

Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización

Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz
y María Teresa Sierra
(coordinadores)

1



FLACSO
ECUADOR



CIESAS

323.11
5984

340.57

J888j Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización /
Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra, (coordinadores). --
México : Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social:
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, 2011.
512 p. ; 23 cm. -- (Publicaciones de la Casa Chata)
Incluye bibliografías.

ISBN 978-9978-67-305-8 (Flacso-Ecuador)

ISBN 978-607-486-128-0 (CIESAS)

1. Derecho indígena - América Latina. 2. Antropología jurídica - América Latina.
3. Movimientos indígenas - América Latina. 4. Autonomía indígena - América
Latina. 5. Indigenismo - América Latina. I. Chenaut, Victoria, coord. II. Gómez,
Magdalena, coord. III. Sierra, María Teresa, coord. IV. Serie.

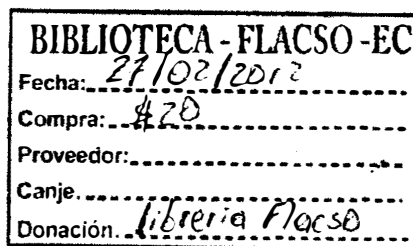
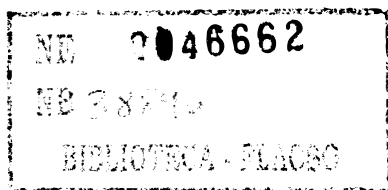
Cuidado de edición y corrección de estilo: Bulmaro Sánchez

Tipografía y formación: Laura Roldán Amaro

Diseño de portada: Gabriel Salazar con base en la fotografía de Alberto Patrian,

Cueva de las Manos, Río Pinturas, Santa Cruz, Argentina

Primera edición: 2011



D. R. © 2011 Facultad Latinoamericana
de Ciencias Sociales, Ecuador
La Pradera E7-174 y Av. Diego de Almagro
PBX (5932), 323888, Quito, Ecuador
falta página electrónica

D. R. © 2011 Centro de Investigaciones
y Estudios Superiores en Antropología Social
Juárez 87, Col. Tlalpan,
C. P. 14000, México, D. F.
difusion@ciesas.edu.mx

ISBN 978-9978-67-305-8

ISBN 978-607-486-128-0

Impreso y hecho en Ecuador

Índice

Agradecimientos	13
-----------------------	----

Introducción	15
--------------------	----

Sección I: Globalización y pueblos indígenas

Diez tesis sobre identidad, diversidad y globalización	37
--	----

Héctor Díaz-Polanco

Expropiación liberal. Un ensayo sobre la transformación de recursos locales en mercancías globales	63
---	----

René Kuppe

Pueblos indígenas y negros. Territorios y recursos naturales en América Latina	85
--	----

Willem Assies †

Política hidrocarburífera y los derechos indígenas en Bolivia: cambios y continuidades ..	105
---	-----

Almut Schilling-Vacaflor

En busca del sujeto perdido: los pueblos indígenas bajo el signo de la privatización	129
--	-----

Magdalena Gómez Rivera

Sección II: Diversidad social y políticas de reconocimiento

Las acciones afirmativas en Brasil	153
--	-----

Rebecca Igreja

Luchas por el reconocimiento y nuevas geografías étnicas en los Altos de Chiapas. El caso de La Siberia en el municipio de Chanal	177
--	-----

Araceli Burguete Cal y Mayor

Los derechos colectivos frente al debate constitucional: los pueblos indígenas y la Asamblea Constituyente en Bolivia	199
<i>Sarela Paz Patiño</i>	
La participación política del movimiento indígena ecuatoriano: balance crítico (1990-2007)	219
<i>Fernando García Serrano</i>	
El derecho a la diferencia en la Constitución argentina de 1994. Hacia un nuevo paradigma jurídico antropológico	237
<i>Susana Ramella</i>	
Sección III: Justicia, género y derechos humanos	
Derechos humanos, género y nuevos movimientos sociales: debates contemporáneos en antropología jurídica	261
<i>Sally Engle Merry</i>	
Transnacionalización, derechos humanos y mujeres mapuche	291
<i>Millaray Painemal y Patricia Richards</i>	
Etnografía de la justicia estatal: la violación como prisma de las relaciones de género	313
<i>Rossana Barragán y Carmen Soliz</i>	
Violencia y delitos sexuales entre los totonacas de Veracruz, México	335
<i>Victoria Chenaut</i>	
Que cada pueblo teja los hilos de su historia. El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores	357
<i>Rita Laura Segato</i>	
Sección IV: Pluralismo jurídico, justicia y disputa por los derechos	
Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento	385
<i>María Teresa Sierra</i>	

Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita	407
<i>Herinaldy Gómez Valencia</i>	
¿Y después de la ley, sigue el derecho? Avances y retrocesos en la conformación del México plural	427
<i>Héctor Ortiz Elizondo</i>	
Los juzgados indígenas en el sur de México	443
<i>Wolfgang Gabbert</i>	
Justicia, dignidad y derechos colectivos. Acompañando a las comunidades y a la Alcaldía Indígena de Chichicastenango	465
<i>Morna Macleod y Josefa Xiloj Tól</i>	
El Juzgado Indígena de Huehuetla, Sierra Norte de Puebla: construyendo la totonaqueidad en el contexto del multiculturalismo mexicano	487
<i>Korinta Maldonado Goti</i>	
Biografías	507

El derecho a la diferencia en la Constitución argentina de 1994. Hacia un nuevo paradigma jurídico antropológico

Susana Ramella

INTRODUCCIÓN

El derecho a la diferencia conmueve el paradigma jurídico antropológico del derecho a la igualdad. Enfrenta conceptos y valores que estructuraron la mentalidad que se ubica en la raíz del orden jurídico adoptado por los Estados. Tan arraigada está la idea de la igualdad que, a diferencia de los indígenas, los afrodescendientes de Estados Unidos la demandan, como lo evidencia la vigencia y continuidad de la lucha de Martin Luther King (Mathews, 2006). Por eso, comprender la diversidad ofrece más resistencias al entendimiento que a su reconocimiento formal. La convicción de que existen leyes generales y universales, tanto científicas como jurídicas, terminó imponiendo pautas uniformes de vida y de pensamiento (Krotz, 2002). De ahí la dificultad de consolidar un nuevo paradigma que involucre al “otro”, al distinto.

Ante la emergencia concreta de la diversidad humana, se intentó explicarla en sus variados espacios geográficos, sociales, culturales y étnicos desde la etnohistoria, la etnología y la antropología. Pero en general desde el propio pensamiento y cultura dominantes, desde el modelo y los esquemas aprendidos. Touraine dice: “la imposición de un modelo supuestamente progresista y científico [...] destruyó los grupos étnicos [...] dejó en la marginalidad a las minorías” (Touraine, 1997: 169). Marginalidad político-social e ignorancia científica. Encerrados en la caverna de Platón no los percibían como personas y menos como sujetos de derecho.

