

LUCÍA MARÍA ASEFF

Pluralismo jurídico

RESUMEN: El pluralismo jurídico es uno de los temas abordados por las llamadas “teorías críticas del derecho”. En este trabajo se sostiene que las raíces más significativas a partir de las cuales se puede entender la emergencia de esta problemática residen en la identidad y la dignidad que atañen a todo sujeto – y del respeto que estos derechos humanos reclaman y requieren - subyacentes no sólo en cualquier planteo de pluralismo jurídico sino también en las problemáticas multiculturales e interculturales y, desde ya, en la de los migrantes, quienes con su diversidad y las dificultades propias de su condición, las nutren y les otorgan sentido y densidad, lo que nos habla de un mundo espacialmente interconectado pero que no por ello ha eliminado las desigualdades.

PALABRAS CLAVE: Pluralismo jurídico, Teorías críticas del Derecho, Historia del Derecho, Sociología jurídica.

1. El pluralismo y su abordaje disciplinario

El del pluralismo jurídico ha sido, desde sus inicios, uno de los temas específicamente abordados por las teorías críticas - aún antes de que emergiera con el énfasis con el que hoy se lo está analizando en otras áreas del derecho, incluso por fuera de la teoría general y más allá de las elaboraciones que sobre este tema se hicieran desde la sociología jurídica - porque si bien no aparece en sus reflexiones en forma recurrente y primordial, no deja de conectarse con el *abordaje sociológico* que estas teorías hacen del derecho y con su *vocación interdisciplinaria*.

Como acertadamente lo señala la antropóloga Graciela Beatriz Rodríguez en el texto citado en la bibliografía de este trabajo, se trata de un concepto que abriga distintas tradiciones disciplinares y diferentes referentes empíricos, cuya marcada ambigüedad ha sido señalada por numerosos investigadores de su área, quienes indican que *se alude a él de diversas formas*: como una temática específica dentro del amplio campo de la sociología o la antropología jurídicas,

como línea de investigación científica, como espacio de reclamos ideológicos por parte de diferentes segmentos sociales o, simplemente, como ámbito de fenómenos socialmente observables, aunque, a su juicio, *su problemática central es la que se ocupa del acceso a la justicia y su redistribución equitativa*, núcleo duro a partir del cual se pueden comenzar a describir e interpretar las diferentes modalidades de hacer justicia desde una visión plural del derecho y la sociedad. El colega y amigo Douglas Price me ha sugerido modificar la expresión “acceso a la justicia” por la de “acceso a justicia”, en razón de que la habitualmente utilizada ha sido entendida en función de todo aquello que concierne al aparato estatal en cuanto a la forma de administrar los conflictos, individuales y sociales, mientras que la segunda de ellas resultaría más cercana a la noción de justicia como objetivo social, es decir, como determinante del acceso a bienes y servicios y reparto de cargas que supone toda teoría de la de justicia, teniendo en cuenta, además, que toda sociedad tiene una, o a veces varias teorías de esta naturaleza en competencia, constituyendo así otro de los núcleos en los que puede mostrarse la cuestión multicultural. Pese a reconocer la pertinencia de la observación recibida aclaro que seguiré utilizando la expresión tradicional, aunque con el significado ampliado que acabo de explicitar

En estos sectores de las ciencias sociales la noción de pluralismo jurídico se encuentra ligada al análisis de las *relaciones de poder a partir de actores y centros de decisión múltiples*, tomando como punto de partida la observación empírica de los fenómenos sociales y analizando el derecho en la pluralidad de sus formas, sin reducirlo a una única naturaleza, teniendo como *común denominador una visión plural del campo social* y abordando todo aquello relacionado con el derecho exceptuando, claro está, las normas – que dejan a los juristas – y ocupándose de lo que está fuera de los órdenes normativos, esto es, de la gente y sus diversas interacciones: diseñando y gestionando instituciones, resolviendo conflictos y disputas de distinta índole y conformando cuerpos profesionales (jueces, fiscales, abogados, etc.) que comparten sistemas de valores y lealtades en torno a la “cultura jurídica” de la que se sienten partes y partícipes, estableciéndose de tal modo una clara dicotomía entre los juristas y los científicos sociales o, si se quiere, entre la dogmática jurídica y los estudios sociológicos y antropológicos del derecho, que a menudo han producido una marcada hostilidad entre ambas profesiones, y que encuentros como el presente, afortunadamente, pretenden desterrar, porque se ha abierto paso una conciencia generalizada sobre la importancia fundamental de abordar este tema interdisciplinariamente entre la antropología, la sociología y el derecho, a partir de *una visión de las sociedades*

