

TITULO: DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA EN LA NORPATAGONIA (PRIMERA MITAD SIGLO XIX).

AUTOR: ROUMEC, Eduardo.

PERTENENCIA INSTITUCIONAL: UNC (CURZA).

CORREO ELECTRONICO: eroumec@ hotmail.com

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 ha propiciado el tratamiento del necesario ajuste entre el sistema jurídico vigente y el derecho consuetudinario indígena, es decir, la efectiva operatividad de la diversidad cultural y el pluralismo jurídico a la que aquella tiende. Los convencionales constituyentes han contemplado la situación de los pueblos indígenas, dejando redactado, cabe recordarlo, el artículo 17 inc. 17 de la siguiente manera: “Corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe y intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenables, transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten; las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Esta norma constituye, sin lugar a dudas, un acontecimiento realmente histórico. Germán Bidart Campos, reconocido constitucionalista, decía; “El Congreso debe garantizar a los pueblos indígenas el respeto a su identidad o sea, a integrarse con sus diferencias, en la mismidad de sus perfiles; respeto a la identidad es equivalente en derecho a un tratamiento igualitario, sin pérdida ni renuncia de la identidad o si se prefiere, a ser diferente de los demás para ser igual a sí mismo”.

La preexistencia se refiere al nacimiento del Estado Nacional y la voluntad constitucional refleja la consagración del pluralismo étnico. La reforma, señala el jurista Horacio Rosatti, incorpora el criterio de integración participativa, no forzada ni coaccionada, de los indígenas a la vida nacional dentro de un marco de respeto de sus identidades étnicas y culturales, cuya preexistencia al Estado nacional se admite explícitamente. También nuestras provincias patagónicas han venido incorporando en sus últimas reformas constitucionales, normas

referidas a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas que habitan en su jurisdicción.

Ahora bien, cuando hablamos de la vigencia de sus instituciones tenemos, entonces, que referirnos a su derecho consuetudinario y a la impartición o administración de justicia en la resolución de sus conflictos internos; tenemos que buscar el eje cultural que articula normas, procedimientos, instituciones y autoridades. Y es así que debe hacerse desde la Historia el abordaje del proceso ocurrido en el ámbito pampeano-patagónico para establecer las manifestaciones del derecho y de la justicia, en particular durante la primera mitad del siglo XIX, en tanto es en ese espacio y por ese tiempo, que se consolidó el encuentro de los pueblos tehuelche, pehuenche y mapuche, con sus respectivas conductas de reparto y usos y costumbres tendientes a sostener la cohesión y la convivencia grupal.

Liminarmente debemos precisar los alcances de los conceptos de derecho y de justicia y para el caso también de lo que entendemos por derecho consuetudinario. Respecto del primero de ellos, digamos que el derecho es la garantía de las condiciones de vida de la sociedad en forma de coacción. Kelsen lo define como un orden para promover la paz, que tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir en tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos se solucionen de una manera pacífica, sin recurrir a la fuerza y de conformidad con un orden de validez general. Es, pues, el derecho un fenómeno de la cultura; es la convicción jurídica del pueblo y esto es así desde todos los tiempos y en todo lugar que haya habitado el hombre formando una comunidad.

Por su parte, justicia ha sido empleada también para denotar la virtud universal comprensiva de todas las demás virtudes. Para Platón la justicia era la virtud fundamental, de la cual se derivaban todas las demás virtudes, pues constituía el principio armónico ordenador de éstas. Ya los pueblos primitivos poseían el concepto de lo que estaba bien y mal y discernían entre estos extremos, urgiendo a lo primero y eludiendo lo segundo. Es decir, tenían conciencia de lo justo natural. Con ese propósito de cristalizar el bien y castigar el mal comportamiento, es que el hombre establece un control social destinado a hacer que cada individuo de la sociedad se conduzca según los deseos y mandatos del grupo en general. Cicerón expresaba: “Hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero que sea que ordene o prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de impresionar a los malos. No se puede alterar por otras leyes, ni derogar alguno de sus

preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden liberarnos de su impero; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos”.

