

# **Universalismo y multiculturalismo. Un análisis filosófico-jurídico a la luz de la jurisprudencia sobre pueblos originarios en la jurisdicción de Salta.**

Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

1

## Introducción

El presente estudio, como lo hace saber su título, se efectúa a partir de una mirada jurisprudencial, en la inteligencia de que, al ser el derecho una ciencia práctica, se nutre de las conductas concretas de las personas en la praxis social. Aquellas, en efecto, aportan un sentido (y, también, un sinsentido) que es susceptible de ponderación; de valoración y, en definitiva, de traducción ejemplificadora a través, prioritaria pero no exclusivamente, de la tarea legislativa. En ese contexto, el aporte de la jurisprudencia resulta decisivo, ya que pone de relieve de manera paradigmática el obrar humano; las argumentaciones en torno de dichas conductas y la consecuente reflexión judicial sobre aquellas, por manera que constituye un elemento insoslayable del proceso de formación de la realidad jurídica. La labor judicial, pues, emerge como una síntesis que unifica el “diálogo” entre las partes que el proceso ha “unido”<sup>1</sup>, estructurándose en torno de una razón “práctica” que, como la llamaron los clásicos, es una *recta ratio*, esto es, una “razón que corrige” y que “se corrige” ante las peculiaridades de cada situación<sup>2</sup>, a través de un proceso argumentativo que se auto concibe como “ascendente” (como un “espiral”, tal la figura empleada por la Hermenéutica filosófica<sup>3</sup>) en orden a alcanzar respuestas “razonables”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Tomo esta idea de Amato, Salvatore “Del derecho al derecho natural”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Abaco, Buenos Aires, 2008, pp. 175 ss. He profundizado sobre ella en: “Dimensión filosófica de la interpretación jurídica”, *La Ley*, Buenos Aires, 17/10/08, pp. 1-4.

<sup>2</sup> Me he ocupado de este aspecto, con bibliografía, entre otros, en los siguientes estudios: “El derecho como saber práctico y los derechos humanos como su última ratio”, en Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (comp.), *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Abaco, Buenos Aires, 1998, pp. 15-38 y en “El derecho natural, como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica”, en Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), *Las razones del derecho natural*, Abaco de R. Depalma, Buenos Aires, 2º, 2008, pp. 197 ss.

<sup>3</sup> La expresión “espiral hermenéutica”, como superación semántica (no conceptual) de la idea del “círculo hermenéutico” fue acuñada por Hassemmer en su *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, tal y como refiere Kaufmann, Arthur, “La espiral hermenéutica” en él mismo, *Hermenéutica y Derecho* (edición a cargo de A. Ollero y J. A. Santos), Comares, Granada, 2007, pp. 141-145.

<sup>4</sup> La escuela cordobesa orientada por el Académico Olsen Ghirardi se ha ocupado de este asunto con largueza. Cfr., entre otros, Ghirardi, Olsen, *Introducción al razonamiento forense*, Dunken, Buenos Aires, 2003, *passim* y él mismo (coord.), *Formas y evolución del razonar judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias

En lo que sigue, y luego de algunas breves consideraciones iusfilosóficas sobre el debate conocido como “universalismo-multiculturalismo” (2), me ocuparé de su pervivencia histórica en nuestra América española (3) y de algunos casos jurisprudenciales recientes que ilustran esta cuestión y que son originarios de la jurisdicción salteña, tanto federal como provincial (4).

## 2

### Presupuestos iusfilosóficos y prospectivas

1. La dialéctica “universalismo-multiculturalismo” sintetiza la pretensión, de un lado, de que existen (o de que existirían) ciertos principios o criterios que son comunes al ser humano más allá del tiempo y del espacio y que todos reconocen o están en condiciones de reconocer y, de otro, que nada de esa comunidad de ideas es advertible y ni tan siquiera posible sino que, por el contrario, que cada pueblo ostenta su propia “cultura”, sin puntos de contacto con los criterios de otras sociedades y sin que quepa emitir valoración (positiva o negativa) respecto de esa particular cosmovisión, básicamente porque dicho juicio es impertinente, en tanto nada ni nadie pueden establecer la bondad o maldad de cada cultura en particular. Tal valoración es, pues, inservible (por imposibilidad lógica) y si se realiza supone el ejercicio de una suerte de “paternalismo”, el que también resulta (filosóficamente) inadmisibles.

En estos últimos términos, esta polémica suele representarse bajo el par “cognotivismo-no cognotivismo”. Late detrás de ella “la posibilidad o no de conocer el sentido último de las cosas en sentido ‘fuerte’ de la palabra, esto es, la posibilidad de *inteligir* la razón última y no meramente fenoménica de aquellas que, en cuanto aquí interesa, es la pregunta por el derecho justo”<sup>5</sup>. La tesis cognotivista, pues, entroncaría con el “universalismo” y la no cognotivista con el “multiculturalismo” o “particularismo”.

Carlos S. Nino ha identificado el punto de vista “no cognotivista” del siguiente modo: “la posibilidad de identificar un sistema normativo justo y universalmente válido (llámese derecho natural o moral ideal)” queda descartada sea porque “tal sistema no existe”, en cuyo caso se está ante el “escepticismo ontológico”, sea porque “no es accesible a la razón”, en cuyo caso se adhiere al “escepticismo gnoseológico”<sup>6</sup>.

Se advierte, entonces, que la tensión bajo examen tiene una importancia relevante en lo concerniente a las maneras –aún básicas– del obrar humano, pues o bien aquellas resultan objeto de estudio y de crítica (esto es, de

---

Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2005, *passim*.

<sup>5</sup> Cfr Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, Teoría del Derecho, Ábaco, Buenos Aires, 2009, pp. 98-99.

<sup>6</sup> Cfr Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en Doxa 4, Alicante, 1987, p. 83.

valoración), o esto último resulta inviable con sustento en un escepticismo que invalida tal tipo de empresa. Recientemente, Robert Alexy ha sintetizado la cuestión en términos precisos, cuando refiere que existe un “escepticismo radical”, el que se estructura “a través de la negación básica de la fundamentabilidad de las normas morales” y que “puede tener sus raíces en las formas del emotivismo, del decisionismo, del subjetivismo, del relativismo, del naturalismo o del desconstruccionismo”. Frente a dicha postura, emerge el “no escepticismo”, el que “sostiene que es posible aducir fundamentos para los derechos humanos que pueden formular una pretensión de objetividad, corrección o verdad”<sup>7</sup>.

