



*El Derecho de los Pueblos Indígenas, los cambios constitucionales y la interpretación judicial en la Argentina<sup>1</sup>*

Por *Manuel A. J. Moreira*

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL)

Magíster en Antropología Social (UNaM)

*En la Argentina el proceso de reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Originarios ha tenido tres etapas constitucionales. La primera se anuncia con el proceso de emancipación del dominio español a partir de 1810. Numerosos documentos y la Asamblea del año XIII crean nuevos derechos a favor de los indígenas. Luego estos reconocimientos se estancan, comienza una guerra intestina que desemboca en una primera campaña punitiva contra los pueblos indígenas en 1833. Nuevos pactos y acuerdos postergan el impulso reivindicativo. Este proceso se consolida con la Constitución de 1853-60 mediante la cláusula que devolvía a los indios detrás de una frontera, con una vecindad hostil. La consecuencia fue la denominada eufemísticamente “Conquista del Desierto” del año 1879. A la que le siguieron las campañas del norte.*

*La segunda etapa se insinuó contradictoriamente con la modificación de la Constitución en la reforma de 1949 que pretendía la integración total y luego con la modificación constitucional de 1957 donde se presentaron proyectos novedosos pero finalmente se volvió al texto original (1853-60). El efecto judicial de este pacto contractual viciado fue una casuística desordenada en todo el país. Los jueces resolvieron los conflictos aplicando azarosamente el derecho natural, la analogía improvisada o el recalcitrante positivismo, como un indeciso compromiso del aparato estatal con los “ciudadanos” nativos colonizados. En esta etapa se aprecia*

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el Congreso de la Red latinoamericana de Derecho y Antropología del año 2010 en Lima-Perú (Mesa: Constitucionalismo y Pluralismo jurídico: balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Pluralismo jurídico).

*una inclasificable producción jurídica que oscila entre la violencia racista y la indulgencia patriarcal.*

*La tercera etapa emerge con la reforma de la Constitución de 1994 y el depósito del Convenio 169 de la OIT en 2001. En este período se advierte un cambio de paradigmas en la judicatura relacionada con la ecología y los derechos indígenas que presenta una mayor coherencia, sobre todo en los fallos de la Corte Suprema. Asimismo se divisa una línea más débil en cuanto a los programas y las políticas indigenistas y un desordenado escenario en lo relativo a la casuística penal. Se inician juicios históricos sobre el genocidio del norte argentino.*

### **I. De la independencia a la “conquista del desierto”**

En la Argentina se destacan con nitidez dos particularidades históricas diferente al resto de los Estados Naciones creados a partir de la guerra de la Independencia contra España. Una fue el sistema implementado en las Reducciones Jesuíticas como una forma de dominación que impidió el avance Portugués en extensas fronteras étnicas y territoriales, con lo que se amortiguó la metodología salvaje del colonialismo<sup>2</sup> y la otra fue el trazado de las fronteras en el sur del Virreinato que se establecieron mediante pactos entre la Corona española y los pueblos indígenas que habitaban en el sur de la Provincia de Buenos Aires y la región Patagónica.

En la Argentina de la colonia española se firmaron numerosos tratados con las naciones indígenas, que inclusive fueron denominados de esa forma y a los que se les concedió el mismo rango jurídico. El invasor se apropió de territorios estratégicos y mantuvo a los pueblos indígenas en otros espacios, para ese entonces desiertos y regiones selváticas. Esos territorios estaban alejados del mar y de los ríos navegables. El plan de la conquista hispánica no incluía esas reservas habitadas por grupos indígenas con las que acordaba treguas indefinidas y toleraba el trazado de fronteras.

Los primeros años del gobierno patrio emancipado de España fue exonerar a los indígenas de todas las formas opresivas y los vestigios de la esclavitud practicada. Pero una década después otra idea expansiva se apodera del nuevo Estado diferente al invasor colonial original. La que resulta una mutación post-colonial que pretende expropiarles los territorios ocupados ancestralmente o donde se encontraban confinados. Con ese propósito el colonialismo alcanza su perfección, porque la tierra era el vínculo más poderoso con las tradiciones de los pueblos originarios y su identidad.

De esta manera se establece el Estado Nacional que abandona la condición de colonia externamente, pero internamente se vuelve más expansivo que sus antiguos “dueños” y esta ideología surge de una manera incontrolable con expediciones

---

<sup>2</sup> También hubieron Reducciones en Brasil y Paraguay. Pero en fronteras imprecisas y dentro de una estrategia diferente.

militares punitivas o de exterminio. La más visible fue la denominada “Conquista del Desierto” cuyo título ambiguo parece indicar la proeza de un explorador superando la adversidad de una naturaleza hostil y no la aniquilación de los pueblos originarios arrinconados en sus propios territorios.

En 1768, en el norte se modifica la situación indígena con la expulsión de la Orden religiosa jesuítica y el desmantelamiento progresivo de las Reducciones<sup>3</sup>, suplantadas por una Gobernación militar. En tanto, en el sur se logran acuerdos mediante una serie de tratados que imponen condiciones, aunque reconocen la existencia de una nación indígena con la que establecen alianzas y otras hostiles. Estos pactos, tratados y capitulaciones restringen el territorio, negocian la devolución de ganado, prisioneros o cautivos, y prometen protección, intercambio de mercaderías, y respeto por las posesiones de los hacendados. Todos los instrumentos exigían como condición el reconocimiento de las autoridades reales.