En síntesis, el Derecho con su sistema normativo, sus instituciones, sus procedimientos, sus juicios de valor, sus costumbres, regula el comportamiento del hombre en cuanto integrante de una colectividad y que está condicionado por el imperativo de la cohesión del grupo.

Sentado ello, qué podemos decir respecto del derecho consuetudinario o también llamado costumbre jurídica o costumbre legal, o bien, sistema jurídico alternativo. Se lo ha definido como el conjunto de normas propias que regulan la conducta y el desarrollo armónico de la vida de las comunidades de los pueblos indígenas, de carácter obligatorio, cuya obligatoriedad surge del misticismo que impregna las conductas del grupo social y que genera un sometimiento imperativo a sus mandatos.

En tiempos de debate como los que están transcurriendo, de intereses en pugna, de reivindicaciones, de miradas más atentas a todo lo que ocurre con nuestros pueblos originarios, resulta interesante detenernos en esta cuestión del derecho y la justicia como instrumentos de armonía y de paz y como genuina expresión cultural, vistos desde la historiografía como auxiliar indispensable para el efectivo cumplimiento de la manda constitucional.

Debemos preguntarnos, pues, qué ha ocurrido en el devenir del tiempo en este espacio patagónico, permeable, dinámico, configurado por una gran diversidad étnica y escenario de múltiples contactos entre los diferentes pueblos que la habitaron, generando relaciones de variada naturaleza desde el comercio, las alianzas defensivas y ofensivas, los lazos parentales e intercambios de todo tipo que produjeron, a no dudar, fuertes trastocamientos. Y por si ello fuera poco, la influencia que ejerció la penetración de la sociedad blanca conquistadora a través de sus distintos enclaves. Por consiguiente, resulta legítimo hablar de una significativa heterogeneidad étnica. Al decir de Rex Gonzalez un gran caleidoscopio étnico y de Casamiquela, un metamorfismo étnico, con donantes y receptores de múltiples préstamos culturales que bien pudieron haber conformado una homogeneidad cultural para, al menos, el espacio norpatagónico-pampeano.

Cuál es el panorama, a grandes rasgos naturalmente, que la región ofrece. La transformación de cazadores-recolectores en pastores ecuestres, luego asentamientos permanentes o semi-

permanentes, nuevos hábitats, la concreción de dilatados circuitos de intercambios, la aparición de bienes de prestigio, la consecuente diferenciación social. La dinámica del encuentro, en un contexto político cambiante y en un marco geográfico móvil (zonas aledañas a la precordillera, norpatagonia y pampa húmeda) dio lugar a una reelaboración de las manifestaciones culturales primigenias, a su modificación y adaptación al nuevo tiempo histórico.

A mediados del Siglo XIX existía en esta región una gran unidad lingüística y cultural, forjada sobre la base de un importante mestizaje interétnico y a partir de intensos lazos de parentesco y de la existencia de múltiples y antiguos contactos, con más la influencia de la progresiva articulación con diversos puntos de la sociedad hispano-criolla a través de una frontera permeable y dinámica como se ha dicho.

En suma, se complejiza la vida de los pueblos indígenas, se multiplican los conflictos intra e inter comunidad, y surge, necesariamente, la figura que porta el poder y la autoridad, el consenso y el carácter para sostener la cohesión del grupo y el control territorial: el cacique, ordenador, distribuidor, ejecutor en tiempos de paz y de guerra. Con jurisdicción para disponer sobre bienes y personas, con imperio para resolver conforme sus convicciones, para decidir sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, para premiar y castigar, para afianzar lo que estaba bien y para arreglar lo que estaba desarreglado.

Cabe preguntarse qué bienes debían ser protegidos, cuáles tenían valor dentro de la cosmovisión de estos pueblos y si éstos se mantenían indemnes o habían sido alcanzados por influencias foráneas. Qué tratamiento tenía la vida, la integridad física, la propiedad, el honor. Había en ellos mérito alguno que merecía su protección, había un castigo ya tarifado ante la violación de alguno de ellos. Alguien dirimía los pleitos, cuál era el proceso, los mecanismos de embate y de defensa entre los litigantes.

