

Los pueblos indígenas como sujetos políticos, un enfoque constitucional argentino

Indigenous peoples as political subjects, an Argentine constitutional approach

Jeanne SOLOFRIZZO*

RESUMEN: El reconocimiento jurídico internacional progresivo de la validez de la existencia de pueblos indígenas y la inscripción de sus derechos particulares se enfrentaron, durante la reforma constitucional argentina de 1994, a su deficiencia moderna. El artículo 75 inc. 17 y su expansión doctrinaria se extraen del postulado de la subjetividad; la libertad como emancipación nos ofrece una alternativa a la dicotomía público-privado permitiendo el fomento de la interculturalidad, y abre las puertas, desde el campo jurídico y filosófico, al derecho constitucional

PALABRAS CLAVES: Pueblos indígenas; libre determinación; libertad como emancipación; derecho constitucional; contemporaneidad.

* Graduada en Derecho de la European School of Law de la Université Toulouse I Capitole (2022) y ha sido estudiante visitante de la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad de Valparaíso. Está cursando el máster de derecho público del numerico de la Université Paris I Panthéon-Sorbonne y los cursos intensivos de doctorado en derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Es investigadora de la cátedra Rafael del Riego de Buen Gobierno de la Universidad de Oviedo. Contacto: <jeanne.solofrizzo@gmail.com>. Fecha de recepción: 06/08/ 2023. Fecha de aprobación: 04/09/2023.

ABSTRACT: The progressive international legal recognition of the validity of the existence of indigenous peoples and the inscription of their special rights were confronted, during the Argentinean constitutional reform of 1994, with their modern deficiency. The article 75.17 and its doctrinal expansion are drawn from the postulate of subjectivity; the concept of freedom as emancipation offers us an alternative to the public-private dichotomy allowing the promotion of interculturality, and opens the doors, from the legal and philosophical field to the contemporary constitutional law.

KEYWORD: Indigenous peoples; self-determination; freedom as emancipation; constitutional law; contemporaneity.

La libre determinación no sólo involucra a los seres humanos, estodo lo que nos rodea. Es parte de la naturaleza que está afuera, el medio ambiente, el ecosistema, la atmósfera, las tierras, los recursos. Todos esos componentes definen cuál es nuestra libre determinación. Tenemos que respetar esas existencias.

Navajo Human Rights Commission, 2021.

I. INTRODUCCIÓN

Por razones históricas y estructurales ampliamente documentadas, los pueblos indígenas de la región han sufrido tradicionalmente de los mayores abusos de derechos humanos. El Estado colonial primero, el Estado republicano después, -en su momento, la Iglesia, los colonizadores, las empresas multinacionales y demás instituciones de la sociedad dominante-, han violado la integridad, dignidad y libertad de los pueblos; pues han sido responsables de toda clase de violaciones, desde el genocidio hasta la exclusión política o la discriminación socioeconómica. El triunfo, aún parcial y amenazado, de este discurso en la memoria colectiva, ha sido estrechamente respaldado por la evolución del marco jurídico internacional de protección de los pueblos indígenas. La Organización Internacional del Trabajo primera (en adelante, OIT), reforma su Convenio 107 y da luz en 1989 al Convenio 169¹. Este texto, que se traduce en un avance para el goce de los derechos y

¹ En su momento, la Oficina internacional del Trabajo declaró que “se adoptó una importante decisión conceptual en el sentido de reconocer explícitamente en algunas disposiciones que los pueblos indígenas y tribales deberían desempeñar un papel activo en la toma de decisiones y en la planificación y administración de los programas que les afecten”, citada por el Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación argentina, *Derechos colectivos de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, SAIJ, 2017, p. 11.

de la libertad por parte de los pueblos indígenas, se ve lentamente complementado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2016). La promesa de cambio del estatus, en la que los indígenas eran objetos de políticas y programas a ser sujetos consultables y consultados, también fue traducida en el derecho interno argentino. Los arquitectos de 1994 se opusieron a la dinámica asimilacionista y artificial en el texto original de 1853 que preveía en su artículo 67 inciso 15 “el trato pacífico en las fronteras y la conversión de los indios al catolicismo”, al inscribir el fundamental artículo 75 inciso 17:

Corresponde al Congreso: [...] Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Y por primera vez en la historia del derecho argentino, la Constitución Nacional (en adelante, CN) ofrece una vía alternativa a la tarea de imposición de una cultura sobre otra². Las nociones de pueblo y de Estado-nación, alegorías de la teoría moderna, se ven

² Cabe recordar los cuatros principios (o vías) de aquella imposición: *el principio de disyunción* que separa para clasificar en dualismo opuestos, *el principio de reducción* que exige la firme toma de partido por uno de ellos, *el principio de abstracción* que subordina una categoría a otras, que concibe a uno de muchos como elemento más valioso, y *el principio de idealización*, medio

fuertemente impactadas. El mero hecho de concebir a los pueblos indígenas como entes colectivos, incorporados al ámbito público dentro del Estado, con debidos derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, obliga la atribución fundamental de derechos a la autonomía, a la libre determinación y a la identidad. La definición y el desenvolvimiento de ambos derechos interrelacionados dentro de la esfera internacional permite a los pueblos indígenas superar el aplastamiento total que sufrieron desde la época de la conquista y conlleva una promesa de reparación histórica. Esta evolución también implica retos para la ciencia jurídica y gubernamental para asegurar un equilibrio y nuevas formas de cohesión.