Tras la idea de comprender cuáles fueron y son las dificultades que presenta el ensamble o sustitución de paradigmas, este capítulo se propone circunscribirlo al análisis del paradigma jurídico antropológico. Sobre él decantaron diferentes corrientes y teorías filosóficas. Implícita o explícitamente parte de una concepción de persona que se cristaliza jurídicamente desde Roma hasta un presente que rescata la persona en los derechos humanos y en su identidad gregaria como pueblo. No me detendré en este aspecto, aunque está en la base de los ordenamientos jurídicos, desde el pluralismo jurídico del Antiguo Régimen, con derechos y libertades diferenciales según el estamento social, hasta llegar al individuo homogéneo y abstracto del racionalismo iluminista que imprimió su sello en el sistema jurídico de la modernidad, desconociendo

las diferencias existentes en la realidad social y étnica o inferiorizándolas bajo la influencia del darwinismo social.

Esto nos conduce al análisis de la última reforma constitucional argentina de 1994, en su doble hermenéutica, que abarca tanto las interpretaciones igualadoras como las diferenciadoras, palabras que se expresan en el derecho y que corresponde investigar, porque no hay nada tan cerca al derecho como el lenguaje (Tinant, 2006), junto con la indagación de las fuentes nacionales e internacionales que precedieron a la reforma, los discursos de los convencionales, así como las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales posteriores a su sanción. Esta metodología intenta mostrar las resistencias a la consolidación de un nuevo paradigma jurídico, y la emergencia del mismo. Como afirma Schuster (2000: 29-31) las teorías relevantes de un paradigma no son refutadas de una vez y para siempre, sino que siguen un largo proceso de acumulación, de debate primero, para muy lentamente remplazar el antiguo paradigma por el nuevo.

El término “paradigma” lo acuña el físico estadounidense Thomas Kuhn (1985) entendido como un modelo que durante cierto tiempo proporciona respuestas a una comunidad científica que se reconoce en su universalidad pero, tras sucesivas revoluciones científicas, es reemplazado por otros. Luego se incorporó al vocabulario de todas las disciplinas en que se divide la ciencia, del cual la física nuevamente es concebida como modelo, al que pretenden ajustarse las ciencias sociales. Dentro de éstas, nos fundamos en el pensamiento crítico de la epistemología de la “ceguera” (Santos, 2000: 257), en referencia a la modernidad que imprimió su sello al derecho con sus notas racionalista, iluminista, idealista, abstracta y absoluta. Hoy ese paradigma se ve cimbrado con las nuevas perspectivas tanto de la historia del derecho (Clavero, Grossi), como de la sociología del derecho (Santos) y la antropología jurídica (Krotz, Villoro), que sacuden principios jurídicos, políticos y sociales que se creían inmutables, entre ellos: la igualdad ante la ley.

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO ANTROPOLÓGICO

Argentina ante los derechos indígenas en el derecho internacional: del dualismo al monismo jurídico

En la primera mitad del siglo xx, Argentina se negaba a aceptar en los foros internacionales la existencia de minorías. Estaba imbuida del modelo hegemónico construido simbólicamente como un Estado-una nación, donde todos sus habitantes son iguales ante la ley. Un principio que se aplicó al proceso de asimilación de las grandes corrientes

inmigratorias europeas de antes de la Primera Guerra Mundial y que siguieron arribando en el periodo de entreguerras. En la Sexta Conferencia Panamericana (1927) Argentina instruyó a sus representantes así: “Los señores delegados tendrán especialmente en cuenta el espíritu liberal de nuestra legislación”. Y en las Conferencias de Roma y la Interparlamentaria de Río de Janeiro, da instrucciones más explícitas: “No aceptarán ningún enunciado que importe trasladar a América las cuestiones referentes a minorías, o que pretenda crear una situación de privilegio” (Legón, 1961: 106).

Estas advertencias vislumbran el problema migratorio. En ese imaginario, los indígenas eran argentinos, no un pueblo diferente. Por eso no fueron incluidos en los censos, como sí sucedía con los inmigrantes. No obstante, la idea de una Argentina compuesta socialmente por un “crisol de razas”, famosa frase que circulaba y circula todavía hoy en el imaginario colectivo, es producto de esa idea hegemónica, que englobaba a las distintas nacionalidades de los inmigrantes (en 1914 representaban 30% de la población), amalgamados de modo tal que, aunque no se nacionalizaran, se habían fundido, como los metales, en un solo pueblo, en una sola nación. Además, como el resto de los nacionales argentinos, gozaban de todos los derechos civiles, e incluso de los políticos si obtenían carta de ciudadanía, aunque ésta no se exigía (Ramella, 2004: 152). Los otros países americanos tampoco reconocieron a los pueblos indígenas como minorías, ni lo hicieron los países europeos habitados por personas provenientes de Asia o África, sus antiguas colonias (Stavenhagen, 2002: 182).

Las dos guerras mundiales pusieron en discusión el jusinternacionalismo vigente desde el siglo XIX, teoría dualista del derecho internacional público (DIP) que supone la soberanía absoluta de los Estados e impide la interferencia de otros Estados. Había dos órdenes jurídicos diferentes: el nacional y el internacional. Este último no podía entrar en conflicto con el derecho interno de los Estados, no tenía supremacía, ni los tratados internacionales podían aplicarse directamente a los habitantes del país. Esa separación teórica cambió de signo por la teoría del monismo jurídico y empíricamente por la formación de la Sociedad de las Naciones y luego de las Naciones Unidas (ONU).

Juan Bautista Alberdi (1922), en cuyas ideas se basó la Constitución Nacional de 1853, fue en Argentina un pionero intelectual de esta doctrina. En 1870 Alberdi entendía que el sujeto del derecho internacional público no eran los Estados sino las personas, anticipándose a la construcción de los derechos humanos y su protección internacional. En Europa, Kant y Kelsen, como en Argentina Alberdi y Díaz de Cisteros (Ramella, 1994), promovieron la formalización de este principio. Tanto estos doctrinarios como los constituyentes de 1994, se inspiraron en los filósofos escolásticos como Vittoria, citados expresamente (Ernesto Maeder, Convención Nacional Constituyente 1994, exp. 305, en adelante CNC 1994), así como también en los planteamientos jurídico-antropológicos referentes al indígena (Stavenhagen y Villoro).

Filósofos menospreciados por la modernidad porque los burgueses entendieron que la historia comenzaba con ellos (Foucault, 1997: 357).

No nos referiremos a todo el proceso por medio del cual Argentina y América Latina fueron incorporando los principios del derecho comunitario, como también se denomina al monismo. Pero sí queremos destacar los convenios firmados con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde 1936, que expresamente reglamentaban un trato diferencial y protector de los trabajadores indígenas, hasta llegar al reconocimiento de los pueblos en 1989. Así también, el reconocimiento de minorías étnicas en los tratados firmados en la ONU. Todos ellos serán presentados como fuentes de la Constitución reformada en concordancia.

