

USOS DEL DERECHO Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES: UNA LECTURA ETNOGRÁFICA ENTRE SIGLOS PARA PENSAR LA (IN) CAPACIDAD JURÍDICA DEL INDÍGENA

Morita CARRASCO (*)

En su libro *Imaginarios Antropológicos*, José Daniel Cesano sostiene que, entre 1887 y 1969, el discurso judicial argentino construyó una representación del indígena como ciudadano jurídicamente incapaz. En este artículo reflexiono sobre las implicancias de esta representación en el acceso a la justicia en dos casos ocurridos en los pueblos *Wichi* y *Mbya-Guarani*, a inicios del siglo XXI. Para ello, confronto las voces de operadores judiciales e indígenas provenientes de esos registros con aquellas que se manifiestan en otros casos de fines del siglo XIX. Sugiero aquí que el acceso a la justicia de estos pueblos en Argentina está, aún hoy, condicionado por presupuestos sedimentados en nociones desvalorizadas de sus culturas, que se reiteran como vicios sostenidos del tratamiento jurídico penal de los indígenas desde el siglo XIX.

Palabras Clave: Pueblos indígenas, procedimientos judiciales, Argentina, siglo XIX, siglo XXI

Judicial Proceedings and the Uses of Law: An Ethnographic Reading Across Centuries to Reflect on the Legal Incapacity of Indigenous People

José Daniel Cesano argues in the book entitled *Imaginarios Antropológicos* that between 1887 and 1969, the Argentinian judicial discourse constructed a representation of indigenous people as a category of legally incapable citizens.

In this article I study the implications of this representation in order to analyse the access to justice of indigenous people in two cases: *Wichi* and *Mbya-Guarani* peoples in XXIth century. In doing so, I confront the voices of the judicial and indigenous agents that appear in these cases with two other cases of the late XIXth century. I suggest that access to justice of indigenous people in Argentina is still influenced by these representations that affirm the scarce value of their cultures. These representations are a longstanding vice of the legal treatment of indigenous people in the criminal justice system since the 19th century.

Keywords: Indigenous Peoples, Judicial Procedures, Argentine, XIXth century, XXth century

Usages du droit et procédures judiciaires: une lecture ethnographique entre les siècles pour penser la (in)capacité juridique des indiens

Dans son livre intitulé *Imaginarios Antropológicos*, José Daniel Cesano soutient qu'entre 1887 et 1969 le discours judiciaire en Argentine se représente les Indiens comme des sujets juridiquement incapables.

Dans cet article, je propose de réfléchir sur les conséquences de cette représentation dans l'accès à la justice, dans les villages de *Wichi* et *Mbya-Guarani*, au début du XXIe siècle. Je compare les mots des agents judiciaires provenant des registres avec d'autres cas datant de la fin du XIXe siècle.

L'accès à la justice de ces peuples est alors envisagé comme étant, encore aujourd'hui en Argentine, conditionné à des présupposés qui dévalorisent leurs cultures.

Ces représentations sont un vice permanent du traitement juridique pénal des Indiens depuis le XIXe siècle.

Mots clé: peuples indigènes, procédures judiciaires, Argentine, XIXe siècle, XXe siècle

Recibido: 21 de junio de 2016 / Aceptado: 11 de octubre de 2016

(*) Antropóloga, Doctora en Área Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesora en el Departamento de Ciencias Antropológicas e Investigadora en el Instituto de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. carrascomorita@gmail.com

Usos del derecho y procedimientos judiciales: una lectura etnográfica entre siglos para pensar la (in)capacidad jurídica del indígena

Morita CARRASCO

Introducción

Mi acercamiento al tema de este artículo emerge de la experiencia de investigación y asesoramiento / acompañamiento a personas y comunidades indígenas ante el sistema penal argentino durante los últimos diez años¹. En un escenario de sufrimientos y frustraciones, acrecentados por el desentendimiento del sistema judicial ante estos y otros casos de violencia que son denunciados por ellas, me pregunté por qué les es tan difícil acceder a la justicia; por qué pareciera que los operadores de justicia (jueces, fiscales, defensores) no se agravan suficientemente ante las situaciones que denuncian. Invisibilizadas detrás de las tapas de cartulina marrón de los expedientes apilados en estanterías de metal, las causas judiciales permanecen en estado de latencia, sin que sea posible para los denunciantes avizorar una resolución, aún en tiempos mediatos. Cuáles son las razones que motivan estas situaciones, es algo que me pregunto y a lo cual pretendo acercarme con la escritura de este artículo. ¿Es por desconocimiento de la subjetividad indígena? ¿Por incompreensión cultural? ¿Por la imposibilidad de comunicarse en un idioma entendible para ellos? ¿Se debe –como se suele sostener– a una situación de colapso del sistema de justicia por la cantidad de causas en trámite? ¿Es simplemente desidia la razón que justifica el desinterés por la búsqueda de justicia? ¿Estamos ante un caso de “funcionamiento deficiente”, o es exactamente éste el modo en el cual el aparato jurídico-legal funciona, regularmente, cuando se trata de este tipo de poblaciones?

¹ Este trabajo se enmarca en mis actividades como investigadora del Instituto de Ciencias Antropológicas. La investigación es financiada por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad de Buenos Aires, en el marco del proyecto “Aboriginalidad provincias y nación: campos de interlocución entre estados, pueblos indígenas y colaboradores”, del cual soy su directora, y por el CONICET, en el marco del proyecto PIP “Narrativas de orden en disputa: una lectura antropológica en dos campos el jurídico penal y el biomédico”, del cual soy su directora.

Como fuera anticipado, las preguntas que intento abordar aquí parten de mi involucramiento en dos casos judiciales ocurridos en Argentina en este siglo. La estrategia metodológica elegida es ir del presente al pasado, buscando en la historia jurisprudencial argentina indicios que me permitieran entender cuál ha sido el tratamiento jurídico penal dado a algunos casos paradigmáticos donde los afectados directos eran indígenas. No se trata de un estudio exhaustivo para extraer conclusiones generales, lo cual quizás resuelva realizar a futuro. Consiste en un ejercicio de comparación antropológica al solo efecto de desbrozar la enmarañada de presupuestos que enturbia hoy un cabal acceso a la justicia de los pueblos indígenas.

Los dos casos seleccionados, que identifico e ilustro a continuación, los he conocido a través de mis investigaciones². En el primero de ellos, se trata de una experiencia profesional de más de veinte años de trabajo de campo³. En el segundo, mi vinculación surge de un trabajo de campo antropológico iniciado a solicitud de las autoridades del pueblo *Mbya-guaraní*, en el año 2011⁴. Esos dos casos son: 1) en 2008, un hombre indígena del pueblo

² La labor investigativa que antecede a la escritura de este artículo se encuadra en la antropología jurídica, un campo que junto a colegas de América Latina y Europa ocupa nuestras indagaciones desde el año 2000 cuando fundamos la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, RELAJU, con el propósito de compartir el análisis de los fenómenos jurídicos desde una perspectiva etnográfica.

³ Desde 1989 me he desempeñado como antropóloga en un caso de relevamiento territorial en el Chaco salteño de cinco pueblos indígenas, en su mayoría *wichí*, que está hoy en trámite de solución amistosa para la implementación de las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, Caso 12094, Informe de Fondo n° 18/12.

⁴ Ante la falta de respuesta del juzgado a cargo, las autoridades me solicitaron llevar a cabo una tarea de colaboración a fin de que la “justicia blanca” prosiga con la investigación. Varios colegas se refieren a esta específica tarea del antropólogo como: “antropología colaborativa”, “etnografía en colaboración”, “antropología comprometida”, “antropología por demanda”. Ver, respectivamente, Rappaport, Joanne, “Más allá de la escritura: la epistemología de la etnografía en colaboración”, *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 43, 2007, p. 107-220; Rappaport, Joanne & Ramos Pacho, Abelardo, “Una historia colaborativa: retos para el diálogo indígena académico”, *Historia Crítica*, Bogotá, n°29, 2005, p. 39-62; Hale, Charles, “Activist Research V. Cultural Critique: Indigenous Land Rights and the Contradictions of Politically Engaged Anthropology”, *Cultural Anthropology*, vol. 21, n° 1, 2006, p. 96-120; y Segato, Rita, “Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico decolonial: antropología por demanda: hacia un pensar interpelado y disponible”, en Segato, Rita, *La crítica de la colonialidad en siete ensayos*, Prometeo, Buenos Aires, 2013, p. 67-90. Esta perspectiva de trabajo etnográfico es la que he adoptado en mis tres siguientes trabajos: Carrasco, Morita, “Cruce de fronteras entre antropología y derecho”, Diplomado *Derechos indígenas, medioambiente y procesos de diálogo en el marco de la consulta del convenio 169*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento Ciencias del Derecho, Programa Estudios Antropología Jurídica e interculturalidad Santiago de Chile, 2013a, p. 283-309; “Derecho penal y comunidades indígenas: reflexiones interculturales en un caso de homicidio”, *Horizontes y convergencias. Lecturas históricas y antropológicas sobre el derecho. Investigaciones en Antropología Jurídica*, publicación de investigaciones científicas de actualización continua disponible en www.horizontesyconvergencias.com.ar, Córdoba, 2013b; y “Aportes para la intervención de acusadores indígenas en la justicia penal, desde un enfoque interdisciplinario e intercultural”, *Actas de las VII Jornadas de Etnografía y Métodos Cualitativos*, Buenos Aires, Instituto de Desarrollo Económico y social, Centro de Antropología Social, 2013c, p. 45-63.

Wichí es acusado de abusar sexualmente de una mujer y, sin causa judicial que lo ordene, permanece encarcelado, privado de su libertad, durante siete años y diecinueve días⁵; 2) en 2010, un niño de cinco años del pueblo *Mbya-guaraní* aparece muerto; la investigación judicial para esclarecer autor y circunstancias de esa muerte se abandona a los pocos meses⁶.

1. Julián y Melisa, 2008⁷

Julián formó pareja con Melisa, como segunda esposa, mientras convivía con Teresa, su primera esposa y madre de Melisa. Teresa concibió a Melisa junto a otro hombre, es decir, Melisa no era hija de Julián.

Entre los *wichí*, no es extraño el matrimonio de un hombre con dos mujeres, aunque en tiempos posteriores a la evangelización estas convivencias se hicieron menos frecuentes. Algunos *wichí*, con los cuales conversé sobre el tema, me dijeron que solo los más fuertes podían tener dos esposas: había que ser buen cazador-pescador; para sostener a las dos familias, debían producir el doble. Por lo tanto, es posible colegir, que se trataba de hombres valorados por sus condiciones personales. En mis estadías de campo (desde 1989) conocí varios casos de matrimonios dobles; pero esas familias dobles no eran tan visibles como las que me relataban mis entrevistados cuando hablaban del pasado. Aunque son conocidas por todos, y si bien todos conocen a los hijos de una y otra esposa, parecen mantener cierta discreción. En voz baja, las mujeres me decían que sus maridos tenían otra familia; que ellos se alejaban un día para estar con la segunda esposa y para llevarle recursos a esa otra familia. Pese a que, sin duda, las esposas competían entre sí, no existían manifestaciones evidentes de enojo, rencor o envidia. Podría decirse que en la medida que ambas esposas y familias recibieran lo que necesitaban no había conflicto en la comunidad.

