

El desafío de un derecho flexible capaz de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios.

Silvia Mónica Fariña¹

Resumen

A partir de lo que dispone nuestra Constitución Nacional en los incisos 17, 19, 22 y 23, reconociendo la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios, se dio lugar a un cambio de paradigma a través del cual, ésta coexiste y se integra junto a la cultura oficial hegemónica.

Es el inciso 22 el que específicamente ha convertido a nuestro derecho positivo en un derecho “pluricultural” al darle jerarquía constitucional a los tratados internacionales.

De este modo las personas que integran las culturas de los pueblos originales tienen derecho a exigir la protección y cumplimiento, a fin de que sea efectivamente reconocida la igualdad real de oportunidades y de trato con el fin del pleno ejercicio y goce de los derechos humanos fundamentales que nuestra Carta Magna prevee.

Nuestra norma citada, en el marco que postula parte de la sociología jurídica, impone un derecho sujeto a las transformaciones de la sociedad. Y ello implica reconocer y respetar el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a todos los diferentes grupos sociales, y que también comprende las artes, letras, las diversas maneras de vivir juntos, con un determinado sistema de creencias y tradiciones .

Se evidencia entonces fundamental el trabajo interdisciplinario para abordar esta problemática de las relaciones interétnicas. Una visión de un “derecho complejo” se impone, en el que se reconozca a la cultura como fuente de derecho. De este modo darle cabida al diálogo intercultural, que permita no solamente resignificar derechos conocidos sino también dar cabida al nacimiento de otros nuevos.

Nuestro Estado se ha obligado internacionalmente a concretar el acceso de manera igualitaria a los grupos más vulnerables – nuevos actores de la escena legislativa-. En este sentido hay que seguir bogando por la lucha contra la naturalización de la distancia

¹ Universidad Nacional del Sur moni_farina@hotmail.com

establecida entre tal reconocimiento normativo y su realización concreta; la que ha operado como obstáculo para superar las situaciones de discriminación que sufren en diferentes ámbitos así como para lograr una sociedad que sea pluricultural, igualitaria y equitativa.

En el estado actual de vigencia y reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios es preciso añadir la incorporación del factor cultural y el pluralismo normativo en los análisis jurídicos y en el ejercicio del derecho de defensa, así como también de controlar que la investigación, el juicio y toda actuación de los auxiliares de la justicia y de los organismos gubernamentales se desarrollen en consideración de su derecho consuetudinario –cfr. art. 8 del Convenio 169 OIT- que debe ser consultado y respetado, para combatir los prejuicios y eliminar los estereotipos y la discriminación.

El desafío de un derecho flexible capaz de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios.

Introducción.

A partir de lo que dispone nuestra Constitución Nacional en los incisos 17, 19, 22 y 23², reconociendo la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios, se dio lugar a

² **Constitución Nacional - Art. 75.-** Corresponde al Congreso:...17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones...19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales...22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de

un cambio de paradigma a través del cual, ésta coexiste y se integra junto a la cultura oficial hegemónica.

Es el inciso 22 el que específicamente ha convertido a nuestro derecho positivo en un derecho “pluricultural” al darle jerarquía constitucional a los tratados internacionales.

De este modo las personas que integran las culturas de los pueblos originarios tienen derecho a exigir la protección y cumplimiento, a fin de que sea efectivamente reconocida la igualdad real de oportunidades y de trato con el fin del pleno ejercicio y goce de los derechos humanos fundamentales que nuestra Carta Magna prevee.

Nuestra norma citada, en el marco que postula parte de la sociología jurídica, impone un derecho sujeto a las transformaciones de la sociedad. Y ello implica reconocer y respetar el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a todos los diferentes grupos sociales, y que también comprende las artes, letras, las diversas maneras de vivir juntos, con un determinado sistema de creencias y tradiciones .

Se evidencia entonces fundamental el trabajo interdisciplinario para abordar esta problemática de las relaciones interétnicas. Una visión de un “derecho complejo” se impone, en el que se reconozca a la cultura como fuente de derecho. De este modo darle cabida al diálogo intercultural, que permita no solamente resignificar derechos conocidos sino también dar cabida al nacimiento de otros nuevos.

Noción de plurijurismo.

Es importante señalar que cuando a un mismo hecho le son aplicables normas que provienen en sistemas jurídicos que coexisten en el mismo territorio, tiene lugar el plurijuridismo. Que puede darse porque conviven diferentes culturas en un mismo territorio o que normas de diversa índole (ej: ley-costumbre) prevean diferente solución para el mismo supuesto.

los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia...”