desde la perspectiva de la alteridad y de un análisis del orden jurídico que permita comprender los mecanismos de la legalidad y sus dinámicas de formalización y control, tratando de abordar tanto la dogmática jurídica como los movimientos sociales generadores de nuevas modalidades de subjetividad colectiva.

Porque hay quienes consideran que el problema radica en las políticas centralistas de los Estados, unidas a la ausencia de percepción de la pluralidad de las estructuras sociológicas de base que, en definitiva, *no tienen debidamente en cuenta la correspondencia entre pluralismo jurídico y pluralismo social*. Mas aún así, no se debe pasar por alto que somos herederos de la tradición liberal clásica que se expresó fuertemente en la constitución de los Estados nacionales; y que esta empresa teórico política necesitaba en forma imperiosa, para su consolidación, el establecimiento de unas normas generales, proclamadamente iguales para todos y con pretensión de neutralidad, que le impidían detenerse en los particularismos de cada organización social, política y económica existente, porque hacerlo era contrario a su proyecto universalista. Es decir, que *ante la incontestable existencia de la pluralidad social, el camino fue ignorarla y hacer como si no existiera*, recurso que tuvo una alta dosis de utilidad porque contribuyó eficazmente al aplanamiento de las diferencias que el derecho moderno presupone y requiere para su operatividad. Mas se trató de una suerte de ilusión que más temprano que tarde el nacimiento de las ciencias sociales - y entre ellas, fundamentalmente, la antropología - iba a desvanecer, no obstante lo cual esta obstinación monista de los juristas todavía persiste en una elevada medida.

Al margen de esta consideración histórico ideológica y ya situando el análisis en el presente más o menos reciente, particularmente considero que las raíces más significativas a partir de las cuales se puede entender la emergencia de esta problemática residen en la *identidad y la dignidad* que atañen a todo sujeto – y del respeto que estos derechos humanos reclaman y requieren - subyacentes no sólo en cualquier planteo de pluralismo jurídico sino también en las *problemáticas multiculturales e interculturales* y, desde ya, en la de los *migrantes*, quienes con su diversidad y las dificultades propias de su condición, las nutren y les otorgan sentido y densidad, lo que nos habla de un mundo espacialmente interconectado pero que no por ello ha eliminado las desigualdades, y nos conduce a indagar brevemente cómo surgen estos estudios.

2. Ubicación espacial de esta problemática

Sea cual fuere el abordaje elegido - y adelanto que habré de dedicarme solamente a los que considero de mayor pertinencia, mediante una exposición más bien sumaria del tema - es necesario destacar que si bien los *escenarios iniciales de reflexión* sobre la noción de pluralismo jurídico fueron los de la *sociedades no occidentales*, en estas breves líneas habré de ceñirme a las occidentales y, luego, a algunas situaciones puntuales de nuestro país, sin dejar de tener en cuenta, por la trascendencia que implica, que más allá de sus diferencias, en unas y otras el derecho estatal tradicional ha tenido, de hecho, un gran poder colonizador en relación a modalidades de dominio, jerarquización y control en el accionar de todos los miembros de un grupo social, que se ha proyectado en conceptos tales como el de sujeto de derecho, capacidad, régimen de la propiedad y del matrimonio, sistemas sucesorios y de intercambio, definición de conductas delictivas y sus sanciones y procedimiento judicial para hacer efectivos estos derechos, por mencionar sólo los más destacados.