Los convenios de la OIT fueron: núm. 50 (1936), que reglamentaba el sistema de reclutamiento de los trabajadores indígenas; núm. 64 (1939), sobre contratos escritos para los trabajadores indígenas; núm. 104 (1955), protección por incumplimiento de los contratos; núm. 107 de integración y protección de poblaciones indígenas, ratificado por la Ley 14 932 (1959); núm. 169 (1989)¹, sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, reunión convocada en Ginebra, cuyo art. 2.1 dice: “Los gobiernos [deberán] desarrollar, con participación de los pueblos interesados, una acción coordinada, proteger sus derechos y garantizar su integridad”. Argentina lo ratificó en 1992 mediante la Ley 24071 y entró en vigencia, ya sancionada la reforma, en junio de 2001. En 1985 se sancionó la ley núm. 23302, denominada de “Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes”, con un carácter más bien de política social destinado a proteger a los indígenas como grupo diferenciado, pero en un sentido similar a los derechos sociales del Estado de bienestar, con la salvedad de reconocerle la propiedad de las tierras que tradicionalmente ocuparan. La autoridad de aplicación de esta ley fue el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), creado como consecuencia de esa ley.

También fueron citados en la convención los tratados que tutelan los derechos humanos. No abordaremos el debate sobre si el criterio al establecerlos fue individualista o comunitario (Stavenhagen, 2002: 180), pero es importante decir que los indígenas se sienten tutelados por ellos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966-1977), sobre minorías étnicas, derecho a su cultura, religión, idioma; la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (1978), que en su artículo 27 establece: “Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales”; el Pacto de San José de Costa Rica, que concede personería jurídica a las comunidades indígenas; el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe,

¹ La OIT aprobó el texto del Convenio 169 en la sesión del día 27 de junio de 1989.

aprobado en Madrid 1992, cuyo art. 1 dice: “Establecer un mecanismo destinado a apoyar procesos de autodesarrollo de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas de América Latina”. Todos fueron incorporados a la Constitución de 1994 con jerarquía superior a las leyes y con rango constitucional en tanto se refieran a los derechos humanos.

Al incluirse dichos tratados al texto constitucional, se asume la doctrina monista del DIP. En cierta forma, estaba contenida desde que se ratificó la Convención de Viena de los Tratados (1969, por la Ley 19865/1973), porque en su artículo 27 estipula: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. No obstante, era conveniente su incorporación constitucional, porque antes de 1994 el pensamiento doctrinal y jurisprudencial fue remiso a aceptar esta nueva interpretación del DIP. Recién en el fallo *Ekmekdjian vs. Sofovich* (Jurisprudencia “Fallos 315: 1492”), la Corte Suprema de Justicia de la Nación confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno, asumiendo la doctrina monista del DIP. Pero los juristas, en muchos casos, siguen siendo renuentes a aceptarla.

Cuando nos referimos al monismo como un orden jurídico mundial, no significa que exista un sistema hegemónico, impuesto a todos los pueblos coercitivamente. Se dice esto porque también se denomina monismo al orden jurídico interno, que no acepta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. La doctrina monista internacional es un sistema refrendado por acuerdos, pactos y tratados, libremente suscritos por los Estados del mundo, asentado en el humanismo, tutelador de los derechos humanos. El gran avance de esta doctrina fue abarcar un derecho supranacional que tutela a la persona frente al Estado, aunque sin abarcar a los pueblos o naciones internas. Esto es lo que hoy reclaman los pueblos indígenas: no sólo ser amparados en sus derechos individuales, sino también como pueblos. Ante esto se debate la autodeterminación de los pueblos que se planteó hacia 1960 en la Declaración sobre Descolonización, cuestión que no incluía a los pueblos indígenas (Clavero, 1994: 76).

CONSTITUCIÓN DE 1994: ENTRE EL IGUALITARISMO Y EL PARTICULARISMO DEL DERECHO

Con la reforma constitucional realizada en 1994, Argentina —al igual que numerosos países de América Latina (Gómez, 2002: 240)— introduce el reconocimiento del derecho a la diferencia, si bien con la ratificación de muchos de los tratados mencionados, y por la Convención de Viena, ya estaba, en principio, obligada a hacerlo.

El Pacto de Olivos, la Ley 24309 y los pueblos indígenas

El proceso por medio del cual se llega a la reforma involucra la historia constitucional de Argentina, una historia controvertida en la que predominó una mentalidad no proclive a reformar la Constitución de 1853-1960. Con la restauración de los gobiernos *de jure* en 1982 renació el afán reformador y con él la necesidad del consenso que había faltado prácticamente en todo el siglo xx. Primero en 1987, durante la presidencia de Raúl Alfonsín, del Partido Unión Cívica Radical (1982-1989), con el Consejo para la Consolidación de la Democracia en el que participaron diferentes partidos políticos. Luego, bajo la presidencia de Carlos S. Menem del Partido Justicialista (1989-1995 y 1995-1999), se acordaron los puntos principales a los que estaría sujeta la reforma, acto que se denominó Pacto de Olivos,² firmado el 14 de noviembre de 1993 por Alfonsín y Menem en representación de sus respectivos partidos. Dicho acuerdo fue ratificado por la Ley 24309, que declaró necesaria la reforma constitucional. Con esta ley, finalmente se alcanzó consenso de las otras fuerzas políticas representadas en el Congreso Nacional.

En el Pacto de Olivos se convino, entre otras modificaciones: “garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, por reforma del inciso 15 del art. 67” (Ley 24309, art. 3, letra LL).³ El inciso mencionado es parte de las atribuciones del

² La renuencia a reformar la Constitución entre 1853-1860 y la falta de consenso se explica con las palabras de Ernesto Quesada (Carta prólogo a Juan González Calderón 1921: XIII), que decía: “Hay entre nosotros una escuela que [...] considera esa Constitución [...] como el decálogo de Moisés [...] un texto sobrenatural, sagrado, *ne varietur*”. Esto se agrava con los sucesivos golpes de Estado (1930, 1955, 1966, 1976), por los cuales existió además la proscripción del Partido Justicialista durante 18 años; la división de la sociedad entre peronistas y antiperonistas; las modificaciones de la Constitución en los tres últimos golpes militares, incluida la derogación *de facto* de la Constitución de 1949 (Ramella, 2004). Todo ello hacía impensable un consenso entre las fuerzas políticas predominantes para revisar la añeja Constitución del siglo xix. Acuerdo que se logró, no sin resistencias, con el Pacto de Olivos.

³ El artículo 67, inciso 15, establecía: “Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”, Lo cual significaba que había indígenas allende a una frontera interior, igual que en la época colonial, no dominados y con los cuales se firmaban tratados de paz, como si fueran naciones extranjeras (Levaggi, 2000). Este inciso entró en desuso después de 1880, cuando se produjo la llamada “conquista del desierto”, mediante la cual, luego de exterminar a un número cuantioso de indígenas, Argentina ejerció la supremacía sobre el exterritorio indígena.

