento entre el respeto a la diversidad cultural de los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de las mujeres.

La mayoría de las aproximaciones que se hicieron en el caso de análisis fueron como una confrontación entre dos valores aparentemente incompatibles. Bajo esta perspectiva los tribunales de justicia al fallar estarían obligados a elegir entre respetar el derecho de los pueblos indígenas a la diversidad cultural o respetar la integridad física de la menor. Estas dos polaridades estarían expresadas en las distintas posiciones que se adoptaron alrededor del mismo.

Un polo se encontraría reflejado por la Recomendación General núm. 4 del INADI[19] al considerar que la sentencia de la CJS era discriminatoria hacia las niñas y mujeres wichí de la Argentina porque omitía aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Similar posición adopta el informe de la Comisión de la Mujer de la UNSA[20] y el voto minoritario de la jueza Garros Martínez. Estos planteamientos son limitados porque omiten considerar la situación de la menor como integrante de un pueblo indíge-

[18] OIT, Observación General (CEACR) 2008… *Op. Cit.*
[19] INADI, Recomendación general núm. 4: Contra la Discriminación por… *Op. Cit*.
[20] PALACIOS, M., y CARRIQUE, V., "Diversidad cultura y derechos humanos… *Op. Cit.*

na y los derechos que la amparan en base a ello. Además de obviar que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas también se encuentra amparado en el sistema internacional de derechos humanos.

El otro extremo estaría reflejado por el voto mayoritario de la CJS y la defensa. La CJS por omitir de sus consideraciones a los derechos de la menor al enfocarse especialmente en la identidad étnica del imputado. La defensa por sostener la inimputabilidad del acusado al señalar que no conocía la criminalidad del acto. También las posturas de los antropólogos que presentaron las pericias podrían encuadrarse dentro de este lado. Ello debido a que, según fue reflejado por análisis antropológicos posteriores, no problematizan lo suficiente los cambios introducidos en la comunidad, el impacto en ciertas prácticas y los efectos que ellas podrían tener sobre las mujeres.

Esta separación, un tanto simplificadora ante la complejidad de los argumentos expuestos por las distintas partes, intenta reflejar los límites de plantear las cuestiones en términos binarios y contrapuestos. Especialmente porque no logra representar la situación de las mujeres indígenas, que al tratarlas solo "como mujeres" o solo "como indígenas", niega su localización específica porque ninguna de las representaciones dominantes las contiene, según ya fue explicado anteriormente. Lo que exige valorar nuevas formas de resolver los conflictos realizando una interpretación de los derechos indígenas y humanos que sea coherente con el respeto a la identidad/ diversidad cultural y libertad de las mujeres indígenas.

Por otra parte, el caso plantea una dificultad adicional puesto que tanto los derechos de los pueblos indígenas como los de la menor forman parte del sistema internacional de derechos humanos y se encuentran protegidos por distintos instrumentos internacionales. Además, estas disposiciones protegen "por separado" distintas dimensiones de la vida de las personas. Existen instrumentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas, otros los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y otros los derechos de la infancia. La dificultad y el desafío reside en integrar esos órdenes al analizar un caso concreto donde esas distintas dimensiones se encarnan en la vida de personas concretas.

Ello se complejiza aún más porque se advierte que los distintos órdenes tienen en cuenta las representaciones dominantes de cada categoría (varón indígena, mujer blanca) donde la situación de las mujeres indígenas queda excluida. En el caso de la CEDAW, como se ha visto, en el texto no se hace mención específica a las mujeres indígenas aunque posteriormente las distintas recomendaciones las nombran. Por su parte, Declaración de ONU sobre derechos de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT mencionan de manera superficial a las mujeres indígenas.

Esta dificultad plantea un serio desafío al momento de tratar los derechos de las mujeres indígenas, ya que se deben tener en cuenta ambas dimensiones en un régimen jurídico que tiende a separarlas y, por ende, a invisibilizarlas. Para evitar esto se sugiere que, al tratar cuestiones relacionadas con mujeres indígenas, no se pierda la perspectiva que forman parte de pueblos distintos que ha vivido colonialismo interno (según el len-

guaje de los instrumentos internacionales) por parte de los Estados. Y, al mismo tiempo, atender que al ser mujeres indígenas se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad. Ante ello se propone "tomar" de cada régimen jurídico aquello que pueda garantizarles una mayor protección y cuestionar aquellas dimensiones que tienden a homogeneizarlas e invisibilizarlas.

Esta propuesta se fundamenta en el hecho que la mayoría de los instrumentos de derechos humanos contienen disposiciones que señalan que las interpretaciones deben realizarse en favor de los derechos humanos. El art. 35 de la Convención de la OIT señala:

> La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

Por su parte, el art. 37 de la Declaración de ONU dispone:

> 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.
>
> 2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

De ahí que las interpretaciones se realicen teniendo en cuenta las normas más favorables para los derechos de las mujeres indígenas y a su libertad. La jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido constante en consagrar esta interpretación. Dice el voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez en la sentencia "Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni":

> Igualmente, ha de tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena), al que *infra* se hace referencia, y la regla *pro homine*, inherente al Derecho internacional de los derechos humanos -frecuentemente invocado en la jurisprudencia de la Corte-, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos.[21]

Dada la heterogeneidad y multiplicidad de derechos que se consagran en el ámbito internacional[22] ponderar "el único derecho" aplicable considera una labor que reproduce la lógica dicotómica y excluyente que se ha cuestionado durante la investigación. Además, no aporta las herramientas adecuadas para responder de manera holística a las preguntas que estas cuestiones plantean. Por el contrario, se propone realizar interpretaciones integrales que tengan en cuenta las distintas dimensiones que atraviesan la

[21] Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni... *Op. Cit.* Pág. 1, párrafo 2.
[22] Varios con jerarquía constitucional en Argentina como se ve más adelante.

vida de las mujeres indígenas, los derechos que las amparan y ofrecer alternativas que permitan atender a las necesidades concretas.

Desde esta perspectiva, se toma en cuenta el sistema regional de derechos humanos que las ampara por pertenecer a un pueblo indígena y las disposiciones sobre los derechos de las mujeres que les reconocen el derecho a vivir una vida libre de violencia. En este sentido, se propone leer los instrumentos que protegen los derechos de los pueblos indígenas desde una mirada atenta a los derechos de las mujeres. Y los instrumentos que protegen a las mujeres, desde una mirada intercultural y antirracista.

En el caso de análisis también debe considerarse lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, ya que la menor es considerada una niña según lo dispuesto en el art. 1 de la Convención. En virtud de ello, se mencionan algunos principios consagrados en la Convención y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, en especial la relacionada con los derechos de los niños/as indígenas[23].

En primer lugar, cabe recordar las tres características del *corpus iuris* de los pueblos indígenas: se tratan de pueblos, con titularidad colectiva de derechos y con el derecho a la integridad/diversidad cultural. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que el respeto a la identidad cultural es un eje de interpretación transversal para garantizar el ejercicio de los derechos humanos de los pueblos indígenas[24].

Esto implica la obligación de los Estados de garantizar que los pueblos indígenas sean debidamente consultados y puedan participar en los asuntos que les afecten. Tanto las consultas como participación deben realizarse de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. Además, el Estado debe de respetar sus instituciones

---

[23] Sin embargo, se debe señalar que en el análisis que se realiza las disposiciones relativas a la infancia no adquieren centralidad por distintas razones. En primer lugar, porque se toman como ejes principales de análisis "lo indígena" y la categoría "mujer". Se considera que la menor integra la categoría "mujer" a la que los distintos instrumentos internacionales amparan, como la CEDAW. De hecho la CEDAW en sus recomendaciones menciona a las mujeres y niñas. Igualmente la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer entiende que la violencia contra la mujer abarca "la violencia física sexual y sicológica que se produzca en la familia, incluidos… el abuso sexual de las niñas en el hogar". (art. 2).

Además, se opta por esta perspectiva, asumiendo los límites que ello puede generar, porque la condición de mujer acompaña a las mujeres indígenas durante toda su vida con independencia de su edad. Con ello no se pretende afirmar que la edad sea un factor irrelevante, menos en este caso donde la consideración penal del hecho se debe precisamente a su edad. Sin embargo, se considera que (de momento) estos dos ejes aportan información suficiente para responder a las preguntas que el caso genera y que se tratan a lo largo de la investigación.

En segundo lugar, el análisis se centra en la actuación de la justicia con relación a los hechos y frente a la diversidad cultural. No se pretende valorar si la práctica debería ser aceptada o si forma parte de la costumbre wichí porque es un elemento del que no se dispone información suficiente, ni los conocimientos antropológicos necesarios para tratarla de manera adecuada. Por último, se considera que el concepto de niñez e infancia se tratan de categorías muy complejas que merecen un estudio más riguroso y detallado. Lo que podría ser tratado en investigaciones futuras. Para un análisis sobre esa cuestión, ver: SÁNCHEZ BOTERO, E., *Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales... Op. Cit.*

Pese lo expuesto, el análisis que aquí se propone puede aplicarse para estudiar a los diferentes cruces que atraviesan la vida de las personas y los instrumentos jurídicos que los protegen.

[24] Sobre este aspecto ver el capítulo tres, apartado 4.2.3. Reconocimiento de la identidad cultural donde se trata con detalle la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pág. 167.

propias, y garantizar el desarrollo de las mismas, ello como manifestación del derecho a la libre determinación reconocido a los pueblos indígenas.

Sin embargo, el reconocimiento a la identidad cultural no es absoluto sino que está limitado por cláusulas de respeto de los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional o derechos fundamentales de los ordenamientos jurídicos nacionales. Estas cláusulas generan ambigüedad ya que se recurre a los derechos humanos, tanto para fundamentar los derechos indígenas como para limitarlos. En virtud de lo analizado en el marco jurídico del capítulo tres, no hay dudas que los pueblos indígenas tienen amparados sus derechos a la identidad e integridad cultural. Lo que no queda aún resuelto es los mecanismos que deben articularse para resolver los conflictos que surjan entre el ejercicio de este derecho y los derechos humanos.

O sea, que establecer como límites los derechos humanos lejos de resolver la cuestión genera más preguntas: ¿Cómo deben resolverse esos conflictos? ¿Cuál es el órgano encargado de hacerlo? ¿Deben participar los pueblos indígenas? ¿Debe garantizarse la participación de las mujeres indígenas? ¿Cómo deben interpretarse los derechos humanos? Ante los múltiples interrogantes que se generan se advierte que los pueblos indígenas (y las mujeres como la mitad del pueblo) deben participar, como sujetos colectivos de derechos, en la resolución de los conflictos. Además, la interpretación de los derechos debe ser intercultural de acuerdo a lo establecido por el régimen internacional de derechos humanos.

Como señala Boaventura de Sousa Santos[25] se debe reconocer la primacía del Derecho internacional de los derechos humanos en tanto este campo normativo sea interpretado en términos interculturales y no solamente en los términos de la filosofía liberal que estuvo en su origen. La propuesta de interpretar los derechos humanos desde una perspectiva intercultural, en realidad, se trata de una propuesta descolonizadora ya que implica reconocer y otorgarle la misma dignidad a otras interpretaciones de la realidad, o a otras "luchas por la dignidad" como señalaba Joaquín Herrera Flores[26].

Además, la obligación de respetar los derechos humanos recae no solo para las comunidades indígenas cuando administran justicia o para valorar sus prácticas culturales, sino también para el Estado al momento de impartir justicia donde estén presenten personas indígenas. Ello debido a que el régimen internacional de derechos humanos contiene normas que protegen a las comunidades indígenas, su diversidad y la administración de justicia.

Por otra parte, se deben tomar en cuenta los instrumentos internacionales que amparan de manera específica los derechos de las mujeres. Como se ha advertido, la CEDAW contiene una serie de disposiciones que permiten proteger a las mujeres indígenas contra las múltiples formas de violencia que enfrentan. Tanto en las relaciones

[25] SANTOS, B., "Hacia una Hacia una concepción intercultural… *Op. Cit.* Pp. 83-115.
[26] HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Ed. Catarata, Navarra, 2005.

familiares y comunitarias, como por las acciones desplegadas por las autoridades públicas, el poder judicial y agentes privados (personas, asociaciones o empresas).

Igualmente, la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, advierte que las mujeres no solo enfrentan actos discriminatorios sino una situación de violencia continua y endémica. Alerta que las mujeres indígenas, junto a otros grupos de mujeres como las niñas, son particularmente vulnerables a la violencia.

Las distintas recomendaciones que se fueron elaborando desde el Comité de la CEDAW[27] señalan que los Estados tienen la obligación de condenar la discriminación contra las mujeres en todas sus formas, tanto directa como indirecta. Es decir, aquella que surge ante el contenido discriminatorio y/o las consecuencias discriminatorias de las leyes, los reglamentos, los procedimientos, la jurisprudencia y las prácticas. Y, también, las consecuencias de la falta de capacidad y conocimientos de las instituciones judiciales y cuasi judiciales para tratar adecuadamente de las violaciones de los derechos humanos de la mujer.

Asimismo, la Convención de los derechos del niño establece que los niños y niñas tienen el derecho a ser escuchados y que en todo procedimiento judicial o administrativo se le dará la oportunidad de ejercer su derecho (art. 12). En distintas Observaciones ha señalado que este derecho constituye uno de los principios generales de la Convención y en el caso de niños/as indígenas incluye el derecho a la representación y a una interpretación culturalmente apropiada.[28]

En este sentido, en la Observación general núm. 13 sobre el Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, reafirma el derecho del niño y niña a ser escuchados porque considera que su participación facilita la protección contra las distintas formas de violencia. Advierte que tienen el derecho a ser escuchados desde edad muy temprana, que es cuando son particularmente vulnerables a la violencia. Sugiere que los Estados deben incitar los y las niñas a expresar sus opiniones y que deben ser tenidas en cuenta en cada proceso de la protección de sus derechos. Para el Comité este derecho es particularmente importante en situaciones de violencia.

Además, recomienda que las intervenciones estatales se realicen desde un enfoque basado en los derechos del niño/a, en la dimensión de género de la violencia, y teniendo especial atención a quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad potencial, como los niños y niñas indígenas. Al igual que en observaciones anteriores el Comité reitera que la atención y protección de los niños/a basados en sus derechos requiere dejar de considerarles como "víctimas" para adoptar un paradigma basado en el

[27] Ver capítulo 2, apartado 5.4. "Las críticas feministas al principio liberal de igualdad y exclusión de las mujeres" (pág. 96) y el capítulo 5, apartado 3.1. "La CEDAW y Recomendaciones del Comité". Pág. 295.
[28] Comité de los Derechos del Niño: Observación General núm. 12, sobre *El derecho del niño a ser escuchado;* Observación General núm. 11 sobre *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño;* Observación general núm. 13 trata el *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.* Ver, la nota 90 del capítulo 5 donde se tratan las observaciones del Comité de Derecho del Niño con mayor detalle. Pág. 305.

respeto y la promoción de su dignidad humana y su integridad física y psicológica como titular de derechos.

Desde una perspectiva tienda a integrar las distintas normativas internacionales, se considera lo dispuesto por el Convenio 169 que contiene disposiciones específicas para tratar las relaciones entre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y derechos humanos.

3.2. Las disposiciones aplicables para el caso.

En virtud de lo expuesto las disposiciones del Convenio 169 de la OIT deben interpretarse junto con otros instrumentos internacionales de derechos humanos. En especial, la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas que aporta mayor claridad con relación a algunas disposiciones que aparecen ambiguas en el Convenio y profundiza sobre otras para reafirmar la igualdad de los pueblos indígenas con el resto de los pueblos. También lo dispuesto por Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias y las Recomendaciones u Observaciones de los Comités encargados de velar por la aplicación de los tratados relacionados con este tema.

En primer lugar, como quedó reflejado al analizar el marco jurídico, cabe advertir que el Convenio 169 que tiene como objetivo superar el enfoque asimilador e integracionista del Convenio 107. Por lo que la interpretación del Convenio debe ser favorable a reconocer y garantizar los derechos que surgen de su calidad de pueblos con el derecho a determinarse libremente. Este último reconocido expresamente en la Declaración de la ONU y en la jurisprudencia de distintos órganos de derechos humanos. Estos derechos implican la obligación del Estado a respetar las instituciones propias, la consulta previa, la garantía de la participación en los asuntos que les competen, la diversidad e integridad cultural, etc.

En este contexto, el artículo 8 del Convenio 169, dispone que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas los Estados partes deberán tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Además, el segundo inciso, establece que se deberá reconocer el derecho a conservar las 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. A continuación advierte que cuando sea necesario deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Es decir, que la contradicción de una costumbre o práctica con un derecho fundamental del ordenamiento nacional o derechos humanos internacionalmente reconocidos, no habilita la intervención del Estado de manera unilateral. Sino que deben activarse una serie de mecanismos orientados a resolver estos conflictos de una forma respetuosa con los demás derechos de los pueblos indígenas, entre ellos, el derecho a participar en los asuntos que les interesa, la diversidad/integridad cultural y el respeto a las instituciones propias.

Desde el inicio de los trabajos preparatorios para la elaboración del Convenio 169 se preveía la posibilidad que existieran ciertas incompatibilidades entre el derecho estatal y el derecho indígena. Por lo que, tras un largo debate, se dispuso que debían establecerse los procedimientos necesarios para la resolución de los posibles conflictos.[29] También la Recomendación núm. 33[30] del Comité de la CEDAW, sobre el acceso a la justicia de las mujeres, recomienda que en los casos que existan sistemas plurales de justicia, se regulen las relaciones entre los diferentes mecanismos a fin de reducir posibles conflictos.

Por su parte, el artículo 40 de la Declaración de la ONU señala que los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes. Las decisiones deben tener en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

En virtud de ello, cuando existan controversias sobre el contenido de una práctica indígena el Estado no puede realizar una intervención unilateral. Sino que se debe actuar conjuntamente con las comunidades involucradas para encontrar soluciones holísticas que permitan resolver el conflicto de una manera integral, evitando estigmatizar a las comunidades.

---

[29] Durante los trabajos preparativos existió extenso debate sobre este aspecto. En las distintas reuniones se hicieron mención a experiencias acumuladas por distintos países en este sentido, considerando que se podía dejar a cargo de cada país la elección de los métodos más oportunos.

El inciso 2 del artículo 7 del Convenio 107, establecía: "2. Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración."

En la reunión 75 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1988, se propuso suprimir una parte del texto que seguía luego de "instituciones" y sustituirla por una cláusula que estableciera que, en caso necesario se instituyeran procedimientos para resolver conflictos entre el derecho consuetudinario y legislación nacional. Posteriormente se preguntó a los Estados miembros si estaban de acuerdo con la incorporación de la cláusula y de los 30 Estados que respondieron, 25 lo hicieron de manera positiva, 3 negativas (uno de ellos fue Argentina) y 2 dieron una respuesta diferente.

Luego, en la Primera Discusión de la Conferencia Internacional del trabajo, alguno de los Estados miembros, en especial Australia, India y Japón incorporaron enmiendas para que se hiciera mención a la compatibilidad con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Además, los representantes de Australia propusieron que se eliminara la referencia a que debían introducirse procedimientos para solucionar los conflictos entre el derecho consuetudinario y el ordenamiento jurídico nacional. Se alegaba que ello no reconocía la supremacía de la legislación nacional. La enmienda Australia fue adoptada por 3 591 votos a favor, 3 402 en contra y 315 abstenciones.

En la Segunda Discusión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada al año siguiente, la Oficina advierte que es indispensable el respeto de los métodos propios de *autorreglamentación* de los pueblos indígenas para acatar la obligación fundamental que surge del Convenio de respetar su cultura propia. La Oficina, en base a las primeras discusiones, introduce nuevamente la disposición sobre resolución de conflictos.

En la 76va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de 1989 el artículo 8 fue aprobado como se encuentra en la actualidad.

Para ver el proceso de elaboración del Convenio 169, consultar: Informe VI (1), Revisión parcial…*Op. Cit*. Informe VI (2), Revisión parcial…*Op. Cit.* Informe IV (2A), Revisión parcial… *Op. Cit*. Informe IV (2B), Revisión parcial del Convenio…*Op. Cit.*, HUACO PALOMINO, M., *Los trabajos preparatorios del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales… Op. Cit.*

[30] Comité CEDAW, Recomendación núm. 33 sobre acceso a la justicia: "Promulguen legislación para regular las relaciones entre los diferentes mecanismos de los sistemas de la justicia plural a fin de reducir posibles conflictos", doc. CEDAW/C/GC/33, Párrafo 64, inciso b.

Además, para respetar los derechos de las mujeres y niñas se debe garantizar su participación en la solución de los conflictos y en la adopción de las medidas que las afectan. Ello en virtud al derecho a ser consultadas y participar en los asuntos que las involucran consagrado en el Convenio 169 (artículos 5 y 6) y las distintas Recomendaciones elaboradas por CEDAW, en especial la Recomendación núm. 31 y 33. También la Observación General núm. 11 del Comité del Niño sobre los derechos de los niños indígenas señala que tienen derecho ser oídos tanto individual como colectivamente y que se debería velar para que se les consulte en todos los aspectos que les afecten.

Frente a ello en casos de conflictos el Estado está obligado a: respetar las instituciones indígenas y sus derechos; tener en cuenta la forma de resolución de conflictos que existen al interior de las comunidades indígenas y los sistemas de justicia en el caso que existieren; elaborar estrategias conjuntas con las comunidades al momento de intervenir, evitando adoptar medidas unilaterales; garantizar la participación de las mujeres indígenas en estos procesos y; en todo momento, someter su actuación al régimen de derechos humanos de los pueblos indígenas.

Lo dispuesto por el Convenio 169 rige para todos los ámbitos de actuación del Estado, incluida la impartición de justicia en el ámbito penal. En esos casos los tribunales estatales deben adecuar sus códigos penales y procesales para tener en cuenta las diferencias culturales. Además, los tribunales y operadores de justicia deben conocer las formas en que resuelven los conflictos los pueblos indígenas e incorporar mecanismos para que durante los juicios estas formas puedan ser ponderadas correctamente.

La falta de regulación de mecanismos para aplicar estas disposiciones en los distintos procesos o procedimientos en que se encuentren personas indígenas involucradas, no exime a las autoridades intervinientes cumplir con estas obligaciones. Los tribunales, para cumplir con el debido proceso, están obligados a buscar las alternativas existentes dentro del ordenamiento jurídico y/o adaptarlas para cumplir con los derechos indígenas.

En este sentido, la CSJN en los últimos años ha celebrado audiencias públicas con representantes de los pueblos indígenas cuando se debaten asuntos que les afectan. Ello permite escuchar las opiniones de los y las indígenas sobre el asunto e ilustrar al Tribunal sobre algunos temas. La incorporación de las audiencias facilita el acercamiento de los y las juezas a la realidad y cosmovisión de los pueblos indígena, que se presenta muchas veces ajena. Además, existen otras herramientas que pueden ser útiles en este sentido, como el peritaje antropológico, informes de miembros de los pueblos indígenas o de personal experto, etc.

Por su parte, el artículo 9 del Convenio 169, establece que deberán respetarse los métodos que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente a la represión de los delitos cometidos por sus miembros, siempre que ello sea compatible con el sistema jurídico y los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional. En el mismo sentido, el artículo 35 de la Declaración de la ONU reconoce el derecho a determinar las responsabilidades de los miembros de su comunidad.

Es decir, los pueblos indígenas tienen derecho a mantener sus sistemas de represión de delitos, en virtud de derecho a la libre determinación, que incluye el derecho a conservar sus propias instituciones y resolver sus conflictos internos. Por lo que en casos que no sea incompatible con los derechos fundamentales del sistema jurídico nacional y derechos humanos, el Estado debería abstenerse de intervenir.

Para los demás casos, donde las autoridades y tribunales deban pronunciarse sobre cuestiones penales, el inciso segundo del artículo 9, establece que deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Es decir, que están obligados a valorar los peritajes antropológicos y demás medios para obtener información acerca de la forma en que resuelven los conflictos.

Si se tiene en cuenta la Recomendación núm. 33 del Comité de la CEDAW sobre el acceso a la justicia de las mujeres, los tribunales de justicia deberían intervenir en todos los casos de violencia contra las mujeres, en especial la doméstica. Siempre que no exista un reconocimiento expreso de la jurisdicción indígena en el ámbito estatal. En este supuesto se encuentra Argentina, ya que ni el ordenamiento jurídico federal ni en la mayoría de los ordenamientos provinciales hay reconocimiento expreso de la jurisdicción indígena, salvo las excepciones señaladas en Neuquén.

Pese a las observaciones realizadas en el capítulo anterior sobre la Recomendación núm. 33. La intervención de la justicia en caso de violencia contra las mujeres debe cumplir los siguientes requisitos: ser respetuosa con la diversidad cultural de las mujeres involucradas; tener en cuenta las forma de resolver los conflictos internos; las instituciones indígenas; y cumplir la obligación de escuchar a las mujeres, aún si son menores de edad.

Igualmente el Comité de la CEDAW insta a los Estados tomen medidas para que los agentes de justicia (jueces, fiscales, abogados y funcionarios) incorporen en sus actuaciones las disposiciones que prohíben la discriminación contra las mujeres. En sus intervenciones, según lo dispuesto por el Comité, los agentes de justicia no solo deben tener una perspectiva de género sino la interseccionalidad de las discriminaciones. Es decir, atender cómo las múltiples formas de violencia impactan en la vida de las mujeres sobre las cual deben administrar justicia.

Además, deben tener en cuenta que su propia mirada está localizada, que responde a una mirada hegemónica. En este sentido, la Recomendación núm. 31 del CERD señala que los Estados partes deberían velar firmemente para que los jueces, jurado y demás personas que intervienen en la administración de justicia estén exentos de todo prejuicio racial o xenófobo. Recomienda que los jueces sean conscientes de la diversidad social y de las diferencias asociadas a los orígenes, sobre todo raciales.

En este sentido, el Comité de los Derecho derechos del Niño advierte que las medidas para combatir la violencia contra los niños y niñas deben tener un enfoque holístico. Recomienda dejar de adoptar iniciativas aisladas, fragmentadas y *a posteriori* de atención y protección, ya que considera no son eficaces para la prevención y elimina-

ción de todas las formas de violencia que enfrentan los niños y niñas, en especial aquellos que se encuentran en mayor riesgo como los indígenas (Observación núm. 13 y núm. 11). Ante lo cual recomienda aplicar la legislación y los procedimientos judiciales de una manera adaptada a las necesidades de los y las niñas, incluidos los recursos que disponen cuando sus derechos hayan sido vulnerados. En la Observación núm. 13 se estipulan una amplia gama de medidas integradas en distintas etapas para garantizar un sistema holístico de protección cuando los niños y niñas son víctimas de violencia.

Por último, el artículo 10 del Convenio 169, establece que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de pueblos indígenas se deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Además, deberá darse preferencia a penas alternativas a la prisión. El CERD también hace mención a este aspecto en la Recomendación general núm. 31 sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal. Recomienda que al Estado favorecer la aplicación de penas alternativas a la privación de la libertad y el recurso a otras sanciones mejor adaptadas a su sistema jurídico para las personas que pertenecen a pueblos indígenas.