Detengámonos, pues, en esta cuestión y observemos qué ocurría en estos pueblos en contacto, en particular, tehuelches septentrionales, pehuenches y araucanos o mapuches, para ir precisando algunas conductas compositivas de una especie de manual de derecho consuetudinario o bien, de prácticas impartidas y guiadas hacia la validez del valor justicia tal como era entendido.

En esa dirección, observamos que existía entre los tehuelches principios consolidados de verdad y de justicia, de honradez y de paz. Suelen muy seguido hacer referencia los viejos informantes a los preceptos de veracidad y honradez que les han sido enseñados por sus

antiguos. El concepto de justicia aparece también reflejado en la idea religiosa del camino que debían recorrer los espíritus de los muertos al más allá.

En el caso del pueblo mapuche, Louis Faron escribe sobre la eterna puja entre el mal y el bien que involucra a la humanidad y a todos los mapuches, que compromete a los etéreos antepasados y a sus descendientes y no hay ninguna casualidad en esa eterna lucha. La moralidad de este pueblo es un cuerpo sistemático de conceptos y de conductas asociadas, basadas en el parentesco, que involucra derechos y obligaciones gozados e impuestos en virtud de pertenecer tanto a la sociedad mapuche total como a un segmento particular de ésta. Es posible advertir, pues, reglas no escritas, fundamentales, que se refieren a la seguridad común, a la venganza y a la reparación de hechos que generan un perjuicio, a los derechos y obligaciones surgidos de las uniones sexuales y a numerosos actos de la vida de sus integrantes. Esa decir, existe un modo de concebir la justicia y el camino para abordarla a través del derecho que le otorga una singularidad propia.

Esta normativa jurídica o costumbres que se conservaban por tradición y que podían entenderse como formando un código de primeros usos, de origen religioso y legado de anteriores generaciones, era conocido como Ad-Mapu y sus principios preservados y transmitidos por los ulmen –hombres sabios, ricos e influyentes–, quienes actuaban también como instrumentos para la prevención de conflictos. Se conocían las penas y las sanciones si ocurría una trasgresión. Se trataba de obligaciones y derechos ejercidos con continuidad, sin interrupciones y con el cuidado de ser conservados en la memoria colectiva, que se traducían en normas obligatoriamente observadas.

Los pehuenches en tanto y según el viajero Cox, no tenían leyes fijas y parecían guiarse más por el buen sentido que por normas consolidadas en el tiempo.

Seguramente, los contactos interétnicos, a veces de carácter violento y otros de complementación, han dado lugar a que se vincularan modos distintos de valorar el mismo hecho y esta interferencia es el nudo pendiente del saber: Han coexistido valores y prácticas para sostener en toda su fuerza expresiva lo que es justo e injusto y que está en la naturaleza del hombre. Algunas costumbres, de unos y de otros, fueron borradas, otras se fragmentaron y muchas sobrevivieron en el nuevo tiempo histórico, matizadas sin dudas también con la visión de la sociedad criolla cada vez más cercana.

Hay un nuevo contenido axiológico y procedimental que deviene necesario determinar desde la investigación histórica, precisando valores éticos, religiosos y jurídicos que han

conformado un gran sistema y a los que pueden accederse a través de la lengua, en tanto ella traduce toda la estructura del pensamiento.

Para resolver las cuestiones que hoy se debaten respecto del derecho consuetudinario indígena, es desde la Historia y con la advertencia de la dinámica del derecho, que habrá que examinar qué ocurría cotidianamente en las sociedades indígenas patagónicas en el devenir del Siglo XIX cuando caciques y subordinados, hombres y mujeres, ancianos y jóvenes, provenientes de ancestros diferentes, de costumbres originarias distintas, agrupados en torno de una nueva realidad que requería la convivencia interna pacífica y la perdurabilidad de la cohesión grupal, debían dirimir pleitos en situaciones que atentaban contra esa armonía. Es decir, qué pasaba, por ejemplo, ante un homicidio, una violación, un hecho de adulterio, un acto de hechicería. Porque es necesario desde la Historia auxiliar a las políticas legislativas que vayan a considerar como un hecho cultural al derecho consuetudinario indígena y que permitan su expresión a la altura del precepto constitucional. Desde las leyes y desde las sentencias de los jueces se tendrá que resolverse por este tiempo el conflicto entre lógicas culturales-jurídicas diferentes.