Sin embargo, Julián fue apresado debido a ese comportamiento. Melisa tenía doce años cuando “buscó a Julián, porque le gustaba; quería ser su esposa”⁸ y estaba habilitada para eso porque entre los *wichí*, las edades no se computan numéricamente sino en términos de clases de edad. Melisa, después de su menstruación, no era ya *nájwaj* (criatura) sino *atsihná zlutsa* (mujer

⁵ El pueblo *Wichí*, ocupa vastas extensiones de tierra en tres provincias argentinas: Salta, Chaco, Formosa, y en Bolivia donde se lo nombra *webnayeke*. Es una sociedad de cazadores-recolectores-pescadores.

⁶ El pueblo *Mbya-guaraní* ocupa vastas extensiones en cuatro países de la región: Argentina (Provincia de Misiones), Bolivia, Brasil y Paraguay.

⁷ Carrasco, Morita & García Rey, Paola, “Igualdad y diferencia: violencia judicial en un caso de abuso sexual”, ponencia inédita presentada en el IX Congreso Argentino de Antropología Social “Fronteras de la antropología”, Posadas, Misiones, 2008.

⁸ Extracto del expediente judicial n° 60393/05 “Abuso sexual calificado”, Juzgado de Instrucción de Tartagal, Salta. Omito deliberadamente otro dato para preservar la intimidad de las personas.

adolescente), reconocida por los demás como *neche ta talak* (recién adulta)⁹. Por tanto podía casarse y tener hijos, formar su familia. Lo mismo que ocurría entonces sucede hoy. Esto es, mientras la relación del hombre con sus dos esposas no provoque peleas domésticas, no existe reproche de su comunidad; sin embargo, a menudo se producen riñas entre mujeres que se disputan un hombre; momentáneamente la tranquilidad de la vida comunitaria se rompe hasta que se pongan en juego mecanismos de reparación. Según me ha sido relatado en varias oportunidades, la mayoría de estos conflictos se puede solucionar mediante resarcimiento económico o con la mudanza de una de las familias a otra comunidad. En una oportunidad fui testigo del asentamiento de la segunda familia en un área próxima a la casa donde vivía el hombre con su primera esposa y los hijos de ambos. Un detalle que es preciso resaltar es que en el caso de que una de las dos esposas no sienta que recibe todos los recursos que precisa, puede pedir resarcimiento al marido e insistir hasta conseguir lo que desea.

Julián ingresó al presidio del sistema judicial acusado de “abuso sexual con acceso carnal calificado”. Cuando Melisa dejó de asistir a la escuela por el estado avanzado de su embarazo, sintiéndose agraviada en su condición de mujer adulta, la directora de la escuela condujo a la madre de Melisa a la fiscalía para inculpar a Julián; pero su firma no consta en el escrito. Allí Teresa dijo que sabía de las relaciones que mantenían ambos, pero Melisa ya había tenido su menstruación y podía casarse. Dijo también que estaba molesta y que la pareja, el hijo de Melisa y los otros hijos de Teresa, vivían todos juntos en la misma casa. Julián fue detenido en su casa y trasladado a la sede de la policía local.

Recién un mes después de su detención, Julián fue interrogado por el juez de instrucción. La autoridad comunitaria testimonia que “no sabe por qué pasó todo esto (la detención de Julián), que no sabe por qué la directora [de la escuela] se metió en esto”¹⁰. Melisa, citada por el juez a declarar, testimonia que se habían puesto de acuerdo con Julián para tener relaciones y que él ya era su marido porque ella tenía un hijo de él. No habiendo sido citada la comunidad para dar su testimonio, un grupo de jefes de las comunidades de la zona, entre los cuales se encontraba el de la comunidad de Julián y Melisa, se presentó ante el Ministerio Público Fiscal, solicitando ser escuchado¹¹. Las autoridades indígenas pidieron que se liberara a Julián porque consideraban que no había habido delito. Durante la instrucción se

⁹ Sobre el pueblo *Wichí* ver Palmer, John, *La buena voluntad wichí: una espiritualidad indígena*, Grupo de Trabajo Ruta 81, Buenos Aires, 2005.

¹⁰ Extracto del Expediente judicial n° 60393/05 “Abuso sexual calificado”, Juzgado de Instrucción de Tartagal, Salta. Omito deliberadamente otro dato para preservar la intimidad de las personas.

¹¹ Argentina reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas; lo cual implica reconocimiento de las autoridades propias, su calidad de representante de sus pueblos y su derecho a la personería jurídica comunitaria, que se debe registrar legalmente ante el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas o en los institutos provinciales. Constitución Nacional argentina, Artículo 75, inciso 17.

presentaron informes periciales ambientales, psicológicos y antropológicos; se realizaron inspecciones oculares y visitas de trabajadoras sociales a la comunidad.

Ninguna de las actuaciones de la defensa privada de Julián prosperó y se lo mantuvo detenido en un penal, lejos de su comunidad, como ya se dijo, durante siete años y 19 días¹². Sólo en 2013 se resolvió la elevación de la causa a juicio. Melisa, Teresa y otros acompañaron a Julián en esta instancia, pero los jueces no se presentaron. En 2016 finalmente se llevó a cabo la audiencia, y Julián resultó condenado a cumplir prisión efectiva durante ocho años. En la segunda parte de este artículo, realizo el análisis del procedimiento.

2. Ariel y Emerson, 2010¹³

Ariel y Emerson eran dos niños *mbya-guaraní* de cinco y trece años respectivamente. Una tarde del mes de marzo de 2010, en la que habían estado jugando juntos, Ariel no regresó a la casa. Sus padres no se preocuparon porque cuando se hace de noche es preferible que los niños duerman en casa de algún pariente y no anden solos. Pero no llegó al día siguiente, por lo que comenzaron a buscarlo. A la tarde, en un monte cercano, encontraron su cuerpo sin vida. Había sido decapitado, desmembrado, eviscerado.

Los familiares avisaron a la policía. Criminalística comenzó con la investigación: se tomaron fotos, testimonios, pruebas, se hicieron dos allanamientos en una finca lindera. Todos los testimonios fueron tomados en la sede policial y un funcionario del Juzgado de Instrucción levantó en la aldea otros testimonios, interrogando a algunos de sus miembros. Un peón del dueño del lote vecino fue imputado y detenido, acusado de abuso sexual con acceso carnal y homicidio. Al mes y medio se dictó la falta de mérito y el sobreseimiento, por no encontrarse elemento alguno que permitiera sostener su imputación y detención.

¹² Técnicamente, la prisión preventiva, en tanto restringe un bien jurídico fundamental como la libertad individual, tiene un carácter excepcional, subsidiario, provisional. Más aún si se considera que aquella persona detenida preventivamente es inocente, pues aún no ha sido demostrada su culpabilidad. Debido a ello, la prisión preventiva puede aplicarse únicamente cuando existe duda, por parte del juez, de que la persona eludirá la acción de la justicia (se escapará) o cuando, estando en libertad, pudiere entorpecer el desarrollo de las investigaciones la causa penal, por ejemplo destruyendo pruebas. Por el contrario, subvertir su carácter excepcional equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho, universalmente reconocidos.

¹³ Mayor información en Carrasco, Morita, “Derecho penal y comunidades indígenas, Op. Cit.; Carrasco, M., “Tragedia de una doble (in)justicia. Procedimientos judiciales y comunidades indígenas”, ponencia inédita presentada en el IX Congreso Internacional de la Red de Antropología Jurídica, Grupo de Trabajo “Derecho penal, pueblos indígenas y nuevas formas de interacción”, Pirenópolis, Goiás, Brasil, 2015; Carrasco, M. & López Bouscayrol, Milena, “Comunidades indígenas y procedimientos judiciales. Una propuesta de trabajo intercultural a propósito de un caso de homicidio”, en Carrasco, M. & Lombraña, A. & Ojeda, N. & Ramírez, S. (coords.), *II Jornadas de Debate y actualización en temas de Antropología Jurídica. Diálogos entre antropología y derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 2015, p. 61-77.

Al ser interrogado por la policía, Emerson contó que Ariel corría detrás de él cuando iba a casa de Pedro, pero que después no volvió a verlo; entonces volvió a su casa y no supo más nada de él. El día que Ariel desapareció, Josefa, madre de Emerson, se encontró con Alicia, madre de Ariel, y le contó que iba a la salita a buscar un remedio porque Emerson había llegado a la casa con la cara enrojecida, como si lo hubiera picado la ortiga. La comunidad entró en pánico; dijeron que no existía en la memoria de los *mbya* referencia alguna a casos de asesinatos de niños. Alicia se sentía, angustiada, amenazada.

Américo, el jefe político de la aldea, solicitó custodia policial y protección para su gente. No obstante, a media tarde, la gente se movilizaba para organizar la vigilancia interna: buscaban protegerse y permanecer alertas, por temor de lo que pudiera llegar desde afuera. Por escrito, en el mes de abril, Américo dirigió una petición al comisario para que la investigación no se detuviera; en ella le sugirió que se tomara una nueva declaración a Emerson, “porque él sabe”.

Colectivamente, en agosto, las autoridades del pueblo *mbya-guaraní*, reunidas en su *aty ñeychyró* (asamblea de jefes), le comunican al comisario que estaban de acuerdo en que fueran investigados e interrogados, respecto del homicidio de Ariel, el niño Emerson y su hermana. En diciembre, Américo fue citado por un grupo de jefes de algunas comunidades vecinas para que se presentara a declarar en la investigación que internamente ellos estaban haciendo. En sus palabras, Américo me comentó que cuando se presentaban casos en los que ellos podían intervenir con sus propias leyes, así lo hacían; pero cuando debía “intervenir la justicia nosotros dejamos que ellos intervengan”. Los jefes vecinos realizaron tres asambleas, pero no obtuvieron resultado alguno. La última se realizó en febrero de 2011.

En 2012, a favor de la demanda de la comunidad y de la asamblea de jefes para que la investigación no se detuviera, se elaboró un *amicus curiae* para que la comunidad fuese considerada como querellante legítima en la causa judicial. En 2013 se presentó un escrito para que se llamase a declarar, en sede judicial, a tres personas que podían brindar datos útiles, y para que se retomara así la investigación. En junio de 2014 se aceptó esa petición. En julio, cuatro personas solicitaron, ante la secretaría del juzgado, que se llamase a indagatoria a Emerson. En abril de 2016 se libró el oficio a la comisaría para que lo citaran. Pero Emerson no pudo asistir: en mayo de 2014 su cuerpo apareció sin vida, en un sendero cercano a la aldea donde residía junto a su familia desde el año 2010.