El gobierno emancipado a partir de 1810 mantiene la misma política con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, según se aprecia en el Tratado de Paz de la estancia Miraflores (1820), el Tratado de Paz del Huanaco (1825), el Tratado de paz con el cacique Llanquitrú (1857), Catriel (1871) y con los Pehuenches (1872). Pero en la realidad son documentos que ocultan otra voluntad. Es como una fuerza inercial que permanece durante el cambio de la voluntad imperial a un Estado liberal que se nutre de una ideología donde el motor es el progreso y la palanca el horizonte civilizatorio.

La Asamblea del año XIII dispone medidas respecto de los indígenas que adelantan un cambio en el trato, el respeto y la dignidad de los pueblos originarios en pos de las ideas revolucionarias de la época. Se puede destacar la abolición de los tributos, la Mita el Yaconazgo y la Encomienda como otras formas de esclavitud. Los vaivenes ideológicos del nuevo gobierno se asoman al poco tiempo y un ejemplo de ello aparece en diciembre de 1810, cuando Castelli delegado de la Junta de Buenos Aires se instala en Chuquisaca y declara el “equiparamiento legal de los indígenas con los criollos”, declarándolos aptos para ocupar todos los cargos del Estado, además de la apertura de escuelas bilingües. Para luego el 5 de febrero de 1811 en abierta contradicción con las instrucciones de la Junta lanza el manifiesto dirigido a los Indios del Alto Perú.

A la Asamblea del año XIII le sigue el Congreso de Tucumán de 1816 y la Declaración de la Independencia. En ese tramo de la historia, la guerra contra

---

<sup>3</sup> Las Reducciones Jesuíticas estaban organizadas dentro del propio régimen colonial, y supervisadas por las autoridades virreinales como lo explica Alberto Armani (1988: 169-216). Existía una íntima relación entre la Corona y la Iglesia lo que fue determinando que el gobierno religioso y el temporal se organizaran de manera paralela y complementaria. Además no debe olvidarse los tribunales del Santo oficio de la Inquisición cuya competencia en herejías, apostasías, blasfemias heréticas, supersticiones y e idolatrías permitían divisar el tipo de control ejercido dentro de las Reducciones (Cfr. Eduardo Martire “La Organización Judicial Indiana” en *Temas del derecho Indiano* (1970:65-67))

España hace que la Junta de Gobierno oriente su atención hacia la contienda bélica. Así destaca Félix Luna (2009: 167): *La política, la economía y la vida social estarán sujetas a las necesidades militares. La Junta de 1810 establece que “es necesario reconocer un soldado en cada habitante”*. Los reveses del Alto Perú agudizan la visión castrense y profundiza la militarización de la población. Esta variable transitoria no debe ser vista como una justificación del holocausto posterior, pero combinada con la nueva ideología fue decisiva para borrar de los programas políticos toda forma reivindicativa de los pueblos indígenas. El reclutamiento forzoso de muchos de ellos para sostener al Ejército en las campañas militares conspiró contra el reconocimiento político de los mismos. Los españoles, no obstante su pretensión colonial siempre estuvieron atentos a negociar con los pueblos indígenas y a reconocer algunos derechos mediante alianzas y estrategias de dominación.

A partir de 1830 se acentúa el expansionismo. Si miramos la situación desde el punto de vista indígena el colonialismo aumenta en su pretensión hegemónica y solamente se modifica la retórica en cuanto a las ideas políticas, que pasa de la monarquía a la república. Pero se emprende una nueva conquista del territorio y de la unidad nacional. Todo este escenario político nuevo prescinde del indígena como si fuese una herencia indeseada del mundo conquistado. La nueva retórica sobre la igualdad busca desesperadamente la homogeneidad y de ese modo la supresión de todo foco de resistencia al Estado-Nación engendrado con la revolución de mayo.

La cuestión indígena es una contingencia que solamente tendrá importancia en tácticas y estrategias provisionarias y dentro del plan de pacificación y control de las fronteras donde se encuentran en pugna caudillos provinciales, caciques hostiles, y otras potencias europeas que merodeaban el Río de la plata. Con este marco histórico nace la primera constitución nacional en 1853 que incluye a 13 provincias y que en 1859 con el Pacto de San José de Flores incorpora a la provincia de Buenos Aires acompañada de la reforma de 1860 que modifica la carta magna y entre una de sus cláusulas dispone “*de proveer la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover su conversión al catolicismo*” como uno de los fines esenciales del flamante Estado.

Si consideramos los numerosos focos de resistencia indígena y la posesión de los territorios del sur en ese momento se reconoce una “frontera étnica” alterando el sentido de los pactos y convenios existentes con la monarquía española y los que le siguieron con el gobierno emancipado. Se pensaba que el desierto era el peor enemigo, no el indio, por eso era necesario poblar. Pero para poblar había que sacrificar al indio, que no se adaptaba al progreso y a las reglas del nuevo gobierno.