En este sentido, se ha advertido que el encarcelamiento es un castigo suele causar mayor sufrimiento a las personas indígenas por lo que se recomienda la aplicación de penas alternativas cuando sean declarados culpables. Ante esta disposición, el Estado está obligado a crear penas alternativas sino las tiene previstas en su legislación, de otra manera artículo sería inaplicable. La creación de nuevas medidas deberá ser realizada con la participación y consulta de los pueblos indígenas.

Para María Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado[31] esta norma deriva del principio de no discriminación. Las penas fueron concebidas en un contexto cultural de la sociedad dominante para ser impuestas a los miembros de esta sociedad. La aplicación a los pueblos indígenas, para estos autores, es violatoria al principio de igualdad porque al hecho de la sanción se le agrega el desarraigo cultural. Por lo que sugieren que se interprete la legislación nacional respetando y protegiendo la integridad de la cultura, los valores e instituciones indígenas e, incluso, declarando inaplicable la legislación nacional o local si ella implica una discriminación en el caso concreto.

Por último, deben considerarse las recomendaciones del Comité de la CEDAW que han instado a los Estados a adoptar medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de violencia por razones de sexo. El Comité advierte que cualquier iniciativa penal tiene que ir acompañada de medidas integrales de acompañamiento y protección a las víctimas. Además, indica que los primeros pasos para erradicar las prácticas nocivas contra las mujeres deben enfocarse en la prevención y en la adopción de medidas holísticas. No pueden ser afrontadas de manera aislada sino dentro de un contexto más amplio basado en una comprensión global de cómo ellas están vinculadas a otras normas culturales y sociales.

[31] GOMIZ, M. y SALGADO, J., *Convenio 169 de la O.I.T… Op. Cit.* Pág. 165.

Para ello, el Comité considera necesario un enfoque comunitario o colectivo de amplia base que tenga en cuenta el contexto local. Señala que cualquier enfoque que se centre en cambiar conductas individuales presenta considerables limitaciones. Esta perspectiva también es compartida por las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño[32] al tratar la violencia contra los niños y niñas. Solo un abordaje integral, comunitario y con la participación de todas las personas involucradas, en especial las mujeres y niñas, puede ofrecer soluciones más sostenibles y eficaces a largo plazo.

3.3. Aplicación de lo dispuesto al caso

En virtud de lo expuesto, se considera la actuación de la justicia salteña en el caso que se analiza vulnera los derechos humanos amparados en el ámbito internacional tanto de la menor, del imputado y de la comunidad indígena a la que pertenecen.

Con relación a la Comunidad Lapacho Mocho se vulneraron sus derechos al omitir de consideración la titularidad colectiva de sus derechos como pueblos indígenas (art. 1 del Convenio y Declaración) y, en especial, las directrices contenidas en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, desarrolladas en el apartado anterior.

Además, se vulneraron distintos derechos que surgen de su libre determinación como pueblos: el derecho a que sus instituciones sean respetadas (art. 4, 5 y 6 del Convenio, art. 5, 18, 20, 33 y 34 de la Declaración); a la participación en los asuntos de su interés (art. 5 y 6 del Convenio, art. 38 y 40 de la Declaración); a la protección contra la violación de sus derechos (art. 12 del Convenio, art. 40 de la Declaración); y a la autonomía (art. 4 de la Declaración). En este sentido, la CEACR de la O.I.T señala:

> …el establecimiento de **mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio**, aunque sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación del Convenio en una serie de países. (Resaltado propio) [33]

Pese a ello, los distintos tribunales que intervinieron no indagaron, ni consideraron sobre las formas internas de la comunidad wichí de resolver los conflictos. Tampoco, salvo la CJS, valoraron las pericias antropológicas aportadas por la defensa y las solicitadas por el tribunal. Ni se adoptaron las medidas necesarias para asegurar que pueblos indígenas puedan participar durante los distintos procesos judiciales (art. 13 de la Declaración y art. 12 del Convenio).

Asimismo, el Estado vulnera los derechos de los pueblos indígenas e incumple con las obligaciones contraídas a nivel internacional al no establecer los mecanismos adecuados para que sus derechos puedan ser ejercidos. El Estado, tanto nacional como provincia, debe realizar una serie de acciones en este sentido, tales como: sancionar la ley que regule el derecho a la consulta; establecer los mecanismos que señala el artículo

[32] Comité de los derechos del Niño, Observación General núm. 12, sobre *El derecho del niño a ser escuchado* y Observación general núm. 13 trata el *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*.
[33] OIT, Observación General (CEACR) 2008… *Op. Cit*.

9 del Convenio 169 de la OIT para la resolución de conflictos; regular penas alternativas a la prisión para miembros de pueblos indígenas y regular métodos para incorporar la diferencia cultural a los distintos procedimientos judiciales. Además, debe realizar reformas integrales para armonizar los distintos derechos consagrados en el ordenamiento jurídico internacional y constitucional con el ordenamiento jurídico nacional. En todas estas acciones se debe garantizar la consulta y participación de los pueblos indígenas, en especial de las mujeres indígenas.

Por otra parte, también se vulneraron distintos derechos de la persona imputada. Los tribunales intervinientes no tomaron en cuenta su pertenencia a un pueblo indígena y los derechos que en virtud a ello le asistían, tanto individuales como colectivos. El haber reconocido a nivel constitucional la calidad de pueblos y su preexistencia étnica exige que el ordenamiento jurídico argentino realice una interpretación de los derechos de las personas indígenas en función de ello. Sin embargo, solo la CJS consideró la condición étnica del imputado, pero los distintos juicios celebrados omitieron tal consideración, incumpliendo así lo dispuesto en los artículos 8, 9, 10 y 12 del Convenio 169 de la OIT.

Al no respetar su derecho a la diversidad e integridad cultural, el Estado incumplió su obligación de garantizar al imputado, como miembros de un pueblo indígena, el acceso a los mismos derechos que posee el resto de la población argentina, como el de defensa en juicio y demás garantías procesales. También vulneró su derecho a no ser discriminado en virtud de su origen étnico (art. 3 y 4 del Convenio, art. 2 de la Declaración). La Corte Interamericana[34] ha sido constante en señalar que los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas indígenas que están sujetas a su jurisdicción. Para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar la normativa interna, deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas del resto de la población y que conforman su identidad cultural. Por lo cual insiste en la consideración de la diversidad cultural como eje trasversal de interpretación de los demás derechos.

La falta de adopción de las medidas necesarias, por parte de los órganos de justicia, para garantizar los derechos del imputado también vulneraron su derecho a la defensa en juicio y la igualdad de las partes. La falta de mecanismos judiciales adecuados obliga a la defensa a recurrir a figuras penales afines que no tienen en cuenta la diversidad cultural de los y las indígenas por lo que su posibilidad de defensa se ve limitada. Es un principio fundamental del ordenamiento jurídico que las personas tengan garantizada su defensa en juicio.

Además, los tribunales de justicia no desarrollaron los mecanismos necesarios para conocer la forma en que la comunidad resuelve estos conflictos, ni las autoridades comunitarias fueron consultadas sobre estas cuestiones (art. 8 y 9 del Convenio) lo que vulnera también vulnera los derechos individuales del imputado. Tampoco, considera-

[34] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay… *Op. Cit.* Párrafo 51.

ron las pericias antropológicas presentadas para que los tribunales tuvieran mayor conocimiento y comprensión de los hechos, violando así lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio 169. La omisión de ponderar prueba fundamental fue el fundamento que el voto mayoritario de la CJS utilizó para declarar la nulidad del auto de procesamiento.

Por su parte, al establecer la sanción penal no fueron consideradas las características económicas, sociales y culturales del imputado (art. 10 del Convenio). Se le impuso pena de prisión, pese a que el Convenio 169 dispone que se dé preferencia a otros tipos de sanción distintos del encarcelamiento. Como se ha señalado, la aplicación de penas de prisión para integrantes de pueblos indígenas vulnera el principio de igualdad al generar daños adicionales, a la sanción se le agrega el desarraigo cultural. En el caso analizado el imputado perdió el contacto con su comunidad debido a las distancias donde estuvo confinado y no pudo establecer contacto con su hijo.

Por último, con relación a la menor el accionar de la justicia también fue deficiente y fueron vulnerados sus derechos. Como se ha señalado en los apartados anteriores, no se reconocieron sus derechos como integrante de un pueblo indígena (art. 1 de la Declaración y Convenio) ni se le brindó asistencia integral de acompañamiento y protección como posible víctima de un delito, ni para ella ni para su hijo (art. 3 de la CEDAW). La intervención de la justicia en los casos de abuso o cualquier vulneración a los derechos de las mujeres indígenas debe adoptar una mirada que tenga en cuenta la multiplicidad de discriminaciones que les afectan y los derechos colectivos que la amparan.

Tampoco tuvo la posibilidad de participar en el juicio, ni el derecho a ser escuchada por los tribunales de justicia, incumpliendo así lo establecido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño. La intervención estatal se limitó a intervenir, estigmatizar a la comunidad y generar más daño al no abordar la problemática de una manera integral. No se siguieron las Recomendaciones del Comité de la CEDAW ni las Observaciones del Comité de los Derechos el Niño que advierten que las mujeres y niñas que son víctimas necesitan servicios de apoyo inmediato, incluidos servicios médicos, psicológicos y jurídicos. Las autoridades no adoptaron medidas ulteriores para reparar los daños causados a la menor.

Además, la intervención judicial no tuvo en cuenta las múltiples discriminaciones que enfrenta la menor por su condición étnica y de género. Los tribunales no consideraron este aspecto colocando a la menor en una situación de mayor vulnerabilidad. Incumpliendo así la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de las mujeres indígenas (art. 3 del Convenio, art. 22 de la Declaración, art. 2 de la CEDAW). Si bien la jueza de la CJS tuvo en cuenta la situación de la menor, como ya fue explicado, lo hizo bajo una mirada etnocentrica, que vulnera sus derechos a no ser discriminada en virtud de su condición étnica (art. 3 y 4 del Convenio, art. 2 de la Declaración).

Por su parte, el Estado no adoptó las medidas necesarias para posibilitar que las mujeres indígenas puedan gozar los derechos humanos y libertades fundamentales que reconoce en los distintos instrumentos de derechos humanos. Como ha señalado el Co-

mité de la CEDAW y el Comité de los Derechos del Niño, el Estado está obligado a desarrollar acciones integrales para proteger a las mujeres y niñas contra las violencias que viven. No se trata solo de penalizar las conductas sino de tomar las medidas adecuadas para prevenirlas y garantizar que los derechos de las mujeres no sean vulnerados, ni por la comunidad, ni durante la intervención del Estado para sancionar los delitos.

Desde que ocurrieron estos hechos, el Estado tampoco ha desarrollado una acción política preventiva y de respeto hacia los derechos de las mujeres indígenas, incumpliendo las obligaciones asumidas en el ámbito internacional. Los distintos casos documentados de violaciones fragantes a los derechos de las mujeres y niñas indígenas reflejan la incapacidad estatal para brindar protección y garantizar los derechos de las mujeres indígenas. Además, ponen en evidencia la falta de acciones preventivas para impedir nuevas vulneraciones a sus derechos. No solo por parte de los miembros de la comunidad o criollos, sino especialmente por parte de las autoridades estatales.

Por último, señalar que la falta de cumplimiento a los distintos aspectos descritos no se debe, solo, a errores procedimentales (meramente formales) sino a la falta de reconocimiento de los pueblos indígenas como titulares de derechos colectivos. Pese a la adopción de tratados e instrumentos internacionales que reconocen sus derechos y la igualdad como pueblos distintos, impera una cultura jurídica que tiende a jerarquizar las diferencias y a concebir los derechos humanos de una manera abstracta.

Lo cual limita seriamente la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el régimen internacional de derechos humanos (de por si heterogéneo) a los casos concretos de una manera que tenga en cuenta los distintos valores en juego. Esta cuestión lleva a indagar cómo debe integrase lo dispuesto en el ámbito internacional a los principios del ordenamiento interno de cada Estado para responda a la heterogeneidad que existen en su interior. Sobre estas cuestiones se trata a continuación.

4. REPENSAR ALGUNOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

Las distintas disposiciones consagradas en el ámbito internacional generan una serie de reflexiones sobre cómo se deben integrar en el ordenamiento jurídico interno, en especial en el ámbito penal. Se proponen elementos para re-significar algunos principios del ordenamiento jurídico para posibilitar el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ámbito internacional y constitucional.

En Argentina algunos tratados internacionales tienen jerarquía constitucional y los demás jerarquía superior a las leyes. La Constitución Nacional, en el inc. 22 del art. 75, enumera los tratados que, “en las condiciones de su vigencia”, tienen jerarquía constitucional y cuál es el procedimiento para que los demás tratados la adquieran. Indica que lo dispuesto en estos tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse como complementarios a los derechos y garantías por ella reconocidos.

Entre los tratados con jerarquía constitucional relacionados con cuestiones indígenas, se encuentran: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la CEDAW y la Convención sobre los Derechos del Niño.

La CSJN, en el fallo "Giroldi" interpretó el significado de la expresión "en las condiciones de su vigencia" de la siguiente manera:

> … esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.
>
> De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia...[35]

Es decir, que para la CSJN la aplicación de los tratados debe seguir la jurisprudencia de los órganos encargados de interpretarlos. Lo cual ya había sido advertido años anteriores en el fallo "Ekmekdjian" [36] al señalar que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Previo a la reforma constitucional de 1994, la CSJN ya había señalado que los tribunales de justicia deben aplicar el Derecho internacional de los derechos humanos por encima de la legislación interna. En el fallo "Ekmekdjian" indica que para la aplicación del art. 27 de la Convención de Viena, los órganos del Estado argentino deben asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o ante la omisión de dictar disposiciones que equivalgan al incumplimiento del tratado.

Lo dispuesto por la CSJN es importante para interpretar los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ámbito internacional a través del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU. De acuerdo a lo que establece la CSJN la interpretación que realiza la Convención Americana de Derechos Humanos (con jerarquía constitucional) debe ser considerarse como parte misma de la constitución. En virtud de lo cual, el ordenamiento jurídico argentino al aplicar derechos relacionados con pueblos indígenas debe respetar y cumplir lo dispuesto por la Corte en materia indígena por la interpretación que realiza de la Convención Americana de Derechos Humanos, iluminada por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU.

Además, la CSJN advierte que un derecho consagrado en los tratados puede ser exigible ante los tribunales nacionales aún en ausencia de ley que lo reglamente. Dice:

---

[35] CSJN, Recurso de hecho "Giroldi, Horacio David y otros/Recurso de Casación", Causa núm. 32/93, Fallos 318:527, 7 de Abril de 1995. Considerando núm. 12.

[36] Este fallo es previo a la reforma constitucional donde se declara expresamente la supremacía de los tratados sobre las leyes y la jerarquía constitucional de algunos de ellos.

> …debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.[37]

A partir de lo dispuesto por la CSJN y los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico internacional, se tratan otros interrogantes que el caso genera. Se proponen una interpretación de algunos principios del ordenamiento jurídico nacional que sea acorde con los derechos reconocidos a los pueblos indígenas.

4.1. Del derecho penal a la justicia indígena

Una de las preguntas centrales que genera el caso es si, en virtud del principio de igualdad, el derecho penal debe tener en cuenta las diferencias culturales de los pueblos indígenas (y por ende de las personas que lo integran) o si debe realizar un tratamiento que sea indiferente a este aspecto. Sobre todo cuando algunas de sus prácticas culturales pueden ser calificadas como delito por el derecho penal.

Como se ha visto en el ámbito internacional, tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de ONU reconocen a los pueblos indígenas el derecho a mantener sus sistemas de justicia indígena y a que el ordenamiento jurídico tenga en cuenta la diversidad cultural de las personas indígenas al aplicar la legislación nacional. Lo que genera la pregunta de cómo armonizarlo con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico nacional.

Así, la cuestión tiene una dimensión individual y colectiva. Desde el aspecto individual surge la cuestión sobre cómo debe tratar el ordenamiento jurídico a una persona indígena que interviene en un proceso penal. Tanto para garantizar el respeto de sus derechos individuales reconocidos en el ordenamiento jurídico argentino como sus derechos colectivos como integrante de un pueblo indígena. Por otro lado, desde una dimensión colectiva, genera interrogantes sobre el reconocimiento de la justicia indígena y su jurisdicción. El análisis que aquí se realiza toma en cuenta, en un primer momento, la dimensión individual para luego indagar sobre la colectiva.

Como se ha visto en los capítulos anteriores diferentes países latinoamericanos han creado figuras jurídicas para dar tratamiento específico a estas cuestiones, ya sea a través del reconocimiento de la jurisdicción indígena, la constitución de tribunales mixtos o juzgados específicos para pueblos indígenas. La situación de Argentina se encuentra lejos de estos escenarios ya que no se han realizado las reformas jurídicas necesarias para acoger lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT y la reforma constitucional, aunque existen experiencias concretas en este sentido. La omisión de legislar, como ha advertido la CSJN en las sentencias mencionadas, no exime a los operadores jurídicos

[37] CSJN, Recurso extraordinario "Miguel Ángel Ekmekdjian vs. Gerardo Sofovich y Otros", Fallos 315:1492., 7 de Julio de 1992. Considerando 20.

de la obligación de reconocer y respetar el derecho a la integridad y diversidad de los pueblos indígenas, sin que ello implique vulnerar los demás principios que rigen el ordenamiento jurídico argentino.

Experiencias desarrolladas en la provincia de Neuquén reflejan cómo a través de los códigos procesales se pueden articular algunas respuestas para respetar la diversidad cultural durante el proceso penal. El Código Penal Procesal neuquino en el art. 109 dispone que los procedimientos penales deben tener en cuenta la diversidad étnica y cultural de las personas involucradas. Establece que cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el artículo 9.2. del Convenio 169 de la OIT, según el cual las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberan tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Además, el Ministerio Público Fiscal de la provincia elaboró un *Instructivo para el reconocimiento y respeto de las costumbres y métodos de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos*[38] donde se expresa el interés de reconocer la justicia indígena. Establece que la fiscalía deberá reconocer y respetar la identidad de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico vigente. Dispone que se deberá fomentar el intercambio cultural a través de la promoción métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y el respeto mutuo; y la coordinación de acciones conjuntas para articular el abordaje de los conflictos que surjan.

Por su parte, en 2015, se llevó a cabo un juicio oral contra Relmu Ñamku, dirigente indígena de la Comunidad Winkul Newen del pueblo mapuche. Fue la primera vez que en Argentina se realizó un juicio por jurado intercultural, donde de las doce personas que integraban el jurado, seis pertenecían al pueblo mapuche. El juicio fue realizado bajo esta modalidad porque el sistema procesal de Neuquén establece que para penas de quince años o más se debe realizar juicio por jurados. La imputada estaba acusada de intento de homicidio a una auxiliar de la justicia en el marco de un desalojo ordenado en 2012. El jurado llegó al veredicto de "no culpable" y realizó un tratamiento más amplio sobre la situación que vive el pueblo mapuche en esa provincia.[39]

Pese a estas experiencias concretas, ante la falta de disposiciones en el Código Penal argentino que consideren la diversidad cultural de las personas indígenas, la doctrina y defensores/as de derechos indígenas han tenido que recurrir a figuras penales afines que no siempre son las más adecuadas. En el caso que se analiza la defensa recurrió a la figura de la inimputabilidad del acusado, lo que es problemático al tener que probar que no conocía la criminalidad del acto. Ello resultaba difícil de sostener cuando del testimonio de una de las autoridades de la comunidad, reflejado en la sentencia, sur-

[38] Instructivo para el reconocimiento y respeto de las costumbres y métodos de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos. Instrucción general núm. 6… *Op. Cit.*

[39] Para un análisis más detallado del caso, consultar: VINDING, D., y MIKKELSEN, C. (ed.), *El mundo indígena 2016*, IWGIA, Copenhague, 2016.

ge que habían intentado disuadir a Ruiz de mantener relaciones con la menor porque podría generar problemas. De hecho, este fue uno de los argumentos utilizados por los tribunales para condenar al imputado.

Así, la falta de mecanismos específicos para proteger los derechos indígenas sumado al desconocimiento sobre el régimen de derechos indígenas por parte de los operadores de justicia, coloca a las personas indígenas en una situación de gran vulnerabilidad ya que la posibilidad de su defensa en juicio se ve seriamente limitada. La falta de regulación de mecanismos en el ámbito procesal y penal obliga a la defensa a adoptar figuras cercanas pero que no respetan la identidad de los pueblos indígenas.

Ello agravado por la renuencia de los tribunales en solicitar peritajes antropológicos o considerar sus informes cuando estos son aceptados o propuestos por la defensa. En el supuesto de hecho analizado en este trabajo la CJS señaló que no se había tomado en justa consideración las pericias antropológicas presentadas, al ser objeto de valoración peyorativa para el imputado. Dice la CSJ:

> …cuando el juez resolvió procesar a Ruiz, ya se había incorporado a las actuaciones el informe pericial antropológico…. Consiguientemente, dada su particularidad requería un especial abordaje; sin embargo, este elemento de juicio fue objeto sólo de una valoración peyorativa para el imputado, sin que se tuvieran en cuenta aspectos especialmente importantes que surgen de su contexto[40]

Pese la advertencia de la CJS los tribunales que intervinieron posteriormente tampoco consideraron debidamente los peritajes.

En este contexto, la figura del *error de comprensión culturalmente condicionado* propuesta por Zaffaroni[41] hubiera sido una opción más adecuada. El autor indica que para que exista comprensión de la norma penal es necesario que exista la posibilidad de internalizar el desvalor jurídico. Si una persona, debido a su condicionamiento cultural, no tiene tal posibilidad se excluye la culpabilidad. Porque no puede ser tratada de la misma manera que quienes comparten los valores culturales reflejados en la norma y han podido interiorizarlos.

En el caso analizado, se percibe cómo la falta de figuras penales específicas afecta al derecho a la defensa en juicio de personas indígenas. La defensa tuvo que alegar la inimputabilidad del acusado por lo cual parte de la investigación estuvo destinada a probar si el imputado conocía o no la norma. Para ello se tuvieron en cuenta aspectos como su integración en la sociedad dominante; la supuesta "pureza" de la comunidad wichí, reflejada en cuan aislada se encontraba con el resto de la sociedad; la relación del imputado con las instituciones estatales, etc.

En cambio, la propuesta de Zaffaroni permite realizar una aproximación más adecuada sobre la cuestión. En el caso de análisis, hubiera permitido indagar sobre los

[40] CJS, R., J.F. Recurso de Casación… *Op. Cit.* Considerando 16.
[41] ZAFFARONI, E. "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal" en *Anteproyecto de reforma al Código Penal….Op. cit.* ZAFFARONI, E., *Derecho Penal… Op.cit.*

valores que protege la norma penal estatal, la posibilidad de interiorización por parte del imputado de acuerdo a su sistema de valores propios y la compatibilidad de la norma penal con el sistema de valores y prácticas indígenas.

Desde esta perspectiva, el eje del debate no recae sobre un aspecto individual y particular sino una cuestión más amplia, que se refleja en términos culturales. La investigación penal no debería centrarse en analizar si el sujeto se encontraba o no integrado a la sociedad dominante, sino si su conducta es considerada en su cosmovisión como violatoria de los valores que protege la norma penal. Para analizar este aspecto cobra especial importancia la actitud de la comunidad indígena frente al hecho considerado delito por el ordenamiento jurídico argentino y la respuesta, si existe, que la propia comunidad otorga frente a estos actos.

La propuesta de Zaffaroni supone el intento de incorporar al sistema penal vigente figuras penales afines que puedan atender a las necesidades específicas de los y las indígenas. Sin embargo, no ofrece una perspectiva que permita cuestionar los principios sobre los que se vertebra el ordenamiento penal y crear alternativas que impliquen el reconocimiento de la igualdad de los pueblos indígenas, desde la dimensión colectiva. Como indica Manuel Moreira[42] los casos de juzgamiento de indígenas ponen en emergencia al sistema jurídico argentino porque la dogmática penal se asienta sobre una legalidad construida bajo un modelo que excluye a lo indígena. Las distintas propuestas jurídicas buscan (re)insertarlos en un sistema ideado exclusivamente para una sociedad concebida como culturalmente homogénea. Este intento de reinserción no considera la cultura jurídica indígena sino que recurre a los institutos penales oficiales más afines para resolver situaciones de conflicto.

Este aspecto revela una de las cuestiones centrales que plantean los derechos de los pueblos indígenas. El acercamiento estatal que se realiza sobre temáticas indígenas no plantea un real reconocimiento de sus diferencias como pueblo. Solo se realiza, en ciertas ocasiones, una serie de concesiones en aquellos aspectos que no cuestionan los principios fundamentales sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico. En el ámbito penal ello queda reflejado de manera más evidente porque se trata de un ámbito íntimamente relacionado con la soberanía del Estado que se manifiesta con el ejercicio del *ius punendi*.

En este contexto, cualquier intento serio por respetar los derechos indígenas tiene que partir del reconocimiento de que ciertos principios jurídicos, como el de igualdad, territorialidad y homogeneidad de la ley penal, deben ser reinterpretados. En especial en el ámbito penal ya que las disposiciones de la Constitución y los tratados internacionales contienen una serie de principios, que deben ser incorporados al resto del ordenamiento jurídico. Como señalaba Manuel Moreira[43] reconocer derechos colectivos a un pueblo que se califica como argentino, pero preexistente, debilita la supremacía absoluta del orden penal que debe modificarse en algunos aspectos esenciales.

---

[42] MOREIRA, M., *El derecho de los pueblos originarios… Op. Cit.* Pág. 75 y ss.
[43] *Ibíd.*

Así, el principio de territorialidad, que supone la homogeneidad de la población que habita un territorio, requiere ser reinterpretado. No es coherente con los derechos reconocidos la aplicación indiscriminada de disposiciones punitivas a personas indígenas que manejan sus conductas por cánones diferentes a los requeridos por los tipos penales descritos. La ley penal no debe ser indiferente a las costumbres, motivaciones y valores de los sujetos afectados por ella. Caso contrario se vulnera el principio de igualdad consagrado en el ordenamiento jurídico y los demás derechos reconocidos a los pueblos indígenas.

Como indica Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde [44] el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales. Por ello, en ciertas ocasiones, la ley nacional tipifica como delito conductas que para la comunidad no lo son, o a la inversa, una infracción sujeta a castigo en una comunidad puede no ser reconocida como tal en la legislación penal vigente.