A continuación reseñaré dos casos de fines del siglo XIX ocurridos, con quince años de distancia, en el Chaco y en Formosa.

3. En el territorio nacional de Chaco, 1885¹⁴

En 1885, Julio Gelabert estaba en el monte cortando Palmera Pindó cuando apareció Teresa, su concubina. Ella tenía un cuchillo en su mano y le preguntó por qué no la quería más. Gelabert le respondió que no la quería más porque ella lo había enfermado de “mal venéreo”. Gelabert dice que, como respuesta a esa explicación, Teresa le tiró una puñalada al corazón, la que sólo le agujereó la camisa porque, con una maniobra, él pudo evitar que ella le clavara el cuchillo en el pecho. Ahí comenzó la lucha: Gelabert le quitó el cuchillo y lo arrojó al monte. Él estaba enfurecido. Agarró un palo y con él dio un golpe en la cabeza a Teresa, quien cayó muerta. Gelabert tuvo miedo de que sus compañeros “de toltería” quisieran vengarse de esa muerte y huyó. A pesar de que Gelabert alegó que la había matado para defender su propia vida, fue imputado por el homicidio de Teresa y fue condenado como culpable en 1887¹⁵. El juez letrado de Chaco mencionó las dificultades habidas para probar el hecho, puesto que no existían testigos, sólo se contó con el relato de Gelabert. Ello motivó que no se pudiera investigar

“con mayor éxito la naturaleza del hecho; tampoco había sido posible trasladarse al lugar; o requerir la comparecencia de testigos, (...) y los escasos elementos con que cuenta la justicia son otros tantos entorpecimientos para llegar a la constatación del hecho y de las circunstancias que determinan su naturaleza”.

Gelabert fue condenado a tres años de prisión.

4. En el territorio nacional de Formosa, 1899

En 1899, José Podestá, un actor uruguayo, recibió la invitación de empresarios españoles para realizar varias presentaciones teatrales de la obra Juan Moreira, en España, “agregando

¹⁴ La reconstrucción de los casos 3 y 4 se realizó a partir de información secundaria. Cesano, José Daniel, *Imaginario antropológico. Discurso judicial y cuestión indígena (Argentina 1887-1969)*, Brujas, Córdoba, 2010, p. 23; Levaggi, Abelardo, “La protección de los naturales por el Estado argentino (1810-1950): El problema de la capacidad”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 456, Universidad de Chile, 1990, disponible en <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/24096>; Martínez, Alejandro, *Imágenes fotográficas sobre pueblos indígenas. Un enfoque antropológico*, Tesis Doctoral, Universidad Nacional de La Plata, 2011, inédita; Pestalardo, Alberto, “La condición jurídica de los indígenas en la Argentina a fines del s. XIX y comienzos del XX, vista a la luz de un caso jurisprudencial”, *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, n° 41/42, 2006, p. 213-245, disponible en http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/la_cond_juri_d_los_indigenas.pdf, consignándose los nombres reales de los involucrados. Esta información fue luego contrastada con la lectura de los fallos de la Suprema Corte, citados por los autores mencionados. Los casos 1 y 2 se basan en información de primera mano relevados por la autora en varios trabajos de campo. Asimismo, y contrariamente a lo realizado en los casos 3 y 4, en los casos 1 y 2 se emplean nombres ficticios para preservar la intimidad de los afectados.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia (CSJ), Tomo (To) 032, 1887/88, causa CXXIV, p. 208-211. Consultado el 1º de junio de 2016, disponible en <http://sj.csjn.gov.ar/sj/>.

un grupo de indios auténticos que exhibieran sus costumbres”¹⁶. Adicionalmente, se mencionó que podrían exhibirse en la Exposición Internacional de París de 1900.

En el territorio nacional de Formosa, Podestá se trasladó hasta un ingenio y allí reunió un grupo de veinticuatro personas indígenas¹⁷ (la mayoría mujeres y niños pequeños) que fue llevado a Buenos Aires. El contrato de locación de servicios fue rubricado por el funcionario estatal Defensor de Pobres, Menores e Incapaces, a cuyo cargo estaban los indígenas en los territorios nacionales. Ya en Buenos Aires, ante el clamor de la opinión pública, indignada por la situación, el Ministro de Justicia e Instrucción Pública decidió que los indígenas fueran alojados en el asilo correccional El Buen Pastor¹⁸.

Frente a esta medida, y en defensa de sus intereses personales, Podestá presentó ante la justicia un recurso de *habeas corpus* argumentando que, de manera indebida, ella privaba a los indígenas de su libertad. El Juez acogió el recurso porque, en su criterio, la intervención del Gobierno Nacional constituía una restricción a la libertad personal de las personas indígenas. El fallo fue apelado; el Procurador Nacional se manifestó en contra de lo resuelto por el Juez, por cuanto, en su opinión, al disponer el alojamiento y subsistencia de los indígenas, el gobierno había actuado conforme a las leyes, adoptado las medidas correctas en beneficio de la protección de las mismas y su representación legal en los actos y contratos. La Corte Suprema falló en contra del recurso presentado por Podestá. En su opinión, esas personas no habían sido privadas de su libertad (como sostenía Podestá), pues no estaban detenidas, sino que habían sido alojadas en una institución estatal con el objetivo de darles protección, de acuerdo con la ley, y de proveer a su manutención. Incluso, esta actuación del Ministerio de Justicia, por el contrario a lo alegado por Podestá, ponía a esas personas en situación de “hacer manifestación de voluntad con entera libertad respecto a su presente y futuro por sí mismas, o a través de sus representantes”.

Según el diario *La Nación*, las mujeres indígenas –las personas objeto de esta controversia judicial y política–, dijeron que habían sido embarcadas con engaño y en ausencia de sus esposos y padres; el periódico subrayó que ninguna manifestó el deseo de separarse de ellos y que se lamentaban por estar lejos de sus maridos. Días después, volvieron al ingenio¹⁹.

5. Viñetas para un análisis de los casos

Como explicité en la introducción, para realizar este análisis yo parto desde del presente. No es la representación de los indígenas lo que motiva este artículo, tampoco la preocupación por discernir cómo el Estado argentino reconocía en las etapas tempranas de

¹⁶ Martínez, A., *Imágenes fotográficas*, Op. Cit., p. 131.

¹⁷ También conocidos como *Takshik* (“orejudos”) o como *Pilagá*.

¹⁸ En la institución fueron alojadas 14 mujeres con sus niños.

¹⁹ Levaggi, A., “La protección”, Op. Cit., p. 458.

la conformación de la nación la capacidad jurídica del sujeto indígena. Me importa indagar cuál es el tratamiento jurídico-penal que se aplica en la actualidad a los pueblos indígenas, desde que fueran reconocidos como sociedades anteriores a la conformación del estado-nación, en una declaración enunciada como reconocimiento legal de su preexistencia étnica y cultural²⁰. Intento explicar por qué, pese al cambio de paradigma²¹, se sigue tratando a los indígenas como si fueran sociedades desaparecidas, que prevalecen como “restos” de aquellas conocidas en el siglo XIX, distanciadas hoy, temporal y culturalmente, de la sociedad nacional.

Existen valiosas explicaciones de especialistas en derecho²², de las cuales me distancio, adoptando para ello una perspectiva antropológica. Mi lectura etnográfica de las numerosas situaciones que he encontrado en mis estadías de campo en comunidades indígenas, por una parte; mi involucramiento en algunas causas judiciales –dos de las cuales se describen en este artículo–, por otra; así como la lectura de la información secundaria incluida aquí, me permiten postular que, en el tratamiento jurídico penal argentino, existen lo que llamo “vicios sostenidos por incompreensión cultural del otro”.

Lo demostraré a continuación analizando comparativamente el material disponible para los cuatro casos, siguiendo el orden numérico del 1 a 4, material que comprende fallos, expedientes, informes periciales y entrevistas²³.

²⁰ CN, artículo 75, inciso 17. Corresponde al Congreso: “Reconocer la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargo. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”. Desde 2001 está vigente en el país el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, según la ley n° 24.071, y desde 2007 se ha adoptado la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

²¹ Me refiero aquí al hecho que el reconocimiento constitucional a la pre-existencia étnica y cultural implica el reconocimiento de que los pueblos indígenas poseen instituciones sociales-políticas-religiosas, que aún con las transformaciones acaecidas por efectos del proceso de incorporación a los estados nacionales, continúan vigentes. Y así también lo ratifican el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Más información en Altabe, Ricardo & Braunstein, José & González, Jorge, “Derechos Indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”, *Revista El Derecho*, Buenos Aires, n° 8858, 1995, p. 1-17.

²² Ver Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, *Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas*, Buenos Aires, 2010.

²³ La incorporación en este artículo del caso del homicidio en el territorio de Chaco es una elección deliberada. Si bien no permite un análisis en detalle, es el más claro ejemplo, interesante porque permite contrastar con los otros, ya que da cuenta que el sujeto indígena es, contrariamente a lo que se sostiene en los otros casos, un agente consciente de sus actos y su responsabilidad, a pesar de que ello lo perjudique.

5.1 El primer caso

Julián fue detenido y permaneció siete años y diecinueve días en una unidad penitenciaria a 158 kilómetros de su comunidad. Doce años después del hecho por el que fue imputado, se llegó a la audiencia de debate. En la sentencia, que lo condenó a ocho años de prisión efectiva y a pagar las costas, se registran las declaraciones de los testigos²⁴. Expondré aquí algunos extractos, y comenzaré con uno que comparten Teresa, madre de Melisa y primera esposa de Julián; el propio Julián; y el Jefe Político:

“es costumbre de la comunidad lo sucedido: una vez que la mujer tiene la primer menstruación puede tener relaciones sexuales y tener hijos (...) siempre que la mujer tiene la primer menstruación y tiene la edad de 12 o 13 años busca al hombre; la mujer misma elige la pareja o sino el padre”.

El Jefe Político indicó además: “es costumbre en [su] comunidad que un hombre viva en pareja con la madre e hija, son pocos los casos (...) la comunidad también lo sabía. Que Julián convivía con Melisa y su madre porque esto es costumbre de los pueblos originarios”.

La madre de Melisa señaló que “cuando se enteró del embarazo de Melisa no se enojó porque es costumbre en la comunidad de tener dos mujeres, madre e hija, el padre de Melisa sabía, no dijo nada, no se opuso (...) Melisa era grande”. Por su parte, Melisa explicó que “dormía con Julián porque lo quería, son acusaciones falsas lo que se dice de Julián (...) antes que fueran al hospital ya sabía su madre, no estaba enojada, no se separó de Julián”. Y éste declaró que “se enamoró de Melisa, la quería: ella le decía que era adulta (...) el trámite del documento de identidad lo llevó a estar detenido por la edad que figuraba en el documento”²⁵.