La siguiente reforma constitucional de 1949 elimina la controvertida cláusula y siguiendo la ideología dominante pretende reacomodar todas las diferencias étnicas en la categoría de la igualdad y en una pretendida integración nacional forzosa. La mecánica seguida comenzó con una modificación del art. 16 de la Constitución suplantado por el nuevo art. 28 que declaraba “*La Nación argentina no admite diferencias raciales...*”. Además en el Anteproyecto de Reforma se consideraba

que la conquista de los territorios indígenas la norma relacionada con indígenas debía suprimirse.

El golpe de Estado de 1955 acarrea una nueva reforma constitucional en 1957 que reinstala la vieja constitución del 53 manteniendo la cláusula del art. 67 inc. 15. En la Convención Constituyente hubieron dos proyectos diferentes, el de los convencionales T. Bronzini y otros que promovía suprimir la frase original teniendo en cuenta que era contraria a los derechos humanos proclamados en París de asegurar una mayor libertad religiosa. El otro proyecto le perteneció a Ghioldi, Othar y Tadioli que proponían el siguiente texto: *“Las comunidades indígenas (tobas, tehuelches, mocovíes, fueguinos y otras que existan) serán reconocidas jurídicamente y sus miembros gozarán de todos los derechos políticos y sociales...”*<sup>4</sup>

Más adelante se dictan una serie de leyes, decretos, se implementan curiosos censos que declaran rescatar, resguardar y proteger a las poblaciones indígenas, siempre con el programa de la integración educativa, lingüística y cultural. Los derechos étnicos, la pluralidad cultural y la idea de “pueblo” coexistente aparece tardíamente con el reconocimiento del Convenio 169 de la OIT a través de una ley sancionada en 1992, pero el depósito en Ginebra se realiza 10 años después en 2001. En 1994 se sanciona la reforma constitucional y se incorpora en el art. 75 inc. 17 que reconoce la preexistencia étnica de los pueblos originarios y establece una serie de garantías sobre la identidad, la interculturalidad y las tierras tradicionalmente ocupadas.

## 2. Los cambios en la jurisprudencia.

Voy a dividir en tres etapas la visión judicial en torno al delito cometido por un indígena o contra los pueblos indígenas. Para ello voy a seleccionar situaciones, eventos y casos paradigmáticos donde se puede ver el aparato judicial en crisis. En la primera etapa se descubre un enemigo a partir de una transmutación ideológica: El contraste entre “civilización y barbarie” se vuelve una antinomia bélica. La agencia judicial oscila entre la mirada conservadora, liberal o autoritaria. No se rescatan casos que permitan detectar un proceso de cambio o reivindicativo. El aparato coercitivo y judicial del Estado solo legitima la violencia del Estado que mide los hechos como un esfuerzo heroico por establecer la paz y generar progreso. Esta realidad es fácil de advertir en las plazoletas y monumentos dedicados a esta barbarie militar.

En una segunda etapa los operadores judiciales se mueven en el plano del derecho natural, como un tibio reconocimiento de lo diferente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la labor internacional en contra del racismo producto de los efectos del nazismo generan nuevas expectativas. En los conflictos judiciales se escarba dentro del propio sistema buscando la manera de solucionar el conflicto sin apartarse del mismo.

---

<sup>4</sup> Cfr. Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación, *Tratamiento de la cuestión indígena*, Bs. As. ps. 70-71.

En la última etapa se crean nuevas herramientas legales locales como internacionales, los cambios de paradigmas y un reconocimiento desigual que modifica el sistema, pero no suprime las anteriores condiciones. Los casos reflejan estos vicios estructurales.

2.1. *La violencia y el conflicto dentro de una antinomia nación versus bandas hostiles. La retrojusticia.*

En la primera etapa se registran pocos casos penales en la judicatura argentina relacionados con indígenas que han sido explorados con simplificada lucidez por José D. Cesano (2010: 21-29). Esta casuística irrisoria y sin valor estadístico se encuentra documentada en fallos de la Corte Suprema de Justicia. El primero se remonta a 1885 y trata de un homicidio en Chaco donde un indígena da muerte a otra, en una confusa riña pasional. En la argumentación el Juez se excusa de la pobreza sumaria a causa “*de la ignorancia de los indígenas...su ignorancia de nuestro idioma nacional, o su defectuosísima expresión y comprensión...*”.<sup>5</sup> El segundo ocurre en 1942 donde la Corte suprema al resolver un caso de homicidio ocurrido en el Territorio Nacional de Formosa fue discutido el “*grado de absoluta incultura del autor*” y la condena se fundó en rechazar todos los argumentos de la defensa.<sup>6</sup> El tercer caso sucedió en Esquel en 1958 en una causa sobre estupro. El tribunal estimó que la menor indígena era “*deshonesta*” al cohabitar con su abuelo indígena al cual absolvió y donde se describía las costumbres indígenas como “*ambiente semibárbaro*”.<sup>7</sup>

Entre estas parodias judiciales ocurren otros episodios que revelan con claridad el programa de asimilación de la manera más brutal. Los mínimos reclamos de las comunidades indígenas o manifestaciones religiosas, denominadas por Bartolomé como “*movimientos milenaristas*”<sup>8</sup> (Suplemento Antropológico:1972:107-121) son reprimidos con una violencia desmedidamente genocida. Muchos fueron los procedimientos de exterminio, enmascarados en investigaciones judiciales como el de la masacre de Napalpí, que se tramitó en el Expte. Nro 910 caratulado como “*Sublevación indígena de la Reducción de Napalpí*”.<sup>9</sup> En realidad lo que se aprecia son encuentros

---

<sup>5</sup> Cfr. Fallos T 2, pp. 209-210.