Como es claro, la cuestión dista de resultar pacífica. Enseguida se aludirá, para no citar sin un solo ejemplo histórico de entre tantos, a la diversa apreciación que en el Siglo XVI entretejieron al respecto Vitoria y Las Casas y su traslación al ámbito legal. En el presente, el citado Alexy defiende la posibilidad de una tesis “objetivista” y, por tanto, el “universalismo” a propósito, v. gr., de los juicios llevados adelante contra las autoridades del gobierno nacional-socialista y, más tarde, las de la entonces República Democrática de Alemania. Tales juicios, para seguir la conocida expresión de Radbruch, plantearon la cuestión de la “injusticia extrema”, valoración ésta que no solo es posible de realizar, sino, también, que resulta viable inferir precisas consecuencias, tal la de afirmar que el ordenamiento jurídico que la engendró “no es derecho”<sup>8</sup>. Alexy señala al respecto que tales juicios son “juicios verdaderos. Ellos son susceptibles de una fundamentación racional y tienen un carácter cognitivo y objetivo”<sup>9</sup>.

Semejante es la postura de la Corte Suprema argentina al examinar la constitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final. Para no abundar, tomo las siguientes citas: “la ley 23.521 (...) consagra una exigencia respecto de quienes han obrado en cumplimiento de órdenes *claramente reconocibles como ilícitas, lo que es contrario a principios de una larga tradición jurídica que hoy tiene rango constitucional*”<sup>10</sup>. Es que “el derecho es un sistema de reglas y principios y éstos últimos permiten una *apertura hacia las consideraciones morales* del derecho (...) Las proposiciones normativas exhiben una pretensión de verdad o corrección (...) *Esta pretensión de fundamentabilidad ética de la*

---

<sup>7</sup> Alexy, “¿Derechos humanos sin metafísica?” (del alemán por R. Soderó), en Ideas y Derecho, Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social, 6, 2008, p. 14.

<sup>8</sup> Cfr, por todos, Alexy, “Una defensa de la fórmula Radbruch” (del alemán por José A. Seoane), en Vigo, Rodolfo Luis, La injusticia extrema no es derecho, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 227 ss.

<sup>9</sup> Alexy, Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad (del alemán por E. Soderó), en Vigo, nota 8, p. 183.

<sup>10</sup> CSJN, causa “Simón” (Fallos: 328:2056), voto del juez Lorenzetti, consid. 24, 4° párr. (el subrayado no corresponde al original).

*legislación ha llevado a sostener que el legislador puede dictar una ley que revela una insoportable contradicción con la justicia y que el ciudadano no debe obedecer (...)* En ese sentido puede decirse que la ley debe ser interpretada conforme al estándar del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica”<sup>11</sup>. De ahí que “no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad *cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto*”<sup>12</sup>. De ahí que la amnistía, en tanto supone el “‘olvido’ de graves violaciones a los derechos humanos (...) se opone a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...”<sup>13</sup>.

2. No parecen tan optimista los puntos de vista de Gustavo Zagrebelsky y de Peter Häberle, quienes llaman la atención acerca del hecho de que en la actualidad, cuanto menos en el ámbito de la comunidad Occidental, se asiste a una sociedad plural; fragmentada y, por tanto, necesariamente abierta a la tolerancia y al pensamiento de lo “posible” (*Möglichkeitsdenken*).

Escribe el primero que “las sociedades pluralistas actuales, es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante (...), esto es sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, confieren a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino de *realizar las condiciones de posibilidad de la misma*”<sup>14</sup>. Y añade: “en el tiempo presente, parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, no obstante altamente deseable en la práctica: la no prevalencia de un solo valor o de un solo principio, sino la salvaguarda de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción –válido para la **scientia juris**- no debería obstaculizar la actividad propia de la **jurisprudencia** de *intentar realizar positivamente la ‘concordancia práctica’ de las diversidades e inclusive de las contradicciones* que, más allá de que así se presenten en teoría, no por eso dejan de ser deseables en la práctica. ‘Positivamente’: *no, por tanto, mediante la simple amputación de las potencialidades constitucionales sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desenvolvimiento*

---

<sup>11</sup> Ibid., consid. 19, párrs. 2º y 3º (énfasis añadido), a partir de la explícita autoridad de Füller, Habermas, Alexy, Radbruch y Finnis.

<sup>12</sup> Ibid., voto del juez Petracchi, consid. 13, 1º párr. (el énfasis se ha añadido).

<sup>13</sup> Ibid., consid. 16.

<sup>14</sup> Zagrebelski, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (del it. Por M. Gascón) Trotta, Madrid, 3º, 1999, p. 13 (el subrayado no corresponde al original).

*conjunto* y no a una declinación conjunta”<sup>15</sup>. Desde esta perspectiva, concluye el autor, se habla con acierto en función de las exigencias de nuestro tiempo de un “modo de pensar de lo posible”: trátase de una “actitud mental ‘posibilista’” que representa “para el pensamiento lo que la ‘concordancia práctica’ representa para la acción”<sup>16</sup>.

A su vez, el segundo profundiza esta idea del “pensamiento jurídico de lo posible” cuando señala que se trata del “pensamiento en alternativas. Debe estar abierto para terceras, cuartas posibilidades, así como para compromisos. *Pensamiento de lo posible es pensamiento indagativo (fragendes Denken)*”. Y agrega que dicha idea, a la que también llama “pensamiento pluralista de alternativas”, abre sus perspectivas “al hecho de que la realidad de hoy puede corregir a la de ayer, especialmente en la adaptación a las necesidades del tiempo de una visión normativa, sin que se considere a lo nuevo como lo mejor”<sup>17</sup>. Por ello, el “pensamiento jurídico de lo posible” es “presupuesto y límite para una *interpretación constitucional abierta*”<sup>18</sup>, en la que el texto constitucional no es visto como una norma acabada, sino como un “proyecto” (*Entwurf*)<sup>19</sup>.

3. Repárense las ideas fuerzas sobre las que especulan estos autores: sociedades pluralistas; pensamiento de lo posible; pensamiento de alternativas; pensamiento indagativo; salvaguarda de diversos principios; concordancias práctica sobre la diversidad de éstos; Constitución como proyecto; Constitución como condición de posibilidad de una vida en común; desenvolvimiento conjunto de los principios constitucionales y no amputación de éstos.

Se advierte, de inicio, un reconocimiento de la pluralidad de perspectivas y proyectos que caracteriza la vida humana. Si bien los autores piensan primariamente en la sociedad Occidental, a la que reconocen como fragmentada, es claro en cuánta mayor medida esa diversidad se configura a escala planetaria. Desde esta lógica, parecería estarse más cerca del “multiculturalismo” como planteamiento de base. Con todo, no creo observar en estos esfuerzos teóricos una mera comprobación sociológico-descriptiva de la “diferencia”, por lo demás, evidente. Más bien, pienso, detrás de aquellos esfuerzos late el afán de superar el mero dato fáctico para adentrarse en una propuesta normativa, es decir, de “deber ser”, que emerge a partir de lo dado. En ese horizonte, el “ser” es un punto de partida, no de llegada.

---

<sup>15</sup> Id., p. 16 (énfasis añadido).

<sup>16</sup> Id., p. 17.

<sup>17</sup> Häberle, Peter, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus*, Kögnstein/TS, 1980, p. 3

<sup>18</sup> Id., p. 9.

<sup>19</sup> Id., p. 4.