Ante esta situación, se deben ofrecer enfoques que consideren las variables y condicionamientos propios de los grupos y comunidades sobre las cuales se aplica la norma. En el caso de análisis el petitorio emitido por las autoridades wichí indica que en las comunidades existen medios para resolver los conflictos que deben ser tenidos en cuenta. Se afirma que tradicionalmente ciertos conflictos se tratan en asambleas donde participan los miembros de la comunidad y se toman las decisiones de manera consensuada. En el petitorio wichí se exige:

> … que la justicia haga valer nuestros derechos, no solamente en nuestro carácter de ciudadanos argentinos sino también como miembros del pueblo indígena preexistente wichí. Por ley, nuestra identidad étnica y cultural debe ser objeto de respeto. Esto significa reconocer, entre otras cosas que **nosotros también sabemos distinguir entre el bien y el mal, como también sabemos corregir, cuando sea necesario, lo que percibimos como la delincuencia.** Que haya, pues un diálogo intercultural sobre cuestiones de derecho. De esa manera los jueces sabrán quizás valorar nuestro sistema legal ancestral**. ¿Será que ellos piensan que durante miles de años vivimos sin ley en nuestras tierras?**[45] (Resaltado propio)

Una posibilidad mínima para el diálogo intercultural, que en el petitorio se exige, es que la justicia estatal tenga en cuenta las formas de solución de conflictos que existen en las comunidades, respetando sus costumbres, valores y tradiciones. Este aspecto permite advertir que el respeto a los derechos individuales de las personas indígenas involucradas en un proceso penal, lleva necesariamente a reflexionar sobre la justicia indígena. En especial, cuando las personas intervinientes en el proceso penal son indígenas.

La posibilidad de un "diálogo intercultural sobre cuestiones de derecho", solicitada por autoridades wichí, no solamente beneficiarían a las comunidades indígenas afectadas, sino la justicia salteña en general al poder realizar un tratamiento más adecuado y evitar nuevas situaciones de conflicto. Sin embargo, tanto en Salta como en

[44] STAVENHAGEN, R. e ITURRALDE, D. (comp.) *Entre la ley la costumbre... Op. Cit.*
[45] Petitorio wichí….*Op. Cit.*

Argentina, por lo general, existe poco conocimiento sobre los sistemas de justicia o la manera de resolver los conflictos en los pueblos indígenas. En este sentido, las experiencias desarrolladas en otras regiones de Latinoamérica pueden ser de utilidad para resolver estas limitaciones. Recordando que cualquier medida que se adopte en este sentido debe garantizar la participación de los pueblos indígenas afectados.

Los ordenamientos jurídicos de otros países han desarrollado respuestas específicas para atender a la diversidad cultural existente y han reconocido la jurisdicción indígena sobre ciertas materias. Como se ha visto, en Bolivia y Ecuador el ejercicio del *ius punendi* ya no es una potestad exclusiva de la justicia ordinaria, aunque los tribunales supremos continúan como últimos garantes a través del control de constitucionalidad. En el caso de Bolivia la jurisdicción indígena se rige por sus normas y procedimientos propios. Según la Constitución los magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional Plurinacional son elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino (art. 197).

Por su parte, la Constitución de Ecuador reconoce el derecho a las autoridades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y derecho propio. La Corte Constitucional es quien realiza el control de constitucionalidad de la jurisdicción indígena, aunque no menciona mecanismos específicos para garantizar la plurinacionalidad en su composición.

También el Tribunal constitucional de Colombia ha desarrollado una importante jurisprudencia en este sentido al establecer límites mínimos que la jurisdicción indígena no puede traspasar. Estos límites son el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la tortura y la legalidad en el procedimiento, en materia penal la legalidad de los delitos y las penas. Sin embargo, ha sido cuestionada al reproducir los límites del multiculturalismo liberal.[46]

Por su parte, distintas investigaciones[47] reflejan la diversidad de realidades que conviven en torno a la justicia indígena y las distintas experiencias que se han desarrollado alrededor de las mismas. Así se puede advertir que la situación de los pueblos indígenas varía según la zona, la región y el país. Mientras hay comunidades donde la mayoría de los conflictos se resuelven internamente, otras se coordinan con la justicia ordinaria para resolver problemas que no entran dentro de las competencias comunitarias o que presentan grandes dificultades. En otros casos hay comunidades que no conservan sistemas de justicia propios.

---

[46] Ver: GÓMEZ ISA, F., "Diversidad cultural y derechos humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas" en *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 27, 2011; BONILLA, D., *La Constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006. Para el cuestionamiento del multiculturalismo liberal, ver punto 2.3 capítulo tres. Pág. 120.

[47] SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J. (Eds.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia… Op. Cit.*; SANTOS, B. y GRIJALVA, A. (Eds.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador… Op. Cit.*; HERNÁNDEZ CASTILLO, R. y CANESSA, A. (ed.) *Complementariedades y exclusiones en Mesoamérica y los Andes,* Ed. IWGIA, Quito, 2012; SIERRA, M., *Haciendo justicia: Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas... Op. Cit*.

Los estudios sobre sistemas de justicia indígena reflejan que el modo de prestar atención a los conflictos y de buscar soluciones responde a una idea más amplia de justicia, relacionada con su propia cosmovisión indígena. Si bien los sistemas de resolución de conflictos no son homogéneos, se advierte que rigen principios semejantes a los del derecho penal junto con otros que son desconocidos o que se encuentran en un segundo plano en los regímenes penales occidentales. Al estudiar la justicia indígena en Bolivia Martín Bazurco y José Luis Exeni[48] advierten que existe gran diversidad de autoridades, procedimientos y sanciones dentro de las prácticas reconocidas como tal. Por lo que consideran más apropiado hablar de justicias indígenas en plural.

Para Borja Jiménez[49] los principios que guían la justicia indígena tienen un significado distinto a los de la justicia estatal. El ordenamiento punitivo indígena toma en consideración criterios como el mantenimiento del equilibrio de las distintas fuerzas de la comunidad, la búsqueda de paz, la mediación y de la reintegración a la comunidad de la persona infractora mientras cumple la sanción. Por lo general se busca la vía del diálogo para obtener un acuerdo que satisfaga los intereses de la persona ofendida sin sobrepasar los grados de represión contra el autor de daño.

Bazurco y Exeni, al igual los demás autores y autoras, señalan que la justicia indígena en Bolivia tiende a restaurar o recomponer el orden normal de las cosas, más que a castigar. Dicen "las transgresiones a la norma más que delitos son entendidas como rupturas de un equilibrio previo en la comunidad, el cual se busca recuperar mediante las normas y procedimientos propios"[50].

En este sentido, Aura Cumes señala que las organizaciones y dirigencias mayas entienden al derecho maya como "conciliador, pacifico, preventivo, reparador y flexible, que es ejercido con el propósito de que la persona asuma una posición reflexiva sobre sus actos, pretendiendo a la vez prevenir con ello otras faltas."[51] De esta manera, el diálogo y el valor de la palabra son ejercicios importantes en la justicia maya.

Entre las características que Bazurco y Exeni atribuyen a la justicia indígena en Bolivia mencionan: integralidad, carácter colectivo, armonía y equilibrio, oralidad, celeridad, dinamismo, reconciliación, restauración, naturaleza comunitaria, gratuidad y consuetudinaria. Al hacer referencia a la integralidad advierten que para la resolución del conflicto no solo se toman los hechos sino también el contexto, la familia, los antecedentes personales. La comunidad interviene en muchos procedimientos y juega un rol importante ya que los asuntos conflictivos son presentados y comentados en espacios colectivos.

---

[48] BAZURCO, M. y EXENI, J., "Bolivia: Justicia indígena… *Op. Cit.* Pág. 128.
[49] BORJA JIMÉNEZ, E., *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena… Op. Cit.*
[50] BAZURCO, M. y EXENI, J., "Bolivia: Justicia indígena… *Op. Cit.* Pág. 129.
[51] CUMES, A., "'Sufrimos vergüenza': mujeres k'iche' frente a la justicia comunitaria en Guatemala" en HERNÁNDEZ CASTILLO, R. y CANESSA, A. (eds.) *Complementariedades y exclusiones en Mesoamérica y los Andes… Op. Cit.* Pág. 151.

Para los autores la justicia indígena tiende a privilegiar la restauración, es decir, a restituir o reponer el daño en beneficio de la víctima. Sin embargo, advierten que el tipo de resolución varía según la transgresión de que se trate. Con relación a las sanciones existentes en el caso boliviano indican que "predominan aquellas que implican un resarcimiento inmediato como los trabajos comunales y las multas, o cuya aplicación es inmediata como el castigo físico."[52]

Los autores y autoras mencionadas también hacen referencia al carácter dinámico de la justicia indígena ya que no se encuentra ajena a los procesos sociales más amplios. Aura Cumes advierte que la justicia maya se encuentra fuertemente influida por la sociedad guatemalteca, dice:

> Se ha dicho que el derecho maya es conciliatorio y es impuesto con el propósito de que la persona asuma una posición reflexiva sobre sus actos, pretendiendo con ello a la vez prevenir otras faltas (Esquit y García 1998), pero muchos de los casos actuales tienen una tendencia punitiva porque la misma población así lo requiere (Centro Pluricultural para la Democracia, 2008)[53]

Por su parte, María Teresa Sierra[54] al estudiar distintas experiencias de la justicia indígena en México advierte que expresan diferentes alcances y proyectan horizontes distintos de acuerdo a los contextos donde se desarrollan y su relación con el Estado. Mientras algunos procesos se enmarcan dentro del reconocimiento estatal, otros lo hacen fuera del Estado. Pese a las diferencias importantes de los procesos, tienen en común en que las autoridades y organizaciones indígenas lo utilizan para legitimar su autoridad tradicional, sus identidades y redefinir su derecho. Generando así la posibilidad de dar respuestas concretas y adecuadas a las necesidades de las personas indígenas. Al tratar el dinamismo de la justicia indígena Sierra advierte cómo en el caso del juzgado indígena de Cuetzalan, los derechos de las mujeres fueron ganando legitimidad y construyeron alternativas para cuestionar los poderes instituidos de los líderes indígenas y la exclusión de las mujeres.

Al tener en cuenta el carácter dinámico y abierto de la justicia indígena, distintos estudios mencionan los procesos de *interlegalidad*[55] que existe entre la justicia indígena y la justicia estatal. Investigaciones coordinadas por Boaventura de Sousa Santos en Ecuador y Bolivia advierten cómo ya existen casos en donde ambos sistemas se

---

[52] BAZURCO, M. y EXENI, J., "Bolivia: Justicia indígena… *Op. Cit.* Pág. 119.
[53] CUMES, A., "'Sufrimos vergüenza': mujeres k'iche'… *Op. Cit.* Pág. 157.
[54] SIERRA, M., "Justicia Indígena y Estado: Retos desde la Diversidad" en SCOTT, R., TEJERA, E. y VALLARES, L. (Coord.) *Política, etnicidad e inclusión digital en los albores del milenio*, Ed. UAM-I, México DF, 2007. Pp. 265-294.
[55] Boaventura Sousa Santos propone entender la interlegalidad como las relaciones entre ambas justicias. "Que resulta del mayor conocimiento que las personas van teniendo de las dos justicias, lo que les permite optar, en ciertas circunstancias, entre una u otra. También les permite que ciertas relaciones sociales sean simultáneamente reguladas por más de un sistema jurídico, siempre que sea posible distinguir diferentes dimensiones (por ejemplo, en las relaciones familiares: casamiento, herencias, relación con los hijos, divorcio, violencia doméstica). En ciertas circunstancias, los ciudadanos y las ciudadanas pueden optar por un sistema jurídico para la regulación de algunas dimensiones y por otro sistema para la regulación de otras dimensiones." Ver: SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J. (Eds.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia… Op. Cit.* Pág. 37.

relacionan para resolver determinados conflictos. Santos llama *coordinación desde abajo* a las prácticas concretas desarrolladas en las labores cotidianas de los operadores de justicia o autoridades de ambas justicias para resolver litigios. Por lo que sugiere que la construcción de relaciones entre ambas justicias debe comenzar por estudiar las ya existentes.

El breve recorrido por el debate en torno al derecho penal y el reconocimiento de la diversidad cultural pone en relieve la necesidad de profundizar sobre la noción de justicia. Existen diferentes maneras de entender cómo deben resolverse los conflictos y cuáles son los fines de la justicia. Los estudios analizados coinciden con lo advertido por Rodolfo Stavenhagen que existen diferencias importantes entre la justicia de tipo occidental y la indígena. Mientras que la primera busca castigar al culpable en la segunda se busca reconciliar y llegar a un compromiso con las partes para conservar la armonía interna del grupo. Se utilizan mecanismos de mediación, participación social, consenso y penas distintas al encarcelamiento.

La diferencia entre las maneras de resolver los conflictos se evidenciaron en el resonado *caso de la Cocha* en Ecuador, analizado en el tercer capítulo. Ante el delito de homicidio las autoridades indígenas de la Cocha y Guantopolo establecieron la culpabilidad de cinco jóvenes indígenas de la comunidad y les impusieron sanciones conforme a la justicia indígena. Luego, la Corte Constitucional aceptó la acción extraordinaria contra decisiones jurisdiccionales de la justicia indígena impuesto por el hermano de la víctima y señaló que los delitos contra la vida no entran dentro de la jurisdicción indígena. El fundamento de la Corte fue que la jurisdicción indígena no sanciona el atentado contra la vida de la persona sino el conflicto que el delito genera entre las familias y la comunidad. Es decir, que el bien jurídico protegido no es la vida, sino la comunidad. Ante ello, la Corte justifica su competencia al considerar que es máxima obligación del Estado garantizar la sanción a quien causa la muerte para evitar que los delitos que atenten contra la vida queden impunes.

Como se ha señalado al analizar el caso, la Corte Constitucional de Ecuador intenta realizar una analogía entre el derecho ordinario y el derecho indígena lo que atenta con el pluralismo y la interculturalidad consagrada por el Constitución ecuatoriana. Como señalan Bazurco y Exeni[56] el reconocimiento de la igual jerarquía de las jurisdicciones se relaciona con el reconocimiento de que cada sistema jurídico responde a valores, principios y prácticas específicas que son legítimas y legibles para quienes comparten esos valores, principios y prácticas. La Corte Constitucional al desacreditar la justicia indígena, porque no otorga la misma respuesta que la justicia ordinaria, no respeta la igualdad de jurisdicción consagrada. Para dar respuesta a estos casos es necesario establecer mecanismos de traducción intercultural que permitan interpretar lo que dispone la Constitución y los derechos humanos.

Como se advierte del caso la justicia indígena utiliza una lógica diferente a la estatal, ya que se rige por principios, valores y procedimientos específicos. Además,

[56] BAZURCO, M. y EXENI, J., "Bolivia: Justicia indígena… *Op. Cit.* Pág. 126.

mientas que en las comunidades indígenas lo jurídico se encuentra imbricado con el resto de la estructura social, en la administración de justicia estatal existe una clara separación entre lo que es jurídico y aquello que no lo es. Sin embargo, se advierte que en muchas ocasiones no existe una separación tajante entre ambos sistemas de justicia sino una relación de continuidad, a veces marcada por la negación, otras veces de coexistencia e, incluso, de colaboración. Es importante tener en cuenta esta heterogeneidad de relaciones para evitar tratamientos monolíticos.

Por último, un aspecto sobre el cual cabe reflexionar en el ámbito penal, es la capacidad del sistema penal para combatir las prácticas culturales que atentan contra los derechos de las mujeres. Desde el ámbito feminista (aunque no sólo) existe un profundo debate sobre la eficacia del derecho penal para proteger a las mujeres de las múltiples formas de violencia que enfrentan. Elena Larrauri[57] advierte que en España la intervención del sistema penal no ha tenido el impacto deseado en la disminución de mujeres asesinadas por violencia de género. El peligro de concentrar las respuestas en el ámbito penal es que se obvian las limitaciones propias del derecho penal y se desatienden otros ámbitos de intervención que permiten atender el problema de raíz.

Larrurri propone apoyar y fortalecer la intervención de instancias intermedias que puedan ayudar a las mujeres a resolver sus necesidades y crear espacios de autonomía, con especial atención a grupos que presentan mayor riesgo de ser víctimas de violencia. La pregunta que atraviesa el debate es cuáles son las estrategias y medidas que se deben desarrollar para combatir la violencia contra las mujeres, sabiendo que la intervención penal presenta riegos y costes altos para las propias mujeres que la sufren.

Por su parte, Tamar Pitch advierte que la legitimación de la justicia penal, "de su lógica, sus discursos y sus símbolos… corre el riesgo de negar o, al menos, de no reconocer la subjetividad femenina, reduciéndola a una simple invocación de ayuda de un grupo social reconstruido como débil y vulnerable"[58]. Ello no sólo reduce a las mujeres a puras víctimas, sujetos sin agencia, sino que produce respuestas ineficaces.

En este sentido, Zaffaroni analiza cómo la evolución del derecho penal fue excluyendo a la víctima de la consideración de los conflictos para pasar a considerar que los delitos constituyen un ataque al poder del soberano. Señala que el proceso penal "dejó de ser un procedimiento para resolver un conflicto entre las partes y se convirtió en un acto de poder de un delegado del señor o soberano. Desde que una de las partes –la víctima– salió del proceso, la sentencia no atiende su interés sino el del poder"[59].

---

[57] LARRAURI, E., "La intervención penal para resolver un problema social" en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, vol. 12, Agosto, 2011. Para profundizar sobre el tema consultar: LARRAURI, E. (comp.) *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1994 y LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal*, Ed. B de f, Buenos Aires, 2008.

[58] PITCH, T., "La violencia contra las mujeres y sus usos políticos" en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 2014. Pág. 19-29.

[59] ZAFFARONI, E., "El discurso feminista y el poder punitivo" en ÁVILA SANTAMARÍA, R., SALGADO, J. y VALLADARES, L. (comp.) *El género en el derecho. Ensayos crítico*s. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009. Pág. 324.

Considera que si bien en la actualidad existen tentativas de tomar en cuenta a la víctima, solo se tratan de tímidos intentos para atenuar los excesos del poder punitivo.

Por su parte, el informe FIMI contra la violencia hacia las mujeres indígenas, analizado en el capítulo anterior, también advierte sobre una "masiva sobredependencia en estrategias criminales"[60] para confrontar la violencia contra las mujeres. Considera que las estrategias que criminalizan la violencia contra las mujeres, en especial la doméstica, debe ser emprendidas tomando en cuenta la violencia física y estructural perpetrada por los mismos Estados en contra de las mujeres indígenas y otras mujeres que pertenecen a grupos excluidos.

Por ello, sugiere que las medidas para combatir la violencia contra las mujeres indígenas deben considerar la problemática que surge ante la obligación de los Estados de cumplir los procesos debidos a los miembros de las comunidades que el mismo Estado oprime. En este sentido, Rita Segato advierte que el Estado ofrece con una mano, lo que ya quitó con otra. Es decir, "entrega una ley que defiende a las mujeres de la violencia a que están expuestas porque ya rompió las instituciones tradicionales y la trama comunitaria que las protegía"[61].

4.2. El principio de igualdad desde una perspectiva pluridimensional

Por su parte, otro de los principios que requiere mayor interpretación es el principio de igualdad porque coexisten distintas interpretaciones con relación al mismo. Generalmente es invocado cuando se propone otorgar un tratamiento diferenciado a distintos grupos sociales, como los pueblos indígenas y sus miembros.

En el caso de análisis el Fiscal de la Corte consideró que los preceptos constitucionales del art. 75 de la Constitución Nacional, que reconocen la preexistencia étnica de los pueblos indígenas, debían ser ponderados en consonancia con el principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional. Según este en Argentina no se admiten prerrogativas de sangre, ni de nacimiento, no hay fueros personales, ni títulos de nobleza y las excepciones a la aplicación del régimen legal deben ser establecidas expresamente por ley. El fiscal entendió que la aplicación de la excepción penal para el imputado implicaría consagrar un privilegio. Dice la sentencia de la CJS:

> …en informe de fs. 335/337, el Sr. Fiscal ante la Corte n° 2 opina que los preceptos constitucionales que invoca el recurrente deben ser ponderados en consonancia con el principio de igualdad y señala que las excepciones a la aplicación del régimen legal son un cometido específico del legislador. Entiende que no existiendo esa excepción legal la aplicación que pretende el recurrente no implicaría el respeto de un derecho sino la consagración de un privilegio, que atentaría contra un objetivo perseguido en los textos constitucionales consistente en la unidad nacional. Acerca del rechazo de prueba que se arguye como conculcatorio del derecho defensa…[62]

[60] FIMI, *Mairin Iwanka Raya: Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia… Op. Cit.* Pág. 33.
[61] BIDASECA, K. y VAZQUEZ, L., *Feminismos y poscolonialidad… Op. Cit.* Pág. 22.
[62] CJS, R., J.F. Recurso de Casación…*Op. Cit.* Considerando 4.

Si bien estos argumentos, se encuentran refutados por parte de la doctrina[63], continúan siendo utilizados por los operadores jurídicos para limitar los derechos de los pueblos indígenas. Ello refleja la dificultad y reticencia de incorporar los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales cuando parecieran alterar los principios tradicionales del Derecho. Se concibe que el ordenamiento jurídico representa los intereses de todas las personas por igual y, por ello, se cree que dar un trato distinto a las personas indígenas significaría otorgarles un trato más beneficioso que al resto de la población, lo que atentaría con el principio de igualdad dispuesto en la Constitución Nacional.

Sin embargo, la idea que el ordenamiento jurídico representa los intereses de todas las personas por igual, ha sido ampliamente discutida y contestada. Como quedó reflejado en distintos capítulos, el Estado, a través del Derecho y otros mecanismos, ha tendido a homogeneizar a los sujetos, negar sus diferencias y representar unos intereses específicos como generales. Este sesgo fue puesto en evidencia, entre otros, por movimientos indígenas y feministas al cuestionar la supuesta neutralidad del Derecho.

Para suplir estas deficiencias en los últimos años se han dictado normas que reconocen la diversidad cultural dentro de los Estados y se proponen brindarle tutela jurídica. También se ha desarrollado legislación que protege específicamente a las mujeres como grupo social diferenciado. Ello no atenta contra el principio de igualdad sino que reconoce que hay personas no se encuentran la misma situación que el resto de la población, ya sea por su origen étnico, clase o género. O, en otros términos, que no caben dentro de la estrecha noción de sujeto de derecho que se toma como referente implícito para legislar o impartir justicia.

En este sentido, aunque en Argentina la reforma constitucional de 1994 presenta ciertas limitaciones, dio margen para reinterpretar el principio de igualdad de una manera más coherente con las necesidades de distintos sectores de la población que habían sido excluidos del modelo de ciudadano dominante. Incluso previo a la reforma de la constitución había autores, como Bidart Campos[64], que le atribuían un contenido más amplio que el expresado por el fiscal del caso que se analiza.

Para el autor con la reforma constitucional se hace evidente que el reconocimiento del derecho a la identidad de los pueblos indígenas y su diferencia se trata de una expresión del derecho "de igualdad de trato y de oportunidades". Advierte que ello en nada pugna con la abolición y prohibición de las prerrogativas de sangre y de nacimiento que dispone la Constitución Nacional. Puesto que no se otorgan privilegios ni prerrogativas a los pueblos indígenas sino que estos derechos se asumen como una expresión del pluralismo democrático y derecho a la diferencia, indispensables en un Es-

[63] QUIROGA LAVIÉ, H., Constitución de la Nación Argentina comentada…*Op. Cit.*; FRITES, E., *El derecho de los pueblos indígenas*…*Op. Cit*; BIDART CAMPOS, G., "Dictamen del Dr. Germán Bidart Campos sobre derechos hereditarios y propiedad comunitaria…*Op. Cit.* Ver análisis de la igualdad en el capítulo tres, en el apartado 3.1. Nudo en el ámbito penal, pág. 123.
[64] BIDART CAMPOS G., *Tratado elemental de derecho constitucional… Op. Cit.*

tado democrático. Además, para Bidart Campos[65], la Constitución habilita el pluralismo normativo, por lo que la existencia de distintas normativas no atenta contra el principio de igualdad ni con la uniformidad del derecho en todo el territorio argentino.

En virtud de ello, el argumento sostenido por el Fiscal en el caso analizado es inconstitucional porque no considera los derechos consagrados en la Constitución Nacional a los pueblos indígenas. Además, como se ha señalado en diferentes oportunidades, la falta de regulación del Estado de los mecanismos necesarios para hacer efectivos los derechos reconocidos no exime la obligación de los operadores jurídicos de garantizarlos en el caso concreto. Para ello se deben tomar en cuenta las instituciones jurídicas más afines.

De acuerdo a estas consideraciones y las perspectivas presentadas en los distintos capítulos, se proponen algunos lineamientos para interpretar el principio de igualdad de una manera más amplia.

4.2.1 La doble dimensión de la diferencia

En primer lugar, se debe considerar una noción de diferencia que tenga en cuenta dos dimensiones. Tanto como reflejo de la diversidad cultural presente en el territorio argentino, como fruto una injusta exclusión.

Desde esta perspectiva, debe rechazarse la noción de igualdad entendida como homogeneidad o ausencia de diferencias. Se hace evidente que no es posible sostener que los pueblos indígenas se encuentran en "idéntica situación" que el resto de la población argentina. No solo porque son pueblos distintos, con visiones del mundo, prácticas culturales, sociales e historias diferentes. Sino porque el Estado nacional se construyó sobre la base de la negación de esa diferencia a través de una activa política de homogeneización y/o exterminio, según las necesidades del momento.

Como se ha visto en los capítulos anteriores, los primeros gobiernos *patrios* (criollos) declararon formalmente la igualdad de todos los habitantes argentinos. Sin embargo, los relatos históricos demuestran cómo el propio Estado se funda en una desigualdad estructural que jerarquiza unos pueblos sobre los otros y legitima el uso de la violencia contra aquellos que se oponen al tratamiento homogeneizador. Luego de consolidarse el Estado y la ficción de nación homogénea, se realiza un tratamiento indiferenciado que refuerza y genera nuevas exclusiones hacia aquellas personas que no entran dentro de los estándares del "ciudadano común" (léase varón, blanco o criollo, propietario).

Pese a las reformas realizadas, en la actualidad continúa vigente esta jerarquización de las personas y de los pueblos a los que pertenecen. Ello se manifiesta en los distintos ámbitos de la vida, como el acceso a la educación formal, la salud, la justicia, la participación política, etc. Ante lo cual, difícilmente puede sostenerse que las personas que pertenecen a un pueblo indígena se encuentran en "idéntica situación" que una per-

[65] BIDART CAMPOS, G., *Manual de la constitución reformada… Op. Cit.*

sona criolla. Estos mecanismos de exclusión, anclados en la "raza" diría Quijano[66], repercuten durante toda su vida porque forman parte de la misma estructura estatal.

Bajo esta perspectiva que considera que la diferencia de los pueblos indígenas debe ser entendida en dos sentidos. Tanto como expresión de una cosmovisión propia, como fruto de un sistema injusto que explota, domina y despoja a las poblaciones señaladas como diferentes. Así las políticas destinadas a reconocer los derechos de los pueblos indígenas deben reconocer ambas dimensiones.[67]

Por ello, el reconocimiento de sus derechos no debe ser concebido solo como una manera de "reparación histórica" ya que ello genera el riesgo de atender solo a uno de los sentidos. Es decir, centrar la atención en la reparación por los daños causados por el Estado en el pasado sin tener en cuenta la diferencia cultural existente. Por lo tanto, sus derechos deben fundamentarse tanto en el reconocimiento de su diferencia cultural como en la exclusión que han vivido a causa de ella. Aunque en algún momento el Estado argentino logre reparar los daños causados en el pasado a los pueblos indígenas, aún será necesario continuar reconociendo las diferencias de estos pueblos.

