

La prohibición de la pena de prisión a los indígenas. Hacia un pleno respeto a la diversidad cultural en la Argentina*.

por Sebastián Alejandro Rey

Sumario: § I. Introducción. § II. El respeto a la diversidad cultural: la reforma constitucional de 1994. a) El artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional. b) El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. c) Los artículos 16 y 75 inciso 23 de la Constitución Nacional. § III. La aplicación de la pena de prisión a los indígenas: la violación de las garantías judiciales y la prohibición de discriminación. a) Las garantías judiciales “mínimas”. b) El principio de igualdad y no discriminación: norma de *ius cogens*. c) La pertenencia a una comunidad indígena como distinción objetiva y razonable. d) La “preferencia” a otro tipo de penas. § IV. A modo de conclusión.

“...las condiciones de vida actuales sin duda alguna están señalando la irrenunciable meta de la convivencia pacífica entre las distintas culturas a través de la consolidación del principio de diversidad cultural, que constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos”¹.

“Ser diferente a los demás para ser igual a sí mismo. Esto, y simplemente esto, es un eje de la democracia”².

§ I. Introducción

Como consecuencia de las reformas constitucionales que se han llevado a cabo en la mayoría de los estados americanos en los últimos tiempos, se han logrado importantes progresos vinculados a los derechos de los pueblos indígenas. La Argentina no ha sido ajena a este movimiento y también ha avanzado en este sentido. Sin embargo, hasta el presente, la aplicación de la pena privativa de la libertad a los indígenas, constituye un grave problema que no ha podido ser solucionado adecuadamente.

* Les dedico este trabajo a mis colegas y amigos Dres. Marcos Filardi, Gabriel Bicinskas y Juan Pablo Vismara con quienes he pasado largas noches polemizando sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. Publicado en el Suplemento de Derecho Público de El Dial, N° 42, 17 de julio de 2006, <http://www.eldial.com.ar>.

¹ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, voto razonado conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párr. 14.

² Bidart Campos, Germán J.: *Los derechos de los "pueblos indígenas argentinos"*, La Ley, tomo 1996-B, p. 1209.

Dentro del ámbito del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, el reconocimiento y respeto de las costumbres y el derecho de los pueblos indígenas ha generado ciertas diferencias entre los doctrinarios más importantes. Por un lado, existen discusiones sobre la relación que debe existir entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho estatal. De allí se deriva que hay sectores que sostienen que a los indígenas sólo se les puede aplicar su derecho consuetudinario, mientras que otra parte de la doctrina afirma que se debe lograr una armonía entre el derecho estatal y el indígena. Otra problemática que genera discrepancias entre los expertos en la materia es quién debe juzgar los delitos cometidos por indígenas. Así, parte de la doctrina sostiene que se debe reconocer la jurisdicción indígena, mientras que en la otra posición se encuentran quienes afirman que son los tribunales estatales los encargados de administrar justicia, sin importar si el delito se haya cometido dentro de la comunidad o si la víctima o el autor fuesen indígenas.

El examen con profundidad de estas discusiones excede el objeto de este trabajo. Aquí, no se cuestionará quién tipifica las conductas que se considerarán delictivas o quién posee la jurisdicción sobre los delitos cometidos por indígenas, asumiendo que en la actualidad, es el Estado el que la ostenta en los hechos y, de esta manera, es quien tiene el poder de determinar judicialmente qué pena le aplicará a los indígenas por los delitos que hubieren cometido.

Por lo tanto, en el presente trabajo se propondrá la prohibición de la pena de prisión a los indígenas como única alternativa que tiene el Estado al momento de sancionar penalmente a un indígena para respetar las obligaciones que ha asumido tanto en sede internacional al ratificar numerosos instrumentos de derechos humanos, como en sede interna, a raíz de las reformas que se adoptaron en 1994.

Para arribar a esa conclusión, en primer lugar se analizarán las reformas más relevantes con relación a los derechos de los pueblos indígenas que se llevaron a cabo durante la última Convención Constituyente.

Más adelante, se estudiará el alcance que tiene en la actualidad el principio de igualdad y no discriminación a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) la cual tiene especial relevancia, no sólo porque es el órgano encargado de la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante,

CADH), sino también porque sus sentencias hacen obligatorio su cumplimiento en jurisdicción argentina³.

Finalmente, se concluirá señalando las razones por las que la condición de indígena constituye una distinción objetiva y razonable que justifica que se les brinde un trato diferente con relación al resto de los ciudadanos.

§ II. El respeto a la diversidad cultural: la reforma constitucional de 1994

En primer lugar, conviene precisar el significado que se le darán a algunos términos a lo largo de este trabajo.