La justicia viva, dinámica, realista es imprescindible en la conformación y crecimiento de una comunidad de hombres, aún en la más primitiva. En nuestro caso, no hay registros escritos que testimonien el desarrollo de un proceso para aplicar el derecho y la justicia y así recomponer el orden descompuesto, pero a no dudar que aquella ha existido. Pero bien vale escuchar a quienes han tomado contacto con esas comunidades. Erize recuerda del relato de Zeballos que según las tradiciones indígenas el gran cacique puede matar sin forma de juicio a un delincuente del pueblo, pero a un cacique superior se le juzga por la asamblea de sus iguales, en honor de la jerarquía y para salvar las responsabilidades ulteriores entre los parientes y amigos del reo. El mismo Zeballos, refiriéndose a Painé, decía que éste oía por separado a cada parte, se hacía pagar bien por ambas con prendas de plata, telas o caballos y luego decidía a favor del que le había obsequiado mejor. A veces dividía la justicia entre los dos querellantes. Por su parte, De la Cruz observaba entre los pehuenches que los caciques no tenían jurisdicción alguna para castigar o premiar a nadie. Cada uno es allí juez de su causa, decía el viajero, y por consiguiente a nadie se le tiene respeto. Producto de esa misma insubordinación, se trataban entre sí con particular benevolencia pues sabían que se necesitaban unos a otros y pretendían sentirse seguros de sus amistades, de sus servicios y de su caridad.

Bengoa cuenta que entre los araucanos lo que sí existía era un sistema de regulación de conflictos y diversos sistemas de alianzas. Para regular éstos, estaban los grandes sabios, viejos por lo general, quienes hacían las paces entre grupos, impartían justicia, daban consejos y no tenían más poder que el que les otorgaban las partes en conflictos. El cacique principal, que sobresalía por su fortuna, su fama de guerrero u otra condición destacada, administraba la justicia a todas las familias emparentadas, a quienes de hecho se encontraban bajo sus órdenes y también a los extraños allegados a él. Asimismo, intervenía en las querellas de individuos de otras reducciones con los de su propia jurisdicción, pero en las controversias más frecuentes en las que participaba era en aquellas que surgían entre los miembros de la misma comunidad sanguínea. La interpretación de los intereses en disputa, la ponderación de las pruebas que le arrimaban las partes y la merituación de los dichos de los pleiteantes, constituía una tarea propia del cacique. Las decisiones de éste era la aplicación de las costumbres que venían de los mayores y de la percepción que tenía de una proyección negativa de la situación dentro de la comunidad. Para ello tenía que contar, resalta Bengoa, con los atributos de sabiduría, prudencia, comprensión, sentido de justicia y respeto por la tradición.

Cabe decir, entonces, que aunque no existieran aparatos formales de poder, algunos testimonios de mediados del Siglo XVIII ya consignan que el cacique podía actuar y decidir en determinados conflictos y en la administración de justicia. Poco a poco, al hacerse más frecuente el ejercicio de su oficio de justiciero, la pena del talión y la venganza, de uso muy frecuente como remediación colectiva de la afrenta, se atenuaron y comenzó a aparecer la indemnización.

Pero, qué hechos constituían infracciones o agresiones a la ley tradicional. Para De la Cruz, entre los pehuenches, los delitos mayores y dignos de castigo, eran el homicidio, el adulterio, el robo y la hechicería. Cox, por su parte, veía que generalmente la muerte por asesinato se salvaba con un precio convenido entre las partes adversas, o la muerte del asesino si no tiene qué pagar o es el menos fuerte; para él el adulterio era raro, pues nunca había visto a ningún hombre que hablase de una manera seguida con mujeres ajenas.