Ello importa cambiar la perspectiva desde donde se mira el principio de igualdad. No se conceden derechos especiales para "incluir" a las personas dentro del sistema jurídico. Sino que, en tanto iguales en dignidad, tienen derecho a que sus necesidades e intereses tengan cabida en el ordenamiento jurídico. Por lo cual es el propio ordenamiento jurídico que se ve alterado al incorporar en sus consideraciones perspectivas que antes excluía.

4.2.2. Dimensión colectiva de la igualdad

En segundo lugar, se debe tener en cuenta la dimensión colectiva del principio de igualdad que la Constitución consagra. La mención a la calidad de *pueblos* indígenas importa reconocer la diferencia, no solo individual sino también colectiva, como condición para garantizar la igualdad. Ello en virtud de la misma dignidad como personas y como pueblos.

Al reconocer que en el territorio argentino conviven distintos pueblos y que se debe proteger la pluralidad cultural, se reconoce la igualdad de los distintos grupos culturales que integran el Estado argentino. Ello importa un cambio importante con relación al anterior mandato constitucional que imponía el deber de mantener el trato pacifico con *los indios* y convertirlos al catolicismo. El nuevo reconocimiento genera la

---

[66] QUIJANO, A., *Colonialidad del poder y clasificación social… Op. Cit*. Pág. 342.

[67] En 1971 la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías de Naciones Unidas, del ECOSOC, encomendó a José Martínez Cobos que realizara un informe sobre "El problema de discriminación contra las poblaciones indígenas". En sus conclusiones Martínez Cobos hacía mención a estas dos dimensiones de la discriminación que vivían los pueblos indígenas. ECOSOC, Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Informe final (última parte) que presenta el Relator Especial, Sr. José R. Martínez Cobo. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add. 8, 30 de septiembre de 1983.

obligación del Estado y, por ende de todos sus órganos, de respetar y promover la diferencia para garantizar la igualdad.

Así, el principio de igualdad adquiere una nueva dimensión que es colectiva. Por lo tanto, existe la obligación de respetar y garantizar tanto la igualdad individual de los y las indígenas como la colectiva en tanto pueblos diferentes y preexistentes. Lo que implica realizar las reformas jurídicas necesarias para garantizar que los intereses y necesidades de estos pueblos también estén reflejados en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la Constitución no regula cómo ello debe ser ponderado con el resto del ordenamiento jurídico, ni modifica la estructura institucional para hacer dicho reconocimiento posible.

En este sentido, otras constituciones de la región han profundizado sobre este aspecto al realizar reconocimientos más contundentes y modificaciones en las instituciones para acoger tal diferencia. La Constitución de Bolivia, por ejemplo, reconoce la pluralidad en distintos ámbitos, como la economía, la educación, la distribución territorial, la justicia. Incluso, en el artículo 11, declara que se adopta como forma de gobierno la democracia "participativa, representativa y comunitaria con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres". Así se realiza una interpretación trasversal de las diferencias existente sin limitarla a ámbitos ornamentales y permite comenzar a indagar aspectos más profundos. Además, incorpora a las instituciones indígenas dentro de la estructura del Estado, lo que significa introducir otra lógica de funcionamiento al interior del mismo. No se trata de un reconocimiento unidireccional, sino que la propia estructura estatal se ve alterada.

Sin embargo, estos cambios plantean dificultades y disputas porque se introducen en una cultura jurídica dominada por el pensamiento liberal eurocentrado poco tolerante a las diferencias[68]. Como se ha visto, en el caso de Bolivia y Ecuador, existen procesos de *desconstitucionalización*[69]*,* como llama Boaventura Sousa Santos a aquellos intentos del poder constituido de dejar sin efecto los cambios introducidos. Pese a ello, ambos procesos han logrado introducir profundas modificaciones a nivel constitucional que ha generado nuevos horizontes y escenarios de disputa.

Similar situación, aunque con una intensidad mucho menor, se puede sostener de los cambios introducidos en la reforma constitucional argentina. El reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas y de la igualdad (individual y colectiva) los colo-

[68] Dice Iris Young en este sentido: "La sociedad libre que tiene en mente el liberalismo, podría decirse, desde luego que es pluralista. En ellas las personas se pueden afiliar con quienes quieran; la liberta alienta la proliferación de estilos de vida, actividades y asociaciones… esta visión del pluralismo liberal no menciona las cuestiones fundamentales que dan lugar a la política de la diferencia. La visión de la liberación como el trascender la diferencia de grupo intenta abolir el significado público y político de la diferencia de grupo, al tiempo que retiene y promueve la diversidad tanto individual como grupal en contextos sociales privados o no políticos." YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia… Op.Cit.*

[69] Boaventura Santos identifica dos vías mediante las cuales se desconstitucionaliza la Constitución: a) por lo que no se reglamenta, y, b) por lo que se reglamenta en contradicción con la Constitución. Ver SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J. (Eds.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia… Op. Cit.* Nota al pie 382, pág. 723.

ca por primera vez en la historia argentina en un terreno de disputa constitucional. El nuevo mandato constitucional, aunque débil y precario, permite generar espacios de ruptura al monologo de la cultura jurídica dominante, que continua reproduciendo una racionalidad moderna colonial basada en un pensamiento eurocentrado, jerarquizante y monocultural.

4.2.3. Dimensión feminista de la igualdad

En tercer lugar, la interpretación del principio de igualdad debe tener en cuenta son los planteamientos elaborados por las pensadoras feministas. La teoría feminista desarrolló una amplia crítica a la falacia de los principios liberales, ya que mientras proclamaban la igualdad y libertad de los hombres, excluían a las mujeres. Además, puso en evidencia que no se trataba solamente de un debate entre igualdad formal y material, sino que la desigualdad jurídica de las mujeres tiene como trasfondo al patriarcado que estructura las relaciones sociales y al Estado. Por lo que lograr la igualdad jurídica no es suficiente, ya que es preciso transformar las relaciones de poder, tanto personales como sociales.

Tras los aportes del pensamiento y movimientos feministas, existen algunas herramientas para resignificar el principio de igualdad. Tanto la CEDAW como la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* contienen disposiciones en este sentido. La CEDAW, en los artículos 3 y 4, señala que se deben adoptar medidas temporales, para eliminar los obstáculos que enfrentan las mujeres, y otras de carácter permanentes para valorar e incorporar las perspectivas y experiencias de las mujeres que han sido continuamente excluidas.

En este sentido, la adopción de la CEDAW marcó un hitó al reconocer la desigualdad que enfrentan las mujeres y aporta algunas claves para una interpretación más completa del principio de igualdad, según se ha visto en el capítulo segundo. Sin embargo, las concepciones de igualdad de trato y de oportunidades allí contenidas fueron cuestionadas porque no lograban romper con la noción masculina de igualdad. Es decir, que al tener como principal medida al varón, resulta insuficiente para tratar las experiencias de las mujeres y de otras personas que no entran dentro del binarismo de género.

Como se ha visto, Catherine Mackinnon[70] advierte que esta idea de igualdad concuerda con el punto de vista de la cultura dominante, que es la del *hombre blanco*. De esta manera el principio así entendido es invocado para afirmar valores culturales específicamente blancos y masculinos como el estándar. Transformándose así la igualdad en el derecho de las mujeres a ser tratadas como el hombre blanco cuando pueden demostrar que son como él.

Similares críticas han realizado pensadoras feministas descoloniales, negras y postcoloniales al señalar los límites del feminismo hegemónico ante las representaciones dominantes de "la mujer". Se advertía que no se tenía en cuenta la heterogeneidad

[70] MACKINNON, C., *Feminismo inmodificado… Op. Cit.* Pág. 102.

de las mujeres, sus necesidades y los distintos ejes que las atraviesan. Así, la universalización de la categoría mujer en base a las experiencias de un grupo de mujeres con características similares (blancas, urbanas, clase media, universitarias), tenía efectos colonizadores hacia el resto de las mujeres, especialmente para las mujeres de color. Puesto que sus necesidades, exigencias e intereses eran excluidos de los relatos del feminismo hegemónico.

Ante estas reflexiones, el principio de igualdad debe tener en cuenta la heterogeneidad de las mujeres y sobre todo cómo los distintos ejes interseccionan en las vidas de las personas. Es decir, cómo el racismo, clasismo y género interactúa y excluye a ciertas mujeres de las representaciones dominantes, contribuyendo a su permanente invisibilización. Para evitar esto se ha advertido sobre los límites de los tratamientos unidimensionales que terminan por excluir a quienes no encajan dentro de las representaciones dominantes. Como advierten feministas descoloniales el patriarcado y racismo son coconstitutivos por lo que no pueden tener un tratamiento separado.

Por lo tanto una aproximación feminista del principio de igualdad debe incorporar un cuestionamiento profundo a la igualdad liberal, apostar por visibilizar la heterogeneidad de las mujeres y la distribución desigual de poder que existe entre ellas fruto de la colonialidad del poder y del género. Además, generar espacios para que las voces de las mujeres, aquellas silenciadas por los discursos hegemónicos, puedan ser incorporadas en el debate. Ello junto a la exigencia de la redistribución de recursos y poder tanto entre hombres y mujeres, como entre mujeres blancas y *de color*.

Tras la reforma constitucional, las herramientas jurídicas, aunque frágiles, existen. Desde distintos ámbitos de la teoría jurídica y política se han desarrollado importantes argumentos y propuestas en este sentido. Solo hace falta que los operadores de justicia, inmersos en la cultura jurídica dominante, estén dispuestos a implementarlas, una cuestión que excede el ámbito propiamente jurídico.

5. HERRAMIENTAS PARA LA INTERPRETACIÓN INTERCULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: HACIA UNA JUSTICIA DESCOLONIAL

5.1. Hacia una interpretación de los derechos humanos en clave intercultural

Por último, una de las preguntas aún pendientes por responder es la manera en que deben tratarse los conflictos que surjan entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional y/o derechos fundamentales del ordenamiento jurídico nacional.

Como se ha señalado, lo dispuesto por el Derecho internacional fue incorporado por los Estados de la región por diferentes vías e intensidades. En la actualidad existen distintas soluciones en el ámbito constitucional para responder a estas cuestiones. En Argentina en caso de que existan tensiones entre las prácticas culturales y los derechos humanos quien determina si estos límites fueron transgredidos son instituciones estata-

les monoculturales, cuyos principios y composición aún no se han alterados a pesar de la pluralidad cultural reconocida. Como quedó reflejado en el caso analizado.

Una alternativa que ofrece mayores garantías para los pueblos indígenas es la desarrollada en Colombia, donde la Constitución reconoce la jurisdicción indígena y la Corte Constitucional ha realizado un amplio desarrollo jurisprudencial en este sentido. En su jurisprudencia ha señalado que los conflictos donde se encuentran involucradas personas indígenas deben ser examinados a la luz del nuevo paradigma constitucional, del respeto y de la protección a la diversidad. Al tomar conocimiento, a través de recursos, de casos resueltos por la justicia indígena ha desarrollado cuatro principios mínimos de derechos humanos que no pueden ser transgredidos por la jurisdicción indígena[71].

Otros Estados, como Bolivia y Ecuador presentan tratamientos más innovadores al prever la existencia de instancias estatales para resolver los conflictos desde una perspectiva intercultural. Es decir, que los límites no son impuestos de una manera unilateral por instituciones monoculturales sino que se pretende recurrir a espacios estatales compartidos para buscar una solución más acorde con los derechos consagrados. Ello exige que se tengan en cuenta distintos los sistemas jurídicos involucrados, los principios que los guían y las diversas maneras de resolver los conflictos. Existe el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos diferenciados y con igual jerarquía y, además, mayores garantías que sus derechos puedan cumplirse.

Estos últimos casos, presentan más posibilidades de realizar una interpretación intercultural de los derechos humanos y no solamente en los términos de la filosofía liberal que les ha dado origen, como advierte Santos[72]. En el caso de Bolivia, la composición mixta del Tribunal Constitucional Plurinacional importa un transitar hacia ese sentido. Como señala Raquel Yrigoyen[73] los tribunales mixtos van más allá de la institución de peritaje, donde los profesionales o miembros de comunidades indígenas ilustran a los jueces y juezas sobre ciertas prácticas indígenas pero no deciden. En los tribunales mixtos la decisión es tomada conjuntamente por jueces y miembros de los pueblos indígenas, lo que implica poner en práctica formas interculturales de administración de justicia.

En este sentido, las propuestas de ambas constituciones significan el intento de descolonizar la propia estructura del Estado monocultural. Al incorporar principios indígenas que deben regir el accionar estatal se produce un reconocimiento de una cosmovisión, de una manera de entender la realidad y el mundo, antes excluida y menospreciada. Por ejemplo, al consagrar el Buen Vivir como principio orientador se propone

---

[71] Para profundizar sobre este aspecto, consultar: GÓMEZ ISA, F., "Diversidad cultural y derechos humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas"… *Op.Cit*.; BONILLA, D., *La Constitución multicultural… Op. Cit.*

[72] SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J. (Eds.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia… Op. Cit.* SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentir común en el derecho… Op. Cit.* SANTOS, B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder… Op. Cit*.

[73] YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena… Op. Cit.* Pág. 57.

un modelo de desarrollo y justicia alternativo al propuesto por la modernidad centrado en la idea de progreso que entiende a la naturaleza como un recurso al servicio del ser humano.

Los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador implican un tránsito de la multiculturalidad liberal, presente en otras constituciones, hacia la interculturalidad que no solo reconoce la existencia de diversos pueblos sino que busca su interacción y la creación de espacios comunes. Ello a través del reconocimiento de derechos, la modificación de instituciones del Estado y el reconocimiento de las propias instituciones indígenas. Sin embargo, existen serias contradicciones entre los textos constitucionales y el actuar estatal. Como se ha advertido, ello responde no solo a la limitación de los derechos constitucionales a través de leyes posteriores, sino por la coexistencia de principios contradictorios en ambas cartas.

Pese a ello, en la actualidad existen algunas herramientas para transitar hacia una concepción del Derecho y la Justicia menos sesgada que pueda considerar las necesidades de las personas y pueblos que habitan un territorio. En este sentido, Boaventura Sousa Santos, al analizar la situación de Bolivia, advierte que ambas justicias (la indígena y la ordinaria) deben estar subordinadas a la Constitución y al Derecho internacional de los derechos humanos. Dice el autor:

> Esta subordinación debe tener en mente que la justicia ordinaria pertenece al mismo universo cultural al que pertenecen la Constitución y el DIDH, lo que facilita la interpretación y adjudicación jurídicas. En el caso de la justicia indígena, el asunto es más complejo porque pertenece a un universo cultural total o parcialmente distinto. De ahí que una subordinación políticamente correcta de la justicia indígena a la Constitución y al DIDH (Derecho Internacional de los Derechos Humanos) implica su abordaje intercultural.[74]

Propone tres condiciones para avanzar hacia una justicia intercultural:

En primer lugar, que los tribunales constitucionales estén compuestos por jueces y juezas expertos en ambas justicia, la ordinaria y la indígena. Para el autor, en el caso de la justicia indígena los mejores expertos serían autoridades indígenas con experiencia en administración de justicia. Si ello, por cuestiones políticas u otras no es posible, es fundamental que los miembros del Tribunal Constitucional cumplan con el objetivo de construir con el tiempo una justicia intercultural, a través de lo que Santos llama *ecología de saberes jurídicos*[75]. Es decir, a través del establecimiento de mecanismos de convivencia que permitan el aprendizaje y enriquecimiento entre ambas justicias.

En cuanto a la composición de los órganos de justicia debería establecerse como requisito, mínimo, que los operadores de justicia puedan acreditar conocimiento sobre el régimen internacional de derechos indígenas y tengan sensibilidad a cuestiones de género y antirracismo. Además, deberían contar con personal experto sobre los distintos sis-

[74] SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J. (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia… Op. Cit.* Pág. 46.
[75] SANTOS, B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder… Op. Cit.*; SANTOS, B., *De las dualidades a las ecologías*, Ed. Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía, La Paz, 2012.

temas de justicia indígena que existen en el territorio bajo jurisdicción. Idealmente deberían ser personas que pertenezcan a pueblos indígenas.

En segundo lugar, el autor propone desarrollar mecanismos de *traducción intercultural* que permitan interpretar la Constitución y los derechos humanos en términos interculturales. Para Santos[76] los valores plasmados en los derechos humanos deben ser respetados pero las actuaciones concretas que los respetan o violan, no siendo éticamente neutras, pueden ser objeto de interpretaciones opuestas según las normas culturales de las que se parta. Ante ello propone una interpretación intercultural de los derechos fundamentales, ya que la concreción de los valores puede ser obtenida por vía de diferentes mediaciones culturales.

La exigencia de igualdad entre hombres y mujeres, para el Santos, es un ejemplo sobre la necesidad de la interpretación intercultural. Se trata de un valor que debe ser respetado incondicionalmente pero existen distintas vías para cumplirlo. Advierte que cada una de estas vías debe ser seguida de acuerdo a una lógica de pertenencia cultural crítica y no según una lógica de alienación cultural.

En este sentido, como se ha visto en distintos capítulos, la lucha por los derechos de las mujeres se expresa de distintas maneras según las necesidades de las mujeres concretas y sus contextos. Si bien el acceso a la igualdad, concebida en términos liberales, entre hombres y mujeres predomina en parte de los movimientos feministas. Para las mujeres indígenas organizadas el ideal que vertebra las relaciones entre hombres y mujeres es el de la complementariedad y armonía con la naturaleza.

Otro aspecto a considerar, advertido por el autor[77], es la discrepancia entre los principios que se proclaman en abstracto o públicamente y las prácticas concretas que se realizan en su nombre. Tanto las feministas comunitarias con relación al principio de complementariedad, como las feministas occidentales con relación a los principios liberales, han advertido tal contradicción en sus sociedades. Esta cuestión sugiere promover ejercicios de traducción intercultural para ver de manera concreta qué prácticas promueven y qué prácticas violan estos principios.

En este sentido, la experiencia de las mujeres indígenas de Jujuy (explicada en el capítulo cuarto) es un buen antecedente de ejercicio de traducción intercultural sobre el acceso a derechos. Los encuentros con mujeres indígenas permitieron conocer su concepción de la salud que comprende una relación equilibrada con la naturaleza, de armonía entre los miembros de su comunidad y el cuidado de sus cuerpos. Por lo que una aproximación intercultural del derecho a la salud de las mujeres tiene que abarcar estas dimensiones. También permitió advertir cómo el Estado vulneraba el derecho a la salud de las mujeres indígenas a través de distintas actuaciones, que no se limitan al ámbito sanitario estrictamente.

---

[76] SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J. (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia… Op. Cit.* Pág. 39.
[77] *Ibíd.* Pág. 40.

Otra experiencia intercultural destacable es el Informe del FIMI sobre Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia[78]. Allí se reflejan los distintos tipos de violencias que amenazan a mujeres indígenas y sus múltiples manifestaciones. El informe permite visibilizar las distintas dimensiones y causas de la violencia contra las mujeres indígenas y cómo se ejerce según los contextos. También permite buscar mecanismos para combatirlas según lógicas culturales propias.

Para Santos con ello se producen formas de *hibridación cultural*[79] que contienen elementos del feminismo hegemónico que son tratados de manera distinta por la cosmovisión indígena. Lo que produce una mezcla entre las experiencias que se alejan de los discursos de pureza que entienden a los pueblos indígenas desde una concepción estática y esencialista anclada en el pasado. Si bien Santos propone la idea de *hibridación cultural*, se considera que lo propuesto por Silvia Rivera Cusicanqui que hace referencia a lo manchado, a lo *ch´ixi*[80], es más apropiado para describir estas experiencias. No se busca una síntesis para que de ello aparezca algo nuevo, algo mejor. Sino que se cohabita en la contradicción, en el espacio intermedio que no es uno.

La tercera condición que sugiere el autor es la importancia que los tribunales otorguen respuestas oportunas y eficaces ante conflictos intensos. Ello para evitar que las demoras pongan en entredicho tanto a la justicia indígena como estatal. Considera que es necesaria una coordinación de *suma positiva* entre ambas justicias para que el accionar de la una permita el fortalecimiento de la otra.

5.2. Algunas notas para una justicia descolonial

En virtud de lo expuesto, se presentan algunas notas preliminares para pensar de una manera más integral lo que se entiende por justicia[81]. Se propone que las aproximaciones tengan en cuenta tres dimensiones.

---

[78] FIMI, *Mairin Iwanka Raya: Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia… Op. Cit.*

[79] SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J. (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia… Op. Cit.* Pág. 41.

[80] RIVERA CUSICANQUI, S., *Mito y desarrollo en Bolivia… Op. Cit.* Ver: Seminario permanente "Hacia una modernidad no-capitalista: La crítica y el encuentro de saberes". Diálogos con Silvia Rivera Cusicanqui. https://vimeo.com/37141069 Fecha consulta: 19/05/2017.

[81] Desde la teoría feminista numerosas autoras han profundizado sobre el tema de la justicia. Los aportes de pensadoras feministas estadounidenses sobre este tema son destacados. Los planeamientos de Iris Marion Young y Nancy Fraser son reconocidos en este sentido porque de alguna manera han logrado "traspasar" el ámbito feminista y sus propuestas han sido discutidas en el ámbito de la filosofía política y jurídica.

Iris Marion Young propone desplazar el paradigma distributivo de la justicia presente en las sociedades de bienestar capitalistas. En sus estudios advierte cómo el conflicto público se restringe esencialmente a la distribución, mientras que cuestiones relativas a la organización de la producción, las estructuras públicas y privadas de toma de decisiones, o los significados sociales que confieren estatus o refuerzan desventajas no se plantean. Señala que la restricción del debate público ha llevado a pensar que la sociedad de bienestar capitalista se encuentra despolitizada. Dice la autora: "En la medida en que las perspectivas predominantes presentes en las teorías de la justicia no evalúan las estructuras institucionales que determinan el contexto y las condiciones de distribución, impiden la crítica a las relaciones de poder y a la cultura de la sociedad capitalista de bienestar. En este sentido refuerza la dominación y la opresión e impiden que la imaginación política conciba instituciones y prácticas más emancipatorias". YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia… Op. Cit.* Pág. 131.

5.2.1. Dimensión intercultural y descolonial

En primer lugar, tomando lo propuesto por autores y autoras descoloniales, se debe cuestionar las nociones evolucionistas y formalistas del Derecho que lo conciben como un instrumento para que los pueblos progresen. Esta concepción responde a una concepción universalista de la modernidad occidental donde predomina una única racionalidad válida expresada, entre otros ámbitos, a través de las instituciones del Estado monocultural.

Por esta razón, se toma el principio de interculturalidad propuesto por movimientos indígenas como principio para reglar las relaciones entre los distintos pueblos y sectores sociales que habitan un territorio. Esta propuesta surge del proyecto político[82] elaborado por el movimiento indígena ecuatoriano para la transformación institucional y estructural de todo el país. La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) explica la interculturalidad de la siguiente manera:

> …propugna un cuestionamiento profundo de la colonialidad del poder, a la vez que promueve el diálogo de saberes, de pensamiento, de conocimiento, epistemologías, y espiritualidad en una ruta de ida y vuelta de mutuo aprendizaje e intercambio. Tiene como meta la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida (no solo económicas, sino cosmología de la vida incluyendo saberes, la memoria

---

Ante ello, sugiere que la injusticia debería definirse principalmente en términos de los conceptos de opresión y dominación, ante que de distribución. Para la autora el racismo y el sexismo son la principal expresión de las formas de opresión en las sociedades de bienestar capitalista. La aplicación del programa distributivo de la justicia no pone en cuestión temas relativos a la organización institucional y el poder de tomas de decisiones. Señala que la opresión y no la discriminación es el principal concepto para denominar la injusticia relacionada con los grupos.

Iris Young mantuvo un rico debate con Nancy Fraser sobre sus concepciones de la justica, ambas cuestionaban el enfoque dominante de la teoría estadounidense que seguían la propuesta de John Rawls. Si bien se muestran críticas hacia las propuestas del autor, difieren en cómo tratar las injusticias que atraviesan las sociedades de bienestar capitalistas.

Por su parte, las propuestas de Nancy Fraser fueron importantes al advertir los peligros de centrar la atención en las políticas de reconocimiento y descuidar la redistribución. Por lo que inicialmente propone una doble dimensión de la justicia que tenga en cuenta la redistribución junto a las demandas de orden cultural. Luego incorpora una tercera dimensión política que tenga en cuenta la representación. En este sentido la autora ha mantenido un interesante diálogo con Judith Butler sobre estos temas.

Para una introducción, ver: YOUNG, I. *La justicia y la política… Op. Cit.,* FRASER, N. *Fortunas del feminismo*, Ed. Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador y Traficante de sueños, Madrid, 2015; FRASER, N. "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia… *Op. Cit.*; BULTER, J. "Meramente Cultural" en FRASER, N., CARBONERO, M. Y VALDIVIELSO, J. *Dilemas de la justicia en el siglo XXI: género y globalización… Op. Cit.;* FRASER, N., *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista",* Ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997; PALACIO AVENDAÑO, M., "Iris Marion Young y Nancy Fraser. Sobre la estructura de la justicia" en *Enrahonar. Quaderns de Filosofia,* núm. 51, 2013.

[82] En 1994, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador elaboró un Proyecto Político que plantea el reconocimiento del Estado Plurinacional descolonizado. Sus propuestas y participación fue muy activa durante el proceso de reforma constitucional de Ecuador, durante 1998 a 2007. En distintos años fueron revisando su Proyecto Político y en los años recientes denunciaron vivamente el incumplimiento del Estado ecuatoriano de lo dispuesto en la nueva constitución. Para acceder a la documentación elaborada por el CONAEI, ver: https://conaie.org/ Fecha de consulta: 12/06/2017.
Para una introducción sobre el movimiento indígena en Ecuador, consultar: LANDER, A. y OSPINA, P., "Movimiento indígena y revolución ciudadana en Ecuador" en *Cuestiones Políticas*, vol. 28, núm. 48, enero-junio 2012, 13 – 50; ALTMANN, P., "Intercambios discursivos. Historia migratoria de los conceptos del movimiento indígena ecuatoriano" en *Ecuador Debate*, vol. 92, Quito, 2014.

ancestral, y la relación con la naturaleza y espiritualidad, entre otras) nuevas y distintas.[83]

La CONAIE entiende la interculturalidad como un principio político e ideológico para crear y vivir en relaciones justas, simétricas y armónicas entre los distintos pueblos y sectores sociales que habitan el territorio del Estado. Considera que la coexistencia jurídica-política, la promoción y vigencia de los sistemas culturales propios garantiza la unidad y permite la convivencia y la interacción entre ellos. Por su parte advierten que la interculturalidad no puede ser funcional al sistema de dominación, sino que se debe construir una *interculturalidad crítica* que cuestione las relaciones de poder económico, político y cultural.