Congreso Nacional contenidas en el art. 67 de la Constitución de 1853 (luego de la reforma, art. 75). Dado que es una garantía, debió establecerse en la parte dogmática de la Constitución. No fue así por dos razones: primera, porque los partidos políticos mayoritarios acordaron que la reforma fuera parcial, destinada solamente a modificar la parte orgánica y no la dogmática. Segunda, porque era la única referencia a los indígenas en la Constitución y dio la posibilidad, sin romper el acuerdo, de incluir la garantía y derechos específicos y diferenciales de los indígenas dentro de las atribuciones del Congreso. Era una cláusula histórica que, aunque la doctrina no lo reconociera ni lo reconozca, colisionaba con el artículo 16 relativo a la igualdad ante la ley —contenido en la parte dogmática no reformada—, al autorizar al Congreso a mantener un trato diferencial con los indígenas independientes.

PROYECTOS Y DEBATES EN LA CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE

En la Convención se presentaron 84 proyectos provenientes de todas las bancadas políticas, lo cual demuestra que hubo coincidencias generales a reconocer a los pueblos indígenas, en su identidad y su cultura. El artículo fue votado por unanimidad y con la presencia, en las barras, de numerosos representantes de pueblos indígenas procedentes de distintas provincias argentinas, en especial de aquellas incorporadas después de la Conquista en 1880: Pilagá, Wichí, Toba, Mocoví, Guaraní, Kolla, Calchaquíes, Huarpes, Chañés, Mapuches, Rancuches, Tehuelches y Onas. Estos pueblos, por su parte, habían presentado a la convención documentos que avalaban su posición y fueron expresamente citados por los convencionales, entre ellos: la Declaración de los Representantes de los Pueblos Indígenas reunidos junto al Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (Endepa) que reclamaba la imperiosa necesidad de “establecer el derecho a ser considerado diferente” (CNC, 1994: exp. 317). El texto reformado (art. 75, inciso 17) establece:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una “educación” bilingüe intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; 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.

Se complementa con el inciso 19 del mismo artículo, mediante el cual se faculta al Congreso a “dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural”. Es un texto escueto si se lo compara con el de otras Constituciones latinoamericanas y muy distinto a la nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, elaborada por la Asamblea Nacional de Organizaciones Indígenas Originarias, Campesinas y de Colonizadores de Bolivia (agosto de 2006), que significa “la posibilidad de pensar un nuevo proyecto de sociedad donde los pueblos indígenas sean un elemento constitutivo de la nación” (véase el capítulo de Sarela Paz Patiño en este libro). En el caso argentino, siguiendo a la misma autora, es sólo un reconocimiento dentro del modelo neoliberal de sociedad que intenta ampliar y democratizar a los discriminados, entre ellos los indígenas.

A pesar de que no llega a plantear un proyecto de sociedad como el de la Constitución boliviana, la incorporación a la Constitución argentina no fue tan pacífica como la unanimidad de la votación hace suponer. Por eso, para analizarlo me ocuparé: del reconocimiento de la preexistencia étnica, en tanto se hizo hincapié en la diferencia y en la igualdad; del concepto de pueblos indígenas argentinos como sujetos del derecho internacional y nacional, que involucra los conceptos de nación, soberanía y de propiedad comunitaria en función de los fallos y sentencias posteriores. Son los puntos más conflictivos donde colisionan dos paradigmas jurídicos aunque convivan en el mismo texto constitucional. La interpretación general del discurso de los convencionales, de la doctrina y de la jurisprudencia nos lleva a visualizar en los términos, en los giros idiomáticos, en la retórica utilizada, si bien no un choque de paradigmas, al menos una incompreensión y por momentos una descalificación del anterior o del nuevo paradigma como irreconciliables.

Reconocer la preexistencia étnica

Para imponer la idea de igualdad, en el siglo XIX debieron explicar el significado de igualdad ante la ley, conscientes de que se enfrentaban al particularismo diferencial de los derechos y libertades concedidas como privilegios en el Antiguo Régimen. En cambio, los constituyentes de 1994, para reconocer la diversidad, debieron explicar el significado de derechos “otorgados”, si los entendemos como una vuelta al particularismo jurídico, y de derechos “reconocidos”, si nos centramos en el paradigma jurídico liberal. No se planteó así en la Convención, directamente se prefirió el término “reconocer”. Pero sí se ha observado que “otorgar” sería considerado un privilegio al estilo de los fueros medievales y que la mejor forma de identificar estas cláusulas es “reconocer”, porque de esa manera se reconoce la historicidad de los derechos que siempre

tuvieron los indígenas. En cambio, al “otorgar” se dice que son derechos nuevos (Gómez, 2002: 244).

Como personas, como pueblos, es correcto entender que se reconocen derechos naturales, propios de toda persona y de todo pueblo. No obstante, el hecho de que ese reconocimiento emane de una Constitución lo asemeja a la idea de “otorgar” por parte del poder constituyente del Estado. La discusión sobre esos términos es una muestra más de las ambigüedades que aparecen al ensamblar dos paradigmas diferentes. Porque reconocer es una forma de volver al jusnaturalismo antropocéntrico del Estado moderno. Otorgar también se inscribe en ese antropocentrismo, desde un poder dispensador de derechos y libertades. Es decir, estrictamente, ninguna de las dos palabras responde al reclamo indígena. Tal vez la expresión más adecuada es el reconocimiento de las particularidades propias de la calidad de indígena, no como individuo sino como comunidad. Aunque siempre estaremos utilizando términos propios del paradigma que decimos está cambiando. Ésta es la dificultad que desarrolla Said (1996) respecto del paradigma antropológico que surgió con los antropólogos colonizadores, frente a nuevas concepciones de cultura que formulan los antropólogos de los países colonizados.

Los convencionales hicieron referencia a los antecedentes históricos del siglo XIX, desde dos perspectivas: unos alegaron que los indígenas estaban comprendidos en el principio de igualdad y sólo se debía “estimular en ellos la conciencia sobre los deberes emergentes de su condición de ciudadanos argentinos [...] y promover su participación en la vida nacional” (Augusto Alasino) y como tal “no puede colocar a los individuos en mejores condiciones que todos los demás habitantes” (Alberto Natale) y que se debía promover la integración y asimilación (CNC, exps. 1329, 1018, 1429). En el mismo sentido se manifestaron algunos doctrinarios: “Todo el artículo o su mayor parte es violatorio del artículo 16 de la Constitución, porque consagra expresamente prerrogativas de sangre y de nacimiento de las que no goza ningún otro argentino” (Segovia, 1995: 340). Otros señalaron que no era necesario incorporar dicha reforma porque en el tema religioso “promover” no era “imponer” (Sarmiento García, 1995: 28). Es decir, unos y otros objetan los cambios que de hecho se han producido y mantienen su pensamiento sujeto al paradigma jurídico individualista de la igualdad.