<sup>6</sup> Cfr. Fallos, T 211, p. 341.

<sup>7</sup> Cfr. Jurisprudencia Argentina, T 1958, III, p. 570.

<sup>8</sup> Cfr. Leopoldo Bartolomé (Movimientos milenaristas de los aborígenes chaqueños entre 1905 y 1933) en *Suplemento Antropológico de la Universidad Católica de Asunción, vol 7, nros 1 y 2, 1972*. Allí Bartolomé explora la tensión interétnica no solo como producto de la desigualdad y la pobreza, sino que además las comunidades indígenas se encuentran movilizadas en esa época por líderes religiosos que predicán desde una visión apocalíptica. De esta manera Bartolomé describe la situación de conflicto como: *Desconfianza mutuaq, discriminación y explotación económica caracterizaban las relaciones entre blancos e indígenas* (ob. cit : 109).

<sup>9</sup> Cfr. Vidal Mario: 2006: 29

colectivos intolerantes que desatan cruentas campañas de exterminio. Por un lado aparecen episodios de violencia donde se vincula a indígenas con la idea de “malón”, que no se atribuye a la forma de un combate defensivo, sino que se asocia a la asolación, destrucción y muerte sembrada por bandas hostiles. Esta idea alienta, fortalece y apremia a los “conquistadores” que inician la guerra de exterminio. Todos estos casos no fueron juzgados por la justicia argentina en aquel momento. Sino que la justicia lo hace actualmente bajo la categoría de delitos de lesa humanidad, cuya imprescriptibilidad permite su revisión.

Además de la Campaña del Desierto en 1879 donde murieron miles de indígenas y otros miles fueron esclavizados podemos citar el Envenenamiento de Springhill (1903), en la playa de Springhill, Tierra del Fuego donde murieron 500 Onas que habían ingerido carne de ballena, previamente envenenada. La denominada Matanza de la playa Santo Domingo (1905), también en Tierra del Fuego, una tribu Ona de 300 individuos fue asesinada - niños incluidos - luego de ser invitados a un banquete, con la ilusión de un acuerdo de paz. La masacre de una población Pilagá en 1919, donde se asesinaron a 120 familias (700 personas) en represalia por la muerte de 15 soldados en el Fortín Yunká.

La Masacre de Napalpí (1924), ocurrida en la provincia del Chaco se inicia cuando 200 tobas en rebelión contra varios estancieros por los malos salarios participan de una protesta en reclamo de sus derechos. La policía reprimió y asesinó a todos. Esta represión sangrienta se encuentra en proceso de investigación y el actual gobernador pidió perdón públicamente a la comunidad afectada.<sup>10</sup>

Veinte años después ocurre una nueva masacre que se denominó de Rincón Bomba (1947) y ocurrió en la actual Provincia de Formosa donde aproximadamente 500 a 700 aborígenes de la etnia Pilagá, murieron bajo las balas de las ametralladoras de Gendarmería Nacional, durante el gobierno de Juan Domingo Perón. La Fundación Pilagá radicó en el año 2005 una denuncia ante el Juzgado Federal de Formosa.<sup>11</sup> En “Rincón Bomba: Lectura de una matanza” Orlando Van Bredam en forma narrativa reconstruye el episodio que comienza con la promesa de un cargamento que al momento de ser retirado se encuentra en mal estado e intoxica a la población Pilagás. En esta versión moderna de la tragedia de un pueblo le sigue el holocausto. (Van Bredam: 2009).

De manera que en esta primera etapa el aparato judicial forma parte

---

<sup>10</sup> La demanda fue presentada en el 2004 por la Asociación Aborigen La matanza de Quitilipi que exige una reparación histórica en nombre de 20.000 indios Tobas, Wichis y Mocovíes. Se encuentra en trámite en el Juzgado Federal de Resistencia, provincia de Chaco.

<sup>11</sup> Véase el informe de avance 90/91, PID CONICET, Nro 444/88, SABARDELLA, Cirilo y BRAUSTEIN, José “Las dos caras de la tragedia de Fortín Yunka” en “*Hacia una nueva carta étnica del Gran Chaco*”, 1991.

del aparato de represión y exterminio y solo legitima sus acciones al ausentarse del teatro de operaciones donde se consuman los crímenes. En la última década ha surgido una justicia eruptiva, que podría denominarse como retrojusticia que trata de reparar el genocidio perpetrado, pero que se realiza con mucha lentitud por el tiempo transcurrido.

*2.2. El exotismo indígena: el derecho natural y la inimputabilidad como soluciones legales.*

En la segunda etapa existen algunos fallos que pueden mencionarse y que se destacan por sus soluciones estrafalarias que conectan el derecho natural con un positivismo mezquino, pero que sobre todo colocan al indígena en un plano de marginalidad, atraso cultural o disminución psíquica como el caso de “Lonco Luán” ocurrido en 1978 en la Provincia de Neuquén donde miembros de la etnia Mapuche dieron muerte a otros influidos por la prédica religiosa de una Secta Pentecostal. La solución vino desde la psiquiatría donde se estableció que los autores padecieron de un “estado de éxtasis místico” que les impidió comprender la ilicitud de sus acciones.

