

V Jornadas de Investigación en Humanidades

Departamento de Humanidades
Universidad Nacional del Sur
Bahía Blanca, 18 al 20 de noviembre de 2013

www.jornadasinvhum.uns.edu.ar



Volúmenes Temáticos de las
V Jornadas de Investigación en Humanidades

coordinación general de la colección
GABRIELA ANDREA MARRÓN

Volumen 16

**La interdisciplinariedad como
estrategia válida de convergencia
desde las disciplinas y subdisciplinas
del campo sociopolítico
en la búsqueda de soluciones en las
relaciones interétnicas**

MARÍA MERCEDES GONZÁLEZ COLL
(editora)

Nuevos actores en el escenario de los derechos humanos: Los pueblos originarios y la exigencia de reconocimiento

Silvia Mónica FARIÑA
Universidad Nacional del Sur
moni_farina@hotmail.com



Introducción

Este trabajo pretende situar dentro del escenario jurídico los derechos de los pueblos originarios y su debido y efectivo respeto. Considero importante traer a examen uno de los postulados de la sociología jurídica respecto a que el derecho es cambiante, debido a que está sujeto a las transformaciones de la sociedad, entendida ésta como organismo viviente, en permanente movimiento.

Nuestro sistema jurídico por razones históricas reúne elementos que proceden de diferentes fuentes, se presenta de este modo un fenómeno de pluralismo jurídico. Entendiendo a éste como un sistema que no limita el derecho al ordenamiento estatal, sino que incluye simultáneamente a diferentes sistemas jurídicos que se aplican a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico. El plurijuridismo plantea que un mismo caso puede ser abordado desde diferentes regímenes jurídicos y las respuestas a dar pueden ser diversas.

Para abordar la problemática de las relaciones interétnicas es fundamental el trabajo interdisciplinario. Desde de perspectiva del derecho, dentro del complejo proceso de reconocer la existencia de estos sujetos (comunidades de pueblos originarios) y propender a su efectivo respeto es indispensable señalar que el art. 75 de nuestra Constitución Nacional, en sus incisos 17, 19, 22 y 23, modificó la visión monocultural del derecho positivo, artículo que debe considerarse dentro

de esta visión sociológica política que impone la visión del “derecho complejo” del que habla Jean Carbonnier (Carbonnier 1974:17, 24-26).

En relación a este concepto es preciso la implementación de un sistema jurídico que reconozca a la cultura como fuente de derecho. De este modo se podrá dar cabida al diálogo intercultural, permitiendo no sólo resignificar derechos conocidos sino también dar lugar para el nacimiento de otros nuevos. La UNESCO propuso como definición de cultura “...al conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social, y que abarca, además de Las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, tradiciones y las creencias”. (Susz Kohl 2005:21)

Desde el contexto histórico y político, tanto nacional como internacional, se impone como lectura obligada de la realidad darle a los pueblos originarios ese lugar de sujetos de derecho, el derecho fundamental a la inclusión social.

El antropólogo mexicano Rodolfo Stavenhagen, Relator de la ONU, define a los pueblos indígenas:

“como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la autoidentificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria, porque siguen sufriendo de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación.”. (Stavenhagen 2006:25)

El derecho intercultural argentino

Como cite supra el inciso 17 del art. 75 de la Carta Magna ha sido el receptor del plurijuridismo al reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios. Ello configuró la aparición de un nuevo paradigma que implicó que junto a la cultura oficial hegemónica

existen culturas que conviven con ella, con instituciones y costumbres propias que van a servir de fuente de derecho para lograr la solución de conflictos que vayan presentándose.

En esta dirección, es preciso citar la jerarquía constitucional que surge del inciso 22 del mismo artículo, que le confiere a los tratados internacionales que refieren a los derechos humanos un concepto de inclusión social que lo hace aparecer como derecho fundamental que obliga al Congreso Nacional a legislar sobre derechos que reconocen en calidad de derechos subjetivos a la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios argentinos, y también el respeto a su identidad, a una educación bilingüe e intercultural, a la personería jurídica de sus comunidades, a la posesión y propiedad de las tierras ocupadas tradicionalmente en forma comunitaria, el derecho a participar de la gestión de los recursos naturales y a los demás intereses que los afectan.

El inc. 19 reconoce el derecho a la identidad y pluralidad cultural y a que se garantice la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos que reconoce la Constitución Nacional y los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos (inc. 23).

El acceso a la justicia de los integrantes de los pueblos originarios como un derecho humano fundamental

En el camino que vengo señalando, el cual pretende dejar en claro el lugar en el cuál nuestros constituyentes han enmarcado a los derechos fundamentales, el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, de cualquier persona, sin ningún tipo de discriminación, y que comprende la posibilidad de obtener una respuesta satisfactoria a sus reclamos. Tal acceso es un pilar fundamental de la sociedad que se relaciona con el principio constitucional de igualdad ante la ley.