Por de pronto, es sugerente la idea del “fragendes Denken”, esto es, del “pensamiento indagativo”. Se trata del preguntarse acerca del sentido último de las cosas –en el caso del derecho, de la justicia material que nutre a toda relación social-. Que esa pregunta no es meramente un compromiso<sup>20</sup> (o, si se prefiere, un “armisticio”), lo revela el objetivo de salvaguardar el conjunto de los principios constitucionales o, como escribe Zagrebelski, la “concordancia práctica” que debe caracterizar a éstos. La expresión, se sabe, procede de la jurisprudencia constitucional alemana<sup>21</sup>, pero es constante en la técnica de los tribunales, en especial constitucionales. La Corte Suprema de Justicia argentina, desde antiguo, ha defendido la idea de que el reconocimiento de un derecho no debe importar la preterición de otros<sup>22</sup>, de modo que la aplicación de las normas requiere no aislarlas por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse que todas se entiendan teniendo en cuenta los fines de las demás y, por tanto, dirigidas a colaborar en su ordenada estructuración<sup>23</sup>.

Es verdad que la idea de la Constitución como “proyecto” parece aludir a la idea de que todo está por hacerse; de que nada hay firme. Empero, la misma apelación a la Ley Suprema; a la Constitución como “condición de posibilidad de una vida común” reconoce que el texto supremo alberga una base desde la cual cabe explorar soluciones concretas, aun dentro de una diversidad de despliegues en razón de las variadas circunstancias de la vida. La base, se sabe, son los derechos fundamentales que se erigen en la razón de ser de los textos constitucionales. En ese contexto, el “proyecto” es un “desenvolvimiento”, un desarrollo de lo que *ya es*; de lo que *ya hay*. Y eso que existe no debe ser amputado sino, en todo caso, matizado, perfilado, concretado. La tarea, por cierto, no es menor ni sencilla, pero habla de un fundamento y de un camino de fundamentación<sup>24</sup>. Traducido en la clave desde la que trabaja este texto, puede decirse que el “universalismo” requiere del “multiculturalismo” para, de este modo, reafirmarse en lo esencial del universalismo, el que incorpora lo multicultural que lo enriquece y perfecciona.

Juan Pablo II, en su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18/10/95 se hizo eco de esta cuestión al afirmar que “la condición humana se sitúa (...) entre estos dos polos –la universalidad y la particularidad-

---

<sup>20</sup> Asumo esta idea a partir de Atienza, Manuel, “Sobre lo razonable en el derecho”, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, 27, 1989, esp. p. 102.

<sup>21</sup> Cfr, por todos, BVerGer, t. 28, pp. 243, 260 ss.; t. 41, pp. 29, 50; t. 52, pp. 223, 247, 251.

<sup>22</sup> Fallos: 251:87, sus citas y muchos otros,

<sup>23</sup> Fallos: 330:2122.

<sup>24</sup> Me he ocupado del asunto en “Universalización e internacionalización del derecho: sobre la positivización del derecho natural en la reciente jurisprudencia constitucional comparada”, en Novelino, Marcelo, Leituras complementares de direito constitucional (Direitos humanos e direitos fundamentais), Editora Juspodivm, Salvador, Bahia, Brasil, 4° ed, revista, ampliada e atualizada, pp. 97-115. También es sugerente, Viola, Francesco, “Los derechos humanos: ¿una nueva forma de derecho natural?”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, Las razones..., nota 1, pp. 163 ss.

en tensión vital entre ellos; tensión inevitable, pero especialmente fecunda si se vive con sereno equilibrio”.

En efecto; el antiguo Papa recordaba la trascendencia de los “particularismos étnico-culturales”, enfatizando –en el contexto de las migraciones mundiales- el derecho a la propia lengua y cultura “mediante los cuales un pueblo expresa y promueve lo que llamaría su originaria ‘soberanía espiritual’”. A su juicio, esos particularismos surgen “casi con una necesidad impetuosa” y constituyen una “especie de contrapeso a las tendencias homologadoras” y a los que no se debía infravalorar “como si fuera un simple residuo del pasado”. Pero, al mismo tiempo, señalaba que “los derechos de las naciones” se asientan en un “fundamento antropológico (...) que no son sino los ‘derechos humanos’” y que remiten a “las exigencias de la universalidad” propias de la “naturaleza común” que “mueve a los hombres a sentirse, tal como lo son, miembros de una única gran familia”<sup>25</sup>.

Es oportuno precisar el contexto temporal del mensaje papal: la implosión de la URSS y de Yugoslavia, en Europa, y la guerra de Ruanda, en África. Dicho en otros términos: se asistía entonces (pero las cosas no han cambiado sustancialmente) a multiculturalismos que exigen su reconocimiento a costa de lo universal. El camino, empero, debería ser diverso: el universalismo une y se plenifica en la integración de las diferencias, las cuales elevan los particularismos hacia universalidades no abstractas, sino concretas, esto es, plétóricas de contenido.

### 3

#### Pervivencia del tema. Su tratamiento histórico en la América de los siglos XVI y XVII

1. Pues bien; el tema bajo examen atraviesa la entera historia de la humanidad. En Occidente es un tópico que no ha pasado inadvertido en las reflexiones teológicas, filosóficas, políticas, jurídicas y sociales y que, de modo rápido, convergen en torno del análisis de la condición humana, fundamentalmente, y para decirlo con Todorov, cuando se plantea la cuestión del “otro”<sup>26</sup>, y cuando, detrás de dicha pregunta, late el afán en torno de la igualdad universal de las personas.

Si se trata, como es el objeto de este papel, del estudio del tema a la luz de las comunidades originarias de nuestro país, no es inapropiado recordar algunos eslabones de esta cuestión en los siglos precedentes, concretamente, a poco de la llegada europea al continente americano.

---

<sup>25</sup> **Juan Pablo II, L' Osservatore Romano, 18/10/95. Cfr**

<sup>26</sup> Clásicos de este autor rumano-francés, La conquista de América. La cuestión del otro, Siglo XXI, México-Buenos Aires, 2005. También, del mismo autor: Nosotros y los otros, Siglo XXI, México-Buenos Aires, 1991.

2. Desde una perspectiva filosófica, una de las mentalidades más penetrantes del siglo XVI y que, a mi juicio, ocupa un papel relevante en la gestación de la “modernidad” y en la lucha por el referido reconocimiento de la igualdad entre las personas, Francisco de Vitoria, se ocupó del tema cuando reflexiona sobre la relación entre las costumbres de los aborígenes y el resguardo de la dignidad humana<sup>27</sup>.

En su célebre *Relectio de Indiis* de 1532, el autor piensa en los difundidos supuestos del «sacrificio de hombres inocentes o la matanza de hombres libres de culpa con el fin de comer su carne»<sup>28</sup>, a cuyo respecto su opinión es diáfana: «aún sin la autorización del Pontífice, los príncipes españoles pueden prohibir a los indios tan nefastas costumbres y ritos, porque pueden defender a los inocentes de una guerra injusta»<sup>29</sup>. Y abundando en esa concepción, expresa que «no es obstáculo que todos los indios consientan en tales leyes y sacrificios, y que no quieran en esto ser defendidos por los españoles: no son en esto tan dueños de si mismos, que puedan entregar sus personas o sus hijos a la muerte»<sup>30</sup>.