Otro caso sucedió en Misiones donde se juzgó y castigo a un indígena, aplicando el criterio de “responsabilidad colectiva consentida” con el que se evitó la individualización de la pena y se archivó el expediente. Hubo otros casos de conflictos por “brujería” entre shamanes de distintas etnias y represalias sangrientas que tampoco tuvieron condenas.

Vale la pena detenerse en un caso, que es el primero en el país, sobre resistencia judicial indígena que ha forzado a la agencia judicial a una intervención no deseada y a una solución que se podría calificar de “premonitoria” en cuanto a los aspectos que roza y anticipa desde la periferia, anunciando el modelo de paradigma que se revelará veinte años después.

El caso se compone de una serie de hechos que se ordenan secuencialmente a partir de un conflicto que se expande culturalmente y provoca una crisis interétnica. Empieza en 1969 y termina en 1972.<sup>12</sup> Un indígena Mbya-guaraní, Santiago Villalba, da muerte a dos de su misma comunidad, es juzgado y condenado por el doble homicidio y finalmente un tribunal superior modifica la pena inicial entendiendo que solo hubo exceso en la legítima defensa.

A causa del fallo favorable el indígena queda en libertad anticipadamente, después de cumplir condena en una cárcel provincial por el delito de “Homicidio con exceso en la legítima defensas”. Inmediatamente, el indígena regresa a la localidad de Dos de Mayo, localidad próxima a su aldea. Al conocerse su libertad, la comunidad de donde provenían las dos víctimas se reúnen y deciden convocar una

---

<sup>12</sup> Véase Moreira Manuel, “El derecho indígena y la justicia ajena. Notas sobre la identidad político-judicial del Mbya-Guaraní” en Revista *LA LEY*, Suplemento Actualidad, Buenos Aires, marzo, 1999.

Asamblea para juzgar a Villalba, ya que la pena impuesta no los había satisfecho y porque había eludido el juicio previsto en sus costumbres y creencias religiosas, único modo de recuperar la paz del grupo. Bajo esa premisa se inician los trámites necesarios para juzgarlo nuevamente, desconociendo lo actuado por la justicia estatal. Como primera medida el cacique Dionisio Duarte ordena que Santiago Villalba sea arrestado por los “soldados” indígenas y sometido a un nuevo juicio. Cumplida esta Villalba es detenido, maniatado y conducido por la fuerza a la comunidad.

Mientras se organizaba la Asamblea, con la citación de las autoridades vecinas, el acusado se suelta de sus ligaduras y logra escapar. Inmediatamente se dirige a la Policía y denuncia haber sido secuestrado y maltratado de diferentes formas. De esa manera activa nuevamente la justicia estatal, esta vez en contra de quienes buscaban satisfacer a la comunidad con el juicio ancestral por las muertes de los dos indígenas.

La intervención policial precipita un proceso judicial en contra de los caciques que se disponían a cumplir con sus leyes “consuetudinarias”, por el delito de “Privación ilegítima de la libertad” que se instruye con medidas de coerción urgentes y humillantes contra los operadores más visibles del frustrado juicio.

Este nuevo proceso penal, concluye con el sobreseimiento de los indígenas justicieros que justifican su proceder con diferentes argumentos: Que el propio Presidente Lanusse (de facto) les había indicado en una entrevista que podían vivir según sus leyes, siempre que no afecten a un blanco, que ignoraban que no podían juzgar a un miembro de su comunidad y que solo aplicaban el derecho tradicional, de conformidad con sus costumbres.

La causa concluye con el sobreseimiento definitivo de los imputados, ya que el Juez de Instrucción entendió que no hubo propósito de delinquir.<sup>13</sup>

Aquí la solución aparece difusamente construida, desde una dudosa legalidad. La falta de tipicidad no fue fundada debidamente, el error tampoco aparece claramente enunciado, sino que surge como producto de una inferencia posible, en razón de los datos aportados. El defecto cognitivo no imputable, provocado por la presencia y autorización de un Presidente de facto, habilitó el derecho de realizar un juicio nuevo, aplicando las normas consuetudinarias del pueblo guaraní. Esta causa determinante en el pronunciamiento de la asamblea indígena fue ignorada en los fundamentos del fallo.

El sobreseimiento definitivo con respecto a los acusados según se transcribe en el Expte. Nro 291/72 del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, nro 1 de Oberá, se basa en el dictamen fiscal que se anticipa a la legislación internacional

---

<sup>13</sup> Llama la atención que al sobreseimiento definitivo de los imputados le haya seguido el sobreseimiento provisional de la causa, según los institutos procesales vigentes a la fecha. Al dejar abierta la causa, la justicia estatal ponían en evidencia la forma dudosa de resolver, ya que suponía que se cometió un delito que merecía una renovada investigación.

cuando determina que el denunciante fue: *objeto de una sanción en base a leyes seculares existentes entre las tribus indígenas de esta Provincia. Que las supuestas lesiones o privación ilegítima de la libertad o demás violaciones del código de fondo, fueron aplicadas en territorio indígena que goza de la protección y amparo del Estado*

La solución ocurre durante un “gobierno de facto” y puede verse paradójicamente compatible con la suspensión de los derechos constitucionales y se justifica en la autoridad del propio Dictador extrañamente benévolo autorizando una conducta prohibida, aunque legítima. Este antecedente curioso es el que permitió fundar la decisión judicial explorada.