El Estado está obligado internacionalmente y debe organizarse de manera que todos los individuos puedan acceder no sólo a los recursos judiciales garantizados por la Constitución Nacional en su artículo 18, sino también a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Ello implica la existencia de obligaciones estatales positivas para hacer efectivo tal derecho debido a que, de lo contrario, se incurriría en responsabilidad internacional. Ello no implica en forma alguna estar estableciendo prerrogativas desiguales, por el contrario, es concretar el acceso de manera igualitaria a los grupos más vulnerables, que son nuevos actores de la escena legislativa; frente a la deficiencia de las leyes, el Estado debe actuar.

Aparece entonces como un avance el trabajo de la Defensa Pública, que ha celebrado juntamente con UNICEF Argentina un acuerdo de cooperación. Cabe destacar entonces, que en las “Garantías para el acceso a la justicia, el rol de los defensores públicos oficiales” (OEA 2011) la Organización de los Estados americanos, afirmó que “el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados” y resaltó “la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad”.

Entre las atribuciones del Defensor General de la Nación se encuentra la de realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos” y “promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso de la justicia de los sectores más discriminados” (cfr. art. 51, inc. d y e de la Ley Orgánica del Ministerio Público - LOMP-).

Durante 2010, desde el Programa de Diversidad Cultural dependiente de ese ministerio público, se realizó un estudio sobre Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas que contó con la participación y colaboración de líderes y lideresas indígenas, defensores públicos federales y provinciales, abogados particulares, e instituciones públicas como el INADI, la Secretaría de DDHH, la Defensoría del Pueblo de la Nación y varias ONG.

La naturalización de la distancia establecida entre tal reconocimiento normativo y su realización concreta, 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.

Este Programa de Diversidad Cultural ha llevado a cabo un estudio del que participaron los líderes de los pueblos indígenas, defensores públicos federales y provinciales, y también particulares, e instituciones públicas como el INADI, la Secretaría de DDHH, la Defensoría del Pueblo de la Nación y varias ONG.

A partir del mismo se cuenta con un diagnóstico que permitió sistematizar y clasificar, los obstáculos procesales de la siguiente manera: (a) falta de peritos especializados en materia indígena; (b) extensa duración de los procesos judiciales; (c) dificultades en el cumplimiento efectivo de las sentencias; (d) escasez de abogados especializados; (e) distancia física entre los servicios de justicia y el

lugar de residencia de las comunidades indígenas; (f) falta de personal con orientación social que pueda contribuir al relevamiento de la situación; (g) inexistencia de tribunales con especialización en materia indígena; (h) ausencia de medios económicos, de medios de transporte y vías de comunicación adecuada; (i) desconocimiento de los lugares y/o ámbitos adonde deben acudir por información; (j) desconfianza en el poder judicial a causa de diferentes motivos, pero en especial por la discriminación sufrida históricamente.

Legislación

En nuestro país, los derechos humanos y libertades fundamentales de las pueblos originarios fueron reconocidos principalmente, en la Constitución Nacional y en diferentes instrumentos internacionales, tales como:

- La Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994;
- El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1989;
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007);
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); y
- Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Los integrantes de comunidades indígenas tienen el derecho a ser oídos en forma individual, por una parte, y en forma colectiva con los demás miembros de la comunidad, por la otra, para garantizar que intervengan en las consultas sobre las cuestiones que los afectan. Además en el supuesto que no puedan darse a entender, por motivos de idioma o que no puedan comprender lo que está pasando, tienen derecho a la representación, a la debida traducción por parte de un perito específico y a una interpretación culturalmente apropiada que podría requerir la intervención de un especialista en antropología y en la cultura y cosmovisión de la comunidad. Podría considerarse que algún miembro de la comunidad puede oficiar de intérprete como una especie de “perito de parte” para estar presente en los actos procesales que sean necesarios,

así como también para presenciar y participar de actos que sean exclusivos de la defensa, por ejemplo, la entrevista entre el asistido y su defensor.

El derecho al desarrollo y la supervivencia debe estar en consonancia con su especial relación con la tierra, el territorio y el medio ambiente en el que habitan, así como el principio de no discriminación.

Por su parte, tienen derecho a determinar la identidad cultural y de pertenencia y derecho a no sufrir asimilación forzada y destrucción de la cultura (arts. 9 y 33, Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas). Tienen derecho a pertenecer a su comunidad según sus tradiciones y costumbres y no deben sufrir ninguna discriminación en el ejercicio de este derecho. Es muy trascendente el derecho a la identidad. Éste se expresa a partir de la ascendencia, el idioma, las costumbres, las creencias, las ceremonias, los valores propios y el modo de la vida de la comunidad. Por eso no se los puede obligar a perderlas para formar parte de la sociedad en la que viven. Su integridad tiene que ser respetada.