La frontal reacción vitoriana es comprensible, ya que consentir el daño a otros seres humanos (aún en homenaje a una «larga e inveterada costumbre»), entraña poner entre paréntesis la dignidad de la persona que se halla en la base del deber de respeto al otro y, en definitiva, conduce a la desnaturalización del catálogo de derechos y deberes que había estructurado el autor, bien que de modo embrionario. A su juicio, aún cuando los indios fueran amentes o idiotas (de modo que —para decirlo con el lenguaje de la *Política* aristotélica— «no pueden alcanzar su completo desarrollo o natualza»<sup>31</sup>, ya que no pueden actuar plenamente), circunstancia sobre la que Vitoria duda, ellos resultan, no obstante, objeto de injusticia, por lo que, *contrario sensu*, tienen derechos. En ese horizonte, no solamente tienen dominio sobre sí y sobre sus posesiones —que es el objeto principal de su estudio<sup>32</sup>, sino que, en rigor, torna a la persona —a toda persona— en un ser humano digno y, por ende, y para emplear un lenguaje contemporáneo, “indisponible”<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> Estudié el tópico en mis estudios, “Francisco de Vitoria en el origen de la modernidad”, en Publicaciones del Instituto de Estudios Iberoamericanos», Buenos Aires, vol. XI, año 17, pp. 87-114 y, más sintéticamente, “Über die Herkunft der Menschenrechtstheorie: der Fall der «Relectio de Indiis» des Francisco de Vitorias”, en *Arbeitshefte des Lateinamerika-Zentrums*, Universidad de Münster, Alemania, nº 10, pp. 2-22.

<sup>28</sup> Vitoria, Francisco de, *Relectio*, p. 109.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 109.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 109.

<sup>31</sup> Aristóteles, *Política*, 1252 b 33.

<sup>32</sup> Cfr. Vitoria, *Relectio*, cit., I, I, 12, 1-14, 4.

<sup>33</sup> Cfr, por todos, el destacado trabajo de Llompert, José, *La posibilidad de una teoría del derecho más allá del iuspositivismo y del iusnaturalismo*, Persona y Derecho, Pamplona, 1991, pp. 162 ss.

3. La opinión de Vitoria no fue, sin embargo, unánime en el ámbito de la doctrina. La tesis contraria fue defendida nada menos que por el Padre Las Casas, para quien los sacrificios de seres humanos a los dioses, lejos de ser un acto de barbarie, indicaban la transcendencia que, para los indígenas, tenía el fenómeno religioso. Así, expresaba este autor que «las naciones que a sus dioses ofrecían en sacrificio hombres, por la misma razón mejor concepto formaron y más noble y digna estimación tuvieron de la excelencia y deidad y merecimiento (puesto que idólatras engañados) de sus dioses, y por consiguiente, mejor consideración naturalmente y más cierto discurso, y juicio de razón, y mejor usaron de los actos del entendimiento que todas las otras, y a todas las dichas hicieron ventaja, como mas religiosas, y sobre todos los del mundo se aventajaron los que por bien de sus pueblos ofrecieron en sacrificio sus propios hijos»<sup>34</sup>.

A mi juicio, el punto de vista lascasiano parece inadmisibles, pues considerar que en nombre de una creencia religiosa (o de cualquier otro fundamento), algunos hombres puedan decidir sobre la suerte (en este caso, la vida) de otros, entraña consentir una lógica de razonamiento basada en el derecho del más fuerte que resulta inconciliable con la consideración — asumida no solamente por la Modernidad, sino, por cierto, también por el cristianismo al que no era ajeno Las Casas— de la persona como un fin incomunicable y, por ende, fuente de unos derechos y deberes imprescincibles para el logro de su desarrollo que, es claro, no puede efectuarse con prescindencia del otro, es decir, al margen del respeto absoluto a éste.

4. Pero conviene avanzar un tanto en este punto. Al respecto, las ideas favorables a la existencia de principios universales que anclan en la común dignidad humana defendida por los teólogos juristas castellanos encontró un fecundo correlato en la legislación de la época, más allá de inevitables ambivalencias producto de la época de transición intelectual a la que se asiste<sup>35</sup>.

Así, se destaca el reconocimiento que se hizo a los caciques de su preferente situación dentro de la vida social de sus respectivas comunidades, el que se tradujo en la concesión de privilegios y reconocimientos especiales en aquellos aspectos que no cercenen la dignidad humana, cuidando, empero, de revocarlos en los tópicos que sí la afectaban. En relación con lo primero, y entre otros ejemplos, la ley de 14 de marzo de 1614<sup>36</sup>, les releva del pago de tributos, privilegio extensivo también a sus hijos mayores. Asimismo, se

---

<sup>34</sup> Cfr Zavala, Silvio, La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI-XVIII), UNAM-UNESCO, México, 1982, p. 35.

<sup>35</sup> Cfr, con bibliografía, mi estudio: “La esclavitud de indios y negros en la América española y el origen de la universalización de los derechos humanos”, en *Revista de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, nº 23, pp. 359-384.

<sup>36</sup> Cfr Recopilación de las Leyes de Indias, edición facsimil, Julián Paredes, Madrid, 1681, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, ley XVII, tít. V, lib. VI.

respetó la inmemorial tradición de los indios alto-peruanos de mascar coca a través a ley de 18 de octubre de 1569, la que expresa que «aunque nos fue suplicado, que la mandassemos prohibir [a la coca], porque deseamos no quitar a los Indios este genero de alivio para el trabajo, aunque solo consista en la imaginación»<sup>37</sup>.

Por el contrario, lo relativo a lo segundo, en la ley XIV de 17 de diciembre de 1537 se observa que se castiga con pena de pérdida del título y desterramiento a los caciques que «reciben en tributo á las hijas de sus Indios»<sup>38</sup>; del mismo modo que la ley XV de 18 de enero de 1552 prohíbe «la bárbara costumbre por la que en algunas provincias, los caciques, al tiempo de su muerte mandan matar Indios, é Indias para enterrar con ellos...»; en tanto que en el tít I, ley VI de 19 de setiembre de 1612, se prohíbe a los indios la venta de sus hijas «a quien más le diese para casarse con ellas».

Empero, las aludidas ambivalencias son perceptibles en diversas disposiciones, entre las que menciono la ley 22 de las Leyes de Burgos de 1512, por la que les autoriza a los caciques a tener cierto número de indios servidores<sup>39</sup>, ya que es claro que sentado el régimen general de libertad tras la Junta de Teólogos de 1500, la pervivencia de la servidumbre por el solo hecho de ser una autoridad comunitaria, se revela contradictorio.