### 2.3 La noción de “pueblos” y la interculturalidad.

En la tercera etapa se pone en evidencia en la agencia judicial una colisión ideológica y resistencia para aceptar y homologar los cambios producidos con el cambio de paradigmas. Los nuevos aspectos desarrollados desde el propio Derecho Penal oficial se encuentran soluciones como el de “posesión de tierras tradicionales y atipicidad” (2007) a favor del Longo Víctor Intiman, o por “causa de justificación putativa” (1998) con la absolución del indígena Raúl Puel en Neuquén en fallo del Superior Tribunal de Justicia, o el “error de prohibición” en una causa resuelta por la justicia federal de Misiones (Martínez, Expte 20/2006) con un indígena Mbya que había ingresado clandestinamente al territorio nacional con mercadería prohibida.

En esta etapa el juzgamiento de un indígena es considerado inmediatamente como un acontecimiento especial que repercute en los medios de prensa, estimula la presencia de organizaciones defensores de los derechos indígenas y los defensores acuden a las nuevas herramientas conceptuales que irrumpen en un escenario judicial todavía anclado en un monismo estructural.

De todos los casos mencionados que he analizado en escritos anteriores he elegido detenerme en el siguiente porque ha sido discutido ásperamente en tribunales, tanto en la instancia de juzgamiento como en la del Superior Tribunal de Justicia Provincial y no obstante la ausencia de pericia antropológica y de una discusión sobre la aplicabilidad del Convenio 169 se han instalado los nuevos paradigmas, tanto por el juzgamiento de una práctica colonial que dura hasta la fecha y por el cambio en la percepción de la naturaleza de la prueba.

Este hecho ocurrió en la provincia de Formosa<sup>14</sup> y se trató de un caso de abuso sexual cometido la noche del día 22 de mayo de 2005 en la localidad de Laguna Yema.

La causa penal comenzó con la denuncia de Pedro Carrizo, progenitor de Nemesia C. –menor de edad e indígena del pueblo Wichí–, contra Rubén Héctor G. y Hugo Oscar B., manifestando que los mismos abusaron sexualmente de su hija, luego de golpearla y maltratarla.

---

<sup>14</sup> Cfr. Moreira, Manuel: 2008.

La Cámara Criminal en juicio oral, con los votos del Dr. José Luis Pignocchi y Lucrecia Canavesio de Villalba y el voto en disidencia del Dr. Ricardo Fabián Rojas, resolvió condenar a los acusados por el delito de abuso sexual con acceso carnal. En su voto, el Dr. Pignocchi indicaba que se ha habido probado el hecho y la autoría responsable con los informes periciales, indicios y análisis sobre la motivación cultural de los denunciados y acusados; mientras, el voto disidente argumentaba que no se acreditaron los términos de la denuncia, estimando que las relaciones fueron consentidas, lo que propiciaba la absolución de los imputados por el principio *in dubio pro reo* del art. 4 del C.P.P.

El fallo abordó la cuestión denominada “chineo”, que es una práctica cultural de sometimiento y discriminación. “Chinero” es un apelativo que designa al que frecuenta “chinas” y dentro de la jerga popular denomina a una persona que busca relacionarse con mujeres de baja condición social. Este significado se encuentra disfrazado en el diccionario de la Real Academia Española, que traduce con mucha precaución, pero admite en los significados de “china” a la mujer de rasgos aindiados.<sup>15</sup>

De esta manera, parece facilitar el examen la intención de los acusados de buscar a dos “chinas” con quienes mantener relaciones sexuales al ingresar al territorio indígena persiguiendo y acosando a las dos mujeres pertenecientes a la etnia Wichí. En el voto mencionado se ordenan detalladamente los indicios culturales que sostienen la prueba y casi todos provienen de un estado excepcional para la cultura Wichí. Entre ellos destaca: “la denuncia que efectúa el padre de la víctima, superando la habitual actitud de conformismo y pasividad nacida a partir de la consecuente discriminación de la cual son objeto los pueblos indígenas en nuestra región”.

Se examinan otros comportamientos excepcionales que se apartan de los estándares sociales del Wichí, como el hecho de que la víctima sea acompañada por hombres a los centros de salud; el auxilio desesperado de su amiga, quien despertó a su padre para que concurra al lugar donde había ocurrido el hecho, y la ausencia de reclamos de tipo económico por parte del padre o la víctima. Las respuestas ante el evento aflictivo fueron comparadas con las costumbres nativas de la comunidad agraviada y también en el marco de la interacción litigiosa con la agencia judicial.