II. DESARROLLO

A) CONCEPCIONES PRELIMINARES

Sobre la distinción entre libertad positiva y libertad negativa

En su ensayo de 1958, *Dos conceptos de libertad*, Isaiah Berlin propone una defensa de la política afirmando el carácter infranqueable del antagonismo en la identificación de las metas individuales y sociales. La política, siempre necesaria, interviene para arbitrar las diferentes metas identificadas y en conflicto: busca un compromiso. Lo hace reconociendo la imposibilidad de eliminar las discrepancias, apoyando la existencia y los beneficios de la diversidad, y desaprobando las teorías políticas que proponen un futuro libre de discordias. El autor identifica el problema fundamental de su época en la obediencia, y analiza la noción de libertad considerando que la coacción implica la privación de esta. En

de abstracción para realizar conceptos y teorías por sobre la realidad material. Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 52.

cuanto a la libertad negativa, se trata de identificar las esferas en las que el sujeto puede o debe hacer o ser lo que es capaz, sin interferencia de los demás. En cuanto a la libertad positiva, esta trata de determinar qué o quién es la causa del control o interferencia que puede determinar que alguien haga algo, que alguien sea una cosa u otra. En otras palabras, buscamos la presencia, o no, de autonomía.

En el lenguaje jurídico, hablamos de derecho negativo cuando se presupone la no interferencia del Estado (tal como el derecho de expresión o el derecho de protesta) y, de derecho positivo, cuando el Estado interviene precisamente para producir un efecto (tal como el derecho a la vivienda o el derecho a la educación). Estas dos concepciones aparecen sucesivamente en el derecho internacional y corresponden respectivamente a lo que llamamos “derechos de primera generación” (derechos civiles y políticos)³ y “derechos de segunda generación” (derechos económicos, sociales y culturales)⁴.

Sobre la distinción entre libertad antigua y libertad moderna

En un discurso pronunciado en la Athénée Royal de París en 1819, el político e intelectual Benjamin Constant conceptualizó dos libertades. Su discurso, transcrito en *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (De la libertad de los Antiguos comparada a la de los Modernos) comienza con una definición de lo que se entendía por libertad en aquella época: “Es para todos el derecho a no estar sometidos más que a las leyes, a no ser arrestados, detenidos, condenados a muerte o maltratados de cualquier

³ Cuyos derechos fueron consagrados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (a continuación, PIDCP) en 1966 por las Naciones Unidas.

⁴ Cuyos derechos fueron consagrados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (a continuación, PIDESC) en 1966 por las Naciones Unidas.

modo por la voluntad arbitraria de uno o varios individuos”⁵. Lo que ya resuena en nuestras mentes modernas como una reformulación de los derechos civiles y políticos se describe con más detalle en las siguientes líneas: “Es para toda persona el derecho a expresar su opinión, a elegir su industria y a ejercerla, a disponer de su propiedad, incluso a abusar de ella; a ir y venir sin obtener una razón o permiso, y sin tener que rendir cuentas de sus actos”⁶. Esta definición, cuyos inicios jurídicos aparecen en 1789 en la fundamental Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁷ (en adelante, DDHC), es la de una sociedad moderna adquirida de la lucha revolucionaria contra los privilegios. Considerando ilegítimo y despótico que un individuo se someta a la voluntad colectiva, la transición pretende ser radical, reconociendo garantías individuales frente a esta voluntad y frente al Estado: los derechos subjetivos.

Para los antiguos, la libertad estaba estrechamente ligada a su objetivo: el reparto del poder social entre todos los ciudadanos. Por el contrario, la verdadera libertad moderna, la libertad individual, política, consiste en la seguridad del goce de la propiedad privada y la protección de la individualidad: “Somos Modernos, que deseamos disfrutar, cada uno, de nuestros derechos; desarrollar, cada uno, nuestras facultades como mejor le parezca, sin perjudicar a los demás”⁸. Y resume: “Así, con los Antiguos, el individuo, casi generalmente soberano en los asuntos públicos, es esclavo en todas las relaciones privadas. [...] Con los modernos, en cambio, el individuo, independiente en su vida privada, es, incluso en los Estados más libres, soberano solo en apariencia. Su soberanía está restringida, casi siempre suspendida”⁹.

⁵ CONSTANT, Benjamin, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, París, 1819, Mille et une nuit, 2010, p. 35. La traducción es mía.

⁶ *Ibidem*, p. 36. La traducción es mía.

⁷ Me refiero a los artículos primero, 4 y 17 del texto.

⁸ CONSTANT, *op. cit.*, p. 42.

⁹ *Ibidem*, p. 43.

B) UN INSUFICIENTE PRINCIPIO DE IGUALDAD

En aras de fundamentación, cabe enfocarnos en una evolución, tanto del constitucionalismo argentino, tanto del acceso a la libertad por parte de los pueblos indígenas: las tres lecturas del principio de igualdad.