Otros convencionales, en mayor número, apelan a “expandir en la Argentina el fundamental concepto de diversidad” (Alfredo Bravo) o a “igual derecho a ser considerados diferentes” (Bibiana Babbini). Destacan la contradicción del art. 16 con el art. 67, inciso 15 de la Constitución de 1853, con los siguientes términos: “discriminatorio”, “excluyente” del principio de igualdad a los indígenas y que su conversión al catolicismo fue una forma de “asimilacionismo”, “aculturación”, “homogeneizante” (exps. 1322 y 619). Plantean, como lo haría Habermas (1998), la ausencia de derecho

sin legitimidad ni validez, pero también lo hacen desde el paradigma de la igualdad al referir al artículo 16. Expresamente el convencional José Ficosco advierte:

La igualdad proclamada en las Constituciones es una utopía; no habrá verdadera igualdad si no se reconoce el “derecho a la diferencia” [...] la igualdad es una forma más de conquista y colonización [...] lo que debe cambiar, lo que de hecho está cambiando, es la idea de un Estado cultural y racialmente homogéneo, para dar paso a un modelo en el cual pueden convivir los pueblos con iguales derechos y [...] diversas culturas. Esto es un Estado multiétnico y pluricultural. (CNC, 1994: exp. 790-956)

Así quedó planteado el tema de nación homogénea *versus* reconocimiento de la existencia de otras naciones dentro del Estado argentino o, en otras palabras, una nación pluricultural y pluriétnica como dice el convencional y el tratado firmado y ratificado por Argentina. Pero como la construcción de una idea igualitaria predominaba en algunos convencionales y consideraban que era un atentado a los principios democráticos y de igualdad de los derechos civiles, el convencional Daniel Peña explicó: “La igualdad ante la ley implica relatividades provenientes de las distintas identidades culturales. [...] La igualdad ante la ley de los aborígenes debe constar de una atracción integradora a toda la Nación y de una promoción legal al fortalecimiento de su identidad cultural [...] no deben sentirse extranjeros” (CNC, exp. 752).

A diferencia de los doctrinarios aludidos anteriormente, para el constitucionalista Bidart Campos la “igualdad requiere especificar que una minoría no es igual al resto, todo cuanto tiene de diferente necesita, en reciprocidad, un trato también diferente” (Bidart Campos, 1995: 377).

Pueblos indígenas

El inciso 17 está destinado a los pueblos indígenas. Podría entenderse que los indígenas como personas no están incluidos en el reconocimiento de los derechos individuales. Éste es el conflicto que emana de las continuidades y de las rupturas de un paradigma. Los vocablos pueblo y nación, junto a Estado y soberanía, desde épocas inmemoriales tuvieron connotaciones valorativas y, por qué no, emotivas. Sobre esos sentimientos se elaboraron las justificaciones racionalizadas por numerosos autores procedentes de diversos campos disciplinarios. La teoría del Estado, la ciencia política y el derecho interno e internacional dieron lugar a las conceptualizaciones de dichos términos. Desde Bodin y, en especial, desde la Revolución Francesa, se construyeron esas

nociones con certezas propias del racionalismo científico dándoles un carácter único y universal. Hoy la pregunta que está en la base del reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas es si la persona es la única que debe considerarse sujeto de derechos humanos o también lo pueden ser los pueblos.

Observamos que el monismo sobrepuesto al dualismo jurídico avanzó sobre el derecho internacional público clásico al considerar sujetos de derecho internacional, además de a los Estados, a las personas, protegiéndolas de los Estados. En palabras de Verdross (1963: 76): “el sujeto responsable (colectivamente) no es el Estado como organización, sino el pueblo (*populus*) organizado en Estado”. Pero reconoce que si bien en esos términos “pueblo” no coincide con su concepto étnico, esta categoría también tiene significación jurídico-internacional en el derecho de las minorías no organizadas como Estado. Así como Verdross, para llegar a esa idea, recurre al derecho de gentes de Grocio y Vittoria, igualmente hoy, Villoro (2002: 218) acude a ellos y a la concepción medieval para coincidir con el monismo, en la distinción del pacto entre los miembros de una comunidad histórica y el pacto que supone el anterior, aceptando sujetarse a un poder común. De esta forma concilia ambos órdenes en el ámbito del derecho internacional público: la autodeterminación de los pueblos y de los Estados.

El convencional Julio Aráoz, ante los proyectos que reclamaban el reconocimiento del derecho a la diferencia aplica el principio federal: “está basado —dice— en considerar al Estado como sociedad no solamente de individuos, sino también de comunidades que deben tener autonomía (en forma similar a las provincias argentinas) para la consecución de sus bienes comunes particulares, en tanto resulten compatibles con el bien común nacional” (CNC, 1994: exp. 1018). Ni los mismos pueblos indígenas que reclamaron ser reconocidos como tales y ser considerados diferentes dudan estar bajo la sujeción de la nación argentina. La Asociación Indígena de la República Argentina (AIRA) en su misma denominación señala la pertenencia pero, para que no quepan dudas, declara: “Como primitivos habitantes, somos y nos sentimos pueblos integrantes de la Nación Argentina, aceptando sus límites políticos y jurídicos, su unidad territorial y la organización constitucional de la República” (CNC, 1994: exp. 921). El solo hecho de reclamar ante la Convención, para que se incorpore el reconocimiento como pueblos, el derecho a la diferencia, como la presentación ante ella de dicho documento pone en evidencia que se consideran sujetos a ese otro poder común.

La doctrina constitucional entiende que su alcance es confuso, que al dar a los indígenas un estatus jurídico diferente, no como individuo sino como pueblo, se “estaría admitiendo la existencia de “otra Nación” dentro de la Nación Argentina” (Segovia, 1995: 334). Precisamente ese es el *quid*: se está reconociendo otra nación.

Fue así desde la política indiana en adelante, aunque no se explicitara. Al no haberse aclarado, hoy produce confusión en algunos. Claro que hay un cúmulo de definiciones del vocablo nación, según las categorías desde las cuales se lo analice. El concepto que utiliza el autor está enmarcado en la idea de Sieyés (1989:90), definido como “cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por una misma legislatura”. Es decir, un Estado, una nación, y en ésta el pueblo tiene una identidad de lengua, raza, tradición, idioma, cultura, etcétera, concepción en cuyo nombre se desencadenaron las más cruentas guerras (Ramella, 2007). Una definición que entra en conflicto con una conceptualización más real, que ya Alberdi había formulado en 1937 (1984) había formulado: hay nación “por la conciencia profunda y reflexiva de los elementos que la constituyen”. Es decir, está planteada como “conciencia”, “autoidentificación”, “sentimiento” de pertenencia nacional (Convenio 169 de la OIT) (Carrasco, 2001). Desde el monismo del derecho internacional público se ha preguntado también: “¿es justo que perdure el Estado-nación?” (Ramella, 1994: 123-130), entendiendo que el derecho internacional público no puede fundarse en una red de políticas nacionales, sino en una visión política de la *civitas máxima*, un fin social internacional que reconoce la existencia de la colectividad humana. De esa forma lo entienden los pueblos indígenas. Una pertenencia originaria a su nación mapuche, toba, etcétera, y subsidiariamente a la República Argentina. Y ellos como personas dentro de su comunidad están comprendidos y tutelados por los ordenamientos referidos a los derechos humanos.