No obstante la admisión de la prueba cultural, no se puede dejar de advertir que la prueba restante se encuentra contaminada por la demora, la ambigüedad de los informes y los significados, la vaguedad e imprecisión de los testimonios (prestados dos años después) y la falta de una pericia antropológica. Este desorden de los datos e informes periciales colectados por la instrucción y luego rescatados y explicados parcialmente durante el debate, exigió a los jueces una operación lógica

---

<sup>15</sup> En realidad en el Diccionario de la Real Academia Española se habla de “chinerío” como conjunto de mujeres aindiadas, pero se omite incluir en “chinero” a quien se mezcla con esas mujeres. En cambio dice ambiguamente que “chineo” es la acción y efecto de “chinear”. Madrid, 1992, pp. 647. También en el diccionario de portugués Aurelio se describe esta palabra como un americanismo cuyo significado la “china” es la “mujer del indio” y el chineo el hábito de buscarlas.(2010:486).

conectada a la dimensión cultural, necesaria para completar el cuadro indiciario y alcanzar certeza de que el hecho sucedió realmente como fue relatado por la víctima.

Así, en el voto mayoritario se examinó el contacto entre blancos e indígenas dentro de un contexto donde el mestizaje y el intercambio cultural han debilitado las fronteras de la diferencia, pero no lo suficiente como para ocultar la exclusión social y el estigma por la identidad indígena, la pobreza y el sometimiento. En este sentido, el trámite de la causa reveló una situación de desigualdad y discriminación exacerbada en el ataque sexual y sólo explicada desde una cultura hegemónica con resabios coloniales.

En el ámbito del derecho, el análisis de los patrones culturales se encuentra contaminado con la idea evolucionista donde la cultura se describe en estadios que distinguen entre sociedades bárbaras, primitivas y civilizadas. Esta idea etnocéntrica ha sido cuestionada en muchos documentos de protección de los derechos humanos, que han dejado en claro que la idea de cultura debe ser vista de una manera que contemple también prácticas sociales y comunitarias diferentes al estándar conocido.

La agresión sexual desde la mirada hegemónica pierde relevancia apenas se considera la condición de indígena de la mujer abusada, pues la pobreza y la exclusión social aumentan la vulnerabilidad de estos grupos étnicos. En el caso de los Wichí, cuya libertad sexual aparece ante una mirada superficial como más expandida y precoz que la blanca, facilita el estereotipo de la promiscuidad o la prostitución, que justamente resultó el principal argumento defensivo de los agresores.

Sin embargo, la idea de una sexualidad desenfrenada sólo es aparente porque la diferencia cultural instala una mayor precocidad, ya que los Wichí consideran que a partir de la menarca se establece la condición de mujer sin tener en cuenta las categorías de edad de la sociedad blanca. Admiten en sus costumbres algunas formas de relacionamiento previo al matrimonio, como la unión provisoria consumada bajo la tutela y el control de los padres. Por último, el matrimonio carece de exigencias formales, por lo que el vínculo puede disolverse con más facilidad que en la sociedad hegemónica. (Braustein: 1999, p. 254)

Si consideramos a la sociedad Wichí como una cultura donde el sexo es considerado con mayor libertad y desde una edad más temprana, estas costumbres no nos permiten presumir que esa misma comunidad tolere la violencia sexual o que de algún modo se acepte el abuso como parte de lo cotidiano. Por el contrario, la mayor libertad sexual de la sociedad Wichí es también la garantía de que el abuso sexual no es aceptado como una conducta normal. En este sentido, los estudios etnográficos nos demuestran que el pueblo Wichí considera un “delito” la violación y todas las formas de agresión sexual.

En la sociedad Wichí, explica Jan-Åke Alvarsson (Califano: 1999, p. 238)

*Los casos de violación son rarísimos... por varias razones.  
Normalmente las mujeres desempeñan un papel activo en las*

*relaciones sexuales, y un hombre casi nunca toma la iniciativa. Además, las mujeres gozan de una elevada posición social y casi siempre son capaces de defenderse por sí solas. De esta manera, se considera casi imposible y sobre todo improbable que un hombre viole a una mujer.*

En el caso citado se ha dado una situación de abuso colectivo hacia la joven indígena y se ha comprobado la afectación física y psicológica, lo que explica la movilización familiar y la insistencia en reclamar justicia.

Como conclusión, es importante destacar la percepción expandida de los jueces que decidieron incorporar los elementos culturales en pugna, casi siempre extraños al mundo jurídico donde todavía prevalece un pensamiento refractario a la pluriculturalidad. Además admitieron como punto de análisis la desigualdad en que se encuentran las mujeres indígenas al momento de relacionarse con hombres blancos y sobre todo la vulnerabilidad y desprotección a la que están expuestas al momento de reclamar ante la Justicia.

Aunque los jueces no mencionaron el Convenio 169 de la OIT que garantiza la no discriminación y establece medidas protectivas para el ejercicio de los derechos de los pueblos originarios y la gravedad del hecho cometido dentro de lo que podríamos llamar “territorio indígena” (art. 18 del Convenio 169 de la OIT), el voto mayoritario lo aplica tácitamente al considerar las costumbres y la cultura del pueblo Wichí.

Por ello se trata de un fallo trascendente que anuncia claramente la recepción de los nuevos paradigmas sobre Derechos Humanos, especialmente en lo relacionado a los Pueblos Originarios y su cultura.