La igualdad como no discriminación se desprende de la naturaleza del género humano, es inherente a la dignidad de las personas, razón por la cual es incompatible que toda situación que, por considerar superior a un grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o por considerarlo inferior, se lo discrimine del goce de derechos. Nos referimos aquí a una concepción formal de la igualdad: el derecho debe tratar a las personas de forma igual, sin hacer diferencias o distinciones arbitrarias; se extiende esta designación a la igualdad formal de oportunidades: las diferencias que se producen tienen por objeto combatir las contingencias sociales y naturales, consideradas moralmente como arbitrarias. La lectura del principio de igualdad, bastante intuitiva, corresponde a la libertad negativa definida por Isaiah Berlin y al primero principio de Justicia defendido por John Rawls¹⁰: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas, que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Se trata de una versión individualista de la igualdad: los derechos de primera generación tienen como función independizar al individuo del colectivo, considerado como fuente potencial de arbitrariedad. Se traduce en la Constitución Nacional argentina en su artículo 16¹¹.

¹⁰ RAWLS, John, *Teoría de Justicia*, trad. de María Dolores González, México, FCE, 1995, p. 67.

¹¹ Véase art. 16 CN: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

La segunda lectura del principio de igualdad -aún fiel al postulado moderno-, la igualdad como no subordinación de grupos, rompe el hielo universalista e impulsa la definición de deberes estatales específicos de adopción de normas, políticas públicas, en fin de generar espacios en los cuales se toma conciencia de prácticas discriminatorias y se busca reducirlas¹². La exclusión de un determinado grupo en este esfuerzo no tiene nada que ver con un criterio irrazonable, sino con razones complejas que se deben a prácticas políticas, económicas, culturales, sociales, que conducen a una condición de exclusión permanente y sistemática. Se constitucionaliza en 1994 con el artículo 75 inciso 23.¹³ Esta lectura sustantiva de la igualdad, sostenida por el segundo principio de justicia rawlsiano,¹⁴ puede comprenderse como la materialización concreta del principio igualitario a la vida comunitaria; como el esfuerzo para que todos gocen con efectividad de los derechos de manera igual y con la libertad. Las discriminaciones, además de no figurar en el ordenamiento jurídico, deben ser erradicadas de la estructura social sobre la cual el derecho opera.

¹² Los seres humanos somos de hecho desiguales, la igualdad siendo un bien ideal y comunitario. La primera concepción de la igualdad (ante la ley) es una isonomía insuficiente, “un mundo básico en el que cada uno queda asignado a su suerte ante que a sus necesidades” precisa el autor. FERREYRA, Raúl Gustavo, “Gobernar es igualar”, en *Revista sobre enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, año XIV, núm. 28, 2016, p. 197. Al reconocer solamente el primer principio de Justicia de Rawls, estaríamos negando cobardemente la necesidad de una intervención estatal para tender hacia la igualdad material.

¹³ Véase art. 75 inc. 23 CN: corresponde al Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de 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 [...]”

¹⁴ RAWLS, *op. cit.*, p. 63.

La tercera lectura del principio de igualdad, emancipatoria, introducida en el campo de la investigación jurídica argentina por la profesora Silvina Ramírez, y en el texto constitucional en 1994, con el artículo 75 inc. 17, que sostiene otro lema sobre el reconocimiento de mecanismos de dominación entre grupos en una misma estructura estatal. Al admitir la *preexistencia étnica y cultural* de los pueblos indígenas en la *Carta Magna*, se reconoce implícitamente que el Estado, tal como lo conocemos hoy, ha sido creado con base a la voluntad moderna de asimilación de lo indígena, por lo que constituye un grupo aparte no solamente en término estructural, sino en lo genético de la estatalidad. Esta igualdad interviene como una herramienta que permite a los pueblos indígenas luchar y obtener lo que les permite existir, desarrollarse en toda autonomía y dignidad, esto es, alcanzar una igualdad real. Dicho de otra manera, se puede entender como una categoría que oriente la jerarquización de valores y derechos, que respete la cosmovisión indígena y su sistema de creencias. A diferencia de las dos primeras lecturas de este principio, no se trata aquí de derechos subjetivos, que sean universales o de grupos: son derechos colectivos de incidencia personal, a veces denominados desde nuestros sesgos individualistas, derechos intersubjetivos. Este cambio de paradigma, que afecta pues la dicotomía moderna individuo-colectivo o público-privado, da la oportunidad jurídica del buen ejercicio, por parte de los pueblos originarios¹⁵, de su autodeterminación: permite traducir en el lenguaje dominante -el derecho- su inescindible realidad y modo de existencia peculiar. Los derechos de tercera generación son entonces emancipatorios en la medida que constituyen una herramienta disruptiva que alude a los pueblos indígenas a luchar por sus derechos y así, lograr alcanzar una igualdad real. Citando a Silvina Ramírez, este nuevo principio “operaría entonces jerarquizando valores sin una pretensión de universalidad, evaluando cada situación en su

¹⁵ En este artículo se utilizan indistintamente las denominaciones “pueblos indígenas” y “pueblos originarios”.

contexto y aportando criterios objetivos fundados en el análisis de las condiciones históricas que se presenten”¹⁶.

C) DERECHOS INDIVIDUALES, DERECHOS COLECTIVOS

El esquema clásico de los derechos humanos consagrado en la DUDH, el PIDCP, el PIDESC, la Declaración Americana (1948) o el Pacto San José (1969), es meramente moderno por fundarse en un ejercicio individual -o más bien individualista- del derecho. De acuerdo a las dos primeras lecturas del principio de igualdad (la igualdad como no discriminación, y la igualdad como no subordinación de grupos) y a los dos principios de Justicia expuestos por Rawls¹⁷, distinguimos aquí dos clases de derechos: los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales.