Es así que estos primeros estudios sobre pluralismo jurídico se dieron en sociedades no occidentales porque eran las “distintas”. En tal sentido se puede mencionar, a modo de ejemplo, que en algunas comunidades africanas la investigación empírica de los antropólogos indicaba que son las edades sociales y no las biológicas las que marcan la adquisición de la existencia social a través del pasaje a la sexualidad socializada, a partir del cual los jóvenes quedaban sometidos al poder de decisión de la generación de los mayores, quienes ordenaban las uniones matrimoniales mediante un reparto de esposas en estrecha relación con los sistemas de alianzas que, obviamente, tornaban inaplicable el concepto de unión legal propio del derecho occidental moderno de origen estatal.

Sólo en épocas posteriores, fundamentalmente a partir de los años 80, los antropólogos retomaron el análisis del pluralismo jurídico en el interior de sus propias sociedades, mas sin arribar a una definición pacífica ni uniforme. Dicho esto sin dejar de tener en cuenta que la temática referida al derecho consuetudinario o costumbre jurídica sigue siendo materia de debate permanente entre antropólogos y sociólogos del derecho, centrándose en América Latina, básicamente, en los grupos indígenas, pobladores originarios de estas tierras. Pero en esta nueva etapa comienzan mayormente a investigarse, además, las formas alternativas que ofrece el propio sistema jurídico – y que, por ende, no le son ajenas – para resolver disputas, a través de la proliferación de agencias de diversa

índole: servicios al consumidor, defensorías del pueblo, asesorías a campos profesionales, rondas campesinas, etc., cuyos propósitos fundamentales, según afirma Graciela Rodríguez, están centrados en dar cuenta, analíticamente, de nuevos fenómenos sociales que están ocurriendo en relación con el funcionamiento de la administración de justicia ante su incompetencia para resolver conflictos, con el fin de que a través de estas agencias adquiriera un carácter más distributivo y haya una mayor posibilidad de acceso a la justicia, favoreciendo al mismo tiempo una instancia de autorreflexión crítica de las partes involucradas en el conflicto mediante una discusión orientada por un tercero ajeno y neutral, especializado en estos procedimientos, que las impulse a encontrar soluciones satisfactorias para ambas, y donde el sentido y la solución se buscan en forma casuística – o sea de manera descentralizada, en función de las dificultades que presenta, el nivel de los sujetos, el barrio, la rama profesional, etc. - antes que en forma global.

Y aunque la coherencia sigue siendo el objetivo porque no se trata de sacrificar la unidad del derecho que representa el sistema jurídico nacional, se trata de una cualidad que no viene dada de entrada sino que constituye, más bien, un punto de llegada, dado que para resolver pragmáticamente los conflictos el énfasis no está puesto en la naturaleza de las normas sino en la metodología a seguir, en el procedimiento, cuestiones que son analizadas por sociólogos y antropólogos del derecho como nuevas dimensiones empíricas de Pluralismo Jurídico, quienes rescatan la distinción de E. Ehrlich entre “derecho vivido o derecho viviente” y “derecho regulado por el Estado”.

Ello implica asumir, afirma A. Garapon, que esta descentralización del derecho contradice la ficción del legislador racional como único autor del orden normativo. Pero tal como las conocemos y funcionan hoy estas instituciones en las concentraciones urbanas, no podemos dejar de señalar que quienes ostentan el carácter de mediadores o componedores en este tipo de solución individual de los conflictos suelen ser abogados, con una formación jurídica de base clásica o tradicional centrada en el orden nacional estatal, a la que posteriormente suman el entrenamiento en unos determinados procedimientos que favorecen la autocomposición del conflicto pero sin que, a mi criterio, estas alternativas - ya no tan nuevas - de resolución de conflictos que entusiasman a los antropólogos, puedan ser enmarcadas dentro del fenómeno del pluralismo jurídico, al menos no sin marcadas reservas.