En este sentido, Catherine Walsh[84] advierte que se trata de un proyecto político con clara orientación descolonial. La interculturalidad, así entendida, requiere el reconocimiento de la *diferencia colonial*. Es decir, no solo el reconocimiento de la diferencia cultural, sino la subordinación y el poder sobre la cual se han construido esas diferencias. Dicho de otro modo, significa hacer hincapié en que las diferencias no son meramente diferencias sino que han justificado injusticias históricas que han marcado la existencia de determinados pueblos, como los indígenas, y que tienen repercusión en el presente. Incluso ha justificado la discusión sobre la humanidad de las personas que pertenecen a esos pueblos y su tratamiento como *sub-humanos.* Esto tiene un anclaje sistémico e institucional sobre el cual se construye la lógica estatal y el funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Bajo estas consideraciones, la interculturalidad se entiende como un proyecto político por construir que se asienta en la necesidad de la transformación radical de las estructuras, instituciones y relaciones de la sociedad. En este sentido, dice Walsh, que "sin esta transformación radical, la interculturalidad se mantiene solo en el plano funcional e individual, sin afectar en mayor medida la colonialidad de la estructuración social y, por ende, el carácter monocultural, hegemónico y colonial del Estado"[85].

Esta perspectiva va más allá del discurso multicultural de tolerancia o de respeto a la diversidad, para plantear la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida nuevas y distintas. La propuesta no radica en incorporar lo diferente dentro de la matriz y estructura ya establecidas. Sino refundar estructuras que pongan en igualdad de condiciones modos culturales diferentes de pensar, actuar y vivir.

Por su parte, la propuesta de los movimientos indígenas ecuatorianos entiende que la interculturalidad es complementaria a la plurinacionalidad. Es decir, al reconocimiento que existen múltiples naciones (o *pueblos* en el lenguaje jurídico) dentro de la jurisdicción estatal y cuestiona el modelo de Estado monocultural excluyente. Por lo que propone la configuración de un ordenamiento político, institucional y jurídico que

[83] CONAIE, "Proyecto político para la construcción del Estado Plurinacional Propuesta desde la visión de la CONAIE", 2012. Pág. 13.
[84] WALSH, C., *Interculturalidad, Estado, Sociedad: luchas (de)coloniales…Op. Cit.*
[85] WALSH, C., "Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado" en *Tabula Rasa*, núm. 9, julio-diciembre 2008, Colombia. Pág. 141.

plasme la unidad en la diversidad. Ello permite crear espacios, públicos y políticos, de negociación e interrelación entre las naciones reconocidas desde sus diferencias. Dice el CONAEI en su proyecto político:

> La Plurinacionalidad es un sistema de gobierno y un modelo de organización política, económica y sociocultural, que propugna la justicia, las libertades individuales y colectivas, el respeto, la reciprocidad, la solidaridad, el desarrollo equitativo del conjunto de la sociedad ecuatoriana y de todas sus regiones y culturas.[86]

Así, el reconocimiento de la plurinacionalidad y la apuesta por la interculturalidad no entiende las diferencias de los pueblos indígenas como cuestiones que competen solamente a ellos y lo trata por separado. Por el contrario, implica fomentar la interacción entre los distintos ámbitos, (indígena y oficial), y el inicio de procesos interculturales que permitan repensar la totalidad del accionar estatal. En consecuencia, la interculturalidad se entiende como un proceso bidireccional que requiere una mirada crítica hacía el ordenamiento jurídico dominante y su replanteamiento profundo.

De ahí, que al tratar el ámbito penal, se advertía que el ordenamiento jurídico debe considerar la identidad cultural de la persona que accede a un proceso penal. Y, al mismo tiempo, indagar la norma que se pretende aplicar para considerar cuales son los valores que protege. Si son comunes o se trata de una imposición unilateral de la cultura jurídica dominante.

En este sentido, Catherine Walsh propone una interpretación jurídica intercultural, concebida a través de un paradigma que encuentra sustento en la convergencia, la articulación y la complementariedad. Ello significa crear nuevas estructuras jurídicas e impulsar la transformación constitucional integral, de forma decolonial, que permita andar hacia una institucionalidad jurídica plurinacional e intercultural. Además, implica destinar acciones para fortalecer los sistemas jurídicos indígenas para poder construir relaciones y comprensiones interculturales.

Dice Walsh, al pensar una justicia intercultural para el Estado ecuatoriano:

> Adicionalmente, demandaría que la justicia en su conjunto tenga un sentido intercultural, propiciando el análisis de delitos desde los contextos culturales en los que se cometen, y alentando la consideración de las diferencias culturales y la conciliación en torno a ellas. La aplicabilidad de este análisis y consideración se extiende al blanco, al mestizo o al afroecuatoriano juzgado en territorio indígena como también al indígena o afroecuatoriano juzgado dentro de la jurisdicción "nacional".[87]

Lo propuesto por la autora implica extender la mirada intercultural hacia todo el accionar de la justicia y no solo centrarla en el ámbito indígena, como una problemática exclusivamente de este grupo. Además, este tránsito hacia la justicia intercultural no tiene como objetivo mezclar dos formas de justicia diferentes para la creación de una

---

[86] CONAIE, "Proyecto político para la construcción del Estado Plurinacional… *Op. Cit*. Pág. 13. En el Proyecto Político, publicado en 1994, la CONAIE definía al plurinacionalismo como el principio que garantiza el pleno ejercicio de los derecho de todas las nacionalidades que viven en el país. CONAIE, "Proyecto Político de la CONAIE", Quito, 1994. Pág. 53.

[87] WALSH, C. *Interculturalidad, Estado, Sociedad: luchas (de)coloniales… Op. Cit.* Pág. 180.

mejor. Sino alentar la búsqueda de espacios de convergencia y negociación entre formas diferentes de resolver conflictos, valores, principios, procedimientos para que puedan aplicarse en el caso concreto. Teniendo en cuenta la colonialidad del poder y la diferencia colonial que impera en ambas justicias.

Por su parte, como advierte Boaventura de Sousa Santos[88], la interculturalidad que surge del Estado plurinacional incluye las dimensiones políticas, jurídicas, territoriales y económicas de la diversidad. Implica el reconocimiento constitucional que existen varias formas de organización política, de concebir la propiedad, de gestionar el territorio y organizar la economía. Ello requiere una concepción de la justicia que sea capaz de reconocer la pluralidad, valorarla y responder de acuerdo a la heterogeneidad existente en la sociedad. Sobre todo tener en cuenta las distintas necesidades de las personas y pueblos que habitan un mismo territorio y ser capaz de darle respuesta.

De esta manera el espacio público, y la justicia, son concebidos como ámbitos heterogéneos donde se ponen de manifiesto las diferencias que existen entre los grupos y, a partir de allí, se buscan los mecanismos necesarios para articularlas y encontrar soluciones integrales. Como señala Iris Young[89] un espacio donde la interacción publica exprese y no entierre las diferencias.

Por su parte, la interculturalidad así entendida permite que discursos producidos en otros contextos puedan ser discutidos desde la diferencia colonial. En este sentido, María Teresa Sierra[90] considera que el diálogo entre grupos culturales no debe significar la imposición de significados culturales sino su discusión. Por ejemplo, al tratar sobre los derechos de las mujeres es importante tener en cuenta los sentidos y significados que las mujeres en distintos contextos realizan sobre sus derechos, sobre su rol en las comunidades, las obligaciones que le son impuestas y las contestaciones que realizan. Ello evita la homogeneización y permite tener en cuenta las diferencias que existen tanto entre los grupos como al interior de los mismos. Lo cual se relaciona con la segunda dimensión propuesta para buscar una noción de justicia más amplia.

5.2.2. Dimensión interna y material

El segundo aspecto que debe tomarse en cuenta son las diferencias que existen en el interior de los grupos culturalmente diversos. Las reflexiones de las autoras tratadas permiten advertir la heterogeneidad al interior de los grupos y sobre los distintos ejes de opresión que atraviesan las vidas de las mujeres y personas con menos poder para influir en los relatos dominantes.

En este sentido, María Teresa Sierra[91] señala que la perspectiva intercultural, además de replantear la relación entre grupos culturales diversos, debe proponer discutir

[88] SANTOS, B. y GRIJALVA, A. (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador… Op. Cit.* Pág. 44.
[89] YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia... Op. Cit.*
[90] SIERRA, T., "Las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria… *Op. Cit.* Pág. 214.
[91] *Ibíd.*

las diferencias al interior de los grupos. Así, como Marion Iris Young indica[92], la heterogeneidad no es solo concebida dentro del espacio público común sino en el interior de los propios grupos donde se establecen relaciones de poder. Cada grupo social tiene diferencias internas que lo atraviesan que son fuentes potenciales de prudencia, exaltación, conflicto y opresión.

Esta dimensión permite recoger los cuestionamientos que han realizado las mujeres indígenas sobre las tendencias a esencializar la cultura de sus pueblos como un todo homogéneo, estático, cuyo *estatus quo* debe ser protegido. Han advertido el efecto perjudicial que ello tiene porque dificulta que se cuestionen y se visibilice las situaciones de opresión y desigualdad que enfrentan. Posición similar han advertido distintas autoras y activistas feministas en la lucha de las mujeres de color contra el racismo y patriarcado. Señalaban la doble tarea que debían enfrentar al combatir el sexismo al interior de sus comunidades y el racismo de la sociedad dominante.

En este sentido Nira Yuval-Davis[93] analiza cómo el discurso cultural puede ser utilizado para fines opuestos y en numerosas ocasiones terminan perjudicando a las mujeres. La autora advierte que las culturas no son homogéneas ya que se encuentran atravesadas por tensiones y disidencias internas. Muchas veces las construcciones hegemónicas sólo relatan los intereses de los líderes dominantes de la colectividad.

En este contexto, uno de los desafíos radica en visibilizar cómo ciertos rasgos (y no otros) son seleccionados como representativos de una cultura o esenciales de una identidad. Tal como advierte Zygmunt Bauman las actuales "guerras de reconocimiento" impulsan a absolutizar la diferencia y en la práctica se reduce a "exigir una lealtad inquebrantable de algunos individuos a los que se supone portadores de la diferencia cuyo reconocimiento se vindica"[94].

Para evitar la homogeneización y el silenciamiento de aquellas personas o grupos con menor poder, es importante atender las distintas estrategias que se desarrollan para cuestionar o resistir a los discursos dominantes. En este sentido, Sierra propone estudiar la interculturalidad desde el género para indagar el significado que mujeres indígenas mexicanas le dan a la justicia indígena y las estrategias que desarrollan dentro del ámbito comunitario para que sus derechos sean reconocidos. Expresa:

> …la interculturalidad resulta ser un referente útil para apoyar la construcción de discursos críticos que, al mismo tiempo que hacen valer la diferencia cultural, apuestan a construir diálogos entre valores y normas culturales, para evitar que prevalezcan discursos cerrados justificados en la tradición que impidan o descalifiquen la transformación social.[95]

[92] YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia... Op. Cit.* Pág. 263.
[93] YUVAL- DAVIS, N., *Gender and Nation... Op. Cit.* Capítulo 3.
[94] BAUMAN, Z., *Comunidad: en busca de seguridad en un mundo hostil*, Ed. Siglo XX, Madrid, 2009. Pág. 71.
[95] SIERRA, M., "Las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria… *Op. Cit.* Pág. 227.

Es decir, permite indagar sobre los discursos críticos que surgen al interior de las comunidades indígenas sin que ello signifique negar o subestimar la diferencia cultural. Lo que permite realizar análisis atentos al contexto en el que esas diferencias se inscriben. Por ejemplo, en el caso del acceso a la justicia, las experiencias en el ámbito comunitario deben situarse en un contexto más amplio relacionadas con el ámbito estatal e internacional. La dificultad de acceso a la justicia de las mujeres indígenas, no se limita al ámbito comunitario sino que está presente en el ámbito estatal. Al igual que las distintas formas de violencia a las que se enfrenta. Además, los procesos económicos nacionales e internacionales influyen en sus comunidades creando nuevas situaciones de despojo y violencia que impacta de una manera específica en la vida de las mujeres indígenas.

En este sentido, distintas investigaciones[96] advierten cómo mujeres indígenas utilizan diferentes estrategias para acceder a la justicia del Estado y disputar allí sus derechos. Es decir, que no se trata de fomentar ámbitos cerrados sino que las mujeres indígenas puedan exigir sus derechos tanto en el ámbito comunitario, estatal e internacional. De ahí que la interculturalidad no se limite al ámbito indígena, sino que tiene que estar presente en justicia estatal e internacional al tratar los derechos de las mujeres, para responder a la diversidad existente.

Una perspectiva que tenga en cuenta las diferencias al interior de los grupos, al mismo tiempo, permite considerar lo común entre los distintos grupos oprimidos. Es decir, no absolutizar las diferencias. Lo que permite crear alianzas y puntos de unión con distintos grupos atravesados por problemáticas similares.

Por último, la tercera dimensión, hace referencia al ámbito material. En el caso de los pueblos indígenas, cualquier posibilidad de diálogo y construcción de una justicia más integral está condicionada a "la resolución del desencuentro colonial"[97]. Es decir, que se repare y restituya a los pueblos indígenas del despojo al que han sido y son sometidos, ya sea por acción u omisión del Estado. En este sentido, el reconocimiento de la titularidad de las tierras que ancestralmente habitan o de aquellas que les han sido desplazados es un primer paso y, requisito fundamental, para comenzar un tránsito hacia otras maneras de concebir la justicia.

No es posible la construcción de espacios de encuentro si los grupos que intervienen no tienen resuelta las condiciones necesarias para garantizar su subsistencia como pueblo y vivir una vida digna. En este sentido, los pueblos indígenas tienen los derechos consagrados en el ámbito internacional y nacional para que se reconozca la titularidad de sus tierras, territorios y recursos.

---

[96] SIERRA, M., "Mujeres indígenas, justicia y derechos: el reto de una justicia intercultural" en *Iconos, Revista… Op. Cit.* Pág. 25; HERNÁNDEZ CASTILLO, R. (ed*.) Etnografías e historias de resistencia. Mujeres indígenas, procesos organizativos y nuevas identidades políticas*, Ed. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008; SIERRA, M. (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, Ed. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Miguel Ángel Porrúa, México, 2004.

[97] ADLBI SIBAI, S., *La Cárcel del feminismo. Hacia un pensamiento islámico decolonial… Op. Cit.*

Sin embargo, como advierte Santos, los derechos de los pueblos indígenas no responden a una cuestión solamente cultural, sino que se trata igual y principalmente de una cuestión de economía política. El futuro de sus derechos en la región depende si se profundiza un sistema económico de despojo (neoextractivista) o se busca un modelo de desarrollo en base al Buen Vivir. Las herramientas jurídicas existen para justificar ambos proyectos.

CONCLUSIONES

El caso que se presenta y analiza en primer capítulo es utilizado como disparador para responder a una serie preguntas que el reconocimiento de los derechos indígenas y, en general, de la diversidad cultural plantean. Además de valorar la actuación de la justicia salteña en el caso concreto y el marco jurídico que protege a los derechos de los pueblos indígenas, interesa reflexionar sobre algunas cuestiones adicionales.

Luego del recorrido por los distintos temas se realizan las siguientes reflexiones y propuestas:

I. A través de la investigación se pudo constatar que el Estado argentino se forjó a partir de la negación de la diferencia cultural existente en el territorio y de la exclusión de la participación de las mujeres en el ámbito público. En ambos casos el Derecho desarrolló un papel importante para legitimar tales exclusiones.

Durante el periodo de formación y consolidación del Estado nacional se establecieron mecanismos institucionales y jurídicos tendientes a homogeneizar culturalmente a la población. En el caso de los pueblos indígenas se desarrolló una política continua de aculturación y de despojo, las estrategias utilizadas variaron entre el genocidio, la negación de su existencia y la asimilación forzada.

El proyecto modernizador emprendido por las elites dominantes, constitutivamente violento, no podría ser entendido íntegramente sin considerar su relación con los legados coloniales y las diferencias raciales introducidas durante la época colonial y actualizadas tras la independencia. Junto con el ejercicio de la violencia se desarrolla una praxis pedagógica que implica la colonización de las comunidades indígenas en todos los ámbitos de su vida.

A la par de la homogeneización se establecieron jerarquías en relación con las diferencias existentes entre la población. Tal jerarquización afectó, en distinta medida, a aquellos grupos sociales o personas que no entraban dentro de la estrecha noción de "ciudadano argentino". En este sentido, las mujeres (aunque con diferencias entre ellas en virtud de la colonialidad del género) también fueron consideradas incapaces, necesitadas de tutela y amparo. En suma, toda persona o grupo cultural que no entrara dentro del canon de varón, criollo/blanco y propietario tendría un estatus inferior, devaluado, sin perjuicio de que los marcadores raciales, de clase o de género no operarían de forma homogénea entre las personas sino de acuerdo a su intersección.

En el proceso de homogeneización y de despojo hacia los pueblos indígenas el Derecho cumplió un importante rol. Tras un periodo de gran inestabilidad política, con la sanción de la Constitución de 1853 se sentaron las bases del proyecto nacional. La Constitución fue una poderosa herramienta para constituir "la unión nacional" y poner en práctica un modelo de país inspirado en el liberalismo político y económico. Los redactores de la Constitución asumían la representación "del pueblo de la Nación Argentina", aunque en realidad, se trataba de un sector minoritario de la sociedad. Con el

transcurso del tiempo, la ficción de la Constitución como representante de la voluntad popular quedaría asentada tanto en el imaginario jurídico como colectivo.

Al mismo tiempo que la Constitución de 1853 consagraba la igualdad de todos los habitantes ante la ley, la libertad de culto y suprimía la esclavitud, otorgaba al Congreso el mandato de conservar el trato pacífico con *los indios* y convertirlos al catolicismo. Con esta cláusula constitucional, vigente hasta la reforma de 1994, los y las indígenas entran a la vida jurídica e institucional del país con un estatus inferior que el resto de la población argentina.

También el principio de igualdad es interpretado de distintas maneras según las necesidades del momento. Tras la Revolución de Mayo a pesar del reconocimiento de igualdad formal, se desarrollan políticas de exterminio, asimilación y explotación hacia los miembros de las comunidades indígenas.

Con el trascurso del tiempo, en la medida que la institucionalidad del país se afianza y la idea de nación homogénea se consolida, la interpretación del principio de igualdad cambia. Tras las campañas militares, la política de aculturación y asimilación desarrollada por el Estado volvió a apoyarse en la ficción jurídica de la igualdad de todos los habitantes pero con otro fundamento. Se reconocía que los indígenas habían sufrido exclusión y que debían repararse las injusticias por lo cual debía garantizarse un tratamiento igualitario (uniforme) con independencia de las diferencias existentes. Ahora, para garantizar la igualdad, no se podían hacer distinciones raciales ni de ningún otro tipo entre los habitantes porque ello era discriminatorio.

Una última interpretación, reaccionaria y aún vigente en ciertos ámbitos, considera que hacer referencia a las diferencias de los pueblos indígenas es discriminatorio. No hacia los pueblos indígenas, sino hacia la población criolla dominante. Así, la invocación del principio de igualdad es utilizada por la cultura jurídica dominante en distintas ocasiones para neutralizar tanto las reivindicaciones indígenas como feministas.

En este sentido, pese a que en las últimas décadas ha existido un importante reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas y de las mujeres, el Estado mantiene un rol ambivalente y una estrecha vinculación con el proyecto colonial/patriarcal. Mientras que las declaraciones de derechos rechazan el colonialismo que han sufrido los pueblos indígenas por parte de los Estados y la violencia contra las mujeres, la cultura jurídica dominante y la estructura estatal responden a una racionalidad que jerarquiza las diferencias y, en base a ella, posibilita el acceso a derechos. La génesis estatal, excluyente, continúa vigente en la actualidad y se reactualiza a través de distintos dispositivos. El discurso civilizatorio y moderno se ha modificado por el paradigma del desarrollo. La idea que los pueblos indígenas "deben progresar" y "modernizarse" continúa presente en el discurso político y jurídico.

II. Tras el estudio del marco jurídico en el capítulo tercero, se puede advertir que persiste la dificultad de que los derechos indígenas formen parte de la "cultura jurídica" de los Estados, la propia estructura estatal sigue anclada en una racionalidad monocultural y colonial que jerarquiza las diferencias. A pesar de las diferencias entre los procesos de cada país es común la dificultad de acoger los derechos consagrados y realizar los cambios que su aplicación demanda. Ello también responde a que las declaraciones de derechos y demás reformas legales, conviven con un sistema económico y un modelo de desarrollo claramente contradictorio con los derechos que se reconocen.

Al analizar la situación de los derechos indígenas en el norte argentino un común denominador es que la vulneración de sus derechos responde a la falta de cumplimiento del Estado de sus obligaciones más elementales. Como la reglamentación de los derechos, la dotación de recursos necesarios en el ámbito de salud y educación, el dictado de políticas públicas eficaces, etc. Sin embargo, se advierte que también refleja cuestiones estructurales más profundas que surgen de no reconocer la alteridad de los pueblos indígenas y la continuidad de una lógica estatal paternalista que considera que debe incluir o asimilar a los pueblos indígenas a la sociedad dominante. Pese a las reformas realizadas, el racismo institucional limita el acceso de las personas indígenas a los derechos consagrados porque la lógica estatal dominante no se ha modificado.

En este contexto, urge iniciar procesos descolonizadores dirigidos a desarticular la matriz monocultural del Estado argentino. Para posibilitar el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y de las mujeres indígenas, se deben realizar una serie de transformaciones profundas de los principios que vertebran el ordenamiento jurídico argentino. En los distintos instrumentos jurídicos vigentes, ya sean del ámbito nacional o internacional, existen una serie de herramientas que permiten realizar una interpretación de los principios más atenta a las necesidades de los distintos pueblos y personas que habitan en el territorio argentino.

En el ámbito latinoamericano el *corpus iuris* de los derechos de los pueblos indígenas les reconoce la calidad de pueblos, la titularidad colectiva de ciertos derechos y el derecho a la identidad e integridad cultural. Como justificación de estos derechos subyace el principio de igualdad considerado desde una perspectiva colectiva, lo que implica afirmar que los pueblos indígenas tienen el mismo valor que los demás pueblos que forman parte de la comunidad internacional.

Asimismo, la reforma de la Constitución argentina en 1994 constituyó un hito para las reivindicaciones indígenas puesto que reconoce sus derechos como pueblos por primera vez en la historia constitucional nacional. Igualmente, aporta elementos para cuestionar la monoculturalidad sobre la que se vertebra el ordenamiento jurídico argentino al reconocer su preexistencia étnica, la pluralidad y diversidad cultural. Sin embargo, la Constitución no regula cómo ello debe ser integrado con el resto del ordenamiento jurídico, ni modifica la estructura estatal para hacer tal reconocimiento posible.

Con las herramientas jurídicas existentes se propone algunos lineamientos para interpretar el principio de igualdad de una manera más amplia. La aplicación del princi-

pio de igualdad, respetuosa de la diferencia cultural y de la dimensión colectiva, exige generar espacios comunes y compartidos para que pueda existir diálogo, negociación y resolución de los conflictos que surjan entre los distintos grupos. El principio de interculturalidad debe guiar las relaciones entre los distintos grupos sociales y/o pueblos que habitan en un mismo territorio. Ello importa reconocer la existencia de pueblos diversos, la plurinacionalidad, para crear espacios de convergencia y negociación entre formas diferentes de resolver conflictos, valores, principios y procedimientos.

La perspectiva intercultural propuesta es crítica y descolonial, con el objetivo de cuestionar y cambiar de manera radical las instituciones estatales. Frente al predominio de la homogenización o del multiculturalismo ornamental, se propone concebir el espacio público y la justicia como ámbitos heterogéneos donde se ponen de manifiesto las diferencias existentes y, a partir de allí, se buscan los mecanismos necesarios para articularlas y encontrar soluciones integrales.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta al tratar la igualdad es que cualquier posibilidad de diálogo requiere la paridad de quienes dialogan. La diferencia de los pueblos indígenas no solo se basa en aspectos culturales sino en la diferencia colonial, en virtud de la cual unos pueblos han sido explotados y oprimidos por otros. Para que el diálogo sea posible se debe garantizar a los pueblos indígenas el acceso a los demás derechos que el ordenamiento jurídico reconoce, en especial aquellos relacionados con la participación en los asuntos que les afecten y la propiedad de las tierras, territorios y recursos que habitan. Solo el goce de estos derechos posibilita su existencia como pueblos y el ejercicio de los demás derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población argentina.

Además de la dimensión colectiva y material de la igualdad, debe realizarse una aproximación feminista del principio. Lo cual implica un cuestionamiento profundo a la igualdad liberal, apostar por visibilizar la heterogeneidad de las mujeres y la distribución desigual de poder que existe entre ellas fruto de la colonialidad del poder y del género. Requiere generar espacios y canales para que las voces de las mujeres, aquellas silenciadas por los discursos hegemónicos, puedan ser incorporadas en el debate político y jurídico.

La aplicación del principio de igualdad entendido bajo estos lineamientos repercutirá, por ejemplo, en cómo se resuelven los conflictos en el ámbito penal. En los casos que la justicia estatal intervenga debe tener en cuenta las formas de solución de los conflictos de los pueblos indígenas, respetar las costumbres, valores y tradiciones durante todas sus actuaciones. Además, prestar atención a la multiplicidad de discriminaciones que enfrentan las mujeres indígenas y la obligación estatal de realizar aproximaciones respetuosas con los distintos derechos que las amparan. El respeto de los derechos individuales de las personas indígenas involucradas en un proceso penal, exige realizar las diligencias oportunas para garantizar la protección integral de sus derechos, tanto colectivos como individuales, y lleva necesariamente a reflexionar sobre la importancia del reconocimiento de la justicia indígena.

En este sentido los aportes de la antropología jurídica serán útiles para conocer la manera en que resuelven los conflictos los pueblos indígenas y los sistemas de justicia indígenas que existen en el norte argentino. Las experiencias desarrolladas en otros países de la región pueden ayudar a resolver las limitaciones que se presentan en el caso argentino. Como se ha visto, los ordenamientos jurídicos de otros países han realizado cambios estructurales más profundos para reconocer la diversidad cultural existente y diversas investigaciones han documentado las diferentes realidades que conviven en los países en torno a estos temas.

Pese a los límites de la reforma constitucional argentina, se pueden aplicar distintos mecanismos para garantizar el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas durante el proceso penal. El reconocimiento en los códigos procesales penales de la diversidad cultural y de las formas propias de resolución de conflictos; la creación de tribunales mixtos; los juicios por jurados mixtos; la realización de audiencias públicas con representantes de los pueblos indígenas para que instruyan al tribunal sobre determinada cuestión; son algunas alternativas que pueden aplicarse en la actualidad para garantizar los derechos indígenas. Aunque el horizonte debe ser reconocer la justicia indígena como requisito para cumplir con los derechos a la libre determinación y a la diversidad e integridad cultural.