El disfrute de los derechos civiles y políticos es mayor cuando el Estado no interviene, pues encarnan la expresión más pura de la libertad negativa tal como entendida por Berlin y de la libertad moderna tal como defendida por Constant. En esta configuración, el Estado solamente tiene vocación a intervenir para garantizar el buen ejercicio de estos y mantener un entorno dentro del cual puedan ejercerse libremente. El Estado debe ser pasivo, restringido, recatado.

¹⁶ RAMÍREZ, SILVINA, “Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas”, en ALEGRE, Marcelo, y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la igualdad, aportes para un Constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Abedelo Perrot, p. 72.

¹⁷ El autor argumenta en cuanto al primer principio que “Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”, y agrega para el segundo que “Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) Se espere razonablemente que sean ventajosas para todos; b) Se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”. RAWLS, *op. cit.*, p. 67.

Los derechos económicos, sociales y culturales son frutos de luchas políticas, de la diversificación de la escena política, del debate según el cual el único ejercicio de los derechos de primera generación es ilusorio para el pleno disfrute de la libertad política. El Estado debe ser responsable, re-distributor, regulador. Estos derechos -de segunda generación- no pueden ser entendidos como instancia de aplicación de la primera generación de derechos modernos, sino como una ampliación de los derechos humanos. Cabe recordar que, en la medida en que todos los seres humanos no son entes abstractos que viven fuera de su tiempo, contexto y espacio, el concepto mismo de derecho humano solo adquiere su significado en un marco cultural específico. Dicho de otra manera: existe, en el postulado moderno, un núcleo de derechos básicos universales y una periferia con garantías específicas destinadas a grupos que han sido tradicionalmente marginados, discriminados u oprimidos. *In fine*, la construcción teórica y conceptual de los derechos humanos refleja las asimetrías y desigualdades históricas de la sociedad humana; la apreciación conceptual de cuyos derechos, consiente de la herencia colonial e influencia occidental -multi-cultural- de las ciencias jurídicas, opera entonces una crucial disociación entre los principios *pro persona* y *pro homine*.

En este marco, caben las preguntas: ¿Son los derechos específicos a los pueblos indígenas una ampliación y consolidación del núcleo básico de los derechos humanos? ¿Pueden ser considerados los pueblos indígenas como colectividades modernas con personalidad propia? Defiendo con mucha convicción que no son la periferia: no fueron invisibilizados por la clase aristócrata (o por la alta burguesía recién llegada a las esferas del poder político) durante la creación del Estado moderno en Francia. No son incluidos en el postulado moderno, por lo que los positivistas revolucionarios consagraron la individualidad para sociedades en las cuales no se observaban grupos cuya existencia era previa al Estado. Los pueblos indígenas no son un grupo marginalizado como el de las mujeres, de los niños, niñas y adolescentes, de las personas no blancas: mientras pueden conectarse con ellos en un

mismo esfuerzo interseccional, no pertenecen al Estado moderno. El acceso por parte de los miembros de los pueblos indígenas del goce de la libertad política no puede entonces ser construido y defendido con instrumentos modernos. La lucha por atribuirles el estatus de sujeto político depende meramente de instrumentos creados disruptivamente. La adhesión a estos grupos, la experiencia de su identidad tal como el ejercicio de su libre determinación se sitúan, teórica y normativamente, fuera de la cultura jurídica occidental.

Los pueblos indígenas son consagrados como sujetos colectivos en el fundamental Convenio 169 de la OIT (en oposición al artículo 27 del texto anterior, el Convenio 107, que reconocía “poblaciones”). A la luz de esta diferencia, nos corresponde pensar las tensiones entre los individuos y el conjunto ajeno a la dicotomía público-privado: los Estados no son sujetos de derechos humanos, y los pueblos indígenas, no cuentan con un aparato organizado de coacción. Anaya resume: “la conceptualización y articulación de estos derechos colisiona con la dicotomía conceptual individuo-Estado que se ha mantenido en las concepciones dominantes de la sociedad humana y persistido en la formulación de las normas internacionales”¹⁸. El comentario de México en el proceso de revisión del Convenio de la OIT reasegura ciertas crispaciones: “el término ‘pueblo’, referido a la autodeterminación y autonomía, no implica necesariamente la separación del Estado, sino que, por el contrario, consolida a este último”¹⁹.

El estatus de sujeto colectivo de derecho es meramente relacionado con la autonomía personal del individuo dentro del pueblo indígena. Sin conformarse a un rasgo absolutista -fiel al Estado prerrevolucionario francés y la libertad antigua tal que de-

¹⁸ ANAYA, S. James, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 89.