De esta manera, siguiendo la definición consagrada en el Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural, se entenderá por “cultura” al conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos de una sociedad, un grupo social o una persona y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

Por otra parte, y adoptando un criterio generalmente aceptado por los etnólogos, el concepto de “indígena” ha de ser entendido, para estos efectos, con sentido predominantemente cultural y no racial. Esto implica que un sujeto que ha abandonado su medio original y las tradiciones y costumbres tribales, y que, al mismo tiempo, a través de una vida prolongada en ambientes “occidentales”, ha logrado asimilar las ideas, valores y costumbres de éstos, podría no quedar incluido entre aquellos, no obstante que carezca de mezcla de otras sangres⁴.

Habiendo cumplido esa necesidad metodológica, corresponde entrar en el análisis de la Constitución histórica para determinar que modificaciones se han llevado a cabo en 1994 para iniciar el camino hacia el pleno respeto a la diversidad cultural.

³ Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 559. Por otra parte, sobre la influencia que tiene las decisiones de este tribunal en el derecho interno, ver Kiper, Claudio Marcelo: *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 95, nota al pie 29.

⁴ Cfr. Yrureta, Gladis: *El indígena ante la ley penal*, Universidad del Centro de Venezuela, Caracas, 1981, p. 114.

a) El artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional

Sin lugar a dudas, una de las disposiciones más cuestionadas de la Constitución de 1853-60 era el inciso 15 del antiguo artículo 67, cuya segunda parte formulaba: “corresponde al Congreso conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

Esta norma, había sido largamente discutida en la Convención Constituyente de 1853. En este sentido, una de las opiniones más ilustrativas fue la de Gorostiaga, quien sostuvo que dentro de los recursos pacíficos para atraer y civilizar a los indios, “estaban comprendidas las misiones evangélicas”⁵. Por su parte, Carnota recuerda que la Constitución originaria de 1853-1860 enfocaba la cuestión india desde un prisma básicamente de “fronteras y seguridad”, propendiendo la conversión de los indígenas al catolicismo⁶.

La redacción del mencionado inciso planteaba dos tipos de contradicciones: la primera, radicaba en que mientras el artículo 20 de la Constitución les garantizaba la libertad de religión tanto a los ciudadanos como a los extranjeros, ésta le era claramente negada a los indígenas, y la segunda, se relaciona con el compromiso asumido por el artículo 16 de la Constitución de la igualdad ante la ley de todos los habitantes de la Nación Argentina, el cual se encontraba quebrantado desde el propio sistema jurídico-institucional⁷. De este modo, Barcesat entiende que la desigualdad estaba contenida en la propia norma, que presuponía una naturaleza belicosa del aborígen, y que era imperioso despojarlo de su cultura para imponerle la propia, su “evangelización”⁸.

Si bien, la Reforma Constitucional sancionada por la Comisión Constituyente de 1949, había eliminado este párrafo⁹, el mismo perduró intacto hasta 1994.

Al respecto, Bidart Campos manifestaba que “la redacción del mencionado inciso, devino anacrónica y desactualizada a medida que progresaron las valoraciones sociales en el contexto universal y en el nuestro propio”¹⁰. Del análisis de los textos constitucionales reformados recientemente en la mayoría de los países americanos, se

⁵ Cfr. Colautti, Carlos E.: *Derechos humanos constitucionales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 200.

⁶ Carnota, Walter: *La nueva ley indígena: una visión crítica*, en www.elDial.com DC1CC, párr. 3.

⁷ Cfr. Barcesat, Eduardo S.: *Derecho al Derecho. Democracia y Liberación*, Fin de Siglo, Buenos Aires, 1993, p. 133.

⁸ Barcesat, Eduardo S.: ob. cit., p. 131.

⁹ Cfr. Sampay, Arturo Enrique: *Las constituciones de la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1975, pp. 475 y ss.

¹⁰ Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, ob. cit., p. 118.

desprende que en ninguno faltan normas que se refieran al multiculturalismo y a las minorías indígenas¹¹.

Por estos motivos, durante la Convención Constituyente de 1994 se presentaron aproximadamente setenta y seis proyectos de reformas vinculados con los pueblos indígenas argentinos, y el resultado de los debates sobre este tema en particular, quedó consagrado, entre otras normas, en el actual inciso 17 del artículo 75, el cual fue aprobado por unanimidad y por aclamación, en el marco de un consenso absoluto y verdaderamente histórico, reconociendo en el más alto rango normativo de nuestro país, una característica social, una faceta de la dignidad del hombre que ha estado, entre nosotros, fatalmente olvidada¹². La nueva redacción establece que “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...”.

Que los pueblos indígenas hayan preexistido étnica y culturalmente implica que, negativamente, es inviable desconocer o contrariar la herencia que hoy se acumula en sus comunidades. Como sostenía el maestro Bidart Campos, de la letra del artículo 75 inciso 17 se permite aseverar que, explícitamente, ahora la constitución se hace cargo de los derechos de las minorías¹³, asumiendo una justa expresión del pluralismo democrático y del derecho a la diferencia, imprescindibles en un estado democrático¹⁴.