#### **4. Conclusiones**

Si observamos los doscientos años desde la revolución de 1810, el tratamiento indígena por parte del Estado Argentino fue ambivalente. Tuvo como un esplendor breve a partir de la Asamblea del año XIII; luego, las guerras intestinas y el pensamiento liberal de la época colocaron a la cuestión indígena en la categoría de “problema” e indudablemente se pergeño una “solución final” que fue postergada brevemente por la Constitución Nacional de 1853. Los del norte, invisibilizados por la dispersión luego de la expulsión de los jesuitas, por la categoría de territorios nacionales que tenían Chaco, Formosa y Misiones, más los desiertos y selvas inaccesibles aplazaron la cuestión que permaneció olvidada hasta que recrudeció brutalmente a fines del siglo XVIII y luego a principios del siglo pasado con matanzas y persecuciones que duraron casi cincuenta años. Proceso en que se incluyó una versión nueva de las Reducciones ordenada para el Chaco por el gobierno nacional en 1911.

Los cambios surgidos después de la Segunda Guerra Mundial con las Declaraciones de derechos, los delitos de lesa humanidad y el tratamiento de las

cuestiones étnicas permitió revisar estas políticas, y el modelo etnocéntrico perdió su racionalidad y estabilidad colonial. Una nueva lógica irrumpió de manera que la cultura comenzó a ser vista como algo que no podía arrebatarse a una persona sin afectar gravemente sus derechos, que la identidad de los grupos formaba parte de su propia existencia.

En la Argentina, el proceso de reconocimiento padeció de singulares contradicciones que asomaron en las discusiones parlamentarias y en la Convención Constituyente como el prólogo de lo que finalmente iban a resolver las cuestiones judiciales. En 1992 se aprobó el Convenio 169 de la OIT pero recién se depositó en 2000 en Ginebra. Con lo que alcanzó validez en 2001 (nueve años después). En el medio hubo una reforma constitucional que incorporó la cláusula sobre la cuestión indígena, pero en vez de hacerlo en el capítulo destinado a la declaración de principios, derechos y garantías lo hizo en las facultades del Congreso Nacional. La discusión durante la Convención Constituyente deja la sensación de que su aprobación solamente fue un ejercicio retórico.

Más adelante aparecen fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Chicchiera Castro: 2009) que formulan declaraciones mezquinas y fragmentadas sobre el Convenio 169 de la OIT pero resultan suficientes para entender que algunas categorías encierran significados que no pueden ser soslayados sin afectar un sistema que comienza a funcionar con mucha lentitud, pero con inexorable determinación. Con ello es fácil advertir que la agencia judicial no ha registrado totalmente los cambios legales alcanzados, aunque las decisiones judiciales mencionen los documentos y registren retóricamente el cumplimiento de las normas estipuladas.

### **Bibliografía.**

ARMANI, Alberto, *Ciudad de Dios y Ciudad del sol*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

BARROS, Álvaro, *Indios, Fronteras y Seguridad Interior*, Solar/Hachette, Buenos Aires, 1975

BARTOLOMÉ, Leopoldo J., “Movimientos milenaristas de los aborígenes chaqueños entre 1905 y 1933” en *Suplemento Antropológico de la Universidad Católica de Asunción*, vol. 7, nros. 1 y 2, 1972.

BRAVO, Omar A., *Historia de las Instituciones Argentinas*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

BRAUSTEIN, J., “Matrimonio y familia entre los maticos”, en Dasso, María Cristina, *La máscara cultural, Ciudad*. Buenos Aires, 1999.

BRIONES, Claudia, CARRASCO, Morita, *Pacta Sunt Servanda. Capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia (Argentina 1742-1878)*. IWGIA-Vinciguerra, Buenos Aires, 2000.

DICCIONARIO AURELIO, Da Lingua portuguesa, Editora Positivo, Curitiba, 2010.

CALIFANO, Mario (coordinador): *Mito, Guerra y Venganza entre los Wichí*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R. *La cuestión indígena. Análisis de la jurisprudencia de la C.S.J.N.* Advocatus, Córdoba, 2009.

CESANO, José D. *Imaginario antropológico. Discurso judicial y cuestión indígena (Argentina 1887-1969)*. Editorial Brujas, Córdoba, 2010.

LUNA, Félix, *Historia Integral de la Argentina, La independencia y sus conflictos*, tomo IV, Booket, Buenos Aires, 2009.

MASES, Enrique Hugo, *Estado y cuestión indígena*, Prometeo libros/Entrepasados, Buenos Aires, 2002.

MARIO, Vidal, *Napalpí, la herida abierta*, Librería de la Paz, Resistencia, 2006.

MOREIRA, Manuel, *El Derecho de los Pueblos Originarios. Reflexión y hermenéutica*. Santiago Álvarez Editor-Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires, 2009.

MOREIRA, Manuel, “Abuso sexual y cultura colonial: El chineo como práctica discriminatoria”. En *Revista LA LEY LITORAL*. Bs. As. Junio 2008. Nro. 5.

MARTIRE, Eduardo, “La Organización Judicial Indiana” en *Temas del derecho Indiano*. Ediciones Colmegna S.A. Santa Fe, 1970-

PIGNA, Felipe, *Los mitos de la historia argentina*, tomo 1, Planeta, 2010.

VAN BREDAM, Orlando, *Rincón Bomba. Lectura de una matanza*. Librería de la Paz, Resistencia, 2009.