Por su parte, afirmar la igualdad de los pueblos indígenas no significa considerar que están exentos de la crítica o conflictos. Es evidente que en todos los grupos humanos, con independencia de su cultura, se producen abusos y violaciones de derechos que son reprochables. Ante estas situaciones se debe garantizar la protección de quienes se encuentran en un estado de mayor vulnerabilidad. En este sentido los derechos humanos deben ser interpretados y aplicados desde una mirada intercultural. Para poder ofrecer a las víctimas una protección integral que tenga en cuenta su dignidad en tanto individuo que vive y se identifica con una comunidad cultural determinada.

III. Las cláusulas que limitan los derechos de los pueblos indígenas al respeto de los derechos humanos deben interpretarse desde una perspectiva intercultural. Es decir, que la resolución de los conflicto entre los distintos derechos que el ordenamiento jurídico reconoce requiere una interpretación de los derechos humanos atenta a la diversidad cultural consagrada.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que el respeto a la identidad cultural es un eje de interpretación transversal para garantizar el ejercicio de los derechos indígenas. Esto implica que los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico deben ser interpretados desde la exigencia de respetar la diversidad e integridad cultural. Además, el Estado debe garantizar que los pueblos indígenas sean debidamente consultados y puedan participar en los asuntos que les afecten como manifestación de su derecho a la libre determinación.

Sin embargo, el reconocimiento a la identidad cultural no es absoluto sino que está limitado por cláusulas de respeto de los derechos humanos. El Derecho internacional de los derechos humanos es el marco normativo aplicable para la resolución de los conflictos y requiere ser interpretado en términos interculturales, no solamente desde la filosofía liberal que les dio origen.

Además, la obligación de respetar los derechos humanos recae no solo en las comunidades indígenas cuando administran justicia o para valorar sus prácticas culturales, sino en la intervención estatal cuando imparte justicia donde estén presenten personas indígenas. Ello debido a que el régimen internacional de derechos humanos también protege a los pueblos indígenas, su diversidad cultural y reconoce su derecho a la libre determinación, política, económica y cultural.

Dos aspectos pueden facilitar la interpretación intercultural de los derechos humanos. El primero relacionado con los órganos encargados de resolver los conflictos y el segundo con la participación de las personas y/o pueblos involucrados.

Con relación al primer aspecto, algunos Estados como Bolivia, presentan tratamientos más innovadores para tratar los conflictos al prever la existencia de instancias estatales para resolverlos desde una perspectiva intercultural como el Tribunal Constitucional Plurinacional. Es decir, que los conflictos no son resueltos de una manera unilateral por instituciones monoculturales, sino que se pretende recurrir a espacios estatales compartidos para buscar una solución más acorde con los derechos consagrados. Ello exige que se tengan en cuenta distintos los sistemas jurídicos involucrados, los principios que los guían y las diversas maneras de resolver los conflictos. Los tribunales intervinientes tienen que realizar los ejercicios hermenéuticos interculturales para no afectar los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La existencia de tales órganos o mecanismos mixtos ofrece mayores garantías para que los derechos indígenas puedan cumplirse e implica el reconocimiento, al menos formal, de los pueblos indígenas como sujetos políticos diferenciados y con igual jerarquía. Sin embargo, tanto en el ámbito boliviano como ecuatoriano existen serias contradicciones entre los textos constitucionales y el actuar estatal. Como se ha advertido, ello responde no solo a la limitación de los derechos constitucionales a través de leyes posteriores, sino por la coexistencia de principios contradictorios en ambas cartas.

Si bien en Argentina no existe tal desarrollo a nivel institucional, ni en el reconocimiento de derechos, el Estado está obligado a respetar la diversidad cultural consagrada en la Constitución y en distintos instrumentos internacionales. Por lo cual los órganos estatales, en especial el poder judicial, deben interpretar los derechos de las personas y pueblos indígenas siguiendo las orientaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene jerarquía constitucional. Además, el Estado está obligado a garantizar que los operadores de justicia tengan conocimiento sobre el régimen jurídico relacionado con los temas indígenas, los derechos de las mujeres y la multiplicidad de discriminaciones que diferentes grupos sociales y personas enfrentan.

El segundo aspecto tiene que ver con la participación de los pueblos indígenas en la resolución de los conflictos que surjan, en especial de las mujeres indígenas. La existencia de instancias donde las propias mujeres puedan definir su posición sobre aspectos complejos y sensibles, generaría espacios de diálogo, reflexión y negociación en este sentido.

Las distintas experiencias señaladas durante la investigación, que tienen a las mujeres indígenas como protagonistas, aportan valiosos ejemplos en este sentido. Permiten advertir las distintas dimensiones que entran en juego y la estrecha vinculación entre los derechos colectivos e individuales. Aunque las reivindicaciones de mujeres indígenas organizadas varían y no se tratan de un todo homogéneo, es frecuente que en sus exigencias hagan hincapié en el respeto de sus derechos colectivos como parte integrante de sus derechos humanos como mujeres.

Los petitorios y manifiestos de las mujeres indígenas de Argentina reflejan que sus reivindicaciones abarcan distintas dimensiones. Por una parte, la colectiva como mujeres que pertenecen a un pueblo indígena y que viven con mayor intensidad los frutos de la colonialidad. Exigen el cumplimiento de sus derechos como miembro de los pueblos indígenas a la vez que demandan mayor participación en la toma de decisiones sobre asuntos que les competen, tanto en el ámbito comunitario como social. Por otra parte, sus reivindicaciones reflejan la continuidad que existe entre la dimensión colectiva e individual. Al tratar las propuestas de mujeres indígenas latinoamericanas se advierte que las luchas por la recuperación y defensa del territorio también implican la recuperación de sus cuerpos que han sido y son violentados de múltiples formas.

En caso de peligro de vulneración de los derechos de las mujeres indígenas la aproximación a la dimensión individual requiere necesariamente la atención a la esfera comunitaria. Por ello es fundamental que las perspectivas de las mujeres indígenas sean consideradas para realizar una aproximación intercultural de los derechos humanos.

IV. Al tratar los derechos de las mujeres indígenas se debe considerar tanto la dimensión de género como étnica para realizar una aproximación adecuada. Si no se considera la relación constitutiva entre el racismo y el patriarcado las aproximaciones serán limitadas y contribuirán a reforzar las otras.

Las autoras feministas estudiadas advierten sobre los límites de realizar tratamientos unidimensionales que se enfoquen solo en el género. Ello debido a que las violencias que muchas *mujeres de color* experimentan a menudo se forman por distintas dimensiones de su identidad, como la raza y la clase. La intersección del racismo y el patriarcado actúa en la vida de estas mujeres de formas que no pueden ser capturadas por completo al ver las dimensiones raciales o de género por separado. Marginar estos aspectos hace que las *mujeres de color* no tengan medios para vincular sus experiencias con la de otras mujeres. Tal aislamiento limita los esfuerzos para politizar la violencia dentro de sus comunidades y permite el silencio en relación a tales temas.

Además, la omisión de considerar las relaciones entre el racismo y el patriarcado, hace que las estrategias que se propongan para combatirlos sean limitadas. Y contribuyen a reforzar otras opresiones al invisibilizar las experiencias de las mujeres que no entran dentro de los relatos dominantes. Estos aspectos deben ser valorados al realizar aproximaciones jurídicas relacionadas con mujeres indígenas.

Este aspecto se refleja con claridad en el caso analizado donde las aproximaciones han considerado la dimensión de género y étnica por separado y han recurrido a distintos instrumentos jurídicos para fundamentar sus posicionamientos. Ello no logra aprehender la situación de la menor indígena afectada, porque al tratarla solo como "niña" o "mujer" o solo como "indígena" se niega su localización específica y los necesidades concretas que surgen de la misma. En lugar de realizar análisis holísticos de los derechos que la amparan, ha prevalecido la tendencia a tratar el conflicto como una disyuntiva entre derechos aparentemente incompatibles. Lo cual no logra ofrecer una protección integral y, paradójicamente, termina por generar mayores daños hacia a la menor indígena que el ordenamiento jurídico intenta proteger.

Frente a los análisis dicotómicos que tratan el reconocimiento de la diversidad cultural como una amenaza para los derechos de las mujeres, se propone un análisis interseccional que tenga en cuenta cómo los distintos marcadores (género, raza, edad, clase, sexualidad, etc.) interactúan para invisibilizar las localizaciones específicas de las mujeres indígenas. Lo que exige valorar nuevas formas de resolver los conflictos realizando una interpretación de los derechos indígenas y humanos que sea coherente con el respeto a la identidad/ diversidad cultural y libertad de las mujeres indígenas.

Sin embargo, el tratamiento de esta cuestión desde la perspectiva jurídica plantea una dificultad adicional puesto los instrumentos internacionales tienden a proteger "por separado" distintas dimensiones de la vida de las personas. Existen instrumentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas, otros los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y otros los derechos de la infancia. La dificultad y el desafío radica en integrar esos órdenes al analizar un caso concreto donde esas distintas dimensiones se encarnan en la vida de personas concretas. Ello se complejiza aún más porque se advierte que los distintos órdenes tienen en cuenta las representaciones dominantes de cada categoría (varón indígena, mujer blanca) donde la situación de las mujeres indígenas queda excluida.

Esta dificultad plantea un serio desafío al momento de tratar los derechos de las mujeres indígenas, ya que se deben tener en cuenta ambas dimensiones en un régimen jurídico que tiende a separarlas y, por ende, a invisibilizarlas. Para evitar esto se sugiere que, al tratar cuestiones relacionadas con mujeres indígenas, no se pierda la perspectiva que forman parte de pueblos distintos que ha vivido colonialismo interno (según el lenguaje de los instrumentos internacionales) por parte de los Estados. Y, al mismo tiempo, atender que al ser mujeres indígenas se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad. Ante ello se propone "tomar" de cada régimen jurídico aquello que pueda garantizarles una mayor protección y cuestionar aquellas dimensiones que tienden a homoge-

neizarlas e invisibilizarlas. Esta propuesta se fundamenta en el hecho que la mayoría de los instrumentos de derechos humanos contienen disposiciones que señalan que las interpretaciones deben realizarse en favor de los derechos humanos.

Dada la heterogeneidad y multiplicidad de derechos que se consagran en el ámbito internacional, la ponderación de un único derecho aplicable se considera una labor que reproduce la lógica dicotómica y excluyente que se ha cuestionado durante la investigación. Por el contrario, se propone realizar interpretaciones integrales que tengan en cuenta las distintas dimensiones que atraviesan la vida de las mujeres indígenas, los derechos que las amparan y ofrecer alternativas que permitan atender a las necesidades concretas. De ahí que las interpretaciones se realicen teniendo en cuenta las normas más favorables para los derechos de las mujeres indígenas y a su libertad.

Desde esta perspectiva, se toma en cuenta el sistema regional de derechos humanos que las ampara por pertenecer a un pueblo indígena y las disposiciones sobre los derechos de las mujeres que les reconocen el derecho a vivir una vida libre de violencia. En este sentido, se propone leer los instrumentos que protegen los derechos de los pueblos indígenas desde una mirada atenta a los derechos de las mujeres. Y los instrumentos que protegen a las mujeres, desde una mirada intercultural y antirracista.

Si bien se proponen algunas notas para andar hacia una justicia descolonial, esas propuestas requieren mayor desarrollo en próximas investigaciones. Es importante profundizar sobre los sistemas de justicia indígena en el norte argentino y las experiencias que en aspecto existen en regiones más próximas, como en el caso de la provincia de Neuquén. Igualmente, las relaciones entre ambas justicias, de *coordinación desde abajo,* desarrolladas en contextos cercanos como el boliviano podrían aportar ricas experiencias y un nuevo horizonte para la justicia salteña.

En el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, debería estudiar con más detalle sobre otros instrumentos jurídicos que protegen a las mujeres y niñas indígenas como la Convención del Niño y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la labor desarrollada por los órganos encargados de interpretarlos. Como se ha visto de una manera un tanto esquemática ambos tratados aportan herramientas para proteger los derechos de las mujeres y niñas indígenas que requieren un mayor análisis y atención.

Por último, una pregunta que ha estado latente a lo largo de la investigación es sobre la capacidad del Derecho, los derechos humanos en este caso, para responder a las reivindicaciones de las mujeres indígenas. Una pregunta difícil de contestar ante el formalismo que predomina en la cultura jurídica dominante, las limitaciones que presenta el sistema de protección de derechos humanos y la propia estructura colonial y patriarcal del Estado. Pese a eso, las luchas y resistencias de las mujeres indígenas exigen buscar las herramientas jurídicas que permitan acompañar sus exigencias y exigir al Estado argentino el cumplimiento de sus obligaciones asumidas en el ámbito internacional.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Estudios postcoloniales. Ensayos fundamentales*, Ed. Traficantes de Sueños, Madrid, 2008.

ADLBI SIBAI, S. *La Cárcel del feminismo. Hacia un pensamiento islámico decolonial*, Ed. Akal, España, 2017.

AHMED, S., *On being included*, Ed. Duke University Press, Durham, 2008.

ALBERDI, J., *Argentina (1852)*, Ed. Linkgua ediciones, Madrid, 2010.

ALBERDI, J., *Bases y Proyecto de Constitución*, 2 edición, Ed. Valparaíso, Valparaíso, 1928.

ALMIRÓN, S. y LUIS, L., "Multiculturalismo y respeto por los derechos de las mujeres. Tensiones y estrategias a partir de las decisiones de la justicia en Argentina", documento de trabajo, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Disponible en www.ela.org.ar. Fecha de consulta: 30/06/2017.

ALTMANN, P., "Intercambios discursivos. Historia migratoria de los conceptos del movimiento indígena ecuatoriano" en *Ecuador Debate*, vol. 92, Quito, 2014.

ALVAREZ, L., *Derechos a la diferencia. El caso indígena en el discurso jurídico argentino*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2013.

AMENGUAL, G., "Sobre la noción de pueblo. Algunas reflexiones sobre las determinaciones de su significado y su relación con el Estado" en *Sistema Revista de Ciencias sociales*, núm. 48, 1982.

ANAYA, J., *Indigenous Peoples in International Law,* Ed. Oxford University Press, Oxford, 1996.

APARICIO, M., *Los Pueblos Indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los Derechos Indígenas en América Latina,* Ed. Cedecs, Barcelona, 2002.

APARICIO, M. (coord.), *Caminos hacia el reconocimiento: Pueblos indígenas, derechos y pluralismo,* Ed. Girona: Publicacions de la Universitat de Girona, Girona, 2005.

APARICIO, M., "Nuevos avances del poder constituyente democrático: aprendiendo del sur" en AA. VV. *Por una Asamblea Constituyente: Una solución democrática a la crisis*, Ed. Sequitur, Madrid, 2012.

APARICIO, M., "Ciudadanías intensas. Alcances de la Refundación democrática en las Constituciones de Ecuador y Bolivia" en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (coord.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ARAGON ANDRADE, O., "El derecho en insurrección. El uso contra-hegemónico del derecho en el movimiento purépecha de Cherán" en *Revista de Estudos & pesquisas sobre as Américas*, vol. 7, núm. 2, 2013.

BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

BARBARÁN, G. (Comp.), XXII *Congreso Argentino de Derecho Internacional: Argentina y su proyección latinoamericana en el Bicentenario de la Revolución de Mayo,* Ed. EUC, Salta, Argentina, 2011.

BARBARÁN, G., "Aporte para la problemática indígena" en *Revista Claves*, núm. 155, Salta, diciembre 2006.

BARIÉ, C., "Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza" en *Revista de Estudios Latinoamericanos*, México, 2014.

BARIÉ, C., *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama,* Ed. Abya Yala, La Paz, 2003.

BARONNET, B., MORA BAYO, M. Y STAHLER-SHOLK, R., *Luchas "muy otras": zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*, Ed. UAM-Xochimilco, CIESAS, UNACH, México, 2011.

BARRIENTOS PARDO, I., "Licitud del uso y porte de la hoja de coca: Un caso de invocación y aplicación judicial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en *Revista Política Criminal*, núm. 5, 2008.

BAUMAN, Z., *Comunidad: en busca de seguridad en un mundo hostil*, Ed. Siglo XX, Madrid, 2009.

BAYER, O. (coord.), *Historia de la crueldad argentina, Julio A. Roca y el genocidio de los Pueblos Originarios,* Ed. El Tugurio, Buenos Aires, 2010.

BAZÁN, V., "Los derechos de los Pueblos Indígenas en clave de derecho interno e internacional" en *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* vol. 2, núm. 1, 2007.

BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, Ed. Cátedra, Madrid, 1998.

BECERRA, N., *Derecho Penal y diversidad cultural: la cuestión indígena*, Ed. Ciudad argentina, Buenos Aires, 1997.

BECERRA, N., "La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa" en *El Otro Derecho*, núm. 35, 2006.

BENHABIB, S., *Las Reivindicaciones de la cultura: igualdad y diversidad en la era global,* Ed. Katz, Buenos Aires, 2006.

BERRAONDO, M., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Ed. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

BERRAONDO, M., *La declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Punto y seguido,* Ed. Alternativa, Barcelona, 2008.

BIDASECA, K., *Perturbando el texto colonial. Los estudios (pos) coloniales en América Latina*, Ed. SB, Buenos Aires, 2010.

BIDASECA, K. y VAZQUEZ LABA, V., (Comp.) *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América latina*, Ed. Godot, Buenos Aires, 2011.

BIDART CAMPOS, G., "Dictamen del Dr. Germán Bidart Campos sobre derechos hereditarios y propiedad comunitaria de la Comunidad Mapuche Vera", Instituto de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio I. Gioja", Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, s/f.

BIDART CAMPOS G., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. VI Ed. Ediar Buenos Aires, 1997.

BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada*, t. 2, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003.

BIRULÉS, F., *Entre actes. Entorn de la política, el feminisme i el pensament,* Ed. Tinta Fèmina, Barcelona, 2014.

BODELON, E., "La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género", *Working Paper*, núm. 148, Institut de Ciences Politiques i Socials, Barcelona, 1998.

BODELON, E., "Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia" en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 36, 2002.

BODELÓN, E., "Derecho y Justicia no androcéntricos" en *Quaderns de Psicologia, 12* (2), 2010.

BONET PEREZ, J., "El sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la interpretación de los convenios de la OIT. Aproximación jurídica a una crisis institucional" en *Revista electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 26, 2013.

BONILLA, D., *La Constitución multicultural*, Ed. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006.

BORJA JIMÉNEZ, E., *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

BRAUNSTEIN, J. y PIGNOCCHI, J. L., "Matrimonio privignático o violación calificada: una encrucijada de nuestra cultura jurídica", en *La Ley Litoral*, Año 10, núm. 4 (mayo 2006).

BRIONES, C. y DELRIO, W., "La "Conquista del Desierto" desde perspectivas hegemónicas y subalternas" en *Runa, archivo para las ciencias del hombre*, vol. XXVII, 2007.

BRIONES, C. (Comp.), *Cartografías argentinas: políticas indígenas y formaciones provinciales de alteridad*, Ed. Antropofagia, Buenos Aires, 2005.

BROCH HANSEN, K. JEPSEN, K. y LEIVA, P., *El Mundo indígena 2017,* Ed. IWGIA, Copenhague, 2017.

BROWN, W., "Suffering the Paradoxes of Rights" en BROWN, W. y HALLEY, J., *Left Legalism/Left Critique*. Ed. Duke University Press, Durham, 2002.

BUSIA, A., "Silencing Sycorax. On Afrian Colonial Discourse and the Unvoiced Female" en *Cultural Critique* 14, invierno de 1989-1990.

BUTLER, J., *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 2007.

BUTLER, J., *Deshacer el género*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006.

CABNAL, L., "Acercamiento a la construcción de la propuesta de pensamiento epistémico de las mujeres indígenas feministas comunitarias de Abya Yala" en *Feminismos diversos: el feminismo comunitario*, Ed. ACSUR- Las Segovia, Barcelona, 2010.

CAMPOS RUBIO, A., *Mujeres y Derecho: Pasado y presente,* Primer Congreso multidisciplinar de la Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, octubre de 2008.

CANET, V., "Institucionalización de las prácticas de los pueblos y comunidades indígenas en la Argentina, Aportes a la doctrina" en *Revista Derecho del Estado*, núm. 18, junio 2006.

CAPELLA, J., *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, Ed. Trotta, Madrid, 2008.

CARRASCO, M., *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina,* Ed. IWGIA, Buenos Aires, 2000.

CARRILLO SALCEDO, J., "Sobre el pretendido derecho a decidir en Derecho internacional contemporáneo" en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* núm. 33, 2012

CASTILLO, M., "Modernidad y pueblos indígenas: Algunas observaciones en torno a la comunidad indígena de Alto de la Sierra (Provincia de Salta- Dpto. Rivadavia B/Norte)" Tesis de licenciatura en Antropología, Universidad Nacional de Salta Facultad de Humanidades, Salta, Argentina, 1999.

CASTRO-GÓMEZ, S., *La Hybris del Punto Cero. Ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

CASTRO-GÓMEZ, S. y GROSFOGUEL, R. (eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2007.

CEPAL, *Reformas para América Latina: Después del fundamentalismo Neoliberal*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2005.

CERIANI CERNADAS, C. y LAVAZZA, H., "Fronteras, espacios y peligros en una misión evangélica indígena en el Chaco Argentino (1935-1962)" en *Boletín Americanista*, año LXIII 2, núm. 67, Barcelona, 2013.

CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (Eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de ONU sobre los Pueblos indígenas*, Ed. IWGIA, Copenhague, 2010.

CHIACCHIERA CASTRO, P., *La cuestión indígena. Análisis de la jurisprudencia de la C.S.J.N.*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009.

CLAVERO, B., "¿Cómo es que no hay un derecho humano a tu propia cultura?" en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 41, 2007.

CLAVERO, B., *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

CLAVERO B., *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, Ed. Siglo XXI, México, 2008.

CLAVERO, B., "La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: el reto de la interpretación de una norma contradictoria" Lección impartida en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 3 de agosto de 2016. Disponible en http://www.bartolomeclavero.net/. Fecha de consulta 9/02/2017.

COAJ y ELA, *Mujeres indígenas en la provincia de Jujuy. Hacia un abordaje integral sobre el acceso a los derechos,* Ed. ELA- COAJ, Jujuy, 2016.

COLAZO, S., "Entre la lejanía y el olvido: los wichi anglicanos del Chaco Austral", Universidad Nacional del Nordeste Argentina, Ponencia presentada en la *XVI Jornadas sobre Alternativas Religiosas en América latina*, Uruguay, 1 a 4 de noviembre de 2011.

COMANDO GENERAL DEL EJÉRCITO, *Política seguida con el aborigen (1750-1819)*, Ed. Dirección de Estudios Históricos, tomo I, Buenos Aires, 1973.

COWAN ROS, C. y NUSSBAUMER, B., "Comunidad indígena": (des)encuentros de sentidos entre miembros de la institucionalidad pública y de comunidades aborígenes del departamento de Yavi, provincia de Jujuy en *Cuadernos de Antropología Social,* núm. 37, Universidad de Buenos Aires, 2013.

CRAWFORD, J., *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

CRENSHAW, K., "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, article 8, 1989. Disponible en: http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8 Fecha de consulta: 10/05/2017.

CRENSHAW, K., "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color", *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991.

CROXATTO, G., "¿Es el multiculturalismo es malo para las mujeres? Respondiendo a la famosa pregunta de Susan Moller Okin a partir de un caso argentino" en *Revista Pensar en Derecho*, núm. 5, año 3, Buenos Aires, 2014.

CUBILLOS, J., "La importancia de la interseccionalidad para la investigación feminista" en Oxímora, *Revista Internacional de Ética y Política*, núm. 7, otoño 2015.

CURIEL, O., "Construyendo metodologías feministas desde el feminismo decolonial" en AAVV. *Otras formas de (re)conocer*, Ed. Universidad del País Vasco, Simref, Bilbao, 2014.

CURIEL, O., "La descolonització des d'una proposta feminsitas crítica" en *Descolonització i despatriacalització de i des dels feminismes d' Aybya Yala*, Ed. Acsur Las segovias, Barcelona, 2015.

CUYUL, A., "Salud indígena y políticas de salud intercultural en la provincia de Chaco, Argentina" Conferencia en el marco del Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional Indígena, Chaco 19 y 20 de abril de 2012.

CUYUL, A., ROVETTO, M, y SPECOGNA, M., "Pueblos indígenas y sistema de información en salud: la variable étnica en seis provincias argentinas" en *Revista Argentina de Salud Pública*, vol. 2, núm. 7, Junio 2011.

DAVIS, A., *Mujeres, raza y clase*, Ed. Akal, Madrid, 2014.

DAVIS, K., ""Interseccionality as a buzzword" A sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful" en *Feminist Theory,* núm. 9, 2008.

DE LA CRUZ, L., *Y no cumplieron*, Ed. Universitaria de La Plata, La Pata, 1997.

DELRIO, W., *Memorias de Expropiación. Sometimiento e incorporación indígena en la Patagonia (1872-1943)*, Ed. Universidad de Quilmes, Buenos Aires, 2005.

DI TAULLIO, A., "Teoría feminista y liberalismo: el devenir de una relación problemática", Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2015.

DUSSEL, E., *1492. El encubrimiento del otro: hacia el origen del "mito de la modernidad"*, Ed. Plural Editores, Centro de información para el desarrollo, Bolivia, 1994.

DUSSEL, E., *Política de la liberación. Historia mundial y crítica*, Ed. Trotta, Madrid, 2007.

DUSSEL, E., "Europa, modernidad y eurocentrismo" en LANDER, E. (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas,* Ed. CLACSO, Buenos Aires y Caracas, 2000.

EISENSTEIN, Z., "Developing a Theory of Capitalist Patriarchy and Socialist Feminism", en EISENSTEIN, Z., (comp.), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminsm,* Ed. Montly Review, Nueva York, 1979.

EKMEKDJIAN, M., *Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*", tomo IV (arts. 42 a 86), Ed. Desalma, Buenos Aires, 1997.

ELA, *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe Argentina*, Ed. ELA, 2011.

ESCOBAR, A., *Más allá del Tercer Mundo. Globalización y Diferencia*, Ed. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2005.

ESCOBAR, A., *La invención del Tercer Mundo. Construcción y deconstrucción del Desarrollo*, Fundación Editorial El perro y la rana, Caracas, 2007.

ESCOLAR, D., *Los Dones Étnicos de la Nación. Identidades huarpe y modos de producción de soberanía en Argentina*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2007.

ESPINOSA, Y., GÓMEZ, D. y OCHOA, K. (Eds.), *Tejiendo de otro modo: Feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*, Ed. Universidad del Cauca, Colombia, 2014.

ESTÉVEZ ARÁUJO, J., *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de las estrategias de los derechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

FANÓN, F., *Piel negra, máscaras blancas*, Ed. Akal, Madrid, 2009.

FANÓN, F., *Los condenados de la tierra*, Ed. Fondo de Cultura económica, México D-F, 2001.