Siguiendo esta misma dirección, las Constituciones de numerosas provincias han avanzado en el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, entre las que cabe mencionar la de Jujuy, Salta, Formosa, Río Negro, Chubut, Tierra del Fuego y Chaco.

¹¹ Venezuela, arts. 119 a 126 y 160; Ecuador, arts. 1, 83 a 85, 135 y 241; Colombia, arts. 7, 10, 63, 68, 72, 96.2.c, 246, 329 y 330; Bolivia, art. 171; Nicaragua, arts. 5, 89 a 91, 121 y 181; Panamá, arts. 84, 86, 104 y 123 y Paraguay, 62 a 67; Brasil, arts. 231 y 232; El Salvador, art. 62; Guatemala, arts. 66 a 70; Honduras, art. 173; México, art. 4; Bolivia, arts. 1 y 171; Costa Rica, art. 76 y Perú, arts. 2, 48, 89 y 149.

¹² Cfr. Becerra, Nicolás: *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 12. La ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma, en su artículo 3 punto LL, incluyó como uno de los temas a tratar durante el debate la adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

¹³ Bidart Campos, Germán J.: *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 293 y 294.

¹⁴ Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, ob. cit., p. 118. El maestro sostenía que “el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia, son dos aspectos del derecho a la igualdad, porque nada hay más desigualitario y, por ende, violatorio de la igualdad, que desconocer, no respetar o no proteger lo que, debido a cualquier diferencia razonable -también las que derivan de la sangre, de la raza y del nacimiento- configura la identidad de una o más personas, en relación con el resto de las que no comparten aquella diferencia y esa identidad”. Bidart Campos, Germán J.: *Los derechos de los "pueblos indígenas argentinos"*, ob. cit., p. 1206.

b) El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional

Por otra parte, una de las más disposiciones más trascendentes relacionada con los derechos de los pueblos indígenas se encuentra en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución¹⁵, al darle a los tratados jerarquía superior a las leyes y además, privilegiar a un grupo de tratados de derechos humanos, por encima de otros, considerándolos más importantes y asignándoles jerarquía constitucional (párrafo 2)¹⁶.

Bidart Campos entendía que “los once instrumentos internacionales con jerarquía constitucional confieren completitud al sistema de derechos de la constitución para que por una doble fuente, la interna y la internacional, nuestro sistema de derecho resulte abastecido”¹⁷. Agregaba que “el derecho constitucional y el derecho internacional entran en intersección con una especie de integración aditiva. El fenómeno no debe juzgarse como una interferencia sino, al contrario, como una coadyuvancia”¹⁸.

Es decir, que la eterna e improductiva discusión acerca de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, se torna ahora ilusoria: como aseveraba Piza Escalante, “en las relaciones entre el derecho interno y el internacional, no prevalece ni uno ni otro, sino, en cada caso, aquél que mejor proteja y garantice al ser humano, en aplicación, además, del ‘principio pro homine’ propio del Derecho de los Derechos Humanos”¹⁹. En este sentido, el artículo 29.b de la CADH establece que ninguna disposición de la Convención podrá ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido por las leyes de un

¹⁵ Artículo 75 inciso 22 párrafo 2º: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”.

¹⁶ Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 372.

¹⁷ Carnota, Walter F.: *La dimensión internacional del Estado como garantía de los derechos humanos en el pensamiento de Germán J. Bidart Campos*, en AA.VV., *Defensa de la Constitución. Galantismo y controles*, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 265.

¹⁸ Bidart Campos, Germán J.: *El Derecho Constitucional Humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 28.

¹⁹ Piza Escalante, Rodolfo E.: *El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica*, en AA.VV., *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, vol. I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, p. 183. Por su parte

Estado Parte o por otra convención en que sea parte dicho Estado, por lo que Cançado Trindade sostiene que “no hay más pretensión de primacía del ordenamiento jurídico interno o internacional sobre el otro; en el presente dominio de protección, la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea ella de derecho internacional o de derecho interno”²⁰.

Entre los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que la República Argentina ha ratificado hasta este momento, hay dos que resultarán de mayor importancia para el presente trabajo: el ya citado Pacto de San José de Costa Rica y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante, Convenio 169)²¹.

El primero, en cuanto la Corte IDH, ha avanzado en los últimos tiempos de manera inveterada en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tanto en su faz individual como colectiva, y el segundo, por tratarse del instrumento más desarrollado de reconocimiento de los derechos indígenas²².