Otro interesante ejemplo de este proceso de transición es, a mi juicio, el tratamiento dispensado a los indios caribes. Al respecto, una Real Provisión del 30 de octubre de 1503, da cuenta, en cuanto aquí interesa, que aquellos «continuamente han fecho y facen guerra a nuestros súbditos y han muerto muchos cristianos...», además de «hacer guerra a los indios que están a mi servicio y prendiéndolos por los comer como de hecho los comen...». Por tal motivo, la Provisión considera justificado el empleo de la fuerza y la esclavitud del vencido, de suerte que «los pueden traer y traigan a estos mis Reinos y Señoríos y a otras cualesquier partes y lugares do quisieren y por bien tuvieren, pagándonos la parte que dellos nos pertenezca, y para que los puedan vender y aprovecharse dellos sin que por ello caigan ni incurran en pena alguna, podrán ser más ligeramente convertidos y atraídos a nuestra santa Fe Católica»<sup>40</sup>.

La norma transcripta es, en efecto, una fiel exponente del referido tránsito intelectual al que se asiste en esa época, pues convive el incipiente (y moderno) régimen general de libertad con la antiquísima tradición de la

<sup>37</sup> Id., ley I, tít. XIV, lib. VI.

<sup>38</sup> Id., lib. VI, tít. VII,

<sup>39</sup> Cfr Antonio Muro Orejón, "Ordenanzas Reales sobre los Indios. Las leyes de 1512 - 1513", en Anuario de Estudios Americanos, XIII, Publicaciones de la Escuela de estudios Hispano-Americanos de Sevilla, Sevilla, 1956, y el comentario de dicho autor en p. 466.

<sup>40</sup> «Real Provisión para poder cautivar a los caníbales rebeldes», en Richard Konetzke, Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamerica, 1493-1810, vol. I, CSIC, Madrid, 1953, pp. 14-15.

esclavitud o servidumbre legal (o civil) cuando se es objeto de un ataque injustificado (lo que motiva un caso de “guerra justa”) a súbditos libres de la corona respecto de los cuales, además, se practica la antropofagia.

Y es interesante apuntar una cierta evolución sobre la materia a juzgar por la disposición dada en Madrid el 25 de enero de 1569 por Felipe II, en la que si bien reitera la autorización del uso de la fuerza contra estos aborígenes, excluye esclavizar a los «menores de catorze años» y a las “mujeres de cualquiera edad»<sup>41</sup>.

#### 4

La cuestión en la reciente jurisprudencia. Algunos ejemplos

Si nos hallásemos en Francia, podría ilustrar el asunto con la famosa polémica del “velo islámico” -y aún de las cruces cristianas- en los lugares públicos. Si se viviera en el África sud- sahariana, cabría aludir a la tensión que suscita la ablación del clítoris de las menores de edad, casi recién nacidas. Viviendo en la Argentina, concretamente en Salta, ilustraré el asunto con ciertos casos que, sospecho, dan una pauta sobre la dimensión actual del debate.

1.Así, en la causa “Sánchez, Juan -Comunidad de Monteveo Ceboyos c/Estado Nacional s/amparo”, la justicia federal de primera instancia de Salta hizo lugar a la acción deducida por el cacique de la comunidad con el objeto de que -dada la sequía y la imposibilidad de servirse del río-, se le construya un pozo para la extracción de agua. Fundamentó la medida en que se procura “proteger la supervivencia de sus integrantes en atención a sus actividades tradicionales” en las tierras que habitan “desde tiempos inmemoriales”.

El Estado Nacional -Instituto Nacional de Asuntos Indígenas- resistió la medida. Si bien reconoce, por un lado, entres sus tareas el “diseño y ejecución de programas (...) para un desarrollo sustentable con identidad”, programas en los que se halla prevista la “participación indígena” y, por otro, que “la situación de las poblaciones (...) Wichi resulta conocida por lo público (...) de la misma”, añadió que “no se registra pedido alguno tendiente a recibir ayuda”, aspecto éste último desmentido por la actora, la que señala que ya en 2006 le requirieron dicha construcción recibiendo como respuesta que “debían hacer un proyecto para elevarlo a su consideración”.

La Cámara Federal de Salta confirmó la medida<sup>42</sup>. Su argumentación -en lo esencial- discurre sobre los siguientes aspectos: a) *se hallan en juego derechos constitucionales*; b) el reclamo procede de un grupo que, según las

<sup>41</sup> Cfr Recopilación, ley VI, tit. II, lib. XIII.

<sup>42</sup> Cám. Fed. Salta, in re “Sánchez, Juan -Comunidad de Monteveo Ceboyos c/Estado Nacional s/acción de amparo”, Expte 92/09, sent. del 2/7/09.

constancias de la causa, “no habla [el] idioma nacional (requieren intérprete para que traduzca sus expresiones, y no es sencillo dar con uno)”; “no saben leer ni escribir –en su gran mayoría-, no tienen vías de egreso y acceso desde y hacia el paraje en donde viven sin agua...”; c) el INAI tiene entre sus facultades la de “diseñar e implementar por sí o conjuntamente con organismos nacionales, provinciales o municipales, programas (...) destinados al desarrollo integral de las comunidades indígenas, incluyendo planes de salud, de educación, de vivienda...”; d) existe omisión por parte del organismo que debe velar por las comunidades indígenas al exigirle un procedimiento previo “que la comunidad en cuestión se hallaba en serias dificultades de llevar adelante por imposibilidades elementales...”; e) la señalada “dificultad (cultural o de conocimientos) del pueblo Wichi para hacer lo que el INAI insiste que debió hacer, es manifestada (...) por los (...) docentes de antropología de la Unsa”; f) se incumplió el Convenio Marco entre el INAI y la Secretaría de Recursos Hídricos de la Provincia de Salta “cuya finalidad es promover el desarrollo de las comunidades aborígenes sustentado en el diálogo intercultural, a fin de posibilitar la adecuación de estrategias a su diversidad cultural, particularmente en la promoción de las actividades que mejoren la infraestructura básica de las comunidades en lo que hace al abastecimiento de agua para el consumo humano”.

Las expresiones que he subrayado resultan pertinentes para el presente tema. Parece claro que se está ante una situación de multiculturalidad en la que un grupo se halla en una situación crítica respecto del disfrute de ciertos derechos constitucionales que, entiendo, deben ser leídos como universales: ¿qué otra característica sino la universalidad debe atribuirse al acceso al agua potable por parte de ese grupo? Asimismo, existe por parte de las autoridades (entre otras, las nacionales y provinciales) la preocupación por asegurar tales derechos universales: repárese que se habla de salud, educación y vivienda, derechos cuya pertenencia a todo ser humano en tanto que tal me resulta indiscutida. Pero la sentencia –en lo que constituye un típico ejercicio de razón práctica- que había principiado por la multiculturalidad y luego avanza a lo universal, retorna a la primero cuando señala que el afán por cumplimentar los derechos universales se procura realizar en un ámbito de prudente respeto hacia la particularidad cultural de los pueblos aborígenes por cuanto el “desarrollo” aludido debe practicarse en el marco de un “diálogo intercultural” que tenga en cuenta la “diversidad cultural” de cada población.