La Directora de Escuela relató sus propios pasos:

“que habló con IC porque decían que [ella] se había entrometido en sus costumbres (...) habló con ellos [los caciques²⁶] para explicarles que era un delito lo que había cometido Julián (...) que [ella] fue a la Fiscalía a realizar la denuncia porque consideró que sería más rápido que en la policía”.

²⁴ Sigo aquí el orden en que aparecen los datos consignados en la sentencia, según los ejes que elijo para el análisis: costumbre, cultura, agencia indígena. Deliberadamente omito información que pudiera afectar la intimidad de las personas afectadas.

²⁵ Melisa no poseía documento nacional de identidad. Cuando ya era grandecita, aprovechando una ley de amnistía, la madre gestionó su inscripción. La edad de la niña fue calculada “a ojo”. En relación con la apariencia de su madre, quien parecía tener veintiún años, se estimó que Melisa debía tener nueve años y así se consignó en el Documento Nacional de Identidad como ciudadana argentina.

²⁶ Un grupo de caciques zonales se acercó al Juzgado para manifestar su opinión como autoridades de las comunidades, pero no fueron escuchados.

La Fiscalía, ante la situación, alegó lo siguiente:

“Argumentaron sus costumbres, dijeron no hablar castellano y pidieron traductor pero las asistentes sociales, la psicóloga y la directora dijeron que hablaban castellano (...) la psicóloga dijo que el acusado tiende a fabular, que no quiso someterse a los test y que realizó la entrevista en castellano. (...) si para ellos (Melisa y Julián) era normal [la relación] según sus costumbres por qué lo ocultaron e incluso la madre mostró su enojo y se fue de la comunidad unos días”²⁷.

El Informe pericial psicológico-psiquiátrico-antropológico indicó, respecto de ellos:

“los *wichí*, al igual que otros grupos étnicos, se encuentran en un proceso acelerado de cambio cultural a causa de la imposición sistemática de la cultura mayoritaria (...) comienza a darse una ruptura del *ethos* tribal y desde luego una progresiva alteración de las normas (...) llevarían a la desestructuración familiar”.

Por último, la mirada del juez sobre el caso se reconstruye a partir de los siguientes extractos:

“resulta que el hecho traído a juicio no responde ni armoniza con ninguna de las pautas de la cultura *wichí*. Mereciendo los argumentos introducidos en la presente causa tendientes a desvirtuar el hecho ilícito de mención por una cuestión cultural, un total y absoluto rechazo. (...) para algunas cuestiones de conveniencia (materiales o económicas) todos somos iguales y para otras marcar diferencias no corresponde de ningún modo (...) Julián cursó hasta el tercer grado del nivel primario y desde hacía tres años era beneficiario del Plan Jefes del Hogar lo que evidencia el contacto con las instituciones del país. Más aún cuando la cuestión cultural tiende a desaparecer por el efecto mismo de la globalización (...) Con esta aseveración [que la madre de Melisa se fue porque no le gustó la situación] deja sentado que no se trataba de una cuestión cultural ancestral o por lo menos [la madre de Melisa] no tenía conocimiento de esta costumbre (...) Julián en ningún momento niega haber tenido acceso carnal con Melisa, sólo que se excusa de responder penalmente alegando la cuestión cultural de su comunidad en donde esta práctica estaría permitida por cuanto sería una costumbre ancestral (...) quedó demostrado el ataque a la libertad sexual de la víctima, es decir a su derecho a mantener un trato sexual normal, libre de desviaciones. (...) el peritaje psiquiátrico-psicológico (...) según lo informó [la psicóloga] Julián no quiso someterse a la batería de tests, según sus propias palabras, no quería que luego lo tomen por loco (...) El consentimiento de la víctima importará una causa de justificación siempre que no choque con una prohibición legal o contra las buenas costumbres (...) el delito se cometió en forma dolosa [contra] Melisa quien es su hijastra pero igualmente la podía tomar conforme la costumbre de su comunidad originaria”.

²⁷ Siguiendo una de las reglas de su cultura, la señora viajó para entrevistarse con unos familiares a fin de recibir de ellos un consejo sobre la situación que estaba viviendo. Al cabo de dos días regresó.

5.2 El segundo caso

Ariel y Emerson pasaron la tarde jugando, pero Ariel no volvió a su casa esa noche. Como se dijo, al otro día encontraron su cuerpo sin cabeza ni miembros. La brigada de criminalística de la policía local sostuvo que la zona había sido completamente alterada y era muy difícil recoger evidencias útiles; por lo tanto, no se buscó preservarla. Las primeras actuaciones judiciales datan del 17 de marzo de 2010, siete días después al hallazgo del cuerpo. El expediente de la causa consta de dos cuerpos, con actuaciones que van desde el 11 de marzo de 2010, cuando se inicia la investigación policial, hasta el 6 de enero de 2011, cuando se concluye la investigación judicial. Sin avances ni resultados, la causa permaneció estancada hasta 2016.

De la lectura del expediente surgen testimonios, los que confrontaré con información relevada en entrevistas que realicé a miembros de la aldea, a operadores de justicia, a policías, al médico policial y al forense.

La prensa también se ocupó del hecho. Un diario local publicó, el 11 de marzo: “apenas encontraron el cuerpo se manejaban dos hipótesis sobre la muerte, la médica que lo examinó confirmó que fue asesinado (...) con un objeto cortante, probablemente un machete (...) descartó totalmente que el niño habría sido atacado por un animal salvaje”²⁸. Más tarde, el 21 de marzo, el mismo periódico indicó:

“Los integrantes de la comunidad aborígen manifestaron que conviven con miedo y pánico. Pidieron ayuda psicológica y un grupo interdisciplinario los visitó (...) el acompañamiento estuvo compuesto por profesionales del Centro de Día (...) además del subsecretario de Prevención de Adicciones y Control de Drogas (sic)”.

Tres días después, dicho periódico publicó la declaración siguiente:

“Marzo 24, 2010 – Agradecemos difusión: Acta: En la comunidad Santa Marta convocados por el cacique se reúnen los caciques y representantes de (se nombran las comunidades). (...) queremos decir que sentimos mucha tristeza y dolor por el crimen del niño (...) mucho se conversó durante todo el día y después de escucharnos atentamente unos a otros decidimos primero enviarle al Juez que está encargado de esta causa una nota pidiéndole que no suspenda la investigación, que ponga todas sus fuerzas y que siga hasta encontrar al verdadero culpable. En segundo lugar hacerles saber a todos los organismos provinciales y nacionales que esperamos de ellos que colaboren para que la justicia no detenga su labor hasta que podamos saber quién es el responsable de esta muerte injusta y sea condenado para poder sentirnos en paz (...) A la prensa queremos agradecerles por haber sabido

²⁸ Remito a la información periodística consultable sobre este caso, disponible en <http://www.informatedigital.com.ar/ampliar3.php?id=36052&PHPSESSID=96208766fac1d1a4f620f6b1f5878e7a>, consultado el 15 de junio de 2016.

comprender el duro momento por el que pasamos aceptando nuestro silencio. Ahora les pedimos que acompañen la investigación haciendo conocer todo lo que sufren en este momento no solo los padres y la familia del niño tan cruelmente asesinado sino también toda la comunidad Santa Marta como el resto de las comunidades de la provincia”²⁹.

Por su parte, el Jefe de la Aldea explica:

“en enero se paró [la investigación judicial] porque no había más cosas para investigar, pero en realidad no es que no había más cosas para investigar sino que cosas que se podían investigar no se investigaron, es un error desde el 5 de enero del 2011 no hay más (...) justo [en] aquel tiempo, yo no podía ni levantarme ni hablar entonces por eso (...) dije yo solamente [pido] justicia a los blancos (...) nosotros también tuvimos un poco de error; capaz por el susto [cuando pasó eso] no sabemos cómo actuar, (...) cómo es para (...) para volver a hacer investigar a los jueces ¿cómo tenemos que hacer? (...) qué piensan los jueces (...) ellos van por plata”.

Interrogado, el padre de Ariel dijo:

“yo soy aborígen. Es en serio lo que dijo mi hermano porque hoy en día se mueven por la plata, nadie se mueve gratis. Entonces, eso es lo que dijo mi hermano. Si va a quedar así nomás (sic) o se va a seguir la investigación. (...) estamos sufriendo y mi hermano también [estaba] medio triste ya, no sabemos más qué vamos a hacer, entonces mi hermano calculó y pidió plata prestado y me mandó [a] un médico [medium] (...) fui allá y pregunté, le dije todo lo que pasó (...), contestó y me dejó un tiempo, una semana de tiempo, dijo, para estudiar, él dijo, después fui otra vez de vuelta, entonces me dijo, (...) los jueces no saben porque nadie contó esas cosas porque por eso seguramente (...) así (...) una lástima pero seguramente falta algo (...), queríamos contar todas [las] cosas que sabemos nosotros, que calculamos nosotros con mi señora como le dije hoy, [pero] no sabía nomás (sic) dónde tengo que ir, qué parte de la comisaría dónde [en] qué parte, eso [era] lo que falta[ba] (...) el testigo clave”.

Otro extracto del testimonio del Jefe de la Aldea:

“La justicia blanca [es lo] único [que] puede tener poder por esta causa, por ejemplo, porque nosotros no podemos hacer nada. Estamos en poder de justicia blanca nosotros (...) ahora [año 2012] estamos muy esperanzados también de que siga adelante, que se vuelva a investigar de vuelta, porque nosotros tampoco sabemos por qué paró la investigación. ¿Y cómo se puede hacer para conseguir un abogado, así (...)? ¿Hay abogados públicos o (...)?”

El Comisario indicó:

²⁹ Para conocer más sobre este caso se puede visitar el sitio web del periódico de noticias <http://argentina.indymedia.org/news/2010/03/725060.php>, consultado el 15 de junio de 2016.

“me tocó ser instructor de la causa judicial de la primera actuación porque es el juez el que dispone todas las medidas a tomar (...) nosotros seguimos tratando de buscar siempre algo, algo que nos dé a nosotros un hilo para investigar (...) no pudimos ganarnos la confianza de ellos, y eso que hice de todo, hasta mira, amanecí con ellos, caminé con ellos, anduve con ellos”.