¹⁹ Citado por GOMIZ, María Micaela, y SALGADO, Juan Manuel, *El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y su aplicación en el derecho argentino*, Neuquén, ODHPI, 2010, p. 65.

finida por Constant-, o al rasgo subjetivo, este peculiar disfrute individual de la libertad política depende de la protección de características grupales. Las garantías modernas son entonces insuficientes e inadecuadas para estas formas de civilizaciones que poseen características colectivas únicas. Mackay explica: “los derechos vinculados con estas características culturales dependen de la protección del pueblo o del pueblo como un todo, además de la de sus miembros individualmente considerados”²⁰. Dicho de otra manera, el disfrute por parte de cada miembro, del derecho, de la religión, de la identidad política o del idioma, no puede realizarse de modo individual, sino como parte integrante de la colectividad; “la protección de los derechos individuales requiere la protección del colectivo humano al cual el individuo pertenece”²¹. La preservación de la identidad indígena colectiva es un rasgo fundamental al disfrute de los derechos humanos individuales. El artículo 29 de la DUDH sostenía únicamente que el individuo en comunidad puede desarrollar su personalidad de forma libre y plena²²; se trata pues del derecho que permite acceder al estatus de sujeto político, el derecho a existir como grupo humano no conforme al postulado moderno. Desde la antropología del Derecho, la etnicidad pasa de ser entendida como pertenencia a una nación o una raza (del griego *εθνικος*), a ser interpretada como pertenencia a un grupo humano unido (del griego *εθνις*)²³.

Estas peculiares formas de vida responden a un proceso de realización humana que solamente los pueblos indígenas, en el

²⁰ *Ibidem*, p. 142.

²¹ *Ibidem*, p. 145.

²² Véase art. 29.1 DUDH: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.”

²³ ALTABLE, Ricardo, BRAUSTEIN, José, y GONZÁLEZ, Jorge, “Derechos indígenas en la Argentina, reflexiones sobre conceptos y lineamientos del artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional”, en *Relaciones de la Sociedad Argentina de Antropología*, Buenos Aires, núm. 21, 1996, p. 82.

ejercicio de su libre determinación, pueden experimentar y definir. La identidad indígena es netamente colectiva y la etnicidad no es un dato de la mera subjetividad, resulta de una auto adscripción compuesto de un reconocimiento externo de carácter intersubjetivo: se entiende culturalmente a sí mismo y al mundo como organización y estructuras políticas de sus vidas colectivas e individuales. Desde nuestro marco conceptual, ya sacudido por una tercera lectura del principio de igualdad, este proceso, meramente interrelacionado con los derechos colectivos de incidencia personal, debe ser estudiado desde una nueva perspectiva autonomista. No se trata de buscar algún determinismo comprometido con el segundo principio rawlsiano tal como lo hizo preponderantemente el sociólogo Pierre Bourdieu en Francia durante el siglo XX o de los trabajos feministas acerca de la autonomía relacional²⁴. Los derechos colectivos indígenas no pueden entenderse como la suma de derechos y condiciones individuales. Deben más bien ser abordados desde una perspectiva macro sistémica,²⁵ pues los derechos individuales solos son insuficientes para garantizar el desarrollo y disfrute del plan de vida de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas; estos planes de vida no son individuales y dependen del colectivo. Se trata de una nueva forma de autonomía personal para el derecho occidental, fuera del ámbito positivo y negativo, antiguo y moderno; se trata de una puerta abierta a la teorización pluricultural del derecho contemporáneo.

D) LIBRE DETERMINACIÓN

Determinarse libremente era uno de los objetivos de la Revolución francesa; la libertad moderna siendo la liberación de toda

²⁴ Se recomienda la lectura: ÁLVAREZ, Silvina, “La autonomía personal y la autonomía relacional”, en *Análisis Filosófico*, vol. XXXV, núm. 1, mayo de 2015, pp. 13-26, Buenos Aires.

²⁵ El término es mío.

forma de interferencia²⁶. Es precisamente por eso que el enfoque tradicional se opuso y sigue oponiéndose a los derechos colectivos: los derechos universales y fundamentales constituyen una victoria histórica para la libertad individual en contra del Estado, absolutista, y de las limitaciones impuestas al individuo por instituciones que exigen su sumisión, reclaman su lealtad y limitan su capacidad de elección. La Asamblea General de Naciones Unidas, proclamando el PIDCP y el PIDESC en 1966, prohíbe toda interferencia sobre los pueblos en el mismo artículo primero: “Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y garantizan libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

La afirmación jurídica en la escena internacional de la existencia y protección de los pueblos indígenas que opera desde la segunda mitad del siglo XX²⁷, atacó disruptivamente la relación sinonímica entre los términos nación y pueblo. Al entender este último como un colectivo dentro de un Estado, la libre determinación se desdobra para ser considerada también dentro del territorio nacional. En este sentido, Stavenhagen plantea: “La libre determinación es un concepto diferente de la secesión y de la independencia política. Se refiere a diversas formas de autoridad

²⁶ Interferencia percibida por el grupo positivista que representaba, en aquella época, la elite aristócrata. Se recomienda en este sentido la lectura: Taine, Hippolyte, *Un séjour en France de 1792 à 1795. Lettres d'un témoin de la Révolution française*, 1795, 3ª ed., París, Hachette, 1872.