Es un principio básico de la responsabilidad internacional que desde el momento en que un Estado asume obligaciones establecidas en los tratados internacionales que ha suscrito o ratificado, en realidad, ese estado abdicó de su soberanía en nombre de la buena convivencia internacional y, por tanto, está obligado a cumplir de buena fe las determinaciones de dichos tratados²³.

Para concluir este punto, vale la pena mencionar que la propia Corte IDH ha señalado que “la obligación de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del

²⁰ Cançado Trindade, Antonio A.: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 308 y 309.

²¹ Si bien podría presentar ciertas dudas, el Convenio 169 debe ser considerado un tratado de derechos humanos, según el criterio establecido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-2, dado que no es un tratado multilateral de tipo tradicional, concluido en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin es la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados partes. *Cfr.* Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 29.

²² Hualpa, Eduardo R.: *Las Comunidades Indígenas y los Derechos de Incidencia Colectiva*, LA LEY, tomo 2002-B, Buenos Aires, p. 93; Basterra, Marcela I.: *Los derechos fundamentales y el Estado. Multiculturalismo, minorías y grupos étnicos*, en AA.VV., *Defensa de la Constitución. Galantismo y controles*, ob. cit., p. 351. La República Argentina ha ratificado el Convenio 169 por medio de la ley 24.071 (B.O. 20/04/1992).

²³ Bicudo, Helio: *Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de derechos Humanos*, en CORTE I.D.H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, tomo I, 2ª edición, San José, 2003, p. 230.

Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida²⁴.

c) Los artículos 16 y 75 inciso 23 de la Constitución Nacional²⁵

Para Colautti, el concepto de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional implica que: a) las distinciones que se realicen no sean arbitrarias, es decir, que se refieran a criterios objetivos, b) tengan relación con los propósitos de la ley que las establece, y c) incluyan en sustancia a todos los que están en una situación similar respecto de la ley²⁶.

En el mismo sentido, Rey Martínez sostiene que el principio constitucional de igualdad se estructura sistemáticamente en torno a tres dimensiones:

a) En su dimensión liberal, conlleva la idea de igualdad en la aplicación y en la creación del Derecho;

b) En su dimensión democrática, implica el derecho de todos los ciudadanos a participar en condiciones de igualdad en el ejercicio del poder político y en el acceso a las funciones y cargos públicos;

c) En su dimensión social, cumple la función de eliminar las desigualdades de hecho (políticas, económicas, culturales, sociales) para conseguir la igualdad real y efectiva de individuos y de grupos.²⁷

Por su parte, Cayuso señala que “la omnipresencia del principio de igualdad, en su carácter de uno de los pilares del sistema constitucional de derecho, adquiere forma

²⁴ *Inter alia*, Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 61; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 117; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 128; *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35.

²⁵ Por cuestiones de espacio, en el presente trabajo no se abordará con profundidad los fundamentos y características de las acciones positivas. Ver, Rey, Sebastián Alejandro: *El derecho a la igualdad, las acciones positivas y el género*, La Ley, tomo 2004-A, Buenos Aires, 2004, pp. 613/625.

²⁶ Cfr. Colautti, Carlos E.: ob. cit., p. 22.

²⁷ Rey Martínez, Fernando: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mac Graw Hill, Madrid, 1995, p. 42.

expresa en el artículo 16 de la norma fundamental argentina”, pero agrega que “a partir de la reforma constitucional de 1994, el diseño de la igualdad se ha visto complementado con la incorporación de una serie de normas que apuntan a garantizar ya no el derecho general a la igualdad, sino la igualdad fáctica mediante las denominadas acciones positivas a cargo del estado”²⁸.

La Constitución histórica no contenía normas explícitas referidas a esta temática. Antes de la reforma, ese vacío se cubría por reenvío a la cláusula del progreso (comienzo del antiguo artículo 67 inciso 16; actual artículo 75 inciso 18). Sin embargo, la reforma de 1994 consagra esta modalidad igualitarista en diversas cláusulas: una central y genérica (art. 75, inc. 23, párr. 1º) y otras complementarias y específicas (art. 37, párr. 2º; art. 75, inc. 19, párr. 3º; art. 75, inc. 2, párr. 3º). A todas estas normas hay que agregarles las referidas a las acciones positivas que derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos que se enumeran en el artículo 75 inciso 22²⁹.

Siguiendo la clasificación que propone Ferrajoli, el propósito de las acciones positivas radica tanto en respetar y garantizar las “diferencias”, como en remover o compensar las “desigualdades”³⁰. Porque como advierte Alexy, el legislador, en principio, no puede conformarse con aceptar las desigualdades sin más; si son incompatibles con las exigencias de justicia, tiene que eliminarlas³¹.

Por lo tanto, la regla de la igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles.

En suma, del texto constitucional se desprende que no existe ámbito alguno en el que la igualdad quede descartada o relegada, no obstante lo cual, como afirmaba Bidart Campos, la Constitución ha recalado algunas cuestiones a las que coloca bajo expresas directrices igualitarias³². Entre estas se encuentran los derechos de los pueblos indígenas.