Dicho en otros términos, los textos y el imaginario al que éstos remiten plantean que existe una base común constituida por el haz de derechos constitucionales. Antigua y modernamente esto se conoce como “derechos naturales”<sup>43</sup>. En la actualidad, la noción se subsume, también, bajo la expresión “universalismo”. Empero, conviene reparar que esos derechos no existen en

<sup>43</sup> Radbruch, Gustav, Introducción a la filosofía del derecho (del alemán por W. Roces), Fondo de Cultura Económica, 4º, 1978, p. 179.

abstracto, sino en la historia, en el aquí y ahora. Y esa historia es dinámica, mutable, pletórica de variantes; rica en matices. Tal vez con la solitaria salvedad del Racionalismo, este dato de la realidad nunca fue soslayado por las grandes teorías, en especial, por quienes elaboraron las principales enseñanzas iusnaturalistas<sup>44</sup>. Se está, pues, ante el “particularismo” o “multiculturalismo”. Con todo, para la mencionada tradición iusnaturalista no existe, para decirlo gadamerianamente, un “abismo”<sup>45</sup> entre una y otra noción sino una complementación entre ambas o, en la peor de las hipótesis, la necesidad de un diálogo –para decirlo con Habermas y Apel- racional y crítico que procure integrar las diferencias. Los textos citados parecen asumir ese programa: adecuar lo universal a lo particular; integrar lo particular en lo universal. No se trata de resignar ni lo uno ni lo otro, sino de asumirlos en una espiral virtuosa y superadora.

2. La tarea, por cierto, no es sencilla. El caso “Prado, Sebastián y ot. c/Montellanos, Bernabé s/ discriminación” ilustra adecuadamente la dificultad que rodea a esta problemática. La Cámara Federal de Salta, en octubre de 2010, confirmó el procesamiento del demandado por “impedir el pleno ejercicio de derechos y garantías constitucionales e incitar y alentar la persecución contra un grupo de personas”<sup>46</sup>. De las constancias de la causa, surgió que el encartado amenazó a los actores requiriéndoles que abandonen el pueblo de Iruya (lugar en el que trabajan como guía turístico y en un hotel) pues, caso contrario, “serían echados de cualquier manera”; que las denuncias realizadas por éstos con anterioridad en la policía no surtieron efecto; que el intendente declaró no estar al tanto de los hechos; que Montellanos alienta en colegios que los estudiantes “no se junten con los foráneos”; que se opone a la atención médica alopática que práctica el matriculado en el puesto de salud provincial y que la Municipalidad delegó en la comunidad Kolla la reglamentación del turismo fuera del ejido de Iruya. Asimismo, se acreditó la existencia de dos comunicados procedentes de la Comunidad Kolla suscritos, entre otros, por Montellanos, que, entre otras consideraciones, distinguen entre “turistas ‘de paso’” y “estacionados temporalmente en Iruya”; disponiendo que “en la región solo está permitida una visita temporaria” y que “la violación de cualquiera de las pautas de convivencia puede significar la cancelación inmediata de la visita y multa según el daño causado”, además de que fuera del ejido local dicha comunidad ejerce “facultades de jurisdicción exclusivas en temas jurídicos (...) y administrativos”.

---

<sup>44</sup> He procurado analizar este punto en la obra citada en la nota 4, pp. 127 ss.

<sup>45</sup> Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (del alemán por Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito), Sígueme, Salamanca, 1996, p. 367.

<sup>46</sup> Cám. Fed. Salta, in re, “Prado, Sebastián y Leguizamón, Soledad c/Montellanos, Bernabé s/infracción a la ley 23.592-Discriminación”, Expte 570/09.

A juicio de la Cámara, los documentos citados, si bien expresan objetivos irreprochables (v. gr., la protección del patrimonio cultural y ambiental de las etnias de Iruya o la organización de actividades en que “se encuentren involucradas (...) su cosmovisión indígena”), ostentan un desafortunado tono peyorativo hacia los visitantes; confrontan con los derechos constitucionales de “entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”; “trabajar y ejercer una industria lícita” y a la “igualdad”, y se arrogan facultades administrativas y judiciales por completo ajenas a la comunidad Kolla, en tanto, de conformidad con la arquitectura constitucional que rige nuestro país, son del resorte de las autoridades municipales, provinciales y nacionales. A su vez, con sustento en jurisprudencia de la Corte Suprema; en documentos internacionales (constitucionales e infraconstitucionales) y en el aporte de la filosofía que fundamenta la Ley Suprema, consideró que los derechos allí asignados lo son “para todos los hombres, más allá de su raza, religión, sexo o cualquier otro accidente o condición”, a cuya luz ninguna persona “pueda usarse como simple medio” por lo que la conducta de Montellanos resulta “potencialmente hábil para alentar la persecución o el odio contra (...) personas residentes en Iruya pero no nacidas en esa localidad y que no pertenecen a las etnias indígenas ni practican su pertinente ‘cosmovisión’ (...) y aún contra aquellas que, oriundas del lugar, se relacionan con aquellos...” (consid. XI, párr. 15).

Ahora bien; para el Tribunal lo expuesto “no significa desconocer la jerarquía constitucional de los pueblos originarios”, ya que tal reconocimiento no entraña “la preterición de los derechos de terceros o de otros grupos...”, sino que, antes bien, se sitúa “en la línea del perfeccionamiento de los ideales constitucionales” ya que “las diversas culturas se apoyan en una base común: la dignidad del ser humano, de suerte que aquellas, lejos de dividir y empobrecer a la humanidad, la enriquecen con el aporte de sus diversas perspectivas que, de tal modo, perfeccionan (...) a la persona y, en definitiva, al conjunto social”, máxime si “dichas normativas no reconocen la existencia de un ‘estado originario’ que imponga leyes, normas o costumbres ‘por encima’ del estado de derecho organizado conforme a la Constitución Nacional” (consid. XII, párrs. 4º y 5º). Y concluye que esta solución es coherente con lo dispuesto por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, organizada bajo los auspicios de la ONU, cuyo art. 5 dispone que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, sin que ello implique ignorar que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e independientes y están relacionados entre sí” (consid. cit., párr. 6º).

El pronunciamiento muestra la por momentos tensa dialéctica “universalismo-multiculturalismo” pero en su respuesta se esfuerza por realzar los rastros que unen y desarrollan a ambos conceptos. Adviértase que la

conducta del encartado revela la solitaria exaltación de la diferencia por cuanto entraña la negación del “otro”, hasta el extremo de no descartar su expulsión de “cualquier manera”. Se está, pues, ante el particularismo en su dimensión más empobrecedora pues no solo no aprecia las huellas de lo universal (o común) con el “otro”, sino que, en buena lógica, ni siquiera lo reconoce como testimonio de “otra” cultura, esto es, de otro multiculturalismo. Y bien: ¿origina esta negativa, la reacción inversa? La tentación de los extremos es de ordinario el camino más breve. El Tribunal, pienso, la evita. Realza la pluralidad, pero pide que ésta transite sobre el reconocimiento de que nadie “pueda usarse como simple medio”. Dicho en otros términos: sugiere al particularismo la necesidad de extender la mano del otro; lo interpela ante el desafío -para decirlo habermasianamente- de entrar en situación de diálogo con el distinto. Lo multicultural, entonces, ha de existir con la común dignidad y, desde esa lógica, lo primero es una muestra más de la inagotable riqueza de la universalidad.