El Médico Forense estableció:

“son personas incultas (...) ahora recién algunos tienen la escuela ahí al lado (...) la cultura está bastante (...) todavía los arraigos anteriores se mantiene (...) son muy parcos en hablar (...) no se entiende casi lo que ellos quieren comprender, a veces tienen su propio idioma, ¿no? muchas veces yo no los entiendo (...) pero ellos ya en la escuela les enseñan a hablar, (...) ellos tienen que dejar casi el *guaraní* (...) el interrogatorio que uno hace a los indígenas es muy [difícil] todos son muy parcos, no contestan al interrogatorio, es muy difícil tratar porque ellos se ponen en una (...), ‘sí’, ‘no’, ‘sí’, ‘no’ (...) es terrible tratarlos (...) ellos se sienten disminuidos³⁰, sí (...) usted habla con ellos ya se siente (...) ya uno ve la poca valoración que tiene como individuo (...) y las escuelas le está modificando a algunos, pero está el antiguo, el viejo antiguo, el cacique, todos los que les rodean, esos ya no (...) eso se mantiene (...) eso sí, se mantiene como cacique, y manda a la aldea, y a veces inclusive tienen varias mujeres”.

El Fiscal, entre otras cosas, señaló: “Si quieren venir acá a preguntar pueden venir, nosotros los tratamos bien, les damos de comer, lo que necesiten”. La médica policial señaló: “Lo que más me sorprendió cuando llegué es que la madre, y nadie de la familia mostraba angustia, era como si no hubiera pasado nada; como si no tuvieran sentimientos”. El Secretario del Juzgado testimonió desde su quehacer: “Pero no hablan, uno les pregunta y miran para abajo”. El Médico Forense, más adelante, ahonda: “yo digo que dentro de ellos podría ser el individuo, uno de la aldea que realizó eso [el homicidio] (...) pero como son [ellos]”.

Por último, el Jefe de la Aldea declara:

“Un cacique no tiene que trabajar así directamente, de abajo tenemos que empezar para castigar a uno, con tranquilidad (...) de abajo por ejemplo (...) yo cacique tengo que venir acá y averiguando, preguntando acá, cómo fue el primero, cuándo existieron la comunidad, cómo empieza, de dónde tiene contacto, cómo está con los vecinos, con los colonos. Y bueno, eso es de abajo a empezar y después ya empezamos con el acusado, lo que estamos acusados. Y no directamente acá por arriba no más tapando todo como antibióticos, vos estás tapando antibióticos y tapándote, pero nunca se cura, se termina así nomás (sic) y empieza otra vez”.

³⁰ Goffman, Erving, *Estigma: la identidad deteriorada*, Amorrortu Editores, Buenos Aires / Madrid, 1era edición y 10a impresión, 2006, p. 11-56.

5.3 El tercer caso

El 1º de agosto de 1887, en Resistencia, el juez letrado resuelve el caso de “la muerte de la china Teresa”³¹, indígena, ocurrida en octubre de 1885, imputando y condenando a Julio Gelabert a tres años de prisión. En su sentencia el juez argumenta:

“que por la ignorancia de los indígenas, por su resistencia pocas veces superable, a manifestarse con espontaneidad ante las autoridades, que tienen un origen para ellos odioso, no ha sido posible investigar con mayor éxito la naturaleza del hecho. Luego, su ignorancia de nuestro idioma nacional, o su defectuosísima espresión [grafía original] y comprensión, (...) son otros tantos entorpecimientos para llegar a la constatación de un hecho y de las circunstancias que determinan su naturaleza”³².

El 7 de septiembre de 1887, el Procurador General pide a la Suprema Corte la confirmación de la sentencia “perfectamente fundada”³³ del Juez Letrado de Chaco. Acepta la confesión de Gelabert, en el aspecto de ser el autor del homicidio, pero no en el de haber actuado en legítima defensa:

“Es el furor de que estaba poseído, no la necesidad de evitar un peligro lo que le llevó a dar un golpe tan feroz que él mismo reconoce que no podía dejar de producir la muerte, por el peso del palo (...) si no lo dio con el hacha con que cortaba leña, lo que haría suponer el corte en el cráneo de la china a que se refiere uno de los testigos”.

5.4 El cuarto caso

Con la presentación de un recurso de *habeas corpus* promovido por el actor José Podestá, se inicia el debate sobre la libertad personal de los indígenas. ¿Comporta su alojamiento en El Buen Pastor una restricción a la misma? ¿O se trata de una momentánea reclusión forzosa, a efectos de averiguar si la intervención del Defensor de Menores e Incapaces, que firmó el contrato de locación de servicios, se realizó ajustado a la constitución y las leyes?

En su fallo, el Juez Federal sostiene que:

³¹ En los documentos, la víctima es mencionada solamente con su nombre, no se consigna su apellido. De esta manera de nombrar a las mujeres indígenas deriva el “chineo”, una práctica sexual aún vigente en Argentina de violencia sexual, en especial contra niñas indígenas por parte de hombres no indígenas. En 2003 se conoció el caso LNP por haber sido llevado a un organismo de protección internacional de derechos humanos. Para mayor información se puede consultar <http://www.cladem.org/campanas-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-nacionales/31-argentina/164-caso-lnp-discriminacion-por-genero-en-el-sistema-de-justicia>, consultado el 15 de junio de 2016.

³² CSJ, Fallos, To 032, 1887/88, p. 210.

³³ CSJ, Fallos, To 032, 1887/88, p. 211.

“dicho contrato ha sido de hecho ratificado por los indígenas cuyos servicios comprometía, al darles un principio de ejecución trasladándose a esta capital, importando este traslado una espontánea manifestación de voluntad, y el Ministerio de Justicia no ha podido legalmente y no obstante los humanitarios y levantados propósitos con que lo ha hecho, intervenir en la forma manifestada, deteniendo preventivamente a los indígenas, y suspendiendo, aunque sea por breve término los efectos del contrato celebrado”³⁴.

A continuación agrega:

“Que además los indígenas no se encuentran comprendidos en ninguno de los casos de incapacidad absoluta o relativa (...) gozando del derecho amplio de trabajar y ejercer toda industria lícita, permanecer, transitar y salir del territorio argentino (...) la disposición (...) decretada por el señor Ministro de Justicia e Instrucción Pública contra los referidos indígenas, no encuadra en sus atribuciones y facultades propias”³⁵.

El Procurador General, en su visita del 13 de septiembre de 1899, contrasta el “alojamiento” temporario de los indígenas con el amparo de la libertad para cualquier habitante de la república, manifestándose en contra de una restricción injustificada de la misma. Sin embargo, anota:

“¿quién podría suponer ni admitir que esa restricción se ha producido deliberadamente en perjuicio de los pobres indígenas menores e incapaces, cuya situación afecta la compasión unánime del pueblo y del gobierno, y en cuyo favor se han dictado las medidas de protección para su alojamiento y subsistencia, por carecer ellos personalmente de todo recurso propio, hasta de la conciencia de sus derechos y del idioma indispensable para aprenderlos y hacerlos valer?”³⁶.

Y cambiando el foco del problema, centrado en la libertad individual, coloca en el debate un nuevo elemento a ser considerado:

“La prensa de la capital ha denunciado un tráfico inmoral, una exportación de productos humanos indígenas de la Argentina con el propósito de exponer en el grandioso certamen de la civilización alcanzada en el universo entero al iniciar el siglo 2º, la enseña lastimosa de la miseria y de la barbarie de una tribu indígena, y esto cuando la nación Argentina no tendrá otra representación ante los millares de visitantes de la exposición universal, que aquellos desgraciados indígenas (...) Un eco de alarma ha resonado (...) y los poderes públicos han debido investigar, si aquellos míseros menores incapaces e inconscientes podrían ser extraídos del país sin su consentimiento ni conocimiento, como un producto natural cualquiera de las selvas argentinas. Y es este sentimiento de humanidad respecto de seres inconscientes que iban a arrebatarse a la jurisdicción del territorio y a la protección de

³⁴ CSJ, Fallos, To 81, 1899, p. 247.

³⁵ CSJ, Fallos, To 81, 1899, p. 248.

³⁶ CSJ, Fallos, To 81, 1899, p. 249.

sus jueces y autoridades (...) quiere evitar (...) que se arrastren a la exposición de 1900 los últimos restos de una tribu salvaje, para exhibir en vez de nuestra civilización progresiva, los últimos restos de la barbarie, que se clasifica de agresión opresiva de la libertad individual, para reclamar un veredicto de *habeas corpus*³⁷.

Continúa precisando:

“tratándose de menores o incapaces por su falta de inteligencia y medios de comprensión y de expresión de la voluntad, no ha debido prescindirse de los medios supletorios que establecen las leyes para la representación legal en los actos y contratos que puedan afectar su persona y bienes. (...) No hay presión ni arresto, ni se invoca mérito para ello. Sólo se requiere una revisión judicial del contrato celebrado (...) para llevar del país o sacar de la jurisdicción de sus autoridades [se refiere a las autoridades estatales] seres manifiestamente incapaces”³⁸.

Considerando lo anterior, deduce:

“Correspondía entonces, suspender la entrega al empresario [Podestá], de los incapaces contratados y mientras los jueces resuelven respecto del derecho invocado, darles alojamiento y alimentación como se ha hecho en la casa depositaria de los menores desamparados”³⁹.

Levaggi aporta otros datos relevantes. En primer término, el voto en disidencia de Octavio Bunge, según quién “los indígenas han manifestado su conformidad con el contrato pues en cumplimiento de una de sus cláusulas han consentido en trasladarse a esta ciudad, sin resistencia ni oposición de ningún género”⁴⁰. En segundo término, citando al diario *La Nación*, se refiere a las denuncias, recibidas por el Juez Letrado de Formosa, sobre violencias ejercidas contra las mujeres indígenas⁴¹. Según el diario, que oye denuncias anónimas, y según se expuso más arriba en los extractos seleccionados, ellas habían sido embarcadas con engaño y en ausencia de sus esposos y padres, y ninguna manifestó el deseo de separarse de ellos y se lamentaban de estar lejos⁴². Días después, “fueron restituidas al ingenio en el que trabajaban y del que habían sido sacadas”⁴³.

³⁷ CSJ, Fallos, To 81, 1899, p. 250.

³⁸ CSJ, Fallos, To 81, 1899, p. 251.

³⁹ CSJ, Fallos, To 81, 1899, p. 252.

⁴⁰ Levaggi, A., “La protección”, Op. Cit., p. 458.

⁴¹ Apartado “La contrata de indígenas”, 3-9-1899, en Levaggi, A., “La protección”, Op. Cit., p. 458.

⁴² Apartado “Los indígenas del empresario Podestá”, 26-9-1899, en Levaggi, A., “La protección”, Op. Cit., p. 458.

⁴³ Levaggi, A., “La protección”, Op. Cit., p. 458.

Llegados hasta aquí, me gustaría ahora llamar la atención sobre algunos puntos que considero relevantes para pensar los vicios sostenidos en el tratamiento jurídico penal de los indígenas⁴⁴.