²⁸ Cayuso, Susana Graciela: *El principio de igualdad. Problemas e interrogantes. El sistema constitucional argentino*, en AA.VV., *Defensa de la Constitución. Galantismo y controles*, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 302.

²⁹ Cfr. Rey, Sebastián Alejandro: ob. cit., p. 622.

³⁰ Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, p. 907.

³¹ Cfr. Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. Garzón Valdés, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 407.

³² Bidart Campos, Germán J.: *Compendio de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 77.

§ III. La aplicación de la pena de prisión a los indígenas: la violación de las garantías judiciales y la prohibición de discriminación

a) Las garantías judiciales “mínimas”.

De acuerdo a la relación que se ha mencionado en párrafos anteriores entre el derecho interno y el derecho internacional, se puede afirmar que desde el momento en que el estado decide iniciar un proceso penal contra determinada persona, entran a regir allí no sólo las garantías del imputado reconocidas en el artículo 18 de la norma fundamental, sino también las consagradas en los instrumentos de derechos humanos que el estado ha ratificado. Por las razones mencionadas en el punto § II.b), para los fines de este trabajo se analizarán únicamente las garantías judiciales enumeradas en el Convenio 169 y en el artículo 8.2 de la CADH.

Las garantías judiciales procuran asegurar que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento ni a una pena arbitraria. Como lo ha expresado en reiteradas ocasiones la Corte IDH, la aplicación del artículo 8 de la Convención no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos³³. Por lo tanto, las garantías deben operar a favor del imputado desde que se inicia el procedimiento hasta que una sentencia definitiva le imponga una pena o lo absuelva.

Por otra parte, no puede quedar duda alguna de que el derecho a la igualdad de trato y la consiguiente prohibición de discriminación, también deberán estar presente durante todo el proceso penal. Toda vez que en el presente trabajo se analizará la prohibición de la pena de prisión a indígenas, se hará hincapié en la observancia de las garantías judiciales y la prohibición de discriminación durante el proceso de determinación de la pena.

³³ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 147; *Caso Fermín Ramírez*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 10; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 69; *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 27.

En primer lugar, es relevante destacar que tal como el mismo artículo 8.2 de la CADH lo dispone en forma expresa, las garantías allí consagradas son “mínimas”. Al denominarlas así, la Convención presume que en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal³⁴.

Por lo tanto, si lo que el Estado pretende es garantizar el debido proceso a los indígenas, a las garantías consagradas en el artículo 8.2 de la CADH, debe añadirles no sólo las que se encuentran consagradas en el derecho interno argentino (Constitución Nacional y demás leyes complementarias), sino también las reconocidas en todos los instrumentos internacionales por los que esté obligado.

Para el objeto del presente trabajo, deben tenerse presente fundamentalmente algunos artículos del Convenio 169. En primer lugar, el artículo 8, que dispone:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Como señala Irigoyen Fajardo, “el Convenio no limita la aplicación del derecho consuetudinario a materias civiles o de mínima cuantía; expresamente incluye la materia penal; el límite al derecho penal indígena está referido a que los métodos indígenas de control penal no vulneren los derechos humanos”³⁵.

Por su parte, el artículo 9 establece que:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

³⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A N° 11, párr. 24.

³⁵ Irigoyen Fajardo, Raquel: *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, p. 59.

b) El principio de igualdad y no discriminación: norma de *ius cogens*.

Para continuar, es necesario tener en cuenta la importancia que ha adquirido en la actualidad el principio de igualdad y no discriminación. Así, es menester mencionar que la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-18 ha afirmado que el mencionado principio “ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”³⁶. La fuerza que esta expresión acarrea es indudable, dado que al ser considerado norma imperativa de derecho internacional, conforme lo establece el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. En palabras del magistrado Cançado Trindade, este principio, al ser una norma de *ius cogens* “no puede ser eludido en circunstancia alguna”³⁷.

Es más, la Corte IDH, en el reciente *Caso Yatama*, destaca el carácter fundamental que posee el principio de igualdad y no discriminación para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas³⁸.

Teniendo en cuenta lo enunciado en el párrafo anterior, ¿qué requisitos se deberían tener en cuenta a la hora de aplicarle una pena a un indígena sin violar el principio de igualdad y no discriminación?

Si bien los principios del debido proceso legal se reconocen a todas las personas por igual, como ha dicho la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-17, “es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferente situación, entre quienes participan en un procedimiento”³⁹. En la Opinión Consultiva OC-16, la

³⁶ Cfr. Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, párr. 101; *Caso Yatama*, *supra nota* 32, párr. 184.

³⁷ Corte I.D.H., *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 9.

³⁸ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Yatama*, *supra nota* 32, párr. 185.