Como decía C. Geertz - en “*Conocimiento local*”, 1994 - el pluralismo

jurídico atrae al abogado porque es jurídico y al antropólogo porque es plural, juego de palabras que resulta ingenioso pero no del todo adecuado en relación a la emergencia de las corrientes críticas y su interés por el tema, que como antes mencioné se viene desarrollando hace bastante tiempo, y ya estaba presente en la fecha en que se publica su obra. Pero sucede que el derecho ya no es el mismo y los cambios ocurridos han traído nuevas modalidades, tal vez subsumibles en una conceptualización más amplia del pluralismo jurídico, a lo que habré de referirme más adelante.

3. El fenómeno del pluralismo jurídico desde la teoría general del derecho y las teorías críticas

Dando paso al costado legalista de este fenómeno, corresponde señalar que desde un punto de vista estrictamente jurídico esta expresión tiene que ver con *la existencia de diversos órdenes jurídicos o sistemas jurídicos paralelos dentro de un mismo territorio o Estado, que coexisten con el orden estatal y, a veces, lo suplen o lo confrontan, lo que nos remite a la clásica distinción entre monismo y pluralismo* o, para decirlo en términos más actuales entre *derecho estatal y derechos paralelos*. O sea, con la existencia de otros focos de juridicidad o, como algunos autores lo han denominado, de un “*policentrismo jurídico*”, que existe por fuera del monopolio de los Estados nacionales e implica, de hecho, distintas lógicas de gestión en torno a un conflicto por fuera de este monopolio; porque el pluralismo supone, dentro de una misma sociedad, *la existencia de diferentes mecanismos legales aplicables a casos idénticos*.

En relación a las teorías críticas debe destacarse que la propia concepción del derecho que las anima excede el marco normativo vigente en un lugar determinado, en la medida en que lo asumen como una *práctica social específica que se desentraña a partir de analizar cómo funciona el derecho en un Estado moderno*, entendiendo que lo específico no radica en la opresión sino en el carácter abstracto y separado de la sociedad civil, pero donde igualmente se sustenta una cierta desconfianza en el poder del Estado y en la legalidad como mecanismo de emancipación social. De este modo *se combate la legalidad como forma de hipertrofia jurídica del Estado en detrimento de la construcción de esferas jurídicas autónomas en el seno de la sociedad civil*, rendija por la que se cuela el argumento del pluralismo jurídico.

Mas se debe tener presente, si se mantiene este concepto - como

acertadamente lo señala Carlos Cárcova - que la incorporación de este tema en el análisis conceptual del derecho no implica una propuesta política ni tampoco identificar al pluralismo jurídico como una situación ideal o deseada en el sentido de una sociedad tolerante con la diversidad o sin explotados, sino que se trata de un tópico tradicionalmente utilizado para *identificar una situación problemática consistente en un conflicto normativo dentro de un mismo ámbito territorial que puede encontrar distintas vías de solución y que concierne a la potencial ilicitud de una conducta así considerada desde el derecho oficial que, sin embargo, es vivida por su autor como permitida u obligatoria en virtud de una norma u ordenamiento no oficial* (como con meridiana claridad se verá más adelante cuando se aborde el fallo del juez Lozada de la ciudad de Bariloche). Cuando este autor se refiere a la problemática de la no comprensión del derecho que sintetiza en el concepto de *opacidad*, la entiende como un subproducto de la marginalidad, la anomia y la aculturación, que son las vías mediante las cuales enlaza este concepto con el fenómeno del pluralismo jurídico.

Esta situación de *coexistencia de regímenes jurídicos diversos se ha dado más intensamente en algunos países de Latinoamérica con mayor presencia de pueblos originarios con tradiciones culturales fuertes como México, Brasil o Perú, y en menor medida en Chile, Ecuador o Argentina*, entre otros, si bien en nuestro país se advierte una emergencia si no de un derecho especial o distinto, sí de comunidades que reclaman para sí ciertos derechos en relación, sobre todo, a la propiedad de la tierra, que además han comenzado a ser considerados en algunas políticas públicas, como habrá de advertirse al analizar la sanción de legislación específica relativamente reciente. En tal sentido se puede mencionar que en Neuquén se llegó a pensar en incluir dentro del Código Procesal Penal una regla para que las pequeñas infracciones sean tratadas mediante el “*derecho de la comunidad*”.