Tomás Guevara menciona entre los araucanos como los principales delitos el robo, el adulterio, el homicidio, las lesiones, la hechicería, el aborto, el infanticidios, el estupro y la violación, la bestialidad, sodomía, el incesto y la deslealtad al jefe. En ese sentido, expresa que en el rol de la criminalidad araucana, figuraban en primer lugar el robo y el adulterio,

atentados odiosos a la propiedad. Guevara nos dice que el adulterio era considerado como un acto de robo y no como una ofensa al honor conyugal. Por último se consideraban simples perjuicios materiales las heridas, los atentados a las costumbres y las deudas. Los ultrajes, las injurias o difamaciones graves no tenían sanción penal de ninguna clase, cuanto más solían originar luchas individuales sin consecuencias para los parientes.

El robo era considerado todo un crimen y el ladrón debía pagar lo robado y si éste era pobre, se le caía al pariente más inmediato. Igualmente ocurría con los pehuenches. Entre los tehuelches, según observaron Musters y Lista, se daba el respeto a la propiedad: el robo simple era casi desconocido y el salteo era algo tan inaudito, que el que cometía ese delito podía estar seguro de un castigo ejemplar. Sin embargo, Musters apuntaba que, aunque muy honrados entre ellos, no tenían escrúpulos para hurtar algo a alguno que no pertenecía a su partida.

Respecto del adulterio, Cox refiriéndose a la mujer pehuenche, decía que según su rango o su belleza, el hombre era acreedor a una compensación por haber efectuado éste un pago en concepto de derechos matrimoniales en ocasión de la boda. Si el pago se efectuaba y se daba por satisfecho, ya no podía reprocharle nada a su esposa. Entre los tehuelches el adulterio era poco común y salvo los casos de hechicería, nunca se sometía a juicio a las mujeres.

El delito de homicidio evolucionó desde la estricta venganza –no hacerlo constituía una cobardía y una vergüenza imposible de soportar- hasta el sistema de indemnizaciones o más propiamente lo que se conoce por las composiciones penales, pasándose de la represión a la reparación del perjuicio ocasionado. La misma solución compensatoria se aplicaba para el caso de lesiones. Las riñas y las disputas estaban reguladas y se pagaba por la falta cometida con productos o bien se hacían efectivos, entonces, los castigos corporales.

En el caso de muerte en la propia familia, se imponía el concepto de la propiedad exclusiva por derecho de la propia sangre, sin que el homicida mereciera sanción alguna en tanto consistía en un acto de justicia íntima. Esta cuestión, en cambio era diferente para los pehuenches, en tanto los padres de familia no se consideraban dueños naturales de las vidas de sus hijos y en caso que un padre matara a su hijo, los parientes de la mujer podían vengarse en su propia persona.

Para todos, los casos de hechicería eran considerados como crímenes enormes y se resolvían, por no haber otra solución, con la muerte en forma inmediata y mediante un suplicio cruel, fundado en el miedo que el acto infundía a la colectividad y en la sensación que un grave

peligro a todos amenazaba. Suponer que un integrante de la comunidad era capaz de realizar una acción maléfica, lo que le daba el calificativo de brujo, constituía la ofensa más grave que se le podía hacer.

Las querellas de los hombres se resolvían entre ellos a puñetazos, sin el uso de armas y sin que nadie se atreviera a separarlos hasta que alguno se rendía. La estafa no era una cuestión que se sometiera a juzgamiento, en tanto se entendía que se generaba en la propia torpeza del perjudicado. La embriaguez no merecía sanción alguna y se aceptaba como un hábito local.

En materia civil, la insatisfacción en los pagos debidos o el incumplimiento contractual se medía por el daño que esta conducta producía en el acreedor y el daño podía ser remediado con la cuantificación en especie que el juzgador determinaba. Cabe decir, en ese sentido, que los intercambios entre los integrantes del mismo grupo debían ser veraces, claros y honestos en honor a la solidaridad consanguínea, mas no era necesario que fuera así respecto de tratos celebrados con extraños. Se acepta que los pactos se formalizaban para ser cumplidos y las recíprocas prestaciones (realizar tareas a favor de otro, cuidado de animales, reparaciones varias, trueques, etc) para ser materializadas, conforme los primeros usos y porque así lo imponía el antiguo principio de honrar las deudas.