³⁹ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrs. 95 y 96.

Corte había sido más contundente al expresar que “para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁴⁰.

En este orden de ideas, la Corte IDH sostuvo que es necesario en ciertas situaciones establecer algunas diferencias de trato siempre que se trate de distinciones objetivas y razonables que se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y teniendo en cuenta el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana⁴¹. Asimismo, manifestó que “no toda desigualdad o distinción es ilegítima ni, por ende, discriminatoria, para cuya determinación hay que acudir a criterios más o menos objetivos de razonabilidad, proporcionalidad y justicia”⁴².

Por lo tanto, como señala Cayuso, el principio de igualdad estaría violado cuando la diferencia o el tratamiento legal igual no encuentran justificación suficiente en relación con la naturaleza de personas, cosas o situaciones o cuando pueda ser tachada de arbitraria⁴³.

Dado que “el principio de igualdad general establece la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales”⁴⁴, a continuación se demostrarán las razones por las que la condición de indígena constituye una justificación suficiente para no aplicar la pena de prisión.

⁴⁰ Corte I.D.H., *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 23, párr. 119.

⁴¹ *Cfr.* Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*, *supra* nota 35, párr. 105.

⁴² Corte I.D.H., *Caso Yatama*, *supra* nota 32, párr. 185; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, voto del Juez Piza Escalante, párr. 8.

⁴³ Cayuso, Susana Graciela: *ob. cit.*, p. 309.

⁴⁴ Alexy, Robert: *ob. cit.*, p. 396.

c) La pertenencia a una comunidad indígena como distinción objetiva y razonable.

Teniendo en cuenta como afirma Anaya que “la discriminación contra los pueblos indígenas es el resultado de un largo proceso histórico de conquista, penetración y marginación, acompañado de actitudes de superioridad y de una concepción del indígena como ser primitivo e inferior”⁴⁵, el principio de igualdad y no discriminación tiene implicaciones especiales para los grupos indígenas. Por ende, la eliminación de la discriminación histórica y sus legados en contra de los pueblos indígenas requiere un fiel seguimiento al principio de la igualdad en la protección de los derechos humanos⁴⁶. Sin embargo, a pesar de esta situación desfavorable, los indígenas, en la mayoría de los casos, aún tienen su propia organización, sus autoridades, sus normas jurídicas, sus sanciones y sus costumbres, y ciertas tradiciones indígenas siguen vigentes aún y cuando de fuera sean valoradas como mero folklore⁴⁷.

Por estos motivos, en numerosos casos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha avocado al tratamiento de protección especial para los pueblos indígenas, tanto en sus informes como en la implementación de sus resoluciones⁴⁸. Ya en 1972, la Comisión había expresado que “dadas las razones históricas y en consideración de principios morales y humanitarios, la protección especial de poblaciones indígenas constituye un compromiso sagrado de los estados”⁴⁹.

En igual sentido, y en directa aplicación a los derechos de los pueblos indígenas, la Corte IDH, desde el *Caso Aloeboetoe* en adelante, ha reconocido “la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos

⁴⁵ Anaya, James S.: *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005, p. 177.

⁴⁶ CIDH, *Demanda presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni contra la República de Nicaragua*, 4 de junio de 1998, párr. 107.

⁴⁷ Cfr. Papadópolo, Midori: *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1995, p. 55.

⁴⁸ Por ejemplo, la protección especial de los pueblos indígenas de Ecuador, los Miskitos, los Yanomamis y los Mapuches. Grupo Jurídico Internacional de Derechos Humanos y Centro de Derecho Ambiental Internacional, *Amici curiae presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni contra la República de Nicaragua*, 31 de mayo de 1999, pp. 8 y 9. Para un análisis completo de los informes de la Comisión Interamericana en materia de derechos de los pueblos indígenas, ver Bazán, Víctor: *Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional*, ED, 20 de abril de 2004, Buenos Aires, pp. 1-16.

⁴⁹ CIDH, *Resolución sobre el problema de la protección especial de poblaciones indígenas*, OEA/Ser.L/V/II.29, Doc. 38 rev., 1972.

Humanos”⁵⁰. Más recientemente, en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa* ha sostenido que “al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”⁵¹, a lo que agregó que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”⁵².

La diferenciación alcanza al plano de formaciones culturales diversas, pues el indígena tiene un contacto con su ambiente que difiere mucho del que nosotros tenemos, entiende de manera diversa la realidad y se forja otros valores y otras explicaciones acerca del significado de su vida y del medio que lo rodea⁵³. Por ende, el respeto a la identidad de los pueblos indígenas debe traducirse en normas que interpreten y reconozcan las particulares formas indígenas de entender la vida, sus instituciones y escala de valores diferentes⁵⁴.