El conflicto va a ser resuelto a través del diálogo de las fuentes que logre delimitar campos de cohabitación o de asimilación conceptual ³.

Este fenómeno puede darse en dos supuestos, por un lado los diversos sistemas que se relacionan entre sí por conexiones de derecho, o que esas conexiones sean de hecho. El primer supuesto se da por ejemplo en la Comunidad Europea, y responden a la propia tradición jurídica o pueden consolidarse como consecuencia de la donde se da la recepción convencional de otros sistemas jurídicos y el segundo es el caso que nos ocupa, cuando los sistemas se relacionan de hecho, sin reconocimiento expreso, a las normas aplicables por producción estatal se complementarían o entrarían en colisión con normas de fuente consuetudinaria indígena.

Ha dicho Bidart Campos que por el espíritu del inciso 17 del art. 75 de la Constitución Nacional, debe entenderse que por ser la cultura indígena, preexistente, da espacio a una autonomía, que entiende, llevaría a pensar que es necesario dejar de lado “la monocentricidad como monopolio estatal de las fuentes del derecho, y en su lugar, reconocer al derecho indígena con su propia fuente histórico-tradicional-cultural”.⁴

Según afirma el autor, se hace necesario construir una cultura común, compuesta de tantas culturas como existan en el estado, “La reforma de nuestra Constitución en 1994 ha acogido ‘lo que venimos calificando como federalismo cultural’”⁵.

Cabe preguntarse entonces si al haberse otorgado jerarquía constitucional a determinados tratados internacionales, la reforma constitucional habilita a que determinadas relaciones se rijan por el derecho indígena, ello en virtud de que al incorporarse al sistema jurídico, lo han afectado. En tal sentido, por ejemplo, a raíz del art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que expresa: “*En los Estados en los 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*”.

³ Nicolau, Noemí L. “La fuente de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del derecho civil actual”, en el libro homenaje al Dr. Benjamín Piñón”, UNL, Santa Fe, 2005, pág. 210.

⁴ Bidart Campos, Germán “¿Un federalismo cultural?”, en J.A. 2004-III-933.

⁵ Bidart Campos, op.cit.

El pluralismo jurídico, es el plurijuridismo, y se opone a la noción monista del derecho. El derecho no es uno solo, es un todo homogéneo, un sistema de normas con determinada jerarquía para dar solución a los conflictos. También contrapuesto a una visión iuspositivista, ya no limitamos el derecho al ordenamiento estatal, y ampliamos la concepción de las fuentes.

El plurijuridismo es la herramienta que faltaba, desde el campo del derecho, como respuesta a un fenómeno social que es la irrupción de la cultura en la manera de pensarnos, la necesidad de un pensamiento complejo como método de conocimiento de la realidad y de superar las soluciones simplificadoras. En la sociedad es preciso la comprensión de la diversidad del hombre y de sus culturas, y ello no puede soslayarlo el derecho.

El diálogo de las fuentes que se plantea nos obliga a resolver los conflictos según principios de distintos regímenes jurídicos que traspasan la relación de hecho, y va a llevar a decidir en cada caso concreto cuál va a ser el que prevalece, y ese orden no está preestablecido sino que va a ser decidido por el juzgado al resolver cada conflicto.

A modo de ejemplo, Carbonnier menciona uno que se suscita entre una ley antigua sobreviviente sociológicamente y una nueva que se promulga. La Revolución abolió las rentas feudales, los deudores de ellas en muchas provincias siguieron pagándolas voluntariamente durante años. Los herederos reclamaron la restitución de lo pagado sin obligación. Y dice el autor: “Aquí se aprehende un conflicto vivo entre el derecho nuevo, derecho positivo, y el derecho antiguo, que el derecho nuevo había podido derogar, pero que continuaba vivo en la conciencia de los deudores. Se lo resolvió vía la concepción de la obligación natural, era una obligación de conciencia, sobre la cual no se podía volver. La obligación natural pertenece al derecho en todo caso, aunque a un estrato diferente de él, y prueba que en el seno de un mismo sistema jurídico pueden coexistir varios ordenamientos”.⁶

En nuestro derecho vale el ejemplo de la propiedad comunitaria indígena, en conflicto con la propiedad individual, que continuó en la costumbre del pueblo, y que va a llevar al reconocimiento constitucional de preexistencia étnica y cultural.