3. Un caso tal vez “dramático”<sup>47</sup> de la dialéctica bajo examen sea el resuelto por la Corte de Justicia de Salta el 29/9/06<sup>48</sup>, al casar una resolución de la anterior instancia que había confirmado el procesamiento de una persona, acusada de haber tenido acceso carnal con la hija de su pareja, a partir de que ésta alcanzara los 9 u 11 años de edad, habiéndola embarazado un año después (a los 10 o 12).

Interesa -a los fines de este papel- resaltar la argumentación de la defensa. A su juicio, la decisión apelada ha violado el “derecho consuetudinario” que resguarda la “identidad cultural de los pueblos indígenas” garantizado por el art. 75, inc. 17 de la Constitución nacional, lo que genera un “derecho constitucional indígena”. Añade que, además, se conculcan los arts. 15 y 18 de la Constitución Provincial que garantizan el “respeto a la identidad étnica y cultural de los indígenas argentinos” y que no ha habido dolo de su defendido en tanto “se emite un juicio sobre una conducta sólo comprensible en términos del ‘código’ de la comunidad indígena, aplicando para ello otro código, el penal, sin que exista una relación intercultural de mutuo entendimiento”, lo cual deviene “discriminatorio”. De ahí que considera que “no existió violación ni reiteración del delito de engaño (...) ya que la comunidad persiste en sus costumbres”, toda vez que “en la supuesta víctima existe la madurez requerida para que la conducta sancionada pueda ser descripta como simple modo de vida, aceptado antropológicamente como una institución social denominada ‘matrimonio privignático’, en el que, a diferencia de lo que entiende la Cámara, no existe concubinato sino matrimonio tanto con la madre como con su hija” (confr. voto de la jueza Garros Martínez, consid. 3º, párrs. 1º y 2º).

<sup>47</sup> Cfr Atienza, nota 20.

<sup>48</sup> Corte Justicia Salta, *in re*, “C/C Ruiz, José Fabián-recurso de casación”, Expte. 28.526/06, 29/9/06.

La mayoría del Tribunal entendió que el pronunciamiento de segunda instancia había incurrido en un defecto de fundamentación al descartar examinar “todo lo que hace a la forma de vida, creencias e idiosincrasia de la comunidad wichi”, ya que los artículos más arriba mencionados “garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ha ocurrido en le presente caso” (consid. 11).

Diverso es el razonamiento de la disidencia. En primer término, refiere que la madre de la menor denunció a su marido aunque añadió que “fue amenazada por el (...) casique (...) quien le dijo que si denunciaba a Ruiz ella también quedaría presa y que la sacaría de la comunidad”. Y agrega que, más tarde, la madre se rectificó, señalando que “sabía que [Ruiz] vivía con su hija Estela desde hace un año más o menos, situación que es costumbre entre los aborígenes” (consid. 5º). Precisado lo anterior, considera la jueza que “en el examen jurídico de (...) los agravios no puede (...) prescindirse de la ameritación contextual de la conducta”, en tanto “los hechos del presente caso revelan con certidumbre una gran densidad cultural y suscitan una particular línea de reflexión, dado que conllevan la necesidad de analizar la tensión que se plantea entre los distintos puntos que entran en conflicto cuando deben resolverse cuestiones acerca de comunidades indígenas...” (consid. 10), lo que, a su juicio, exige una interpretación armónica de los puntos en conflicto.

Desde esa lógica, “no podría ser una conclusión de hermenéutica constitucional válida aquella que sostenga que la aplicación de normas emanadas de la facultad legislativa otorgada al Congreso de la Nación por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional se opone a los derechos consagrados en el art. 75, inc. 17 de la C.N y 15 de la C.P. y en los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22.”, máxime si, toda vez que no hay derechos absolutos en nuestro plexo constitucional, conforme conocida jurisprudencia, *“no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiara a éstos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen”* (consid. 10, énfasis añadido). Es más; el Convenio 169 de la OIT (ratificado por ley 24071, de 1992) es categórico en cuanto a que el derecho a conservar sus costumbres e instituciones (art. 8.1) se halla limitado “siempre que éstas *no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*” (art. 8.2, énfasis añadido), máxime si los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para reprimir los delitos cometidos por sus miembros deberán respetarse “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 9.1) (consid. 11). Por ello, añade el voto, “las decisiones

judiciales deben resultar adecuadas a los compromisos asumidos por la República Argentina en la materia específica, pero evitando la intolerancia o la defensa de costumbres que implican la restricción y menoscabo de los derechos fundamentales de la persona pues ello, además de resultar atentatorio contra el sustrato filosófico-axiológico del bloque de constitucionalidad, se encuentra expresamente vedado por el mismo” (consid. 11, 3º párr. Énfasis añadido).

En razón de lo recién expuesto, “la costumbre comunitaria” invocada por el recurrente para desplazar la acción penal promovida de modo que se resuelva “de conformidad con el supuesto derecho consuetudinario wichi y no de acuerdo al Código Penal Argentino (...) resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional” y “con el plexo de derechos humanos internacionalmente reconocidos, ante el cual resulta que se pretende subordinar un derecho esencial de la naturaleza humana al hecho de la pertenencia a un estado cultural determinado” (consid. 12, párr. 2º. La cursiva no pertenece al original).

Para la jueza “el acceso carnal a menores (...) de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuestos consentimientos en virtud de relaciones matrimoniales adoptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano...”, toda vez que “sostener que (...) no hay agresión porque ‘se trata de otra concepción cultural’ (...) significa apartarse del concepto de integridad personal, del cual la integridad sexual es sólo uno de sus componentes”, ya que cobija, además, los “efectos en la salud física, teniendo en cuenta edad, (...) contextura física (...) riesgos en la salud por (...) maternidad precoz, efectos sobre los niños (...) mal nutridos por las condiciones de las madres...” (consid. 12, párr. 4º).

A esa altura del razonamiento, la magistrada aborda el aspecto nuclear del debate bajo estudio, esto es, la “relación niños-cultura-derechos humanos”, señalando que se trata “tanto de un conducto *potencialmente importante para los valores culturales, como una rendija potencialmente explotable a través de la cual se busca la aceptación de ciertas prácticas incompatibles con los derechos humanos*” (consid. 12, in fine. Énfasis añadido).