Una diferencia de especial trascendencia para prohibir la aplicación de la pena de prisión a un miembro de una comunidad indígena radica en el fuerte vínculo que éste tiene con su tierra y su comunidad.

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo

⁵⁰ Corte I.D.H., *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C Nº 15, párr. 62; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C Nº 91, párr. 81; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, supra nota 1*.

⁵¹ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, párr. 51.

⁵² Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 50*, párr. 63. A la misma conclusión han arribado los Expertos en el Seminario sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia realizado bajo los auspicios de las Naciones Unidas en el 2003 en Madrid, al recomendar que “al aplicar las leyes y regulaciones nacionales a los pueblos indígenas, los Estados deben tomar en cuenta el debido respeto a sus costumbres o su derecho consuetudinario y respetar los métodos practicados de forma consuetudinaria por parte de los pueblos indígenas para afrontar los delitos, inclusive sobre cuestiones criminales, cometidos por sus miembros. También tienen que tomar en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas para la imposición de penas bajo la ley general”. Stavenhagen, Rodolfo: *Conclusiones y recomendaciones del Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia*, en Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2004/80/Add.4, 2004, p. 65.

⁵³ Yrureta, Gladis: ob. cit., p. 112.

⁵⁴ Kiper, Claudio Marcelo: ob. cit., pp. 366 y 372.

por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural⁵⁵.

La propia Corte IDH ha reconocido los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexo comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁵⁶.

En igual sentido, el Relator Especial de la Sub-comisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de la ONU destacaba que “es esencial reconocer y entender la profunda y especial relación espiritual que tienen los pueblos indígenas con sus tierras, la cual la consideran tan fundamental para su existencia como para todo su conjunto de creencias, costumbres y tradiciones”⁵⁷.

Esta interpretación sobre la relación entre el indígena y su tierra se reconoce incluso en sede interna. En la Convención Constituyente de 1994, el convencional Rodolfo A. Díaz indicaba que el tipo de relación del hombre con la tierra en las culturas indígenas no es igual al tipo de relación del hombre y la tierra que nos viene de nuestra tradición europea⁵⁸.

Por otra parte, numerosas comunidades indígenas no sólo tienen esta estrecha relación con sus tierras sino que no conciben dentro de su propia cosmovisión la pena privativa de libertad.

En cuanto a la reparación de los daños causados, Papadópolo señala que para dirimir los conflictos, los indígenas buscan que las partes se reconcilien y queden conformes

⁵⁵ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra nota 50, párr. 135.

⁵⁶ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra nota 50, párr. 131; *Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C N° 124, párr. 131; *Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C N° 116, párr. 85 y *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, supra nota 1, párr. 149.

⁵⁷ Grupo Jurídico Internacional de Derechos Humanos y Centro de Derecho Ambiental Internacional, *Amici curiae presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) de Awás Tingni contra la República de Nicaragua*, 31 de mayo de 1999, p. 28.

⁵⁸ Cfr. Bazán, Víctor: *Justificación putativa, derechos indígenas y un embate contra el letargo constitucional*, LA LEY, tomo 2000-E, Buenos Aires, p. 137.

con la misma, manteniendo la cohesión en la comunidad y logrando que aquellos que incurren en faltas se corrijan. Un efecto contrario produce la penalización del indígena conforme al derecho positivo, pues convalida una ruptura del indígena con su comunidad de origen⁵⁹.

Los artículos 8 y 9 del Convenio 169 establecen que el Estado al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas no está facultado, sino que *deberá* tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario y respetar los métodos a los que dichos pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros a menos que éstas sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Por lo tanto, ¿podría llegar a afirmarse que la costumbre de un pueblo indígena que no concibe de ninguna manera la existencia de la pena privativa de la libertad, sea incompatible con los derechos fundamentales o los derechos internacionalmente reconocidos?

Es cierto, que pueden darse casos en que se produzcan coincidencias o aproximaciones notables entre las reglas de conducta social de un indígena y de un hombre de los grupos dominantes, por ejemplo, la condena al hurto. Por lo tanto, también puede darse el caso de comunidades indígenas que conciben dentro de su cosmovisión la idea de la pena privativa de la libertad. Siguiendo a Yrureta, tales situaciones deberán ser verificadas sociológicamente y tendrán un resultado distinto⁶⁰.

d) La “preferencia” a otro tipo de penas

A pesar de lo señalado *ut supra*, no se puede desconocer que el propio Convenio 169 autoriza la pena de prisión a los indígenas. El artículo 10 dispone que:

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberán darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

⁵⁹ Papadópolo, Midori: ob. cit., p. 60.

⁶⁰ Yrureta, Gladis: ob. cit., p. 113.

Sobre este tema en particular, los Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia, han expresado en sus recomendaciones que el encarcelamiento de personas indígenas se debe utilizar como último recurso⁶¹.