Propiedad comunitaria versus propiedad individual

El núcleo de las Constituciones surgidas con el ideario iluminista de la Revolución Francesa es la propiedad individual y privada. “El individualismo burgués —dice Grossi— se configura cada vez más concretamente como individualismo posesivo [...] liberado de las embarazosas incrustaciones comunitarias”. Sobre ella se estructuran todos los demás derechos y se organiza el Estado. Para ese ideario, la propiedad está inscrita en la naturaleza humana, es un derecho natural. El hombre proyecta su personalidad sobre los bienes y las cosas. Tan simbiótica es esta relación en su concepción antropológica, que no sólo es condición de riqueza del sujeto sino de la misma libertad del hombre. De esa forma se desvincula del poder del Estado como de los hechos económicos regulados por él (Grossi, 2004: 128).

Se trata de una mentalidad que permea los códigos civiles desde el código de Napoleón. Éstos, salvo algunos artículos referidos a la familia, están proyectados a garantizar la propiedad privada individual. Aunque tuvo una pequeña inflexión con

el constitucionalismo social al declararla en función social, se mantuvo la idea de la proyección de la persona sobre los bienes (Ramella, 2006). De ahí que, de entre todos los reconocimientos dados por la Constitución de 1994 a los pueblos indígenas, el “reconocerles la posesión y propiedad comunitaria de las tierras y declararlas no enajenables y no sujetas a gravámenes ni embargos sea lo que más resistencias produce”.

Para los pueblos indígenas, como bien interpreta Morita Carrasco (2001: 3), las tierras “son más que un medio u objeto de producción”. En efecto, es la “madre tierra” y como tal, dice la Coordinadora Mapuche Neuquina (1999: 203): “La íntima relación existente entre sus comunidades con la tierra no se reduce a su carácter económico. [...] Va más allá, por tanto, del suelo como sustrato productivo, para integrar una concepción holística abarcadora de aspectos sociales, culturales, filosóficos o religiosos, políticos y ambientales de esos pueblos, y en la naturaleza [...] en su concepto de territorio”.

Por eso —reclama Cocha (2005: 58)—, es imprescindible otorgar los títulos de “propiedad comunitaria” a las comunidades indígenas, “que garantizará la indivisibilidad del territorio ancestral”. La diferencia es sustancial. Si para el individualismo la propiedad, los bienes, reciben la sombra del individuo, en esa mentalidad antropocéntrica se convierte en absoluta y sagrada, porque él, el individuo, la sacraliza. Para los indígenas, siguiendo con la metáfora, a la inversa, la propiedad comunitaria proyecta su sombra sobre ellos. Los configura en su identidad y cultura, por eso es madre y sagrada para ellos, y en esas condiciones el territorio los sacraliza a ellos junto con la naturaleza.

Sin detenernos en las formas en que los pueblos indígenas fueron despojados y son despojados de su tierra, ni en lo que significó el alambrado, su conversión en peones de campo, los desalojos de que son objeto, ya tratados por otros autores (Carrasco, 2001), así como tampoco en su preocupación porque su discurso ecológico fue sustraído y tergiversado con otras intenciones, fundamentalmente intereses extranjeros y apropiativos de los recursos naturales argentinos dentro de sus territorios ancestrales —el acuífero del Iberá y Guaraní (*La Nación*, 20-8-2006) o el Parque Nacional en la estancia de Monte León (Cocha, 2005)—, interesa detenernos en algunos de los planteamientos jurídicos realizados en pro o contra de las comunidades indígenas y comprobar las dificultades que este ensamble de paradigmas jurídicos produce en los jueces.

En la retórica utilizada en los fallos y sentencias en las que se tiene que dirimir y, a veces, aplicar el principio constitucional de la propiedad comunitaria, se observa en los jueces que no pueden sustraerse al modelo civilista de la propiedad privada —en algunos más que en otros—, la perplejidad a la que se enfrentan ante la interpretación de una Constitución que contiene ambos principios jurídicos y un Código Civil que valora la propiedad privada. La valoración de la posesión y propiedad comunitaria de los indígenas sobre la privada, considerada como “categorías jurídicas nuevas que

requieren, por supuesto, alguna adecuación normativa”, se destaca en la sentencia en el caso “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros S/ Desalojo.”⁴ Dice el Juez Emilio Riat:

La misma Constitución Nacional también admite [...] la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan [...] rige en nuestro derecho el criterio amplio del artículo 1 del Convenio 169 de la OIT (Ley 24.071) [...] La posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del Código Civil. Por mandato categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicional de la comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (art. 2384 del Código Civil). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional. [...] Y debe respetarse no bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa.

Finalmente expresa: “el derecho objetivo ha cambiado y exige que el problema indígena se resuelva ante todo con las nuevas normas de derecho público dictadas a propósito supletoriamente, con las viejas normas del derecho privado”, lo cual advierte las dificultades que tuvo que enfrentar el juez para proteger este derecho comunitario sobre el individual, mostrando cómo en forma incipiente está emergiendo el nuevo paradigma jurídico.

En el fallo:

Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes-Pueblo Cochinota *v.* Provincia de Jujuy, P/ Ordinario (Prescripción Adquisitiva).⁵ María Rosa Caballero de Aguiar, a

⁴ Motiva la demanda de desalojo la extinción de la relación laboral que había mantenido Ernesto Sede, ya fallecido, con la familia Vila, que pertenecía a la comunidad indígena Kom Kiñe Mu, de la reserva Ancalao. Los demandados alegaron tener derechos ancestrales a la propiedad comunitaria amparados por la Constitución Nacional, y que de no aceptarse, tenían títulos por prescripción veinteñal. Por esas razones, el juez Riat rechazó la demanda. La propiedad en cuestión está situada en la región patagónica, ocupada por el Estado argentino después de 1880 (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería núm. 5, 3ª Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, Bariloche, 12-8-2004).