En primer lugar el análisis comparativo hace palpable la presencia de dos colectivos sociales que se presentan distanciados uno de otro por barreras lingüísticas, siendo uno de ellos el que tiene la responsabilidad de ejercer la función de operador de la justicia. El idioma aparece, algunas veces como obstáculo para el establecimiento del vínculo, y otras veces como argumento que justifica la inacción. El silencio, la mirada baja, las respuestas monosilábicas son interpretadas por los operadores judiciales como indicios de ocultamiento deliberado (caso 2). En cambio, si el indígena habla para dar a conocer lo que sabe, su palabra es interpretada como mentira (caso 1). No saber cómo proceder ante el sistema judicial indica algún grado de deficiencia intelectual (caso 2). Su rusticidad y el atraso en que vive, debido a su incultura, le obstaculizan el conocimiento de los procedimientos legales y los recursos para acceder a la justicia (caso 2). Y sin embargo, sus voces denotan un hablante en control de lo que dice, que comprende el alcance de sus acciones aun cuando de ello pueda resultar su reprobación de parte del sistema de justicia (caso 1). Dirigir la propia vida conforme a su visión de mundo y actuar conforme a esos valores son “malas costumbres”, ofensivas para la moral; incluso “desviaciones” sociales (caso 1). Así, la costumbre —de ellos—, como la discapacidad, aparecen como nubes oscuras que impiden “ver” la realidad de las condiciones en que se desenvuelven sus vidas (casos 1 y 2). Aun cuando demuestren lo contrario⁴⁵, apresados por las tinieblas de la costumbre no tienen capacidad para tomar decisiones por sí mismos. No obstante, antes y ahora, los testimonios de la voz indígena recogidos por las fuentes secundarias de los casos 3 y 4 que aquí se presentan, por el material original, así como en las entrevistas realizadas en los casos 1 y 2, demuestran que, a pesar de las circunstancias dolorosas y atípicas en que se encuentran ante el sistema judicial, las personas tienen cabal conocimiento de las situaciones por las que atraviesan y, consiguientemente, expresan su punto de vista.

En segundo lugar, desarmar los casos buscando realizar una lectura etnográfica de los procedimientos, relevando las voces de todos los involucrados, permite advertir sobre el fracaso de esta forma de funcionamiento del sistema judicial, que he caracterizado como “vicios sostenidos del tratamiento jurídico-penal”, en casos indígenas fundados en la incompreensión cultural de la subjetividad del “otro”.

⁴⁴ Cesano demuestra lo que considera “continuidades” del saber jurídico en el tratamiento penal de los indígenas, fundado en una representación darwinista del sujeto. Cesano, J., *Imaginario antropológico*, Op. Cit., p. 73.

⁴⁵ Entre esas conductas contrarias, están exhibir formas propias de concebir el mundo y sus vidas en él, aunque no sean aceptadas; defenderlas aunque sean acusados; elegir: demandar, denunciar, no denunciar, y exigir justicia.

Una cadena de significados asociados⁴⁶, entre los cuáles se encuentran “ambiente semi-bárbaro”, “seres inconscientes”, “hábitos atávicos”, “mentalidad deficitaria”, “absoluta incultura”, son señalados por Cesano como sintagmas discursivos, que caracterizan las proyecciones imaginarias empleadas por los operadores jurídicos en las sentencias analizadas durante el período abarcado (desde fines del siglo XIX a mediados del siglo XX)⁴⁷. Comparto esta opinión, más aún cuando, como vemos en los casos 1 y 2 aquí presentados, estas asociaciones gravitan en la práctica jurídica del siglo XXI, que creíamos había inaugurado un paradigma distinto de reconocimiento de la diferencia indígena al interior del estado-nación⁴⁸. Este autor postula que el discurso jurídico sobre la cuestión indígena en tal período fue resultado de la “apropiación de representaciones o imaginarios pertenecientes a otros saberes (en especial el antropológico), y que su perdurabilidad se debió tanto al carácter tradicional de la disciplina jurídica (...) como a las contingencias propias del saber antropológico”⁴⁹.

Mi perspectiva se acerca más a lo postulado por Stuart Hall⁵⁰, quien sostiene que la subjetividad puede ser vista como efecto del poder del estado dentro de un proceso de producción de la unidad en la diferencia. Este efecto es resultado del ejercicio reiterado de un discurso, que interpela a los sujetos dentro de una cadena de significados asociados, como los aquí descritos. Retomando el concepto de interpelación, Hall sostiene que estamos llamados o convocados por las ideologías que reclutan como su sujeto esencial; es decir que estamos constituidos por el proceso inconsciente de la ideología en esa posición de reconocimiento o fijamiento entre nosotros mismos y la cadena significante, sin la cual ninguna significación de sentido ideológico sería posible. Para dar cuenta de este proceso, este autor analiza el término “negro” dentro de un campo semántico o formación ideológica particular; es decir dentro de su cadena de connotaciones. Una de estas es la cadena “negro perezoso”, “malicioso”, “astuto”, etcétera, que se deriva de la identificación de “negro” en un muy específico momento histórico: la esclavitud. De igual modo, Bonfil Batalla sostiene que la categoría de indio en América connota subordinación, y como

⁴⁶ Hall, Stuart, “Signification, Representation, Ideology: Althusser and the Post-Structuralist Debates”, *Critical Studies in Mass Communication*, vol. 2, n°2, 1985, p. 91-114.

⁴⁷ Cesano, J., *Imaginarios antropológicos*, Op. Cit., p. 73.

⁴⁸ Sobre el tema pueden consultarse, entre otros, Anaya, James, “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2006, p. 29-63; Briones, Claudia (ed.), *Cartografías argentinas. Políticas indigenistas y formaciones provinciales de alteridad*, Geaprona-Antropofagia, Buenos Aires, 2005; Briones, Claudia, *La alteridad del “Cuarto Mundo”. Una deconstrucción antropológica de la diferencia*, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 1998; Carrasco, Morita, *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. IWGIA-Vinciguerra, Buenos Aires, 2000; Clavero, Bartolomé, “Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas”, en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 313-339.

⁴⁹ Cesano, J., *Imaginarios antropológicos*, Op. Cit., p. 84.

⁵⁰ Hall, S., “Signification, Representation”, Op. Cit.

categorización social, alude a una relación de dominación colonial asociada a una cadena de significados tales como “vago”, “sucio”, “miserable”⁵¹.

No estoy diciendo algo muy novedoso al sostener que cuando esos significados son reiterados en los procedimientos judiciales no solo constituyen subjetividades, sino que los mismos se transforman en estigmas. Goffman aplica el término estigma (negativo) a una condición, atributo, rasgo o comportamiento que simbólicamente marcado hace al portador “culturalmente inaceptable” o inferior, con los consiguientes sentimientos de culpa y vergüenza⁵². Este autor distinguió entre tres tipos de estigma asociados con la abominación del cuerpo, manchas de carácter individual, y con la pertenencia a un grupo social despreciado. El elemento común entre estos tres tipos fue la noción de una identidad deteriorada y su gestión a través de posturas como el ocultamiento, el desafío o la ironía. Más adelante menciono el modo en que la interpelación dentro de la cadena de significados – asociados a la miseria, pobreza, indignidad indígena– genera sentimientos de culpa y vergüenza, que se advierten en los testimonios de los actores mismos.

Levaggi discute el alcance de la capacidad jurídica del indígena, a quien el legislador le reconoce su derecho de ciudadanía, en términos formales; pero, de hecho, debido a su “minoridad mental”, establece su incapacidad y le provee de una representación a través de la figura del Defensor de Pobres, Menores e Incapaces. Resulta curioso que la preocupación por la defensa y protección de los indígenas surgiera hacia fines del siglo XIX, cuando el estado en formación buscaba consolidar su dominio territorial al norte y sur del país, luego de las conquistas de la Patagonia y del Chaco. Porque en verdad, lo que importaba entonces era la posibilidad de “disponer” de los cuerpos indígenas para su incorporación al mercado laboral⁵³. El problema entonces que suscita el interés de Podestá, de trasladar al grupo de indígenas a París, se reduce entonces a cerciorarse si el Defensor había celebrado el contrato en representación de los “miseros menores, incapaces e inconscientes, sin su consentimiento ni conocimiento (...) por su falta de inteligencia y medios de comprensión”⁵⁴. Luego de su minucioso análisis del caso Podestá, Levaggi efectúa dos conclusiones que también suscribo y, sin más, me permito transcribir aquí:

⁵¹ Bonfil Batalla, Guillermo, “El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial”, *Anales de Antropología*, México, n° 9, 1972, p. 105-124.

⁵² Goffman, E., *Estigma*, Op. Cit., p. 11-56.

⁵³ El decreto presidencial de 1879 sostenía que corresponde al Defensor de Pobres a Incapaces velar por la “ventajosa colocación de aquellos que por su estado de ignorancia deben ser considerados como incapaces”. Otro decreto de 1899 resolvió que los defensores de menores de los territorios nacionales serían “los defensores y protectores de los indígenas en todo cuanto beneficie a éstos debiendo proveer por cuenta del Estado a su alimentación, vestido y colocación y ejercer respecto de ellos en todo lo demás su acción tutelar, mientras sea necesario”. Este decreto está transcrito por Levaggi, A., “La protección”, Op. Cit., p. 454 y 455.

⁵⁴ Procurador General de la Nación, en CSJ, Fallos, To 81, 1899, p. 249.

“la adopción del axioma de la igualdad significó que los factores culturales que hasta entonces habían tenido relevancia para producir consecuencias normativas diferentes, perdieran esa relevancia y, por lo tanto su virtud justificatoria de desigualdades sociales (...) [su] aplicación no consiguió ocultar las profundas diferencias culturales existentes entre los indígenas y los blancos y, por consiguiente la necesidad insoslayable de contemplar en la práctica jurídica esas desigualdades”⁵⁵.

Señala también Levaggi en su conclusión que:

“la doctrina dominada hasta comienzos del siglo XX por la autoridad del principio de igualdad ante la ley, se inclinó paulatinamente al principio de la singularidad cultural de los aborígenes y a la convicción de que el derecho no la podía ignorar bajo la ficción de una capacidad jurídica plena que no era realmente tal. A ese reconocimiento se llegó, especialmente en materia penal”⁵⁶.

Aunque, en mi análisis de los casos 1 y 2, se demuestra la brecha existente entre los principios doctrinarios y la aplicación práctica de los mismos.

Si desde fines del siglo XIX hasta mediados del siglo XX la incapacidad de hecho de los indígenas requería de un Defensor de Menores e Incapaces, y de ahí en adelante dejó de ser necesario, ¿cómo se explica que los mismos conceptos sobre su subjetividad prevalecieran?