²⁷ Me refiero al Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007), a la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2016), tal como al artículo 27 del PIDESC (1966), al artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989), y a la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1969). Cabe también mencionar aquí que la reforma del año 1994, al inscribir el artículo 75 inciso 22, dió valor constitucional a los tratados supranacionales de derechos humanos.

política, territorial y económica, porque autonomía, autogobierno y autodeterminación constituyen términos relativos que son actualmente considerados como esenciales para el pleno desarrollo de los derechos humanos indígenas”²⁸

Este desdoblamiento sabe despertar algunas tensiones meramente modernas. Se teme la esencialización de las identidades de los pueblos. Conforme a lo expuesto anteriormente -no se pueden analizar los pueblos indígenas y sus necesidades jurídicas a la luz de dicha teoría moderna- la Coalición Nacional de Organizaciones Aborígenes de Australia recuerda durante la sexagésima quinta sesión de la conferencia de la OIT del 13 de junio de 1988 lo siguiente: “Definimos nuestros derechos en términos de libre determinación. No estamos buscando desmembrar sus Estados y ustedes lo saben. Pero insistimos en el derecho de controlar nuestros territorios, nuestros recursos, la organización de nuestras sociedades, nuestros propios órganos y el mantenimiento de nuestras culturas y modo de vida.”²⁹ Bajo este nuevo paradigma, cabe distinguir dos formas de libre determinación: la primera, interna al funcionamiento de los pueblos indígenas, la segunda, externa.

Libre determinación interna

La libre determinación interna se refiere a la libertad de un pueblo a organizarse económica y políticamente, sin que sean afectadas las relaciones externas ya establecidas³⁰. El lema será proteger la dignidad y la integridad de los pueblos, con instrumentos que, a su imagen, no se conforman con el postulado moderno de exclusión al ámbito privado de las distinciones. El permitir la libre determinación interna indígena requiere un esfuerzo particular: pues hace falta superar el postulado subjetivo y operar una rup-

²⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en *Nueva Antropología*, vol. XIII, núm. 43, 1992, p. 99.

²⁹ Citado por ANAYA, *op. cit.*, p. 64.

³⁰ STAVENHAGEN, *op. cit.*, p. 97.

tura dentro del derecho positivo -sobre todo, constitucional- con el principio *pro persona*. El reconocimiento de una tercera lectura del principio de igualdad -que deberá ser complementado por una tercera definición de la libertad, contemporánea-³¹, permite la introducción del principio *pro emancipación*, sostenido por una aproximación intersubjetiva del derecho. Esta experiencia de la autonomía personal, que no puede ser asociada al periodo antiguo o al periodo moderno,³² es algo meramente específico de los miembros de aquellos pueblos: la emergencia del sujeto humano depende de la protección de características colectivas. Dicho de otra manera, no hay emancipación o atribución implícita del estatus de sujeto político si no se les reconoce estos derechos de tercera generación, si esta igualdad emancipadora es negada dentro del texto constitucional cuya función vital es la ordenación comunitaria de la paz³³. Para las diversas minorías étnicas, el pleno ejercicio de los derechos indígenas pasa por los derechos colectivos que observan una vital incidencia individual. Nosotros, juristas occidentales, debemos entender y aceptar que, por una parte de la población originaria, el desarrollo individual responde a un proceso que todavía no ha sido traducido en nuestro lenguaje jurídico y filosófico. No se pueden reconocer de manera tan binaria derechos individuales y colectivos; son intrínsecamente conectados en la misión de respetar el imperativo moral de los derechos humanos de los indígenas: respetar el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano.

³¹ Este planteamiento figura como objetivo en mi plan de tesis doctoral: será objeto de futuros esfuerzos.

³² Leer en este sentido: YOUNG, Robert, *Personal Autonomy: Beyond negative and positive Liberty*, Londres, Routledge, 1986.

³³ FERREYRA, Raúl Gustavo, *Malestar en el Estado*, Buenos Aires, EDIAR, 2020, p. 63. El autor enfatiza: “esta dirección suprema de los asuntos comunitarios [la Constitución] siempre ha de ser plural si guarda alguna ilusión de concretar [...] una ‘tierra prometida’, la democracia, que no es más que un método de creación y recreación para la ordenación comunitaria de la paz”.

Esta libre determinación debe entenderse más que todo en términos de derechos económicos, sociales y culturales, es decir, que permitan el florecimiento de los individuos. En este sentido, el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho indígena al propio desarrollo, a determinar las prioridades, a controlar el proceso de toma de decisión y al autogobierno³⁴. La garantía de un nivel de vida adecuado no es solamente un derecho individual, sino también un prerequisite del desarrollo cultural colectivo. Hace falta destacar que las dominaciones de un grupo sobre el otro son estructurales y observadas mediante experiencias individuales cotidianas. Esta estructura debe entonces estar puesta en relación con estados sociales o posiciones que enfrentan, de manera desigual, los individuos a diferentes obstáculos y posibilidades. Las pruebas desafiadas definen, pues, diferentes formas de desigualdad, exclusión social y dominación³⁵.

Motivada por esta apreciación sociológica, la libre determinación se asocia a la autoidentificación. Esta limita el poder del Estado y constituye un fundamental derecho político. Consistiría en una denegación grave de la autonomía que el Estado atribuya de manera exclusiva quién es indígena y quién no. Se aplica también el criterio de no-discriminación: este proceso de autoidentificación debe realizarse sin discriminación de hecho o de derecho; de otra forma, el no autoidentificarse indígena sería una

³⁴ Véase, a título de ejemplo, el art. 7 inc. 1º del Convenio 169 OIT: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

³⁵ MARTUCCELLI, Danilo, “L’intercultural à l’épreuve de la dynamique entre l’exclusion et l’intégration sociale », en *CIDOB d’Afers internacionals*, n. 66-67, 2004, p. 265.

consecuencia de las desventajas observadas y no la experiencia de una identidad libremente asumida. El Convenio 169 de la OIT, tal como se encuentra en el texto constitucional argentino reformado, se abstiene de dar una definición de los requisitos para ser reconocido como indígena, teniendo aquí el asumido objetivo de respetar las particularidades de culturas diversas. Se limitan a la definición de la figura de la comunidad indígena: el artículo 1 inc. 1 al. b) del Convenio prevé que son “aquellos grupos étnicos que se identificaban como tales por descender de la población que habitaba el territorio nacional en las épocas de la conquista, de la colonización o de la organización nacional”. Dicho de otra manera, el uso de definiciones por parte de un poder externo no indígena sería más bien compatible con una pretensión homogeneizadora³⁶; las soluciones clásicas del derecho, consistentes en la aplicación homogénea de la regla y definición general, se revelan inadecuadas³⁷. El poder legal de definición tiene otra cara, el poder de exclusión³⁸.