⁵ En este caso, la doctora Rosa Bertoni de Apaza, en representación de la comunidad de Quera y Aguas Calientes, con personería jurídica como comunidad indígena, demanda a

diferencia del juez Riat, falla en consecuencia del derecho civil común, no obstante reconocer la normativa constitucional. Así se expresa al referirse a la prescripción fundada en el Código Civil: [...] la comunidad aborigen que ha obtenido recientemente su personería jurídica, no se trata estrictamente de un sucesor universal o particular en los términos del derecho privado, pero [...] nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de *propiedad*, el de *propiedad comunitaria*, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad (arts. 2º, 7º, 9º y ccs. de la Ley 23.302 y Ley 24.071, así como arts. 2 y 3 de la Ley Provincial 5030, modificados por la Ley 5131).

Además como la Provincia,⁶ es decir el fisco, era la titular del dominio, concluye desde una retórica civilista, en los siguientes términos:

de la prueba testimonial receptada y de la inspección ocular antes referida, no quedó duda de que la posesión de las tierras requeridas no sólo es comunitaria, sino que es pacífica, continua e ininterrumpida, desde tiempos inmemoriales, así como que dicha posesión la ejercieron *animus domini* y colectivamente.

En su voto sobre el mismo caso, Víctor Eduardo Farfán muestra, más que su par de Cámara, la mentalidad civilista, sin siquiera mencionar la propiedad comunitaria, porque dice atenido al Código: “Para que la posesión por 20 años autorice a prescribir el dominio a favor de quien lo haya realizado, es menester que sea pública, quieta, pacífica, continuada, ininterrumpida y con ánimo de dueño (arts. 2351, 2363 2384,

la provincia de Jujuy, alegando también la posesión ancestral, que “ha sido transmitida de generación en generación, configurándose entonces la accesión de posesiones de padres a hijos desde hace cientos de años”. Definen su relación cultural y espiritual con la tierra en forma colectiva atenidos al Convenio 169 de la OIT (expediente núm. B-36.559/98; Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, Sala 1ª, 14/9/2001); JA 2002-III-702, 2ª Instancia, San Salvador de Jujuy, 14-9-2001.

⁶ En este caso, las comunidades indígenas pervivieron a pesar de que el territorio ocupado por ellos tenía el dominio eminente de los españoles primero y de Argentina después. En 1877 en el caso “Jujuy *v.* Camperó”, la provincia de Jujuy reclamó para sí tierras poseídas por un descendiente de encomenderos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la demanda fundada en la ley 1, título 9, libro 6 de la Recopilación de Indias. Sin embargo, en 1929 las mismas tierras fueron reivindicadas por Guará como descendiente de indígenas contra la provincia de Jujuy. En este caso, la Corte rechazó la demanda alegando que los indígenas sólo tenían un dominio útil o de usufructo, cuando el propietario era el Inca, luego España y posteriormente la Provincia.

2373, 2405, 2408, 2445, 2449, 2479, 2480, 2481, 2524 inciso 7, 3448, 4015, 4016 del Código Civil de la República Argentina).

En el caso “Guarda Fidel s/Usurpación”,⁷ al igual que el anterior, se asienta en el Código, pero su retórica, a diferencia de los otros, tiene términos y frases que inducen a pensar en una minimización de los valores que alegaron los mapuches, pueblo al que pertenecía Guarda. Por ejemplo, sobre lo manifestado por el abogado defensor de Guarda, se expresa en este tono:

Efectuó una pormenorizada descripción de los instrumentos públicos que registran la presencia de sus ancestros desde hace muchísimos años atrás en el lugar, así como de los valores que *suponen para la comunidad Mapuche de la cual forman parte, el cuidado de la naturaleza -en este caso, de los pocos árboles existentes en el sitio-, y la protección del cementerio que aloja a sus parientes y seres queridos.* [...] Entiendo que no se han constatado los daños a los que aludiera el denunciante.

Se observa cierta descalificación, además no se refiere a la operatividad de la cláusula Constitucional y resuelve el litigio en términos legales y no constitucionales. En el fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, como en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobresalen explicaciones que demuestran la conflictividad entre los paradigmas que la Constitución Nacional contiene en su texto. La demanda fue planteada por una comunidad indígena,⁸ por la omisión del gobierno provincial de consultar a los pueblos indígenas, al sancionar una ley que ordenaba erigir un municipio en su territorio, como exige la Constitución Nacional. No obstante, el Tribunal considera, con cita de argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallos 264-294 y 302: 60), que: “los derechos fundados en cualquiera de

⁷ Guarda es denunciado por el administrador de un predio del Paraje Quetrequile, en la región patagónica, de haber ingresado a dicho predio, construido una vivienda precaria en la que habitaba su esposa, Jorgelina Casiano e hijos, a pesar de que en 2003 el Juzgado de Instrucción había resuelto su procesamiento por usurpación. No obstante, en este segundo juicio logra su sobreseimiento (expediente núm. 428/04, Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional núm. II. Secretaría núm. IV, Bariloche, 10-11-2004).

⁸ “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia de Neuquén s/Acción de inconstitucionalidad”, expediente núm. 1090-Neuquén” del 3-6-2004, La erección del municipio trajo aparejada la convocatoria a elecciones de sus autoridades que es a lo que se opone la Confederación Mapuche, porque se los obligaba a participar del acto electoral, poniéndolos en contradicción ante su reclamo de inconstitucionalidad por haber erigido el municipio en tierras ancestralmente ocupadas por ellos.

las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía [...] ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales”. El Tribunal entiende que la Constitución

es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse [...] de no alterar en este caso el delicado equilibrio entre la libertad y la seguridad [...] efectuando una interpretación armónica e integradora de los distintos derechos emergentes de las cláusulas constitucionales en aparente tensión, este Cuerpo concluye que no advierte *prima facie* la violación de la garantía constitucional que los accionantes invocan.

En los términos del fallo: “igual jerarquía” de los derechos, una “estructura coherente”, “aparente tensión” y “armonización”, se advierte el conflicto que producen las distintas generaciones de derechos incorporadas a la Constitución. El Tribunal lo resuelve sobreestimando las atribuciones estatales por sobre los derechos de los pueblos indígenas. La interpretación se inclina más hacia el orden igualitario de la originaria Constitución que al de las diferencias contenidas en la última reforma. En los casos examinados, aun en aquellos que reconocen sus derechos comunitarios, se sentencian o fallan, según el derecho común, no como ordena la Constitución Nacional, salvo la primera sentencia mencionada.

CONSIDERACIONES FINALES

Sobre la Constitución del siglo XIX se fueron sedimentando, durante un siglo y medio hasta 1994, ideologías de distinto signo, derechos en sus diversas generaciones: individuales, sociales, comunitarios, que respondían a diferentes paradigmas jurídicos. La reforma de la Constitución Argentina en 1994 sobrepone a la Constitución decimonónica el derecho a la diferencia. El ensamble de cosmovisiones y principios axiológicos de distintas filiaciones, propio de un sistema en transición, es lo que deja perplejos a muchos constitucionalistas. Por eso decimos que se va “hacia” un nuevo paradigma jurídico antropológico, que no está establecido definitivamente. Es una bisagra en la que compiten: la igualdad con la diferencia; la propiedad privada con la comunitaria; una sola nación y una sola cultura con el multiculturalismo, las naciones dentro de un mismo Estado; la legislación universal con el particularismo jurídico; los sujetos de derechos individuales con los sujetos plurales de derechos; el dualismo jurídico del derecho internacional público con el monismo jurídico del derecho comunitario; el Estado como sujeto del derecho internacional público con la persona como sujeto del mismo

sobre el Estado y también con los pueblos como sujetos junto con la persona, resguardándose del poder del Estado, en el derecho comunitario.