⁶ Carbonnier, Jean, “Derecho flexible”, trad. Luis Diez Picaso, 2ª edición francesa, revisada y ampliada, Madrid, Tecnos, 1974, pags. 17, 24-26.

A modo de síntesis, la herramienta que analizo, plantea que un mismo caso puede ser abordado desde distintos regímenes jurídicos, y las respuestas pueden ser diversas.⁷

Jurisprudencialmente hablando, un paso hacia adelante en la construcción de la conciencia multicultural.

En el marco referencial que vengo exponiendo, una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, abre camino de construcción de esta conciencia, en el marco del derecho.

Muchas veces se ha dicho que sin lugar a dudas la reforma constitucional del año 1994, planteó sin lugar a dudas un cambio de paradigma en el ámbito de reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, a través del reconocimiento expreso en el artículo de la Constitución Nacional citado a comienzos del presente trabajo, y en los numerosos tratados internacionales de los que la Argentina es parte.

Pero también es cierto que no se plasmaba ni en normas, ni en decisiones judiciales o administrativas el expreso goce de los derechos. Si bien se produjeron avances legislativos, el déficit es considerable. Avances han sido la devolución de momias, hoy exhibidas en museos, la inclusión de la educación intercultural bilingüe en la ley 26.206 de , la declaración de emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras por la ley 26.610, la ley de presupuestos mínimos de protección ambiental de los boques nativos, entre otras normas, es necesario legislar reconociendo concretamente su realidad socio cultural.

La decisión del 10 de diciembre último, con voto de los ministros de la Corte, Fayt, Highton, Zaffaroni y Maqueda, es un auspicioso paso en sentido favorable al reconocimiento de los derechos y efectivizar las acciones que conlleven el reconocimiento de los mismos.

Y para llegar a la decisión que hoy me ocupa, considero pertinente hacer un poco de reseña del camino que viene fijando el Máximo Tribunal en punto al lugar que el derecho internacional ocupa en las decisiones, que se relacionan con los derechos humanos, aplicable completamente al sector de los pueblos originarios.

⁷ Ciuro Caldani, M.A., “Lecciones de filosofía del Derecho privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 128-129).

En el caso “Giroldi” (Fallos 318:514) la CSJN expresó que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue establecido por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional), es decir, como la convención efectivamente rige en el ámbito internacional y tomando en consideración en forma particular la efectiva aplicación jurisprudencial por parte de los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

En este sentido la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía en la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino le reconoció tal competencia. Esas pautas las reiteró la CS en el caso “Bramajo” (CSJN, 1966, Fallos 321:1328, recientemente en el caso “Carranza Latrubesse” (6/8/2013) declaró la obligatoriedad de las recomendaciones del informe definitivo del art. 51.2 de la Convención Americana en la causa en las que son dictadas).

La Corte Interamericana ha dicho que todos los órganos, incluso los jueces, de un estado que ratificó un tratado internacional, en el caso la Convención Americana, “están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana... y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana., intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones”, sentencia del 24/2/2011, serie C, nro. 221, párrafo 193; “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 26/7/2006, serie C, nro. 154, párrafo 124; “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” Sentencia del 24/11/2006, serie C, nro. 158, párrafo 128; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 1/9/2010, serie C, nro. 217, párrafo 202; Caso Fontevecchi y D’Amico vs. Argentina. Fondo. Reparaciones y costas”, sentencia del 29/11/2011, serie C, nro. 237, párrafo 93).

Así como los jueces deben de oficio hacer el control de constitucionalidad, lo hayan pedido o no las partes, lo mismo ocurre con el control de convencionalidad, esto es, la adecuación del caso a los tratados internacionales. La Corte Interamericana de DDHH sostuvo que los arts. 8 y 25 consagran las garantías mínimas del debido proceso “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos (CORTE Interamericana de DDHH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 19/)/2006, serie C, entre otros.

Hecha la reseña, cito la decisión de la Corte, el hecho es el siguiente: el Tribunal Superior de la provincia de Neuquén, hizo lugar en forma parcial a la acción deducida pidiendo la declaración de inconstitucionalidad el Decreto 1184/2002 de esa provincia, que reglamentaba la Ley Nacional de Política Indígena nro. 23.302 y declaró la invalidez del art. 3^a incisos b) y d). Sustancialmente el argumento fue que en realidad la reglamentación atacada no era de la citada ley nacional, sino de la ley local 1800, y por otro lado, que no se advertía una interferencia o contradicción con lo dispuesto en el orden constitucional federal por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. La demandante (Confederación Indígena del Neuquén – que nuclea a las comunidades mapuches de la provincia-), interpuso recurso extraordinario, con fundamento en que se imponía provincialmente requisitos más gravosos que en el orden federal y por lo tanto la normativa local es incompatible con el orden federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia. Y le requirió a la provincia demanda que ajuste su legislación en materia de derechos y política indígena cuestionada en las actuaciones citadas, a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen del bloque normativo federal, particularmente en los temas de identificación por vía de autoconciencia, el asentamiento mínimo de tres familias y la consulta obligatoria.⁸