FEMENÍAS, M., *Sobre sujeto y género. Lecturas feministas desde Beauvoir a Butler*, Ed. Catálogos, Buenos Aires 2000.

FICHTE, J., *Discursos a la nación* alemana, Ed. Editora Nacional, Madrid, 1997.

FIGARI, R., "Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual" en *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, Lexis Nexis, núm. 3, 2007.

FIMI, *Mairin Iwanka Raya: Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia. Informe complementario al Estudio sobre violencia contra las mujeres del Secretario General de las Naciones Unidas*, Ed. Fimi, Nueva York, 2006.

FIMI, *Documentos Conceptuales Ampliación del Análisis de la Aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing +15 en el 2009.* Disponible en http://www.fimi-iiwf.org/. Fecha de consulta: 29/04/2017.

FIMI, *Manual de investigación intercultural. Diálogo de saberes sobre la Violencia contra las Mujeres Indígenas Investigación Intercultural como herramienta para su abordaje. Aproximaciones metodológicas*, Ed FIMI/ PATH, México, 2013.

FITZMAURICE, M., "The New Developments Regarding the Saami Peoples of the North" en *International Journal on Minorities and Group Rights*, núm. 16, 2009.

FRANCO, R. y GONZÁLEZ, L., *Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*, Ed. Instituto de defensa legal, Lima, 2009.

FRASER, N., *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista",* Ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

FRASER, N., "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en una era "postsocialista"" en FRASER, N., CARBONERO, M. y VALDIVIELSO, J., *Dilemas de la justicia en el siglo XXI: género y globalización*, Ed. Universitat de les Illes Balears, España, 2011.

FRASER, N., *Fortunas del feminismo*, Ed. Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador y Traficante de sueños, Madrid, 2015.

FRENCH-DAVIS, R., "América Latina después del «Consenso de Washington»" en *Quórum: Revista de pensamiento iberoamericano*, núm. 18, 2007.

FRENCH, D., (ed.) *Statehood and Self-determination. Reconciling Tradition and Modernity in International Law*, Ed. Cambriadge, Reino Unido, 2013.

FRIEDAN, B., *La Mística de la feminidad*, Ed. Sagitario, Barcelona, 1965.

FRITES, E., *El derecho de los pueblos indígenas*, Ed. PNUD, Buenos Aires, 2011.

GALINDO, M., *¡A despatriarcar! Mujeres creando*, Ed. La vaca, Buenos. Aaires., 2013.

GARCÍA VITOR, E., "Culturas diversas y sistema penal" en GARCÍA RAMÍREZ, S., *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho Penal*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2005.

GARGALLO, F., *Feminismos desde Ayba Yala. Ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos en Nuestra América*, Ed. Corte y Confección, Ciudad de México, 2014.

GARGARELLA, R. y OVEJEROS, F., *Razones para el socialismo*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2001.

GARGARELLA, R. "Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después" en *Revista argentina de Teoría Jurídica*, vol. 15, 2014.

GILLIGAN, C., "Con otra voz: concepciones femeninas del yo y la moralidad (1977)" en LÓPEZ DE LA VIEJA, M., *Bioética y Feminismo*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.

GOBIERNO DE SALTA, *Mapa social de la provincia de Salta para la Cooperación internacional 2015*, Consejo Federal de inversiones, Salta, 2016.

GÓMEZ, M., "¿Morirán mis hijos o las frutas del monte se secarán si no canto y uso mi amuleto cada noche? Mujeres tobas (qom) y Misioneros Anglicanos en el Chaco Centro occidental (Argentina)" en *Cadernos Pagú,* Universidade Estadual de Campina, enero-junio, Brasil, 2011.

GÓMEZ, M., "Mujeres indígenas en Argentina: Escenarios fugaces para nuevas prácticas políticas" en *Publicar. En Antropología y Ciencias Sociales*, *Revista del Colegio de Graduados en Antropología de la República Argentina*, año XII, núm. XVI, Junio de 2014.

GÓMEZ, M. y SCIORTINO, S., "Mujeres indígenas, derechos colectivos y violencia de género: Intervenciones en un debate que inicia" en *Entramados y perspectivas*, Revista de la Carrera de Sociología, vol. 5, núm. 5, Universidad de Buenos Aires, 2015.

GÓMEZ ISA, F. (Ed.), *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

GÓMEZ ISA, F., "Diversidad cultural y derechos humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas" en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, núm. 27, 2011.

GOMIZ, M. y SALGADO, J., *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, Ed. Observatorio de Derecho Humanos de Pueblos Indígenas y IWGIA, Neuquén, Argentina, 2010.

GONZÁLEZ FERREYRA, J., "Diversidad cultural e indigenismo en la Argentina: una aproximación conceptual al estudio de la Responsabilidad Penal del Indígena a partir del Derecho Constitucional -Repercusiones en la Teoría del Delito" en *Revista Pensamiento Penal*, 2012.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., "El Derecho penal desde una evaluación crítica" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, núm. 10-11, 2008. Disponible en Internet: http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-11.pdf. Fecha de consulta: 05/06/2017.

GORDILLO, G., *Landscapes of devils. Tensions of places and memory in the argentinean Chaco*, Ed. Duke University Press, Durham, 2004.

GUDYNAS, E., "Los progresismos sudamericanos: Ideas y prácticas, avances y límites" en AAVV. *Rescatar la Esperanza. Más allá del neoliberalismo y el progresismo*, Ed. Entrepueblos, Catalunya, 2016.

HABERMAS, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Ed. Taurus, Madrid, 1989.

HABERMAS, J., "Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo" en *Debats,* núm. 39, 1992.

HARDT, M. y NEGRI, A., *Imperio*, Ed. Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 2002.

HARTMANN, H., "Un matrimonio mal avenido: hacia una unión más progresiva entre marxismo y feminismo" en *Papers de la Fundación, 88*, Fundació Rafael Campalans, 1979.

HECHT, A., *De la familia Wichí a la escuela intercultural bilingüe: procesos de apropiación, resistencia y negociación (Formosa, Argentina),* Cuadernos interculturales, año 4, núm. 6, Salta, 2006.

HERNÁNDEZ CASTILLO, R. y CANESSA, A. (ed.), *Complementariedades y exclusiones en Mesoamérica y los Andes,* Ed. IWGIA, Quito, 2012.

HERNÁNDEZ CASTILLO, R., "Re-pensar el multiculturalismo desde el género. Las luchas por el reconocimiento cultural y los feminismos de la diversidad" en *Estudios de Género. La ventana*, núm. 18, Universidad de Guadalajara, México, diciembre 2003.

HERNÁNDEZ CASTILLO, R., "Entre el etnocentrismo feminista y el esencialismo étnico. Las mujeres indígenas y sus demandas de género" en *Debate feminista*, año 12, vol. 24, 2001.

HERNÁNDEZ CASTILLO, R., (ed.*) Etnografías e historias de resistencia. Mujeres indígenas, procesos organizativos y nuevas identidades políticas*, Ed. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

HERNÁNDEZ CASTILLO, R. y CANESSA, A. (ed.) *Complementariedades y exclusiones en Mesoamérica y los Andes*, Ed. IWGIA, Quito, 2012.

HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Ed. Catarata, Navarra, 2005.

HILL COLLINS, P., "La política del pensamiento feminista negro" en NAVARRO, M. y STIMPSON, C. (comps.) *¿Qué son los estudios de mujeres?*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

HILL COLLINS, P., *Black Feminist Thought*. *Knowledge, consciousness, and the politics of empowerment,* Ed. Routledge, Nueva York, 2000.

HOLTMAT, R., "De igual tratamiento a igual derecho" en HEIM, D. y BODELÓN, E., (coord.) *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras androcéntricas*, vol. I, Grupo Antígona y Donas y Dret, Universitat Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010.

HOOKS, B., "Mujeres negras. Dar forma a la teoría feminista" en BELL HOOKS *et al. Otras inapropiables. Feminismos desde las fronteras,* Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2004.

HOOKS, B., *Ain't a woman. Black women and feminism*, Ed. Pluto Press, Londres, 1982.

HUACO PALOMINO, M., *Los trabajos preparatorios del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ed. Fundación Konrad Adenauer (KAS), Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina, Lima, 2015.

HURTADO POZO, J. *La ley importada, recepción del Derecho Penal en el Perú*, Lima, Ed. CEDYS, Perú, 1979.

HURTADO POZO, J., "El indígena ante el derecho penal: caso peruano" en MORENO HERNÁNDEZ, M. (Coord.), *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Ed. Cepolcrim, México, 2001

HURTADO POZO, J., "Derecho Penal y Diferencias culturales: el caso peruano", en BORJA, E. (coord.) *Diversidad cultural: conflicto y derecho: nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2006.

INGENIEROS, J., *Sociología Argentina,* Ed. Tor, Buenos Aires, 1956.

IRIGARAY, L., *Ética de la diferencia sexual*, Ed. Ellago, Castellón, 2010.

JABARDO, M. (ed.), *Feminismos negros. Una antología*, Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2012.

JAIME, M., "Colonización y producción en la expansión de la frontera de Salta hacia el Chaco: El caso del departamento de Rivadavia (1880-1930)" en *Revista Escuela de Historia*, año 2, Universidad Nacional de Salta, Salta, 2003.

JÁUREGUI, G., *Contra el Estado-nación. En torno al hecho y la cuestión nacional*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1986.

JARAMILLO, I., "La crítica feminista al derecho, estudio preliminar", en WEST, R., *Género y teoría del derecho*, Ed. Siglo de Hombres Editores, Bogotá, 2000.

KAMBEL, E., *Guía Sobre los Derechos de la Mujer Indígena bajo la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, Ed. Forest Peoples Programme, 2004.

KARL, M., *La cuestión judía y otros escritos*, Ed. Planeta- Agostini, España, 1992.

KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Ed. Paidos, Barcelona, 1996.

KYMLICKA, W., *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Ed. Paidos, Barcelona, 2003.

LACELLI, G. y YBRAN, R., Informe estadístico del mercado de la soja, INTA, marzo 2016. Disponible en: http://inta.gob.ar/documentos/informe-estadistico-del-mercado-de-la-soja Fecha consulta: 18/03/2017.

LAGARDE, M., *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, Ed. Horas y horas, Madrid, 1996.

LANDER, E. (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas,* Ed. CLACSO, Buenos Aires y Caracas, 2000.

LANDER, R. y OSPINA, P., "Movimiento indígena y revolución ciudadana en Ecuador" en *Cuestiones Políticas*, vol. 28, núm. 48, enero-junio 2012.

LANGA PIZARRO, M., "La gran figura silenciada: La mujer en el primer siglo de la conquista Rioplatence" en *Revista América sin nombre,* Universidad de Alicante, núm. 9-10, 2007.

LARRAURI, E., (comp.) *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1994.

LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal*, Ed. B de f, Buenos Aires, 2008.

LARRAURI, E., "La intervención penal para resolver un problema social" en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, vol.12, agosto 2011.

LEAKE, A., *Los Pueblos Indígenas Cazadores-recolectores del Chaco Salteño. Población, economía y tierras*, Ed. Milor, Salta, 2010.

LINARES QUINTANA, S., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.

LOMBARDO, E. y VERLOO, M., "La 'interseccionalidad' del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea" en *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 23, Julio 2010.

LORDE, A., *La hermana, la extranjera*. Ed. Horas y Horas, Madrid, 2003.

LÓPEZ DE LA VIEJA, M., *Bioética y Feminismo*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.

LUGONES, M., "Colonialidad y género" en *Tabula Rasa*, núm. 9, julio-diciembre, Bogotá, 2008.

LUGONES, M., "Subjetividad esclava, colonialidad de género, marginalidad y opresiones múltiples" en *Pensando los feminismos en Bolivia*, Ed. Conexión Fondo de Emancipación, La Paz, 2012.

LUGONES, M., "Hacia un feminismo descolonial" en *Revista La manzana de la discordia*, julio – diciembre 2011.

MACKINNON, C., "Hacía una teoría feminista del Derecho" en *Revista Derecho y Humanidades*, año II, núm. 3 y 4, Universidad de Chile, 1993.

MACKINNON, C., *Feminismo inmodificado: Discursos sobre la vida y el derecho*, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014.

MANCINI, P., "De la nacionalidad como fundamento del derecho de gentes" en *Sobre la nacionalidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

MARCOS, S., *Cruzando fronteras: Mujeres indígenas y feminismos abajo y a la izquierda*, Ed. Universidad de la Tierra, Chiapas, 2012.

MARCOS, S., *Mujeres, indígenas, rebeldes, zapatistas*, Ed. Eon, México DF, 2011.

MARCOS, S., "Comunicación liberadora: los aportes de las mujeres indígenas a través de sus declaraciones, demandas y propuestas" en *Hariak, Recreando la educación emancipadora,* Ed. Universidad del País Vasco, Marzo, 2017.

MARIÑO MENÉNDEZ, F., "Naciones Unidas y el derecho de autodeterminación", en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *Balance y perspectivas de las Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación,* Ed. Universidad Carlos III, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*, Ed. Temis, Bogotá, 1990.

MARTINEZ SARASOLA, C., *Nuestros paisanos los indios*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 1992.

MASES, E., *Estado y cuestión indígena. El destino final de los indios sometidos en el sur del territorio (1878-1910)*, Ed. Prometeo libros/ Entrepasados, Buenos Aires, 2002.

MASOTTA, C., *Indios en las primeras postales argentinas del siglo XX*, Ed. La Marca, Buenos Aires, 2007.

MCCALL, L., "The Complexity of Intersectionality" en *Signs*, vol. 30, núm. 3, Spring 2005.

MEDOVOI, L., *et. Al*, "Can the Subaltern Vote?" en *Socialist Reveiw* 20, vol. 3, julio-septiembre de 1990.

MÉNDEZ TORRES, G., "Mujeres indígenas profesionales: imaginarios sociales e identidades de género" Maestría en Ciencias sociales, especialidad en Estudios de Género, FLASCO, Ecuador, 2003. Disponible en: http://ford.ciesas.edu.mx/downloads/1er_g_04.pdf Fecha consulta: 29/03/2017.

MESTRE, R., *La Caixa de Pandora: introducció a la teoria feminista del dret*, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 2006.

MIGNOLO, W., "La razón postcolonial. Herencias coloniales y teorías postcoloniales" en *Revista chilena de Literatura*, núm. 47, 1995.

MIGNOLO, W., "Postoccidentalismo: El argumento desde América Latina" en *Cuadernos Americanos 67*, 1998.

MIGNOLO, W., *Historias locales /diseños globales: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*, Ed. Akal, Madrid, 2003.

MIES, M. y SHIVA, V., *Ecofeminismo,* Ed. Icaria, Barcelona, 1997.

MIES, M. y SHIVA, V., *La praxis del ecofeminismo*. *Biotecnología, consumo y reproducción*, Ed. Icaria, Barcelona, 1998.

MIKKELSEN, C., (ed.) *El mundo indígena 2015*, Ed. IWGIA, Copenhague, 2015.

MILL, J., *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Ed. Universidad autónoma de Centro América, San José, 1987.

MILLÁN, M., (coord.) *Más allá del feminismo: caminos para andar*, Ed. Red de feminismos descoloniales, México DF, 2014.

MILLER, D. y WALZER, M., (comp.), *Pluralismo, justicia e igualdad*, FCE, México, 1997.

MOHANTY, C., *Feminism without borders. Decolonizing theory, practicing solidarity,* Ed. Duke University Press, Durham and London, 2003.

MOHANTY, C y JACQUI A., *Feminist genealogies, colonial legacies, democratic futures*, Ed. Routledge, New York, 1997.

MORAGA, C. y ANZALDÚA, G., *This Bridge Called My Back: Writtings by Radical Women of Color*, Ed. Kitchen Table, Women of Color Press, Nueva York, 1981.

MORALES, S., "Las prácticas jurídicas y pautas culturales colisionan en las comunidades de la ciudad de Tartagal: Un estudio de caso". Seminario de Antropología del desarrollo y Ciencias Sociales. FLASCO Sede República Argentina, 2007.

MOREIRA, M., *El derecho de los pueblos originarios. Reflexión y hermenéutica*, Ed. Santiago Álvarez, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires, 2009.

MURARO, L., *El orden simbólico de la madre*, Ed. Horas y HORAS, Madrid, 1994.

NAGY, M. y PAPAZIAN, A., "El campo de concentración de Martín García. Entre el control estatal dentro de la isla y las prácticas de distribución de indígenas (1871-1886)" en *Corpus*, vol. 1, núm. 2, 2011.

NASH, J., "Re-thinking Intersectionality" en *Feminist Review,* núm. 89, 2008.

NUÑEZ, R., *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 4° Edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba (Argentina), 1999.

OBIETA, J., *El derecho humano a la determinación de los pueblos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

OBIETA CHALBAUD, J., *El derecho de autodeterminación de los pueblos: un estudio interdisciplinar de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1980.

OCHOA, K., "El debate sobre las y los amerindios: entre el discurso de la bestialización, la feminización y la racialización" en *El Cotidiano. Revista de la realidad mexicana actual*, vol. 184, UAM-A, México, 2014.

OKIN, S., *Justice, Gender and the Family*, Ed. Basic Books, Nueva York, 1989.

OKIN, S., *Women in western political thought*, Ed. Princeton University Press, New Jersey, 1979.

OKIN, S., "La política y las desigualdades complejas de género", en MILLER, D. y WALZER, M., (comp.), *Pluralismo, justicia e igualdad*, Ed. FCE, México, 1997.

OLIVA, J., *La Mujer y El Mito*, Ed. Digital Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2007.

OLIVERA, M. y BRIONES, C., "Proceso y estructura: Transformaciones asociadas al régimen de 'reserva de tierras' en una Agrupación mapuche" en *Cuadernos de Historia Regional*, núm. IV (10), Buenos Aires, 1987.

PALACIOS, M., y CARRIQUE, V. "Diversidad cultura y derechos humanos fundamentales" en *Revista Claves* núm. 153, Salta, noviembre 2006.

PALACIO AVENDAÑO, M., "Iris Marion Young y Nancy Fraser. Sobre la estructura de la justicia" en *Enrahonar. Quaderns de Filosofia*, núm. 51, 2013.

PALMER, J., *La buena voluntad wichí. Una espiritualidad indígena*, Ed. APCD/ CECAZO/ EPRAZOL, Salta – Formosa, 2005.

PALMER, J., "Qa´tu y su segunda esposa. Una apreciación desde la antropología jurídica". Material brindado por el autor pendiente de publicación.

PALMER J. "La comunidad esta de duelo por la muerte simbólica de Fabián". Entrevista realizada al antropólogo en el sitio web "Del origen". Disponible en: http://argentina.indymedia.org/news/2007/11/560785.php. Fecha de consulta: 29/03/2017.

PAREDES, J., *Hilando fino. Desde el feminismo comunitario*, Ed. El Rebozo, México, 2013.

PAREDES, J. y GUZMÁN, A. *El tejido de la rebeldía ¿Qué es el feminismo comunitario?*, Ed. Comunidad Mujeres Creando Comunidad, La Paz, 2014.

PASTOR RIDRUEJO, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, 19 edición, Madrid, 2015.

PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1995.

PAYERO LÓPEZ, L. *El derecho de autodeterminación de los pueblos. Análisis crítico del marco constitucional español desde la filosofía jurídico-política*, Tesis doctoral, Universidad de Oviedo, 2014.

PEQUEÑO, A., (Comp.) *Participación y políticas de mujeres indígenas en América Latina*, Ed, FLASCO, Quito, 2009.

PERCEVAL, M., (coord.) *Derechos humanos de las mujeres en la Argentina: el camino hacia la igualdad, participación social y política, trabajo y salud*; Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2012.

PEREA, J. "El secesionismo catalán en el contexto del derecho internacional" en *Foro, Nueva época*, vol. 17, núm. 2, 2014.

PIGNA, F., *Los mitos de la historia argentina 2*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2005.

PITCH, T., "La violencia contra las mujeres y sus usos políticos" en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 2014.

PLATERO MÉNDEZ, R. (Ed.) *Intersecciones. Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, Ed. edicions Bellaterra, Barcelona, 2012.

PULEO, A., *Ecofeminismo: para otro mundo posible*, Ed. Cátedra, Instituto de la Mujer, Valencia, 2011.

QUIJANO, A. "Colonialidad del poder y clasificación social" en *Journal of world-systems research*, vol. 2, summer/fall 2000.

QUIROGA LAVIÉ, H., *Constitución de la Nación Argentina comentada,* Ed. Zavalía Editor, Buenos Aires, 1996.

RABBI-BALDI CABANILLAS, R., "Universalismo y multiculturalismo. Un análisis filosófico-jurídico a la luz de la jurisprudencia sobre pueblos originarios en la jurisdicción de Salta" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, 2011.

RABBI-BALDI CABANILLAS, R., "Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas: de la tensión del universalismo- multiculturalismo a la interculturalidad" en SODERO, E. *et al. XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social: Multiculturalismos, interculturalidad y Derecho*, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014.

RAMÍREZ, S., *Matriz Constitucional, Estado Intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2015.

RAMÍREZ, S., *Derechos de los Pueblos indígenas y Reforma Procesal Penal. Los casos de Chile y Guatemala*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2004.

RAMÍREZ, S., *La protección de los derechos de los Pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal Estados de Oaxaca, Chiapas, Guerrero*, Ed. Fundación para el Debido Proceso, Washington, 2012.

RESKIN, B. y HARTMANN, H., (ed.) *Women's work, men's work: sex segregation on the job,* Ed. Academic Press, Washington, 1986.

RIVERA CUSICANQUI, S., *Violencias (re) encubiertas*, Ed. Piedra Rota, La Paz, 2010.

RIVERA CUSICANQUI, S., *Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores,* Ed. Tinta Limón, Buenos Aires, 2010.

RIVERA CUSICANQUI, S., *Mito y desarrollo en Bolivia, el giro colonial del gobierno del MAS*, Ed. Piedra rota/plural editores, Bolivia, 2014.

RODÓ, M., "El acceso de la juventud al espacio público en Manresa. Una aproximación desde las geografías feministas de la interseccionalidad" en *Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, vol. XIX, núm. 504, 1 de mayo de 2015.

RODÓ, M., "Young lesbians negotiating public space: an intersectional approach through places" en *Children's Geographies*, vol. 13, 2015.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C., (Coord.) *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.

RODRÍGUEZ MIR, J., "Resistencia y confrontación en Argentina. Negación y exclusión de los pueblos indígenas" en *Gazeta de Antropología*, Universidad de Granada, núm. 22, 2006.

RODRÍGUEZ MIR, J., "El chaco argentino como región fronteriza. Límites territoriales, guerras y resistencia indígena" en *Hisponia Nova: Revista de Historia Contemporánea*. núm. 7, 2007.

RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, L., "La internalización de los derechos indígenas en América Latina: ¿el fin de un ciclo?" en MARTI, S. (ed.) *Pueblos indígenas y Política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, CIDOB, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, L., "Los procedimientos especiales y los derechos indígenas: El papel del Relator Especial" en AA. VV. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el sistema internacional de Naciones Unidas: Aula de derechos humanos*, Instituto Promoción Estudios Sociales, Pamplona, 2010.

ROJAS, R., *Programa de Salud de los Pueblos Indígenas de las Américas*, Organización Panamericana de la Salud, Plan de acción 2005-2007. Disponible en: http://www.paho.org/Spanish/AD/THS/OS/Indig_PLAN05_07_esp.pdf. Fecha de consulta 28/03/2017.

ROMERO BACHILLER, C. y MONTENEGRO, M., "La interseccionalidad como situación" en *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 89, 2013.

RUILOBA, E., "Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo" en *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Ed, Tecnos, Madrid, 1979.

SAID, E., *Orientalismo*, Ed. Debate, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ, M. (coord.), *La doble Mirada: Voces e historias de mujeres indígenas latinoamericanas*, Ed. UNIFEM/Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir, DF México, 2005.

SÁNCHEZ ALEGRE, A., "El derecho a la integridad sexual en confrontación con el derecho a la cultura" en Disponible en http://indigenas.bioetica.org/not/nota62.htm. Fecha de consulta: 25/06/2017.

SÁNCHEZ BOTERO, E., *Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Ámsterdam, 2006.

SÁNCHEZ ROMERO, C., HOUED VEGA, M. y CHIRINO SÁNCHEZ, A., "El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas" en *Ciencias Penales, Revista de la asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 9, año 6, noviembre 1994.

SÁNCHEZ, A. y PUMAR, N. (coord.), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.

SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

SANTOS, B., "La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental" en *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentir común en el derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2009

SANTOS, B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ed. Tricle, Montevideo, 2010.

SANTOS, B., *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Ed. CLACSO-Prometeo libros, Buenos Aires, 2010.

SANTOS, B., *De las dualidades a las ecologías*, Ed. Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía, La Paz, 2012.

SANTOS, B., *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Ed. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010.

SANTOS, B. y EXENI RODRÍGUEZ, J., (eds.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Ed. Abya Yala, Quito, Ecuador, 2012.

SANTOS, B. y GRIJALVA, A., (eds.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Ed. Abya Yala, Quito, Ecuador, 2012.

SANTOS, B. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, Ed. Anthropos, México, 2007.

SAN ROMÁN, T., *Los muros de la separación*, Ed. Tecnos, Madrid 1996.

SARMIENTO, D., *Conflicto y armonía de las razas en América (Conclusiones)*, Ed. ediciones de la Facultad de Humanidades y Educación, Caracas, 1983.

SARMIENTO, D., *Facundo,* Ed. Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1985.

SCHIFFINO, M., "José Ingenieros: raza, nacionalidad y ciudadanía en la Argentina del Centenario" en *Cuadernos del Ciesal,* año 10, número 12, enero-diciembre 2013.

SCIORTINO S. "Mujeres, madres y luchadoras: representaciones políticas de las mujeres originarias en los discursos identitarios" en VII Jornadas Santiago Wallace de Investigación en Antropología Social. Sección de Antropología Social. Instituto de Ciencias Antropológicas. Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Buenos Aires, 2013.

SEGATO, R., *La Nación y sus Otros. Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de la identidad*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2007.

SEGATO, R., *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos. Y una antropología por demanda*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2013.

SEGATO, R., "Patriarcado, desposesión, colonialidad y el avance del frente estatal colonial en el mundo-aldea" en *Otros Logos*, Revista de Estudios Críticos, núm. 4, diciembre 2013.

SEGATO, R., *La guerra contra las mujeres*, Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2016.

SEGOVIA, G. y SEGOVIA J., "Protección de los indígenas" en AA.VV. *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Ed. Depalma, Mendoza, 1995.

SHIVA, V., *The enclosure and recovery of the commons: biodiversity, indigenous knowledge, and intellectual property rights,* Ed. Research Foundation for Science, Technology, and Ecology, New Delhi, 1997.

SHUMWAY, N., *La invención de la argentina. Historia de una idea*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2015.

SIEDER, S., (eds.) *Justicias indígenas y Estado: violencias contemporáneas*, Ed. Flacso, México, 2013.