¿Cómo se debe interpretar el inciso 2 del artículo 10 de manera tal que se respeten las costumbres de los pueblos indígenas a no ser sometidos a una pena que desde su propia cosmovisión no conciben?

Analizando la necesidad y legalidad de las restricciones a los derechos humanos, la Corte IDH ha manifestado que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido, y la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo⁶².

Como señala Pinto, “a la luz del criterio *pro homine* que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”⁶³.

En el supuesto que se analiza en este trabajo, parafraseando al Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, el Estado al aplicar la pena de prisión a un indígena no está ante una sanción inevitable e irreductible, absolutamente necesaria, cuya omisión o sustitución pone en peligro la seguridad colectiva o la paz pública, en forma tal que no exista medio menos cruel para preservar el orden jurídico y asegurar el imperio de la justicia⁶⁴.

En este sentido una de las principales obligaciones que adoptan los estados al momento de ratificar un tratado de derechos humanos es adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades allí reconocidos⁶⁵.

⁶¹ Cfr. Stavenhagen, Rodolfo: ob. cit., p. 7.

⁶² Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 46.

⁶³ Pinto, Mónica: *Temas de derechos humanos*, Del Puerto, Buenos aires, 1997, p. 81.

⁶⁴ Corte I.D.H., *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C N° 123, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 23.

⁶⁵ Cfr. CADH, art. 2; Convenio 169, arts. 2 y 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, etc. Corte I.D.H., *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91.

Por lo tanto, si el estado, en virtud de su obligación de respetar las costumbres y tradiciones indígenas *debe* dar preferencia a otras sanciones antes de la prisión, esto implica que, de no existir estas alternativas estaría incumpliendo su obligación mediante una omisión. En este sentido, Bidart Campos, advertía que todo incumplimiento y toda violación de un tratado, sea por acción u omisión, compromete la responsabilidad internacional del estado⁶⁶.

Por lo tanto, ante la disyuntiva de utilizar la pena de prisión como último recurso y considerar sanciones alternativas basadas en la igualdad y la no discriminación que incluyan opciones diferentes a la privación de libertad, el estado debe optar por esta última opción⁶⁷.

Por todo lo expuesto, toda vez que la pena de prisión en numerosas situaciones y contextos es violatoria de las costumbres de los miembros de una comunidad indígena, el Estado si no las tiene en cuenta al momento de determinar la pena de un indígena por la comisión de un delito, no estará respetando sus garantías judiciales, y por ende, vulnerará sus derechos a ser tratados de forma diferente durante el proceso en virtud de sus características particulares.

§ IV. A modo de conclusión

La idea de que en virtud de los fundamentos propios de una sociedad democrática no es admisible la pluralidad de regímenes legales dentro de un mismo país y que, los indígenas deben ser tratados de la misma manera y con la utilización de las mismas leyes que se han dictado para los demás ciudadanos, parece equivocada. La diversidad cultural hace inapropiadas para ellos normas que suponen una manera diversa de concebir y entender la vida, su entorno y los fines de una sociedad⁶⁸. Bazán añade que uno de los desafíos o claves que enfrentan las democracias en la actualidad se centra en la necesidad de encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables a diversas cuestiones que plantea el multiculturalismo⁶⁹.

Como sostenía Bidart Campos, “integrar a los pueblos indígenas implica depararles un trato igualitario con el resto de la sociedad, pero no significa que para hacerlos parte

⁶⁶ Bidart Campos, Germán J.: *Compendio de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 229.

⁶⁷ Stavenhagen, Rodolfo: ob. cit., p. 51.

⁶⁸ *Cfr.* Yrureta, Gladis: ob. cit., p. 121.

⁶⁹ Bazán, Víctor: ob. cit., 15.

integrante haya de reclamárseles la renuncia o la abdicación a su estilo, a sus diferencias, a su idiosincrasia, a su cultura⁷⁰.

Como consecuencia de la reforma constitucional de 1994 y de la ratificación por parte del Estado argentino de numerosos instrumentos de derechos humanos, el respeto a la diversidad cultural y a los derechos de los pueblos indígenas constituyen en la actualidad, una obligación que el Estado ha asumido y que en el supuesto de incumplirla, lo haría incurrir en responsabilidad internacional.

El carácter de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación, les brinda a los pueblos indígenas la posibilidad de exigirle al estado no sólo que se abstenga de realizar conductas que vulneren su “cultura”, sino que adopte medidas de carácter positivo para garantizar su preservación. En materia penal, esto implica que el estado no podrá tratar a los indígenas a la hora de determinar judicialmente la pena sin tener en cuenta sus diferencias, y en numerosas ocasiones conllevará a la prohibición de la pena de prisión y a la aplicación de otro tipo de sanciones.

⁷⁰ Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, ob. cit., p. 119.