En primer término fija la Corte, que las cuestiones sobre derechos y política indígena constituye una facultad concurrente de la Nación y las provincias “ *...tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia,*

⁸ C.S, 10/12/2013- Confederación Indígena del Neuquén c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad.

de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal. Ello es así, ya que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativa federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado Argentino” (conf. considerando 7°).

Sostiene de este modo la corte que el régimen federal local le impone a los estados locales una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino.

Especificando que estos estándares están contenidos y especificados en el marco de disposiciones de la Constitución Nacional y el Convenio 169 de la OIT, como también la ley de política indígena nacional y el decreto reglamentario. Por lo tanto para poder resolver el caso se tuvo en cuenta la adecuación del decreto provincial cuestionado, con la ley 23302, y el decreto reglamentario 155/1989, el convenio citado y la carta magna.

Es decir que la normativa federal que configura el estándar mínimo, se integra con la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional – según art. 75, inc. 22-, los tratados internacionales en los que la Nación es parte y las leyes y reglamentos federales. Por lo que, el Congreso Nacional, y las legislativas provinciales pueden legislar en punto a los derechos y políticas que se vinculen con los pueblos originarios, y también las autoridades administrativas reglamentar esos derechos, pero las autoridades provinciales (administrativas o legislativas) tienen que respetar lo que regulen las autoridades federales.

También resolvió la cuestión del control de constitucionalidad de la personería jurídica para las comunidades originarias, interpretando que debe adecuarse al estándar fijado por la norma federal. Y es importante recordar que la propia constitución establece que el estado debe “reconocer” la personería jurídica, que es totalmente diferente que el concepto de “otorgar”, como es el caso de las personas jurídicas de derecho privado, criterio que por su parte se contrapone con el previsto por el proyecto de reforma de Código Civil, que tiene media sanción en el Senado. No puede equiparárselas al resto de las

personas jurídicas que constituye el propio Estado, porque estaría negándosele categóricamente su preexistencia y violando lo que la propia Constitución reconoce.

Otro punto decidido, y desde mi punto de vista fundamental, es que se haya observado al decreto neuquino que “...no solo no prevé el concepto de “autoidentificación” establecido por el art. 2º de la ley nacional 23.302 y por el art. 1º inciso 2º del Convenio 169 de la OIT como un criterio fundamental de inscripción, sino que lo sustituye por el principio opuesto de identificación del Estado.” (conf. considerando 9º).

Al respecto aclara la Corte que hay dos criterios de identificación de los pueblos originarios, el objetivo y el subjetivo. El primero es el que toma en consideración un hecho histórico – la preexistencia al estado actual- y uno actual – conservación en alguna medida de las formas de vida e instituciones políticas-. El segundo, que es el que expresamente contiene la norma nacional y el convenio 169, refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena.

Y finalmente, también se observa que el decreto 1184/2002 fue dictado omitiendo dar participación previa a las entidades que representan a los pueblos indígenas de la provincia de Neuquén, desconociéndose de este modo la obligación impuesta internacionalmente .⁹

La Corte Suprema ha fijado en este pronunciamiento un “umbral mínimo” en el orden normativo federal, al que debe adecuarse el orden local. Y en ese parámetro expresamente tuvo en cuenta la importancia de la autoidentificación de los pueblos originarios. La trascendencia de este concepto radica en que, según lo prevee el convenio, se erige como un criterio fundamental para determinar los grupos a los cuales se aplican las disposiciones normativas.

En punto a la necesidad de la consulta previa, también es importante, ya que dio por tierra la argumentación de los magistrados provinciales en relación a que el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional prevé un derecho genérico a la “participación” de las comunidades, pero no exige expresamente que deba acudir al mecanismo específico de

⁹ Art. 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes: “los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

consulta, como tampoco impone explícitamente que tal participación se deba efectivizar de manera previa a la adopción de medidas legislativas o administrativas.