Pestalardo⁵⁷ entiende que no eran incapaces pero así se los consideraba rústicos, ignorantes, miserables, calificativos que ponían en duda su capacidad jurídica como meros incapaces del derecho civil. El Código Civil de la República Argentina de 1869 disponía que aquellas personas que no estuvieran expresamente declaradas como incapaces, serían consideradas capaces de adquirir derechos y obligaciones. Y los indígenas no figuraban como incapaces ni absolutos ni relativos. Igualmente, al interpelarlos como rústicos, ignorantes y miserables, se ponía en duda su capacidad. Entre estas formas de interpelación, Pestalardo destaca el informe del médico Juan Biolet-Masse de 1904, quien escribió:

“la condición del indio es la de un incapaz, en los términos precisos de la ley civil: no conoce el idioma del país, no sabe leer ni escribir, no tiene idea de relaciones jurídicas, ni menos conocimientos de las leyes del país y apenas de las más elementales de derecho natural”⁵⁸.

Un dato interesante, que incorpora Pestalardo en su artículo, refiere a la edad de los indígenas que pretendía trasladar Podestá, los cuales posiblemente eran menores de edad:

⁵⁵ Levaggi, A., “La protección”, Op. Cit., p. 469.

⁵⁶ Levaggi, A., “La protección”, Op. Cit., p. 469.

⁵⁷ Pestalardo, A., “La condición jurídica”, Op. Cit.

⁵⁸ Pestalardo, A., “La condición jurídica”, Op. Cit., p. 4.

“la situación normal de los indígenas, como lo manifestara Garmendia⁵⁹, por su falta de inscripción en el registro civil y las grandes dificultades que existen para formular los respectivos asientos por las condiciones especialísimas propias de aquellos, por las deficiencias e imprevisión de la ley, así como por la escasa preparación y la negligencia de los encargados de las oficinas (...) lo más que se ha hecho a este respecto es bautizar a los indios sin mayores formalidades (...) omitiéndose la inscripción en el registro civil. Se les daba un nombre, como a una cosa o a un animal doméstico”⁶⁰.

Quiere decir entonces que por no estar inscriptos en el registro civil, o estar inscriptos tardíamente, su edad era desconocida o difícil de precisar. A lo cual se suma como nuevo dato que en el fallo del Juez Federal se los nombra como: “Antonio Bochar, José Castagnino, Carlos Palmarini, Camilo Jiménez, José Caroya, Sofía, Amelica, Zulema, Maipú, Argentina, Anita, Baldomera, Esther Eva, Amelia, María, Arminda, Marta y Carmen”⁶¹. Mientras que cuando ellas declararon en el asilo del Buen Pastor, dijeron llamarse “Narparaayna, Callarapi, Metaichi, Jarday, Secuá, Nayray, Nognastá, Arayná, Pelocuná, Sarayché, Peloconá, Buauná”⁶². En igual sentido, con base en una fotografía grupal, Martínez reconstruye los nombres propios de las catorce mujeres y sus hijos alojadas en el Buen Pastor: Kapiéré, Palagishi, Kaikaná, Noienraé, Sokeiná, Huoronabá, Parané, Serainendé, Nainrainá, Araliná, su hija Alolé, Huashkini, Sapolék, Nrainrié, Pelokoná, Koássená y Metaigishé⁶³.

Tiendo a pensar que el juez que condenó a Julián (caso 1), no había leído el fallo de la Corte Suprema, o desconocía esta información, porque pese a los años transcurridos desde 1899 a 2016, se repite la situación de poner en duda la existencia de los indígenas porque no figuran en el Registro Civil, no obstante estar vivos y en su presencia, brindando testimonio en la causa. Entre los indígenas de sociedades de cazadores, recolectores y horticultores, se nombra a los nuevos miembros en algún momento de su existencia. Entre los *nichí*, por ejemplo, regularmente es el padre o un anciano de la comunidad quien “le entrega” su nombre a cada quién, ligado a características físicas del bebé y, muchas veces, también vinculado a circunstancias o acontecimientos que tienen lugar en el momento del nacimiento. Entre los *mbya-guaraní*, es el *opygua* (líder espiritual) quien recibe, de los seres sobrenaturales, el nombre a dar al nuevo miembro de la comunidad, en una ceremonia anual. Este nombre es indicativo de la vida que desarrollará ese ser. Son los nombres los que dan vida a los nuevos miembros, el acto de nombrar los hace genuinamente personas⁶⁴.

⁵⁹ Juez letrado de Formosa.

⁶⁰ Pestalardo, A., “La condición jurídica”, Op. Cit., p. 13.

⁶¹ CSJ, Fallos, To 81, 1899, p. 246.

⁶² *La Nación*, 26 de septiembre de 1899, p. 6, citado por Pestalardo, A., “La condición jurídica”, Op. Cit., p. 13.

⁶³ Martínez, A., *Imágenes fotográficas*, Op. Cit., p. 126.

⁶⁴ En el primer gobierno peronista, numerosos indígenas de la región del Chaco argentino obtuvieron su documento nacional de identidad. Muchos de ellos recuerdan este acto con la frase “Perón nos hizo personas”.

Pero los nombres propios de cada quién, en idioma indígena, no suelen ser conocidos por quienes no son de la comunidad. He querido referirme a este hecho vinculando la falta de nombre completo dado a las mujeres *pilagá* en 1899, con el caso 1 donde se condena a Julián, porque, si el juez hubiera tenido conocimiento de esta forma cultural de reconocer la vida de los miembros de la comunidad, quizá podría haber relativizado o complejizado su presupuesto respecto a la edad de Melisa. Más aún, teniendo en cuenta que, en la sentencia de 1899, las mujeres aparecen sin su apellido, lo que podría llevarnos a pensar que, al igual que Melisa, no habían sido inscriptas en el Registro de las Personas.

Reflexiones finales

Comencé este artículo planteándome algunos interrogantes que acompañaron mis investigaciones en la región del Chaco argentino y en la provincia de Misiones en relación con dos casos penales (1) y (2). La aflicción de las víctimas y sus expectativas de justicia, sin duda, no son una cuestión privativa de las poblaciones indígenas. Muchas de las preguntas que presento aquí serían extensibles a otros casos donde los afectados no son indígenas. Y sin embargo, hay algo en éstos que los distingue de los demás. Fue así que llegué a interesarme por conocer y comprender cómo es el tratamiento jurídico penal de los indígenas.

He intentado encontrar respuestas a dichos interrogantes yendo, desde las preocupaciones que me suscitan los contextos y sujetos afectados en tales casos, hacia el pasado, para ver si así puedo generar una propuesta que me permita comprender porqué no hay acceso a justicia para los indígenas. La lectura de dos casos acontecidos a fines del siglo XIX reveló ciertas expresiones del discurso judicial que interpelan a los indígenas de manera descalificadora de su subjetividad. Tales expresiones aparecen asociadas a una cadena de significados que pueden condensarse en una concepción decimonónica de la evolución humana.

En primer lugar resalta el peso de la cultura como inhibidor de la comprensión de la realidad en que vive y actúa el sujeto indígena. La ignorancia del idioma, en el caso del homicidio en el Territorio Nacional de Chaco (1885), denota “ignorancia” y es causal de “resistencia a manifestarse ante las autoridades”. En el caso del Territorio de Formosa (1899), el Defensor de Menores sostiene que las mujeres son “casi como un niño”, expresión que connota bajo desarrollo cognitivo. Y la frase “falta de inteligencia y medios de comprensión y expresión de la voluntad” connota cierto grado de deficiencia mental.

En los casos contemporáneos analizados se reiteran formas de interpelación que están asociadas a una cadena de significados, los que denotan abreviar en una errónea concepción de la cultura indígena. La persona, su gestualidad (la mirada baja), hasta su postura corporal, se asocian a una cadena de significados que connotan no solo ignorancia sino incluso

insensibilidad; su dificultad para hablar español, su parquedad, sus respuestas monosilábicas (“sí”, “no”) connotan incapacidad, su negativa a hablar, fabulación, locura.

Frases como “costumbre ancestral”, “cultura que mantiene los arraigos anteriores”, incluso la palabra “tribu”, usada no solo por los funcionarios judiciales sino también por los peritos, refuerzan la idea de una cultura que se vive en el pasado.

El concepto antropológico de cultura como costumbre arraigada a un grupo que se perpetúa biológicamente, que posee un idioma propio y vive y defiende un territorio exclusivo, ha sido cuestionado y prácticamente ningún antropólogo adoptaría el enfoque comparativo para describir las culturas indígenas del presente como analogía de la vida en el pasado remoto. En tanto noción antropológica clave, cultura como nación comparten un alto grado de complejidad, no sólo por la característica de ser históricas sino por ser tanto unidades heterogéneas como conflictivas⁶⁵. La sociedad humana ha estado siempre en contacto con otras y sus miembros han sido constituidos por la cultura propia y la de sus vecinos. Citando a Todorov, Grimson sostiene que existe siempre la posibilidad de rechazar las determinaciones de la propia cultura; pero lo cierto es que la mayor parte de los seres humanos, más que romper con esas determinaciones, vive dentro de ellas.

En la sentencia del caso 1 (Julián y Melisa), se sostiene que la cultura de la “tribu”⁶⁶ es una cultura que se va, y por tanto, destruye costumbres, pese a que tanto Julián como Melisa, su madre y la autoridad de la comunidad, afirman que en su cultura existen reglas para casarse. Los *mbya-guaraní* sostienen que los miembros de su sociedad nacen cuando son nombrados por sus líderes espirituales, en una ceremonia anual, y orientan sus vidas según las reglas del *ñandereko* (los valores de la cultura propia).

Por qué, me preguntaba, hoy como ayer, se describe a los indígenas como incapaces, carentes de comprensión de reglas y orden. El *orden* social ha sido tradicionalmente objeto de estudio de las ciencias sociales en la búsqueda por construir modelos explicativos sobre las distintas formas en las cuales se estructuran y organizan los grupos humanos. Por qué, si para la antropología, todos los grupos sociales, aún los más primitivos o “salvajes”, regían sus vidas individual y colectiva por “algún tipo de orden”⁶⁷. ¿Qué fue de ese orden?

Con la consolidación del estado moderno, la preocupación por el orden social devino proyecto de construcción de la nación, integrada por ciudadanos uniformemente moldeados por la constitución. El estado-nación no sólo constituye ciudadanos, describe situaciones sociales, define ámbitos de competencia, funcionarios, requisitos, instituye

⁶⁵ Grimson, Alejandro, “Culture and identity: two different notions”, *Social Identities*, vol. 16, n° 1, 2010, p. 63-79.

⁶⁶ Este término es muy controvertido y no está definido como concepto por la antropología, si bien es usado regularmente como categorización social del sentido común, incluso de algunos antropólogos.

⁶⁷ Krotz, Esteban (ed.), *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2002, p. 18.

verdades, formas de decir y hacer. De la totalidad sociocultural de la nación disecciona una parte o aspecto de la realidad para reconocer su existencia, lo cual significa que desconoce otra parte de la misma realidad⁶⁸. De este modo, instituye una narrativa del orden social⁶⁹, la narrativa maestra del estado-nación⁷⁰. Si la antropología clásica, en su afán por demostrar la fortaleza de la cultura/costumbre, escondía bajo la alfombra pautas de conducta que, más o menos abiertamente, podían poner en duda su cualidad de totalidad armónica, algo similar sucedió con la fe en la normatividad como mecanismo para el mantenimiento del ideario de homogeneidad cultural del pueblo de la nación.