Libre determinación externa

La libre determinación externa, intrínsecamente relacionada con la interna, encarna una nueva forma de convivencia política en el

³⁶ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 14.

³⁷ Cabe mencionar aquí que será aquella consideración que motivará a los redactores del PIDCP omitir toda definición del término minoría en su artículo 27.

³⁸ Desde de un punto de vista doctrinal, ver: THORNBERRY, Patrick, *International Law of the Rights of Minorities*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 89, se proponen tres condiciones en cuento a su definición: el pueblo reivindica vínculos espirituales con la tierra; su sobrevivencia cultural pese a la persistente opresión del Estado; y el pueblo sufrió de la experiencia colonial. Con enfoque constitucional argentino, el artículo 75 inc. 17 resume por la *preexistencia étnica y culturas* de aquellos pueblos.

marco de un Estado cuya unidad nacional es pensada de modo diferente. Se expresaría en una mayor independencia política y/o en la posibilidad de negociar en igualdad de circunstancias y de poder con el Estado, la gestión de los territorios y de los recursos naturales. En este sentido, la Comisión IDH, en su trabajo preparatorio de la Declaración de la OEA de 1995, destaca que los organismos internacionales consideran que los pueblos indígenas:

Deben tener el derecho a ser autónomos en sus asuntos internos, así como en el control y manejo de sus territorios, dentro del marco de estatutos nacionales de carácter federativo. Agregan que este derecho implica tener sus propias autoridades y regímenes tradicionales de gobierno local y hasta el nivel étnico, es decir, del conjunto de comunidades identificables como del mismo origen, y sin que a esas autoridades y regímenes se sobrepongan las del Estado correspondientes en su mismo nivel.³⁹

Por libre determinación externa, nos referimos entonces más bien a la garantía de un desarrollo autónomo dentro del ámbito público estatal. La OIT reseña cuatro condiciones: el derecho a que se realicen estudios de la incidencia de los proyectos de desarrollo, con carácter previo a toda planificación relativa al desarrollo; el derecho a decidir el tipo de desarrollo, de sus formas y de sus ritmos; el derecho a participar en todas las etapas de los planes y programas pertinentes al desarrollo local, nacional o regional; y el derecho a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural, a generar sus propias instituciones e iniciativas⁴⁰.

La libre determinación externa se expresa también en la conceptualización del derecho a un medio ambiente sano, cuya protección debe ser realizada con participación indígena, lo que implica un control de las actividades mineras, forestales, camineras, y petroleras. La legislación argentina reconoce la dimensión cul-

³⁹ CIDH citada por GOMIZ Y SALGADO, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁰ OIT citada por GOMIZ Y SALGADO, *op. cit.*, p. 140.

tural del medio ambiente por el artículo 41 de la Carta Magna⁴¹ o el apartado a) del artículo 2 de la Ley argentina número 25.675⁴². La protección del medio ambiente con perspectiva indígena conlleva componentes que sobrepasan su concepción occidental, pues contribuye a la libre determinación. Tenemos que comprenderla desde una doble perspectiva: como un derecho al mantenimiento y promoción de la relación especial entre los pueblos indígenas y el medio ambiente, por una parte, como un derecho de protección de esta relación, materializado a través del derecho a la tierra, a los recursos naturales y al territorio, por otra⁴³.

El territorio, y por extensión, el derecho a la propiedad colectiva, permiten el respeto de la relación material y espiritual que mantienen aquellos pueblos con una zona geográfica (a la diferencia de la tierra, objeto sobre el cual un propietario ejerce su poder jurídico con el fin de obtener la satisfacción de sus intereses): el territorio es un elemento vital. En este sentido, Jesús Piñakwe describe:

Es algo que vive y permite la vida, en él se desenvuelve la memoria que nos cohesiona como unidad de diferencias. El territorio, ámbito espacial de nuestras vidas, es el mismo que debe ser protegido por nuestros pueblos del desequilibrio, pues necesitamos de él para sobrevivir con identidad. Existe una reciprocidad entre

⁴¹ Véase art. 41 CN: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano [...]”

⁴² Véase art. 2 de la Ley 25.675: “La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos: a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; [...]”

⁴³ BERRAONDE LÓPEZ, Mikel, “Tierras y territorios como el sustantivo del derecho humano el medio ambiente”, en BERRAONDE LÓPEZ, Mikel (coord.), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 470.