Planteadamente la cuestión de la normativa llamémosla jurídica y su aplicación a los hechos disvaliosos que ocurrían en las comunidades indígenas, en particular de la norpatagonia, es necesario destacar el papel relevante que le toca a la Historia para resolver este mandato del reconocimiento de un derecho consuetudinario indígena y su coexistencia con el orden normativo positivo del Estado, para ayudar a encontrar el umbral de compatibilidad entre los dos sistemas jurídicos y su obligada articulación.

La positivación de costumbres consuetudinarias de las poblaciones indígenas ha adquirido luego de las reformas tanto de la Constitución Nacional de 1994 como de las constituciones provinciales y la ratificación del Convenio 169 de la OIT, una particular actualidad, alentada por la publicación de artículos periodísticos y la elaboración de posturas doctrinarias. También se han diseñado cambios legislativos, por caso, el anteproyecto de reforma del Código Procesal penal tanto de la provincia de Neuquén como de Río Negro. En ambos casos, el artículo 40 propone: Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o en su caso, sus familiares acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario, declarará la extinción de

la acción penal. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez penal o el juez de paz en los casos que éste pueda intervenir. Se excluyen los casos de homicidio doloso y los delitos agravados por muerte o aquellos que impliquen grave violación a los derechos del niño”. En la misma dirección ha sido escrita la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia del Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia, 2002, con la incorporación del capítulo de los derechos de las comunidades originarias.

En materia penal, deberá ser una cuestión para examinar desde la Historia las limitaciones que se establecen respecto de la no afectación a derechos fundamentales reconocidos por el orden normativo ordinario y a derechos humanos internacionalmente reconocidos. En ese caso, precisar el carácter histórico de los valores en juego, la graduación de las penas y las medidas sancionatorias que cada pueblo aplicaba. Ello implicará un efectivo reconocimiento a la diversidad cultural y a la titularidad de derechos individuales y colectivos por parte de los pueblos aborígenes, conservando sus costumbres y procedimientos, como así también propendiendo al fortalecimiento de sus órganos representativos de aplicación.

Revisar, asimismo, y de ser necesario ajustar los mecanismos para la instrumentación de las técnicas de mediación y arbitraje, tan usadas en su tiempo por las comunidades indígenas.

Deberá dejarse de lado aquel criterio de redimir desde las sentencias las faltas cometidas, como si fueran una fatalidad, considerándolas como manifestaciones de culturas y tecnologías a las que califican como simples.

Desde la Historia, como por cierto también desde los estudios antropológicos, se podrá auxiliar para hacer inteligible la herencia cultural de las sociedades indígenas, para hallar el orden normativo regulatorio del comportamiento y de las conductas de sus integrantes, preexistentes a la constitución del Estado nacional.

Se trata desde la investigación histórica, reiteramos, de encontrar elementos pertenecientes al desenvolvimiento de los mecanismos de impartición de justicia y del sistema de composición, a sabiendas de su dinamismo y del remozamiento de las costumbres como producto del paso de los años. Será así que los órganos de decisión de política legislativa podrán resolver, en definitiva, si es posible que exista una cohabitación entre las normas que integran el derecho positivo estatal y las que le dan contenido al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

En el campo del derecho penal, deberá estarse a la reforma del articulado pertinente (arts. 41 y 42 del Código Penal) y considerar el error de comprensión culturalmente condicionado cuando éste es invencible, cuando no se sabe respecto de la criminalidad del acto, cuando el comportamiento está dirigido por una convicción interna que nace lejos en el tiempo y es parte de la esencia cultural del pueblo originario. No es menor, entonces, el papel del historiador en este punto.

Vale recordar que el citado Convenio 169 de la OIT establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (art. 8); "...deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (art. 9) y "cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento" (art. 10).

Se trata, en suma, del reconocimiento de la existencia de sociedades multiculturales y pluriétnicas, como así también de elementos históricos que han dado y dan andamiaje a su convivencia, a la búsqueda de la cohesión y la armonía en sus relaciones. Es pensar, entonces, en una jurisdicción restaurativa, asentada en ancestrales costumbres de estos pueblos precolombinos.