Ahora bien, como sabemos, todo orden social es histórico, está siempre sometido a un proceso permanente de desarrollo; también ocurre así con el orden normativo del estado-nación. La escenificación en la esfera pública de demandas de reconocimiento de la identidad de indígenas y otros grupos sociales provocó un creciente interés de los antropólogos por el estudio de esas otras formas de ordenamiento social que, pese a haber sido erradicadas por la narrativa maestra del estado-nación, conviven con ella. Si por un lado, el orden normativo construye valores fundamentales, no es menos cierto que los antropólogos, en nuestros trabajos de campo, relevamos una multiplicidad de prácticas, e ideas sobre el orden, las instituciones, la ley, la persona, el poder, los conflictos sociales. Frente a la autonomización de la narrativa maestra y su uso por los integrantes de la comunidad nacional, la etnografía permite echar luz sobre esas otras narrativas de orden: reglas para establecer matrimonios, para cuidar a los hijos, para sancionar conductas que no respetan el orden construido según sus particulares visiones del mundo. Y cuando estas reglas son puestas en cuestión, se recurre a la fuerza de la justicia estatal, intentando mantener la convivencia entre unas y otra.

Como intelectuales, nos vemos hoy convocados a enterrar definitivamente, tanto la noción de ignorante, incapaz de comprender, como la práctica falaz de la compasión, de una política “humanitaria”⁷¹ del funcionario que protege, y provee a la manutención del

⁶⁸ De la Peña, Guillermo, “Costumbre, ley y procesos Judiciales en la antropología clásica apuntes introductorios”, en Krotz, E. (ed.), *Antropología Jurídica*, Op. Cit., p. 51-68.

⁶⁹ Martyniuk, Claudio, “Narrativas de orden, testimonios de ley, imágenes de justicia, y el silencio de las sirenas”, en Carrasco, N. & Lombraña, A. & y Ramírez, S. (orgs.), *Jornada de Debate y actualización en temas de antropología jurídica*, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2010, p. 15-19.

⁷⁰ Segato, Rita, “Alteridad y ética en el movimiento de los derechos humanos”, *Serie Antropología*, n° 356, Departamento de Antropología Instituto de Ciências Sociais Universidade de Brasília, Brasília, 2004, páginas sin numerar.

⁷¹ Fassin, Didier, “La patetización del mundo”, en Viveiros Vigota, Mara & Garay Arize, Gloria (comps.), *Cuerpos, diferencias y desigualdades. VIII Congreso de Antropología en Colombia*, Centro de Estudios Sociales, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, 1999, p. 31-42; Fassin, Didier, “Gobernar por los cuerpos, políticas de reconocimiento hacia los pobres y los inmigrantes en Francia”, *Cuadernos de Antropología Social*, Buenos Aires, n° 17, 2003, p. 49-78.

miserable, para reemplazar estos mecanismos por el reconocimiento efectivo de la diferencia indígena, que comienza con el reconocimiento del valor de sus culturas y el respeto de su autonomía como pueblo⁷².

Fuentes

Inéditas

Juzgado de Instrucción de Tartagal, Salta, expediente n° 60393/05 “Abuso sexual calificado” (2008).

Juzgado de Instrucción n° 1, IV Puerto Rico-Misiones, expediente 422 (2010).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos,

Tomó 032, 1887/88, causa CXXIV;

Tomó 81, 1899.

Entrevistas realizadas desde 1989 por la autora a integrantes de pueblos indígenas, en su mayoría *wichí*, en el Chaco salteño.

Impresas

Constitución Nacional, Artículo 75, inciso 17.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, *Caso 12094*, Informe de Fondo n° 18/12.

Organización Internacional del Trabajo, OIT, *Convenio 169*.

<http://argentina.indymedia.org/news/2010/03/725060.php>, consultado el 15 de junio de 2016.

<http://www.informatedigital.com.ar/ampliar3.php?id=36052&PHPSESSID=96208766fac1d1a4f620f6b1f5878e7a>, consultado el 15 de junio de 2016.

<http://www.cladem.org/campanas-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-nacionales/31-argentina/164-caso-lnp-discriminacion-por-genero-en-el-sistema-de-justicia>, consultado el 15 de junio de 2016.

⁷² Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México 1993; Taylor, Charles, *La ética de la autenticidad*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994.

Bibliografía

- Anaya, James, “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2006, p. 29-63.
- Bonfil Batalla, Guillermo, “El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial”, *Anales de Antropología*, México, n° 9, 1972, p. 105-124.
- Briones, Claudia, *Cartografías argentinas. Políticas indigenistas y formaciones provinciales de alteridad*, Geaprona-Antropofagia, Buenos Aires, 2005.
- _____, *La alteridad del “Cuarto Mundo”. Una deconstrucción antropológica de la diferencia*, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 1998.
- Carrasco, Morita, *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, IWGIA-Vinciguerra editores, Buenos Aires, 2000.
- _____, “Cruce de fronteras entre antropología y derecho”, Diplomado *Derechos indígenas, medioambiente y procesos de diálogo en el marco de la consulta del convenio 169*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento Ciencias del Derecho, Programa Estudios Antropología Jurídica e interculturalidad Santiago de Chile, 2013a, p. 283-309.
- _____, “Derecho penal y comunidades indígenas: reflexiones interculturales en un caso de homicidio”, *Horizontes y convergencias. Lecturas históricas y antropológicas sobre el derecho. Investigaciones en Antropología Jurídica*, publicación de investigaciones científicas de actualización continua disponible en www.horizontesycomar.com.ar, Córdoba, 2013b.
- _____, “Aportes para la intervención de acusadores indígenas en la justicia penal, desde un enfoque interdisciplinario e intercultural”, *Actas de las VII Jornadas de Etnografía y Métodos Cualitativos*, Buenos Aires, Instituto de Desarrollo Económico y social, Centro de Antropología Social, 2013c, p. 37-58.
- _____, *Tragedia de una doble (in)justicia. Procedimientos judiciales y comunidades indígenas*, ponencia inédita presentada en el IX Congreso Internacional de la Red de Antropología Jurídica, Grupo de Trabajo “Derecho penal, pueblos indígenas y nuevas formas de interacción”, Pirenópolis, Goiás, Brasil, 2015.
- Carrasco, Morita & López Bouscayrol, Milena, “Comunidades indígenas y procedimientos judiciales. Una propuesta de trabajo intercultural a propósito de un caso de homicidio”, en Carrasco, Morita & Lombraña, Andrea & Ojeda, Natalia & Silvina, Ramírez (coords.), *II Jornadas de Debate y actualización en temas de Antropología Jurídica. Diálogos entre antropología y derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 2015, p. 61-77.
- Carrasco, Morita & García Rey, Paola, “Igualdad y diferencia: violencia judicial en un caso de abuso sexual”, ponencia inédita presentada en el IX Congreso Argentino de Antropología Social “Fronteras de la antropología”, Posadas, Misiones, 2008.
- Cesano, José Daniel, *Imaginario antropológico. Discurso judicial y cuestión indígena (Argentina 1887-1969)*, Brujas, Córdoba, 2010.
- Clavero, Bartolomé, “Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas”, en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 313-339.
- De la Peña, Guillermo, “Costumbre, ley y procesos judiciales en la antropología clásica apuntes introductorios”, en Krotz, Esteban (ed.), *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2002, p. 51-68.
- Fassin, Didier, “La patetización del mundo”, en Viveiros Vigoya, Mara & Garay Arize, Gloria (comps.), *Cuerpos, diferencias y desigualdades. VIII Congreso de Antropología en Colombia*, Centro de

Estudios Sociales, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, 1999, p. 31-42.

_____, “Gobernar por los cuerpos, políticas de reconocimiento hacia los pobres y los inmigrantes en Francia”, *Cuadernos de Antropología Social*, Buenos Aires, n° 17, 2003, p. 49-78.

Goffman, Erving, *Estigma: la identidad deteriorada*, Amorrortu Ediciones, Buenos Aires / Madrid, 1era edición y 10ª reimpresión, 2006.

Grimson, Alejandro, “Culture and identity: two different notions”, *Social Identities*, vol. 16, n° 1, 2010, p. 63-79.

Hale, Charles, “Activist Research V. Cultural Critique: Indigenous Land Rights and the Contradictions of Politically Engaged Anthropology”, *Cultural Anthropology*, vol. 21, n° 1, 2006, p. 96-120.

Hall, Stuart, “Signification, Representation, Ideology: Althusser and the Post-Structuralist Debates”, *Critical Studies in Mass Communication*, vol. 2, n° 2, 1985, p. 91-114.

Krotz, Esteban, *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, UNAM, México, 2002.

Levaggi, Avelardo, “La protección de los naturales por el Estado argentino (1810-1950): El problema de la capacidad”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, n° 16, 1990, p. 445-469.

Martínez, Alejandro, *Imágenes fotográficas sobre pueblos indígenas. Un enfoque antropológico*, Tesis Doctoral en Ciencias Naturales, Facultad de Ciencias Naturales y Museo, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Argentina, 2011, inédita.

Martyniuk, Claudio, “Narrativas de orden, testimonios de ley, imágenes de justicia, y el silencio de las sirenas”, en Carrasco, Nélica &

Lombraña, Andrea & Ramírez, Silvina (orgs.), *Jornada de Debate y actualización en temas de antropología jurídica*, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 2010, p. 13-19.

Palmer, John, *La buena voluntad wichí: una espiritualidad indígena*, Grupo de Trabajo Ruta 81, Buenos Aires, 2005.

Pestalardo, Alberto, “La condición jurídica de los indígenas en la Argentina a fines del siglo XIX y comienzos del XX, vista a la luz de un caso jurisprudencial”, *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, n°41/42, 2006, p. 213-245.

Rappaport, Joanne & Ramos Pacho, Abelardo, “Una historia colaborativa: retos para el diálogo indígena académico”, *Historia Crítica*, Bogotá, n° 29, 2005, p. 39-62.

Rappaport, Joanne, “Más allá de la escritura: la epistemología de la etnografía en colaboración”, *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 43, 2007, p. 107-220.

Segato, Rita, “Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico decolonial: antropología por demanda: hacia un pensar interpelado y disponible”, en Segato, Rita, *La crítica de la colonialidad en siete ensayos*, Prometeo, Buenos Aires, 2013, p. 67-90.

_____, “Alteridad y ética en el movimiento de los derechos humanos”, *Serie Antropología*, n° 356, Departamento de Antropología Instituto de Ciências Sociais Universidade de Brasília, Brasília, 2004, páginas sin numerar.

Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, FCE, México, 1993.

_____, *La ética de la autenticidad*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994.