SIERRA, M. (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, Ed. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Miguel Ángel Porrúa, México, 2004.

SIERRA, M., "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad" en STANLEY, R. (comp) *Estado, Violencia, Ciudadanía en América Latina*, Ed. Vervuert. Madrid, 2006.

SIERRA, M., "Justicia Indígena y Estado: Retos desde la Diversidad" SCOTT, R., TEJERA, E. y VALLARES, L. (Coord.) *Política, etnicidad e inclusión digital en los albores del milenio*, Ed. UAM-I, México DF, 2007.

SIERRA, M., "Mujeres indígenas, justicia y derechos: los retos de la justicia intercultural" en *Iconos, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 31, Quito, mayo 2008.

SMART, "La teoría feminista y el discurso jurídico" en SCIORTINO, H., (Comp) *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.

SMART, C., *Feminism and the Power of Law,* Ed. Routledge, London, 1989.

SMART, C., *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*, Ed. Sage Publications, London, 1992.

SPAGARINO, C., *Ampliación de tierras de la comunidad wichí lote 27*, Ed. Asociación para la Promoción de la Cultura y el Desarrollo, Buenos Aires, 2008.

SPIVAK, G., "¿Puede hablar la subalterna?" en *Revista Asparkía*, núm. 13, 2002.

SPIVAK, G., ¿Puede hablar el subalterno? en *Revista Orbis Tertius*, vol. III, núm. 6, Universidad Nacional de la Plata, 1998.

SPIVAK, G., *Critica a la razón poscolonial. Hacia una historia de presente evanescente*, Ed. Akal, Madrid, 2010.

STAVENHAGEN, R. y ITURRALDE, D. (comp.) *Entre la ley la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Ed. Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990.

STAVENHAGEN, R., *Los pueblos indígenas y sus derechos*, Ed. UNESCO México, 2008.

STEGER, M. y ROY, R., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Ed. Alianza, Madrid, 2011.

STIGLITZ, J., *El malestar en la globalización*, Ed. Taurus, Madrid, 2002.

SUÁREZ NAVAZ, L. y HERNÁNDEZ CASTILLO, R., (eds.) *Descolonizando el Feminismo: Teorías y prácticas desde los márgenes*, Ed. Cátedra, Madrid, 2008.

TARDUCCI, M., "Abusos, mentiras y vídeos. A propósito de la niña wichí" en *Boletín de Antropología y Educación*, año 4, núm. 05, 2013.

TOLEDO VÁSQUEZ, P., BODELÓN, E., TUR, N. y MARTÍNEZ, J. *Marc jurídic internacional, estatal i autonòmic de les violències sexuals (matrimonis forçats, mutilacions genitals femenines, tràfic d'essers humans amb finalitat d'explotació sexual, assetjament i agressions sexuals)*, Ed. Antígona, Grup de Recerca de Dret i Societat en Perspectiva de Gènere, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2017.

TORRES FERNÁNDEZ, P., "Políticas misionales anglicanas en el Chaco Centro- Occidental a principios de Siglo XX: Entre comunidades e identidades diversas" en *Población y Sociedad*, Revista de Estudios Sociales, núm. 14/15, Tucumán, 2007/2008.

TRUTH, S. "¿No soy yo una mujer?" en Tribuna Feminista. Disponible: http://www.tribunafeminista.org/2016/07/sojourner-truth-no-soy-yo-una-mujer/ Fecha de consulta: 08/04/2017.

VÁZQUEZ LABA, V., GODOY, S., ORELLANO, C. y LESCANO, G., "Sexualidad, salud y autonomía de los cuerpos de las mujeres indígenas del norte argentino" en X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. Disponible: http://www.aacademica.org/000-038/405. Consultado el 15/03/2017.

VÁZQUEZ LABA, V. y PÁRAMO BERNAL, M., "Mujeres migrantes, indígenas y pobres ante los servicios de salud" en *Revista Medicina, Salud y Sociedad*, agosto-septiembre, Buenos Aires, 2013.

VERLOO, M., "Una atenta mirada a les desigualtats múltiples, a les seves interseccions i com es tracten a Europa" en BODELÓN, E. y GIMÉNEZ, P. *Construint els drets de les dones. Dels conceptes a les polítiques local*, Ed, Diputació de Barcelona, Barcelona, 2008.

VILLEGAS DÍAZ, M., "Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal" en *Revista de Derecho*, vol. XXV, núm. 2, diciembre 2012.

VICENS, J., "Sobre el pueblo como sujeto de derechos" en CASAÑAS, J. (ed.) *La autodeterminación de los pueblos*, Ed. Icaria, Barcelona, 2008.

VILLORO, J., *Estado plural, pluralidad de culturas*, Ed. Paidos, México DF, 1998.

VINDING, D., y MIKKELSEN, C. (ed.) *El mundo indígena 2016*, IWGIA, Copenhague, 2016.

VIÑAS, D., *Indios, Ejército y Frontera*, Ed. Santiago Arcos Editor, Buenos Aires, 2003.

WALSH, C., "Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de redundar el Estado" en *Tabula Rosa*, núm. 9, julio-diciembre, Colombia, 2008.

WALSH, C., *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Ed. Abya Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.

WALTHER, J., *La conquista del desierto*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1970.

WALLERSTEIN, I., *El Moderno sistema mundial*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1979.

WOLLSTONECRAFT, M., *Vindicación de los Derechos de la Mujer,* Ed. Cátedra, 1994.

YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia*, Ed. Cátedra, Madrid, 2000.

YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

YRIGOYEN FAJARDO, R. "Hacia el reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal" en *Revista Alpanchis: Justicia comunitaria en los Andes*, núm. 59-60 Edición Especial, vol. 1, 2002.

YRIGOYEN FAJARDO, R., "Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los países andinos en el siglo XIX", Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2005.

YRIGOYEN FAJARDO, R., "Hacia una jurisprudencia pluralista" en *Anuario de Derecho Penal* 2006: *Derecho Penal y Pluralidad Cultural,* primera edición, 2007.

YRIGOYEN FAJARDO. R. (Ed.) *Pueblos Indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina*, Ed. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-, Lima, 2010.

YUVAL-DAVIS, N., *Gender and Nation,* Ed. Sage Publications Ltd, Londres, 1997.

YUVAL-DAVIS, N., "Intersectionality and Feminist Politics" en *European Journal of Women's Studies*, núm. 13, 2006.

ZAFFARONI, E., *Derecho Penal: Parte General*, 2° Edición, Ed. Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI, E., "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal", en AAVV, *Derechos ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

ZAFFARONI, E., "El discurso feminista y el poder punitivo" en ÁVILA SANTAMARÍA, R., SALGADO, J. y VALLADARES, L. (comp.) *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

ZEA, L., *El pensamiento latinoamericano,* Ed. Ariel, México, 1976.

DOCUMENTACIÓN Y JURISPRUDENCIA

1. DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

1.1. Naciones Unidas

1.1.1 Asamblea General

Asamblea General 107 Sesión Plenaria, doc. A/61/PV.107, de 13 de septiembre de 2007.

Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk: Intersecciones entre la cultura y la violencia contra la mujer, doc. A/HRC/4/34, 17 de enero de 2007.

Consejo de Derechos Humanos, Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, doc. A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo de 2010.

Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, La situación de los pueblos indígenas en Argentina, doc. A/HRC/21/47/Add.2., 12 de julio de 2012.

Consejo de Derechos Humanos, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas: El acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas, doc. A/HRC/EMRIP/2014/3, 25 de abril de 2014.

Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, doc. A/HRC/30/41, 6 de agosto de 2015.

Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1960.

Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, 24 de octubre de 1970.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104, doc. A/RES/48/104 85, 20 de diciembre de 1993.

Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, adoptada por la 31ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO, 2 de noviembre de 2001.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución A/61/295, 13 de septiembre de 2007.

Draft International Covenants on Human Rights, doc. A/2929, 1 de Julio de 1995.

Namibia: enmiendas al proyecto de resolución, Informe del Consejo de Derechos Humanos, doc. A/C.3/61/L.57/Rev., A/C.3/61/L.18/Rev.1 y A/61/44., 6 de Diciembre de 2006.

1.1.2. ECOSOC

Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen: Las cuestiones indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas, doc. E/CN.4/2006/78, 16 de febrero de 2006.

Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Informe final (última parte) que presenta el Relator Especial, Sr. José R. Martínez Cobo. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add. 8, 30 de septiembre de 1983.

Estudio sobre la incidencia de la violencia contra las mujeres y las niñas indígenas teniendo presente lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 22 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, doc. E/C.19/2013/9, 12 de febrero de 2013.

El empoderamiento económico de la mujer en el cambiante mundo del trabajo, doc. E/CN.6/2017/L.5, 27 de marzo de 2017.

Examen al cabo de 20 años de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y el futuro: un marco para promover las cuestiones relacionadas con las mujeres indígenas, doc. E/c.19/2015/2, 4 de febrero de 2015.

1.1.3. Comité CEDAW

Concluding observations on the seventh periodic report of Argentina, doc. CEDAW/C/ARG/CO/7, 18 de noviembre 2016.

Recomendación general núm. 19 sobre la violencia contra la mujer, doc. A/47/38, 1992.

Recomendación general núm. 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2005.

Recomendación general núm. 28 relativa al artículo 2 de la CEDAW, doc. CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010.

Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, doc. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 14 de noviembre de 2014.

Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, doc. CEDAW/C/GC/, 3 de agosto de 2015.

Recomendación general núm. 34 sobre los derechos de las mujeres rurales, doc. CEDAW/C/GC/34, 7 de marzo de 2016.

1.1.4. Comité de Derechos Humanos

Comentario general 23 (50) al artículo 27, doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 5, 26 de abril de 1994.

Comunicación núm. 24/1977, Lovelace vs. Canadá, doc. CCPR/C/13/D/24/1977, dictamen aprobado el 30 de julio de 1981.

Comunicación núm. 197/1985, Kitok vs. Suecia, doc CCPR/C/33/D/197/1985, dictamen aprobado el 10 de agosto de 1988.

Comunicación núm. 511/1992, Lansman *et al*. vs. Finlandia, doc. CCPR/C/52/D/511/1992, dictamen aprobado el 25 de octubre de 1994.

Comunicación núm. 671/1995, Jouni Lansman *et al.* vs. Finlandia, doc. CCPR/C/58/D/671/1995, dictamen aprobado el 30 de octubre de 1996.

Comunicación núm. 547/1993, Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda, doc. CCPR/C/70/D/547/1993, dictamen aprobado el 27 de octubre de 2000.

Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Estados Unidos de América, doc. CCPR/C/USA/ CO/3, 15 de septiembre de 2006.

Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina, 20 de junio a 15 de julio de 2016.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá, doc. CCPR/C/79/Add.105, 07 de abril de 1999.

1.1.5. Comité DESC

Observación general núm. 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural, doc. E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 de mayo de 2010.

1.1.6. Comité CERD

Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Vigésimos informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2008. Argentina, doc. CERD/C/ARG/19-20, 8 de junio de 2009.

1.1.7. Comité de los derechos del niño

Observación General núm. 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, doc. CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.

Observación General núm. 12: El derecho del niño a ser escuchado, doc. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Observación General núm. 13: El Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, doc. CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

1.2. OIT

Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Ed. OIT, Ginebra, 2013.

Documento preparatorio del Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. 29), 14va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Génova, 1930.

Doc. GB.234/PV (Rev), 234 Sesión del Consejo de Administración, Ginebra, 17-21 de noviembre de 1986.

Informe de la Comisión del trabajo forzoso y votación: primera discusión en plenaria, Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. 29), 14va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Génova, 1930.

Informe VI11 (1), Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes, 39ª reunión Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1956.

Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107). 75va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988.

Informe VI (2), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107). 75va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988.

Informe IV (2A), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107). 76va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989.

Informe IV (2B), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107). 76va Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989.

Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica, Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, Ed OIT, Ginebra, 2012.

Poblaciones indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de los pueblos autóctonos de los países independientes, Ed. OIT, Ginebra, 1953.

Observación General (CEACR) 2008, publicada en 98ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2009.

Observación General (CEACR) 2010/81, publicada en 100ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, doc. CEACR-2010-O-S20-GEN-Sp.doc/v.3., 2011.

1.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C núm. 79. Voto razonado concurrente del juez Sergio Ramírez a la sentencia de fondo y reparaciones.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C núm. 125.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C núm. 125. Voto parcialmente disidente del juez A. Abreu Burelli.

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C núm. 214.

Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de Junio de 2012. Serie C núm. 245.

Caso Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C núm. 284.

Opinión Consultiva OC-10/89 relativa a "la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", 14 de julio de 1989.

Opinión Consultiva OC-16/99 relativa a "el Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", de 1 de octubre de 1999.

1.4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos: Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, OEA/Ser.L/V/II., doc. 56/09, 30 diciembre 2009.

Presentación del Informe anual de la CIDH del presidente, Comisionado James Cavallaro, en la 46 Asamblea General de la OEA, 15 de junio de 2016. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/actividades/discursos/15.06.16.asp. Fecha de consulta: 06/06/2017.

"Informe Ayotzinapa: Investigación y primeras conclusiones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa" Elaborado por el Grupo Interdisciplinar de Expertos Independientes (GIEI), septiembre de 2015.

1.5. Organización Panamericana de la Salud

Equidad, género y salud de las mujeres indígenas en las Américas. Organización Panamericana de la Salud. http://www.paho.org/. Fecha de consulta: 20/05/2017.

2. DOCUMENTOS Y LEGISLACIÓN ARGENTINA

2.1. Normas

Asamblea del Año XIII, Sanción Decreto de 1811 de supresión del tributo indígena, 12 de marzo de 1813. Disponible en Argentina Histórica: http://www.argentinahistorica.com.ar/. Fecha de consulta: 24/05/2017.

Ley 24.309, Constitución Nacional. Declaración de la necesidad de su reforma. Publicada en el Boletín Oficial el 31/12/1993.

Ley 817, Buenos Aires, 6 de Octubre de 1876. Publicada en el Boletín Oficial, 19 de Octubre de 1876.

Resolución ministerial núm. 792/12 de la Provincia de Salta. Decreto 1170/2012 de la Provincia de Salta.

2.2. Sentencias

Cámara Segunda en lo Criminal, "ROJAS HUMBERTO DARIO – ANRIQUEZ LUCAS GONZALO – PALAVECINO LEONARDO JAVIER", Expte. Nº 72, Sentencia núm. 95, 2004.

CJS, R., J. F.-Recurso de Casación, Expte. Nº CJS 28.526/06. Corte de Justicia de Salta, 29 de septiembre de 2006.

CJS, R., J. F.-Recurso de Casación, Expte. Nº CJS 28.526/06. Corte de Justicia de Salta, 29 de septiembre de 2006. Voto en disidencia de la Jueza María Cristina Garros Martínez.

CSJN, Recurso extraordinario "Miguel Ángel Ekmekdjian vs. Gerardo Sofovich y Otros", Fallos 315:1492., 7 de Julio de 1992.

CSJN, Recurso de hecho "Giroldi, Horacio David y otros/Recurso de Casación", causa N° 32/93, Fallos 318:527, 7 de Abril de 1995.

CSJN, Caso "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva", Fallos: 335:197, 13 de marzo de 2012.

2.3. Informes y estudios de organismos estatales

Defensoría General de la Nación, *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, Ed. Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010.

INADI, *Hacia un plan nacional contra la discriminación: la discriminación en Argentina*, Ed. Inadi, Buenos Aires, 2005.

INADI, *Recomendación general núm. 4: Contra la discriminación por privación de derechos a los pueblos indígenas y sus integrantes*, Buenos Aires, 2008.

INDEC, *Censo nacional de población, hogares y viviendas 2010: Censo del Bicentenario. Resultados definitivos*, Serie B núm. 2, Ed. Instituto Nacional de Estadística y Censos, Buenos Aires, 2012.

INDEC, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario. Pueblos originarios: región Noroeste Argentino*, Ed. Instituto Nacional de Estadística y Censos, Buenos Aires, 2015.

INDEC, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario. Pueblos originarios: región Patagonia*, Ed. Instituto Nacional de Estadística y Censos, Buenos Aires, 2015.

Instructivo para el reconocimiento y respeto de las costumbres y métodos de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos. Instrucción general núm. 6. Provincia de Neuquén, 02 de septiembre de 2014. www.mpfneuquen.gob.ar. Fecha de consulta: 30/03/2017.

Informe especial del Defensor del Pueblo de la Nación, "Deforestación en la provincia de Salta. Consecuencias biológicas y sociales", 2009.

Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, *Educación Intercultural Bilingüe en Argentina,* Ed. Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, Buenos Aires, 2004.

Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, Argentina, *Educar: Recursos para el aula, Pueblos indígenas.* Disponible:

http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD9/contenidos/recursos/pueblos-originarios/introduccion/ Fecha de consulta: 04/06/2016.

Secretaria de Cultura de la Nación, *Mujeres dirigentes indígenas. Relatos e historias de vida.* Ed. Secretaria de Cultura, presidencia de la Nación, Buenos Aires, 2008.

Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, *Perspectivas del medio ambiente en Argentina: Geo Argentina 2004,* Buenos Aires, 2004.

2.4. Otros documentos de derechos humanos

Amnistía internacional, *Mapa virtual de conflictos relacionados con la tierra, territorios y recursos naturales* (territoriales, ambientales, de violencia, desalojo, etc.). Disponible en: http://www.territorioindigena.com.ar/. Fecha de consulta: 28/03/2017.

Amnistía internacional, *Informe 2016/17 de Amnistía Internacional: La situación de los derechos humanos en el mundo,* lo Disponible en: https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/. Fecha de consulta: 12/06/2017.

Asociación por los derechos civiles, *Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación*, Buenos Aires, 2015.

Encuentro Nacional de Mujeres, *Cuadernillo de conclusiones del XXI*, Jujuy, 8, 9 y 10 de octubre de 2006.

Instituto de Género, Derecho y Desarrollo, *Caso LNP. Discriminación por género en el sistema de justicia en casos de violencia sexual*, Rosario, 2010.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos*, núm. 6, San José, 1998.

Preocupación por la situación de la niña wichí", 1 de junio de 20015. Disponible en www.cels.org.ar. Fecha de consulta: 24/03/2017.

3. DOCUMENTOS Y LEGISLACIÓN DE OTROS PAÍSES

3. 1. Sentencias

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 008-09-SAN-CC, Caso N° 0027-09-AN. Quito, 9 de Diciembre de 2009.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nº 113-14-SEP-CC, Caso Nº 0731-10-EP, Quito, 30 de julio de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nº004-14-SCN-CC, Caso Nº 0072-14-CN. Quito, 6 de agosto del 2014.

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 06 de octubre de 2007, RIT 66-2007.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 05 de noviembre de 2007, Rol 250-2007.

3.2. Leyes y anteproyectos

Ley 073. Ley de 29 de diciembre de 2010 Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Ministerio de Justicia de Bolivia, Prólogo de Nilda Copa Condorí, Ministra de Justicia, al Código Penal y Código Procesal Penal, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Bolivia, 2010.

Ministerio de Justicia de Bolivia, Anteproyecto de Código Procesal Penal, abril 2014. Disponible en www.justicia.gob.bo, Fecha de consulta: 19 de julio de 2016.

3.3. Documentos elaborados por organismos estatales

Defensoría Penal Pública, Modelo de defensa penal para imputados indígenas, documento elaborado por la Defensoría Penal Pública de Chile, s/f. Disponible en: http://www.dpp.cl/pag/82/245/defensa_indigena. Fecha de consulta: 30/06/2017.

4. RECURSOS PERIODÍSTICOS

Argentina indymedia, "Las mujeres de los pueblos originarios del norte argentino decidieron viajar a Buenos Aires para tratar que sus reclamos sean escuchados", 06 de junio 2009. Disponible en: http://argentina.indymedia.org/news/2009/07/680993.php Fecha de consulta: 28/03/2017.

Argentina Indimedia, "Primera reunión del Consejo Consultivo y Participativo de Pueblos Indígenas", 16 de julio de 2016. Disponible en: http://argentina.indymedia.org/news/2016/07/894347.php Fecha de consulta: 30/06/2017.

Comunicar Igualdad, "Salta: mujeres wichí reclaman participación y denuncian amenazas", 5 de junio de 2014. Disponible en: http://www.comunicarigualdad.com.ar/salta-mujeres-wichi-reclaman-participacion-y-poder-y-denuncian-amenazas/ Fecha de consulta: 20/03/2017.

Comunicar Igualdad, "Mujeres caminando por el "buen vivir", 5 de junio de 2015. http://www.comunicarigualdad.com.ar/mujeres-caminando-por-el-buen-vivir/. Fecha de consulta: 20/03/2017.

Derrocando a Roca, "Cartografía indígena en tiempos PRO (I)", 03 de noviembre de 2015. Disponible en http://derrocandoaroca.com/2016/08/10/cartografia-indigena-en-tiempos-pro/ Fecha de consulta: 28/03/2017.

Derrocando a Roca, “Cartografía indígena en tiempos PRO (II)”, 15 de marzo de 2016. Disponible en: http://derrocandoaroca.com/2016/08/18/cartografia-indigena-en-tiempos-pro-ii/ 15 de marzo de 2016. Fecha de consulta: 27/3/2017.

Diario El Tribuno Salta, “Absuelven a un aborigen acusado de embarazar a una wichí de 10 años”, 20 de octubre de 2006, Salta.

Diario El Tribuno Salta, “La Corte Suprema decide el destino de un wichí”, 31 de diciembre de 2009, Salta.

Diario el Tribuno Salta, “Los vecinos cortarán la ruta por 26 muertes en 23 días”, 18 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.eltribuno.info/salta/nota/2017-3-18-0-0-0-los-vecinos-cortaran-la-ruta-por-26-muertes-en-23-dias. Fecha de consulta: 18/03/2017.

Diario Página 12, “El sí de las niñas”, 7 de diciembre de 2007, Buenos Aires. Disponible en: https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-3772-2007-12-10.html. Fecha de consulta: 20/03/2017.

Diario Página 12, “Rebelión entre el mujerío”, 14 de agosto de 2009, Buenos Aires. Disponible en: https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-5104-2009-08-14.html Fecha de consulta: 20/03/2017.

Endepa, “Voces sobre la conformación del Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas”, 21 de julio de 2016. Disponible en: http://endepa.org.ar/?p=1796. Fecha de consulta: 30/06/2017.

Nuevo Diario, “Asumió la primera mujer frente al IPPIS y expuso sus prioridades”, en, 26 de enero de 2017, Salta. Disponible en: http://www.nuevodiariodesalta.com.ar/noticias/provinciales-2/asumio-la-primera-mujer-frente-al-ippis-y-expuso-sus-prioridades-4801 Fecha de consulta: 25/03/2017.

Notas, “Segunda marcha de mujeres originarias por el buen vivir”, 26 de abril de 2017. Disponible en: https://notasperiodismopopular.com.ar/2016/04/26/segunda-marcha-mujeres-originarias-buen-vivir/ Fecha de consulta: 02/07/2017.

L’Arc, Entrevista con G. Deleuze “Les intellectuels et le pouvoir”, vol. 49, marzo, 1972.

La Jornada, “Autonomía y soberanía”, 19 de enero de 1997, México. Disponible en http://www.jornada.unam.mx/1997/01/19/regino.html. Fecha de consulta: 01/06/2017.

Portal informativo de Salta, Producción agrícola de Salta, en: http://www.portaldesalta.gov.ar/agro.htm. Fecha de consulta: 18/03/2017.

Periódico Diagonal, Entrevista a Angela Davis, 08 de septiembre de 2016, Madrid. Disponible en: https://www.diagonalperiodico.net/libertades/31326-raza-genero-y-clase-son-elementos-entrelazados.html Fecha de consulta: 09/05/2017.

Revista Ñ, Entrevista a Spivak, 05 de noviembre de 2013, Buenos Aires. Disponible en: https://www.revistaenie.clarin.com/ideas/gayatri-spivak-entrevista_0_B1fZYGowmg.html Fecha de consulta: 04/04/2017.

Revista Superficie, "'Buen vivir' según las mujeres de pueblos originarios: derecho, territorio, amor y lucha" en 9 de diciembre de 2016, Misiones. Disponible en: http://revistasuperficie.com.ar/mujeres-originarias-derecho-territorio-amor-y-lucha.html. Fecha de consulta: 20/03/2017.

Sociedad Rural Salteña, "La soja lidera las áreas sembradas en Salta" Disponible en: http://www.ruraldesalta.org.ar/revista-nota.php?id=106449 Fecha de consulta: 18/03/2017.

Seminario permanente "Hacia una modernidad no-capitalista: La crítica y el encuentro de saberes" diálogos con Silvia Rivera Cusicanqui, disponible en https://vimeo.com/37141069 Fecha consulta: 19/05/2017.

5. MANIFIESTOS, RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS DE TRABAJO INDÍGENAS

Comunicación Humanitaria Estratégica, "Convocamos a dar soluciones a las demandas de los pueblos wichis y guaraníes" en, http://www.mateamargo.org/agencia/node/1980. Fecha de consulta: 23/03/2017.

CONAIE, "Proyecto político para la construcción del Estado Plurinacional Propuesta desde la visión de la CONAIE", Quito, 2012.

Declaración de Beijing de Mujeres Indígenas, adoptada en Huairou, Beijing, China en el Foro de ONGs, Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, 30 de agosto – 8 de septiembre de 1995.

Declaración de las mujeres indígenas en CSW 57, 14 Marzo de 2013, Nueva York. Disponible en: http://www.iwgia.org/news/search-news?news_id=755. Fecha de consulta: 29/04/2017.

Declaración de Quito, Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios, Quito, Ecuador, Julio 17 a 21 de 1990. Disponible en http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php. Fecha de consulta: 01/06/2017.

Denuncia del IDACH: El genocidio continua, Documento del Instituto del Aborigen Chaqueño, publicado en la Red de comunicación Indígena, Boletín mensual 16, Abril del 2007, Jujuy.

Manifiesto de las Mujeres indígenas de las 36 Naciones, 8 de marzo de 2017. Disponible en: https://www.originarias.net/manifiesto-de-las-mujeres-indigenas-de-las-36-naciones/ Fecha de consulta: 28/03/2017.

Ni una menos sea un compromiso hacia la Despatriarcalización y Descolonización, Enlace Continental de Mujeres Indígenas. Fragmentos disponible en "Feminicidio Indígena", http://www.izquierdoshumanos.com/single-post/2015/06/05/El-femicidio-indigena Fecha de consulta: 12/06/2017.

Petitorio de mujeres originarias al gobierno de Salta". Disponible en www.salta21.com/spip.php?article2732 Fecha de consulta: 29/03/2017.

Presentación de Tarcila Rivera Zea, en representación del Enlace Continental de Mujeres Indígenas de las Américas, en la 59° Sesión de la Comisión de la Condición Social y Jurídica de la Mujer Nueva York, Consejo Económico y Social de ONU, celebrada 10 al 21 de marzo del 2014.

"Solo tres minutos", 8 de marzo de 2017. Disponible en: https://www.originarias.net/8m-solo-3-minutos-marcha-de-las-mujeres-originarias/ Fecha de consulta: 01/07/2017.