Existe una atmósfera cultural en la sociedad indígena y es dentro de ella donde deben valorarse los comportamientos, las actitudes, los patrones de conducta. La tarea a realizar desde la Historia, en particular en la región norpatagónica donde se conformó una sociedad a partir de múltiples contactos entre pueblos de orígenes diferentes, es puntualizar lo que ha perdurado del sustrato tehuelche, pehuenche, la presencia araucana y las vinculaciones de lo que podemos llamar usos y costumbres jurídicas con las creencias religiosas, la totalidad de su cosmovisión, la expresión lingüística y el contenido simbólico resultante de pueblos a los que no puede catalogarse livianamente como simples.

Si el sustento no es claro y bien definido, el mandato constitucional podrá llegar a quedar trunco. En verdad, si legisladores y jueces deben respetar y hacer respetar las expresiones culturales de los pueblos indígenas, es a la Historia adonde habrá que acudir para encontrar respuestas genuinas, sin prejuicios, para comprender que hubo aquí, en este ámbito geográfico, un juego de alteraciones, de cambios y permanencias en el contenido del plexo de

valores de las comunidades aborígenes a lo largo de un proceso que tiene su punto culminante en las primeras décadas del siglo XIX.

Dice María Teresa Sierra, en su exposición sobre “Discriminación e injusticia en regiones indígenas” (Guadalajara, 1997) que “la violación de derechos que expresa el conflicto de lógicas culturales se agudiza aún más al confrontar el discurso jurídico, como discurso especializado, con el discurso cotidiano de quienes no manejan la legalidad. Además de las innumerables referencias a códigos, leyes y giros del lenguaje a partir de los cuales se construye el discurso jurídico, el indígena se enfrenta a un lenguaje institucional que le exige argumentar desde una lógica discursiva que no domina y termina desarrollando narraciones que difícilmente tienen cabida en el lenguaje legal. Tal situación contrasta con la lógica argumentativa de las conciliaciones indígenas en las comunidades, sin tener que ceñirse a exigencias formales de discusión”.

No hay que tutelar, no hay que pensar en minoridad alguna, no hay que despersonalizar. Lo que hay que hacer es conocer el Derecho y tratar de entender real y objetivamente el uso que de esta herramienta cultural han hecho “nuestros paisanos, los indios” al decir de San Martín y recordado en su libro por Martínez Sarasola.

Por ello, es prudente asir este tránsito de cultura que ha ocurrido en la región norpatagónica y pampeana, reconstruyendo los préstamos culturales ocurridos y obtener una visión totalizadora del fondo y, en particular, de la forma en la resolución de conflictos, en la dinámica de su expresión. Pues, así como al fin de cuentas se produjo el ocaso y la disolución social de los tehuelches, también ha existido una profunda alteración de las costumbres y valores originarios del pueblo mapuche, dando todo ello lugar a la emergencia de una sociedad indígena nueva y por cierto más compleja, con prácticas tanto tribales como cazadoras-recolectoras y con una marcada diferenciación social en su interior, con acumulación de riqueza, formación de jefaturas con el consecuente prestigio y obediencia de sus súbditos y el carácter hereditario del cacicazgo.

La articulación del mundo indígena, ocurrida sobre la amplísima región pampeana y patagónica, ha dado lugar a una nueva lógica interna, a una naturaleza cultural diferente, a que se traben relaciones inter-étnicas de distinta significación y de mayor complejización. Este mundo histórico, plenamente vivo y dinámico en el apogeo del Siglo XIX, sin ignorar la cada vez más fuerte presencia de la sociedad blanca en el mismo ámbito, ha visto la aparición de hechos singulares, recurrentes o no, que, a su vez, pusieron en cabeza de sus integrantes

derechos y obligaciones novedosos y otorgaron a sus jefes el ejercicio de una autoridad y una jurisdicción hasta entonces desconocida.

La empresa a acometer consiste en seguir reconstruyendo, sin ánimo de tipificar lo que no ha sido tipificado en un sistema consuetudinario oral, las muestras que ha dado el Derecho y la Justicia en la Norpatagonia del Siglo XIX ante el encuentro, a veces bélico y a veces pacífico, de parcialidades indígenas originarias de este extremo del continente americano.