Las mismas consideraciones se deben tener en cuenta en cuanto a las prácticas curativas y las medicinas tradicionales de los pueblos indígenas. Debieran participar en el diseño de los planes de salud. El acceso al agua es un derecho humano íntimamente relacionado con el acceso a la salud, de acuerdo al nivel más alto a alcanzar, y debe ser considerado en conjunto con otros derechos como tal como a la vida y a la dignidad humana.

Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones sociales sean debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos. La enseñanza debe ser bilingüe (enseñar a leer y a escribir en la propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en la comunidad y, además, debe dar la oportunidad de aprender y dominar la lengua española); en esto también tienen el derecho a que se los convoque a participar en el control y dirección.

Uno de los importantes flagelos actuales que en su trabajo la Defensa Oficial destaca es el delito de trata de personas. Resulta conveniente destacar su importancia dado el carácter de vulnerabilidad de los pueblos originarios, frente a lo que debe estarse muy alerta. El artículo 9 del Protocolo de Palermo establece que los Estados establecerán políticas con miras a proteger a las víctimas, especialmente a las mujeres y niños contra un nuevo riesgo de victimización. Por su

parte, el artículo 6 de la Ley Nacional N° 26.364 establece el derecho de las víctimas a recibir información sobre sus derechos en un idioma que comprendan y en forma accesible para su edad y madurez. En todos estos supuestos prescriptos por la ley, debe atenderse a los derechos propios de las personas indígenas, entre ellos, el de contar con un intérprete de su idioma para la comprensión de los actos procesales.

Conclusión

En el estado actual de vigencia y reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios es preciso añadir la incorporación del factor cultura 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.

Creo que es fundamental para el respeto de la autodeterminación de los pueblos contemplar el factor étnico y la identidad indígena en todo el desarrollo del proceso justicia.

A modo de conclusión, hay que precisar la necesidad de ofrecer un abordaje activo e integral para la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El carácter colectivo y comunitario de estos derechos –cuya titularidad está en cabeza de sujetos colectivos en condiciones de vulnerabilidad- y su intersección con la especificidad de la protección integral de esos derechos, reconocidos tanto por la normativa nacional e internacional. Ello requiere de un esfuerzo mayor en el abordaje de estas personas cada vez que reclamen la asistencia y el asesoramiento para su defensa.

En este marco, la intervención de la Defensa Oficial en pos de la asistencia y reconocimiento de los derechos de estos “nuevos actores” de la escena social y judicial, es un avance. Por nuestra parte para poder trabajar con la problemática que presentan cada vez que una persona indígena se acerca a solicitar asesoramiento o a reclamar por sus derechos. Las innovaciones son constantes, pero no se ven reflejadas del mismo modo en la vida cotidiana de los pueblos originarios, que no están siendo escuchados ni invitados a participar en la toma de decisiones respecto de temas que les son vitales para la realización plena de los derechos documentalmente reconocidos.

Para ello el conocimiento e intercambio de las experiencias directas de quienes se encuentran trabajando a diario en la defensa de los grupos más vulnerables, así como de las diferentes respuestas administrativas y jurisdiccionales que hayan obtenido en cada caso presentado, concurren a una mejor representación de la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos originarios y por lo tanto para una mejor elaboración del adecuado abordaje a implementar para su superación.

Es importantísimo entonces, el juego de otros actores de la realidad social, como son los encargados de la defensa de sus derechos, estatales y no estatales, enfocados desde la equidad género.

Surge entonces nítidamente que nuestra Constitución Nacional consagró como derecho fundamental la inclusión social y que el referenciado art. 75 en los incisos citados es una herramienta para la amplia concepción de fuentes de derecho que incluye la cultura y que posibilita un pluralismo de diferentes sistemas jurídicos que sean tenidos en cuenta tanto por los legisladores y jueces para que en forma simétrica contribuyan a dar las respuestas adecuadas para el respeto eficaz de un derecho humano tan fundamental como lo es el de inclusión social de los pueblos originarios en un pie de igualdad respecto a cualquier ciudadano argentino.

Bibliografía

- Asamblea General de la OEA, Resolución 2656 XLI-O/11 del 7 de junio de 2011.
- Carbonier, Jean. (1974) *Derecho Flexible*, trad. Luis Diez Picazo, 2ª ed. Francesa, revisada y ampliada, Madrid, Tecnos.
- Constitución Nacional. Artículo 75 inc. 22
- Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 24.071 y depositado por nuestro país en Ginebra el día 4 de Julio del año 2000.
- Convenio sobre Diversidad Biológica (Ley 24.375).
- Leyes nacionales 23.302 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades y 26.160 (y modificatorias) de Emergencia de la posesión y propiedad comunitaria indígena.
- Programa sobre Diversidad Cultural de la Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación y la Oficina de UNICEF Argentina.
- Stavenhagen, Rodolfo. (2006) "Derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas", en *Derechos humanos de los pueblos indígenas, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México- Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores*, México.
- Susz Kohl, Pedro. (2005) *La diversidad asediada, escritos sobre cultura y mundialización*, 1ª ed., Bolivia, Plural.