él y nosotros, que se manifiesta en el equilibrio social que permite un aprovechamiento sustentable de los recursos de que nos provee este. El equilibrio social debe manifestarse en la protección del territorio para proveer a las futuras generaciones, un espacio rico en recursos y lleno de memoria.⁴⁴

Estas características tienen como misión asegurar el estatus de sujeto político de los pueblos indígenas y permitir un nuevo proceso de intercambio con un Estado exentado de todo tratamiento semejante (se equiparán las necesidades de un ciudadano indígena a un ciudadano occidental) o de todo tratamiento paternalista (se deriva una atención integral al indígena como individuo sin verlo en su contexto). Se trata aquí de la construcción de la interculturalidad y reconocer un desafío para los países andinos de no quedarse en un Estado pluricultural en el cual ciertos grupos se benefician de garantías específicas, fomentando una sociedad en la cual se lucha por la protección, extensión y visibilización de las culturas indígenas en el resto de los grupos; un esfuerzo estatal de validación de aquellas. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT lo define en su artículo 4 inc. 8: se trata de la “presencia e interacción equitativa de diversas culturas y posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo”. Esta nueva forma de ver al individuo dentro del grupo afecta la dicotomía público-privado y da lugar a una nueva forma de equilibrio político, una mejor coexistencia armónica, dependiendo del aprendizaje por parte de ambos lados de la estructura⁴⁵.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 484.

⁴⁵ Y, por extensión, una nueva forma de gobernabilidad -no conforme al postulado moderno. Este proceso de visibilización de las demandas indígenas podría plasmarse en un movimiento estructural de mutación de las estructuras básicas del Estado. En este sentido, el Ministerio de la Justicia argentino destaca que “las actuales instituciones del sistema político argentino merecen una revisión honesta, profunda e intercultural. Si somos capaces de construir un Estado

III. CONCLUSIONES

La reforma constitucional de 1994 dio lugar a relecturas posmodernas y contemporáneas del principio de igualdad y, por extensión, de los objetivos enunciados en el preámbulo del texto de 1853. Los nuevos escritos laicos argentinos transcriben los dos principios rawlsianos y tropiezan con una incoherencia. El artículo 75-17, al prever derechos colectivos de ejercicio colectivo va en contra del fundamento moderno según el cual “la igualdad es un bien para los componentes individuales de una totalidad comunitaria”⁴⁶. La tierra prometida -la democracia formal- se basa en la ciudadanía plural⁴⁷ cuya traducción normativa de las garantías necesarias para el correcto desarrollo de los individuos se aleja de la subjetividad. El constitucionalismo igualitario plasmado en el artículo 75-17 persigue un objetivo intercultural y constituye una construcción política y jurídica que no pretende esencializar identidades ni establecer un simple contacto entre culturas, sino proponer una lectura del principio de igualdad consciente del contexto en el que surgió el Estado, única promesa viable de convivencia democrática en la Argentina. La transición por parte de los pueblos indígenas del estatus de objeto al estatus de sujeto político depende de una intrínseca voluntad política de sostener la mutación de la cultura jurídica y su despliegue fuera de la teoría moderna occidental. Si los instrumentos internacionales y nacionales permiten el mejor goce de la libertad, los investigadores y positivistas deben consagrar en nuestro lenguaje dominante -el derecho- la intersubjetividad

sin discriminación, sin colectivos subalternos, sin sometimiento de personas a grupos, el derecho constitucional podrá aportar a un mundo más democrático, más igualitario y respetuoso de la diversidad.”Ministerio de la Justicia, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁶ FERREYRA, Raúl Gustavo, “Gobernar es igualar”, en *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año XIV, núm. 28, Buenos Aires, 2016, p. 196.

⁴⁷ FERREYRA, *op. cit.*, 2020, p. 61.

(libre determinación interna), y la interculturalidad (libre determinación externa). Debemos empujar el pensamiento moderno clásico hacia una forma pluricultural de contemporaneidad en la cual no solo encaje la primacía del individuo.

Más allá del trauma absolutista francés y de algunas crispaciones étnicas, la interculturalidad aparece como un cambio afectando estructuras jurídicas y, por extensión, de poder. El reconocimiento de la diversidad de los pueblos en el espacio democrático cuya condición pluricultural ha sido reconocida sociológicamente no conduce en modo alguno a la fragmentación comunitaria. Los derechos de tercera generación, intersubjetivos, no esencializan las identidades y no excluyen a los pueblos indígenas. Proponen una nueva forma de entender el nacimiento y la evolución del individuo en el grupo, y por extensión, una nueva manera de analizar y abordar los conflictos entre el conjunto y las personas. La única y sola transcripción de los dos principios de Justicia de Rawls en el derecho constitucional de un Estado pluricultural conlleva, al siglo XXI, una explícita voluntad asimilacionista.

Cabe recordar finalmente que los derechos humanos encarnan procesos institucionales, económicos y sociales, que permiten artificialmente la apertura, y culturalmente la consolidación, de espacios de lucha por la dignidad humana. Admitir derechos de tercera generación en el texto constitucional federal estampa una perspectiva nueva, crítica, contextual, inclusiva, emancipatoria en el campo positivista y filosófico del Derecho.

Este esfuerzo, disruptivo, obliga la adopción de una mirada decolonial de lo que ha sido heredado del postulado moderno -no podemos decentemente seguir puliéndolo. El inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional argentina vigente ofrece la oportunidad doctrinal del fomento de una nueva era jurídica para contribuir, desde la particularidad pluricultural, a la definición de lo que será el Estado contemporáneo.