El derecho a la autodeterminación tiene un lugar de privilegio en la Carta de las Naciones Unidas (ONU) y en dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966. La Carta empieza con la expresión “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas” y enuncia en el artículo primero como objetivos de las Naciones Unidas, fomentar entre las relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos. Los pactos – el Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Internacional de Derechos Civiles y Políticos- consagran en idénticos términos el derecho de los pueblos a la autodeterminación. Es preciso señalar que los estados firmantes de ambos se comprometen a llevar a la práctica los derechos contenidos en ellos para todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción sin distinción ni discriminación alguna (especialmente basadas en el sexo, la lengua, la religión, la opinión política, el origen étnico o la condición social). Y es más en 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, adoptada por unanimidad de la Asamblea General de la ONU de 1970, los Estados tienen la obligación de promover el derecho a la autodeterminación de los pueblos. Y esto exige que no pueda interpretarse de manera diferente por los actores diferentes. Por su parte a nivel regional se encuentra la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, que si bien no reconoce explícitamente el derecho a la autodeterminación, reconoce varios derechos que pueden utilizarse para proteger los derechos de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales. Los beneficiarios de este derecho son los pueblos. El estado es el instrumento del ejercicio de ese derecho en manos de los pueblos que lo componen.

A nivel nacional, además del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales de 1989, ratificada hoy en día por 17 Estados, se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas por parte del consejo de Derechos Humanos en junio de 2006, y por la Asamblea General en setiembre de 2007.

De una lectura consensuada de los citados cuerpos normativos podemos sintetizar la obligación de todo estado de respetar el derecho a la autodeterminación de conformidad

con la Carta de las Naciones Unidas. Y que además está la obligación de favorecer la realización del derecho de los pueblos a la autodeterminación y de ayudar a la ONU a cumplir con sus responsabilidades en la aplicación de ese principio.

Mecanismos de control .

El estado por lo tanto tiene obligaciones positivas y negativas, frente a ello, las posibilidades de tener acceso a la justicia en caso de violación de sus derechos, va a depender en gran medida no solo de la información y de los mecanismos de control disponibles a nivel nacional, regional e internacional, sino también de las relaciones de fuerza entre las movilizaciones nacionales y/o internacionales.

A nivel nacional el principal mecanismo de control disponible en el caso de violación de derechos humanos es el órgano judicial: el juez.

En el ámbito regional se dispone de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Traer al análisis el fallo del Supremo Tribunal de la Nación ilustra en forma adecuada y esperanzadora, que el principal mecanismo de freno, en esta oportunidad ha sido una decisión que ha respetado de manera eficaz el derecho reconocido constitucionalmente.

Conclusión.

Nuestro Estado se ha obligado internacionalmente a concretar el acceso de manera igualitaria a los grupos más vulnerables – nuevos actores de la escena legislativa-. En este sentido hay que seguir bogando por la lucha contra la naturalización de la distancia establecida entre tal reconocimiento normativo y su realización concreta; la que ha operado como obstáculo para superar las situaciones de discriminación que sufren en diferentes ámbitos así como para lograr una sociedad que sea pluricultural, igualitaria y equitativa.

En el estado actual de vigencia y reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios es preciso añadir la incorporación del factor cultural y el pluralismo normativo en los análisis jurídicos y en el ejercicio del derecho de defensa, así como también de controlar que la investigación, el juicio y toda actuación de los auxiliares de la justicia y de los organismos gubernamentales se desarrollen en consideración de su derecho consuetudinario –cfr. art. 8 del Convenio 169 OIT- que debe ser consultado y respetado, para combatir los prejuicios y eliminar los estereotipos y la discriminación.

Otro haz de luz ha penetrado en la muchas veces, desesperanzadora realidad nacional y la sordera que se cierne sobre estos actores jurídicos, otro sector vulnerable, , invisibilizado, desfavorecido, discriminado y segregado a lo largo de la historia.

Bibliografía:

Bidart Campos, Germán “¿Un federalismo cultural?”, en J.A. 2004-III-933.

Carbonnier, Jean, “Derecho flexible”, trad.Luis Diez Picaso, 2ª edición francesa, revisada y ampliada, Madrid, Tecnos, 1974, pags. 17, 24-26.

Ciuro Caldani, M.A., “Lecciones de filosofía del Derecho privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 128-129).

Convenio OIT 169

Constitución Nacional de la República Argentina.

Nicolau, Noemí L. “La fuente de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del derecho civil actual”, en el libro homenaje al Dr. Benjamín Piñón”, UNL, Santa Fe, 2005, pág. 210.