Aquí, luego de definir el “relativismo cultural”, al que expresamente rechaza, indaga sobre la cultura indígena y, especialmente, sobre lo que sus propios integrantes desean con sustento en publicaciones fundadas en diversos trabajos de campo. Al respecto, llama la atención acerca de que las mujeres “manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a ésta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo ‘respeto a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas’”, señalando que entre la lista de costumbres propias “que sí les gustan”, se hallan “cuando

los padres no obligan a las niñas a casarse”; “que nos dejen estudiar” o que “*caminen por igual, hombres y mujeres*” (consid. 13, párr. 4°. Subrayado añadido), lo que, con cita de Carlos Lenkersdorg, lleva a concluir que “i’no todas las costumbres son buenas!’, de modo que “‘si dicen que el gobierno va a respetar las costumbres de los indígenas, *las mujeres tienen que decir cuales costumbres son buenas y deben de respetarse y cuales son malas y deben de olvidarse*” (consid. 13, párr. 5°, el subrayado no pertenece al original).

Esta afirmación que surge de la sociología, resulta corroborada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “insoslayable pauta a tener en cuenta por los poderes constituidos argentinos”, según conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (confr. consid. 14, párr. 1°), ya que si bien ha señalado que “la atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos (...) la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de las personas”, por lo que, afirman los jueces interamericanos, “rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado ‘relativismo cultural’”, de modo que, con cita de Alston, “‘se debe aceptar que *las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos*’” (consid. 14, párrs. 2° y 3°. Énfasis añadido). En ese contexto, con sustento en lo resuelto en la causa “Bámaca Velásquez v. Guatemala”, se considera que “*los derechos humanos son enriquecidos por las múltiples experiencias culturales, las cuales se benefician de su propia apertura a los patrones mínimos universales -estándares- de tratamiento del ser humano*”, por lo que se “reafirma la legitimidad universal de los derechos humanos, en un mundo marcado por el pluralismo y la angustia común a todos los seres humanos frente al respeto por la propia dignidad...” (énfasis añadido).

Acaso la nota de angustia resulte relevante en el cierre que suministra el voto disidente al tema, si se pondera que “no surge de las pruebas aportadas sobre el modo de vida wichi que las relaciones sexuales con menores de edades inferiores a los 13 o 14 años integren las prácticas habituales de la comunidad” (consid. 18, párr. 2°). Asimismo, del informe antropológico requerido a las autoridades de la Universidad Nacional de Salta (Unas) “si bien se instruye sobre la iniciación de la vida sexual a partir de la menarca, no da cuenta de la institucionalización en la cultura Wichi de formas como la bigamia o el matrimonio privignático” (consid. 18, párr. 4°). Es más, el experto refiere conclusiones de un seminario de 1998 del que surge que “el acceso carnal de menores de edad parece encontrar el parámetro entre lo permitido y lo prohibido no ya en la edad de la menor, o en su real consentimiento y comprensión del acto sino en el riesgo de daño físico”. De ahí que se trataría no de un “ataque a la libertad sexual, sino una variante de agresión física”

(consid. 23, párr. 2°), lo que es especialmente relevante si se pondera que “no puede concluirse que Misión Wichi importe un grupo étnico totalmente cerrado que mantenga sus principios en forma totalmente pura” (consid. 24, 5° párr.).

Los párrafos enfatizados sintetizan los aspectos centrales del presente tópico. Por de pronto, los derechos, principios y tradiciones en juego no ostentan carácter absoluto, sino que coexisten en un mundo plural en el cual se hallan llamados a integrarse y, *en lo posible, de manera armónica*. Esta proposición, de suyo compleja, no resulta *tan* problemática como la siguiente: la afirmación de que el haz de derechos básicos que se hallan en la cima de los ordenamientos jurídicos nacionales y en los grandes instrumentos internacionales no siempre compatibiliza con la pluralidad de culturas existentes a las que, empero, dichos textos –y la jurisprudencia que lo interpreta– reclaman adecuación, tal y como se vio en el *dictum* de la Corte Interamericana más arriba mencionado.

¿Cómo superar esta dicotomía de manera no traumática? ¿cómo armonizar tanto las exigencias básicas –y por tanto universales– de las personas en el contexto de la extrema diversidad (estimulante, pero también tensionante) de tantos despliegues culturales? La manera desandada por la disidencia parece adecuada, ya que es quizás el hecho de penetrar en el corazón mismo de las culturas (en el caso, en la Wichi) la que, a mi juicio, permite superar el callejón sin salida al que, *a priori*, conducirían los términos extremos recién planteados. ¿Cuáles son algunas notas características de esa comunidad? Para la disidencia no se hallan corroboradas ni las prácticas sexuales a temprana edad; ni el matrimonio privignático; ni cabe, en fin, inferir un completo aislacionismo respecto de otras culturas. Por el contrario, se advierte que cuando se ha ingresado a la realidad antropológico-social de las comunidades indígenas nacionales (entre las que se encuentra la Wichi), emergen preocupaciones que van en la línea de los derechos universales, tal el “caminar por igual” hombres y mujeres, bella sentencia que trasluce el propósito de las mujeres de ser realmente consideradas como pares de los hombres, lo cual, como es sabido, constituyó el afán central del constituyente de 1994 (confr. art. 75, inc. 23, entre otros concordantes). Y otro tanto acontece con el rechazo a costumbres que le impiden estudiar a éstas últimas, o elegir sus parejas.

Parecería, pues, que en el fondo de cada tradición cultural emergen notas esenciales o, como se anticipó acaso más precisamente, “indisponibles”, lo que revela la vitalidad de la larga tradición de los derechos universales, esos derechos que, desde siempre, han sido conocidos como “naturales”<sup>49</sup>. Desde luego, dicha característica común no se encuentra sola, puesto que no existe aislada, sino en la historia, en el plural aquí y ahora en el que los seres humanos no tienen otra respuesta que mirarse a la cara y caminar, juntos y de

<sup>49</sup> Cfr, al respecto, mi estudio citado en la nota 5, pp. 93 ss.

pie, como decía Bloch, dando origen al “principio de la esperanza” en la que “no hay ni humillados ni ofendidos”<sup>50</sup> .

Se trata, es claro, de una inmensa lección de optimismo, la que, empero, supone –para decirlo habermasianamente– una racionalidad crítica respecto del *cómo* encontrarse el uno con el otro; del *cómo* –dicho con Sergio Cotta– “coexistir”. Es que si, de un lado, la multiculturalidad no aspira al resguardo de la persona como una unidad inatacable y si, de otro, el universalismo no se aviene a enriquecerse de los aportes de la multiculturalidad, es imposible el “caminar juntos” al que hace referencia la fina antropología de los pueblos originarios más arriba citada y, por tanto, una coexistencia pacífica y virtuosa.

---

<sup>50</sup> Bloch, Ernst, *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, Paris, 1976, p. 13. Es iluminador sobre el particular el estudio de Melkevik, Bjarne, “Una Mirada modernista sobre el ‘derecho natural’ o como reunirse con la modernidad jurídica”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, nota 1, pp. 98 ss.