Nombremos ese nuevo orden: particularismo, como se caracteriza al sistema jurídico medieval, porque tiene reminiscencias medievales. De ahí la rememoración que se hace de los filósofos jusinternacionalistas escolásticos. Pero también por eso el conflicto que genera para un mundo jurídico que creyó que había perecido, sin pensar en la pervivencia del pasado. Claro que hoy ese particularismo o pluralismo no deberá considerarse como un privilegio que disfruta una parte en detrimento de otras que integran el todo. Simplemente se trata de identificar y proteger la dignidad diferencial de un grupo de personas que por sus características culturales se distinguen de otros y del todo, resguardando el respeto de otras alteridades existentes en el conjunto humano multinacional, incluso dentro de los mismos pueblos indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, JUAN BAUTISTA

1922 *El crimen de la guerra*, Buenos Aires, Editorial Claridad.

1984 *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, introducción y notas de Ricardo Grinberg, Buenos Aires, Biblos.

BIDART CAMPOS, GERMÁN

1995 *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar.

CALDERÓN, JUAN GONZÁLEZ

1921 *Derecho constitucional argentino*, Prólogo de Ernesto Quesada, Buenos Aires, Editorial Lajouane

CARRASCO, MORITA

2001 "Informe Anual CELS-Centro de Estudios Legales y Sociales", Buenos Aires.

CLAVERO, BARTOLOMÉ

1994 *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Madrid, Siglo XXI.

COCHA, NORMA

2005 *La propiedad comunitaria indígena como resguardo de soberanía territorial argentina*, tesina elaborada bajo la dirección de S.T. Ramella, aprobada en abril de 2006, Mendoza, Argentina, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Cuyo.

CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE

1994 *Publicación en CD-Rom*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales.

COORDINADORA MAPUCHE NEUQUINA

- 1999 “Enfoque jurídico de la tierra indígena”, Neuquén, Universidad Nacional del Comahue.

Fallos en <<http://www.derhumanos.com.ar/fallosindigenas.htm>>. Web septiembre de /2004.

FOUCAULT MICHEL

- 1997 *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, México, Siglo XXI.

GÓMEZ, MAGDALENA

- 2002 “Derecho indígena y multiculturalidad”, en Esteban Krotz (ed.) *Antropología jurídica. Perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona y México, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 235-277.

GROSSI, PAOLO

- 2004 “Propiedad y contrato”, en Mauricio Fioravanti (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, pp. 127-136.

HABERMAS, JÜRGEN

- 1998 *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta.

KROTZ, ESTEBAN

- 2002 “Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica”, en Esteban Krotz (Ed.) *Antropología Jurídica: Perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*, Barcelona y México, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 13-49.

KUHN, THOMAS

- 1985 *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica.

LEGÓN, FAUSTINO

- 1961 *Tratado de derecho político general*, t. II, *Estructura y funciones en la teoría del Estado*, Buenos Aires, Ediar.

LEVAGGI, ABELARDO

- 2000 *Paz en la frontera, Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en la Argentina (siglos XVI- XIX)*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino.

MATHEWS, AUDREY L.

- 2006 “Martin Luther King’s Legacy and Impact on Social Equity Policies”, presentación en diapositivas para la Eight Annual International Cross, Cultural Research Exchange Conference, agosto 6 al 13 de 2006, Mendoza, Argentina, Universidad Nacional de Cuyo.

RAMELLA, PABLO ANTONIO

- 1994 “Integración regional y soberanía nacional”, en *Autobiografía y selección de escritos jurídicos*, Buenos Aires, H. Senado de la Nación, pp. 123-127.

RAMELLA, SUSANA

- 2007 "En torno a los conceptos de nación e integración", en Enrique Roig (coord.), *Estudios sobre el Mercosur*, Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 19-36.
- 2006 "La función social de la propiedad en la Constitución de 1949. Una mentalidad representada en el constitucionalismo social de la época", ponencia presentada en las XXI Jornadas de Historia del Derecho, Córdoba, Argentina, 20-22 de septiembre.
- 2004 *Una Argentina racista. Historia de la ideas acerca de su pueblo y su población (1930-1950)*, Mendoza, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Cuyo.
- 2004 "Algunas interpretaciones en torno al proceso constituyente y a la ideología de la Constitución de 1949", apartado, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 32, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, pp. 253-335.

SAID, EDGAR W.

- 1996 "Representar al colonizado. Los interlocutores de la antropología", en Beatriz González Stephan, (comp.) *Cultura y Tercer Mundo 1. Cambios en el saber académico*, Caracas, Nueva Sociedad.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA

- 2003 *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Descleé de Brouwer

SARMIENTO GARCÍA, JORGE H.

- 1995 "Soberanía, autonomía, autarquía región y comunidad indígena en la reforma", en Sarmiento García, J. H. (Comp.), *La reforma Constitucional interpretada*, Buenos Aires, Depalma, pp. 1-32.

SCHUSTER, FEDERICO

- 2000 "Teoría y método de la ciencia política en el contexto de la filosofía de la ciencia posempirista", *POSTdata. Revista de Reflexión y Análisis Político*, núm. 6, julio de 2000, pp. 11-36.

SEGOVIA, JUAN FERNANDO Y GONZALO SEGOVIA

- 1995 "La protección de los indígenas", en AA.VV. *Derecho constitucional de la Reforma de 1994*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, pp. 317-343.

SIEYÉS, EMMANUEL

- 1989 *¿Qué es el Tercer Estado?*, prólogo y notas de Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez, 1989, Madrid, Alianza.

STAVENHAGEN, RODOLFO

- 2002 "Derecho internacional y derechos indígenas", en Esteban Krotz (ed.), *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*, Barcelona y México, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 171-209.

TINANT, EDUARDO LUIS

2006 “Sobre la dimensión temporal de la persona y el derecho, *Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, Dr. Ricardo Rabinovich Berkman, núm. 55, julio, Buenos Aires.

TOURAINÉ, ALAIN

1997 *¿Podremos vivir juntos? La discusión pendiente: El destino del hombre en la aldea global*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

VERDROSS, ALFRED

1963 *Derecho internacional público*, 4ª ed., en colaboración con Karl Zemanek, trad. de Antonio Truyo y Serra, Madrid, Aguilar.

VILLORO, LUIS

2002 “Multiculturalismo y derecho”, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*, Barcelona y México, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 213-233.