4. Del Derecho Romano a la era de la globalización. Derechos civiles, políticos y socioeconómicos

Volviendo muy atrás en la historia, tal vez se podría pensar en términos similares – desde ya, salvando las grandes distancias del caso – sobre el fenómeno producido en el *Derecho Romano* que se expresara en la coexistencia, dentro del vasto imperio dominado por Roma en la antigüedad, del *ius civile* - que regía a los ciudadanos romanos - con el derecho de gentes o *ius gentium*, que la autoridad imperial reconocía a los pueblos conquistados como una forma, sin

duda inteligente, de evitar conflictos innecesarios y de tender a la pacificación y al desarrollo económico luego de la devastación de la guerra y la conquista. Mas en el presente existe, además del que podríamos llamar más tradicional, *un nuevo pluralismo nacido de los fenómenos migratorios que caracterizan la actual sociedad global, multiétnica y multicultural*, y también, en menor medida, el que fue emergiendo a partir de la década del 90 de algunas prácticas autogestivas de los sectores populares que buscaron llenar los vacíos dejados atrás por un Estado en retirada, y por una jurisdicción incapaz de satisfacer demandas generalizadas que hacen a la protección de los derechos y garantías fundamentales.

En todo caso, se trata de *otra expresión de que la cultura de una sociedad es una compleja suma de procesos políticos y sociales en los que visiones alternativas y contradictorias conviven en un equilibrio no siempre pacífico*, porque el pluralismo jurídico no es un fenómeno que pueda caracterizarse como unívoco y causal sino que debe ser abordado dentro de la complejidad propia de lo social y, también, como antes lo señalara, como una muestra de la opacidad de lo jurídico, que es una de sus resultantes, lo que para estas corrientes resulta relevante en la medida en que proponemos *estudiar el derecho como un hecho social y como un producto de prácticas sociales de naturaleza discursiva productoras de sentido y no solamente como un sistema de ideas expresadas en los textos normativos*. Porque nos guste o no, la diversidad, la multiculturalidad y los problemas que tales hechos generan están instalados en el mundo global que compartimos, lo que a la hora de impartir justicia atribuyendo derechos y obligaciones, nos obliga a replantearnos mejores formas de socialidad, nuevos criterios de solidaridad y otras dimensiones de la tolerancia.

De todas maneras, al abordar este tema se debe tener presente que contra la tendencia de los movimientos en pro del pluralismo jurídico a impugnar en bloque y sin matices el formalismo del derecho oficial y los que suelen ser sus correlatos, como el normativismo o el positivismo, entre otros, se impone establecer ciertas *distinciones necesarias entre los derechos civiles y políticos y los derechos socioeconómicos*, ya que una cosa son las demandas de esta naturaleza no atendidas por el derecho positivo y otra muy distinta las garantías individuales a él incorporadas, porque si en el primer caso está en juego la posibilidad de crear nuevos derechos que contemplen esas demandas, en cuanto a las garantías personales se trata de hacerlas respetar de manera estricta. En tal sentido, dice Luciano de Oliveira – citado por Cárcova en su obra - un derecho alternativo como el de las favelas lejos de significar una praxis liberadora suele

cristalizar prácticas de dominación notoriamente violatorias de la tradición de los derechos humanos heredada del iluminismo. Habida cuenta de que *cuando el derecho deja de adecuarse a las singularidades del presente, la interpretación de los textos jurídicos a la luz de los principios receptados en las declaraciones de derechos humanos, nacionales e internacionales, permite al operador jurídico su actualización.*

Porque así como muchos autores se ilusionaron prematuramente con la idea de que el derecho nacido espontáneamente entre los pobres, los desposeídos y los vulnerados sería, por su origen, necesariamente emancipador, la experiencia probó que no siempre era así, porque los órdenes privados estaban cruzados por criterios muy primitivos y despiadados de hacer justicia o simplemente se organizaban conforme a la lógica de un grupo delictual hegemónico.

Existe asimismo *otro tipo de pluralismo* que no es el que aquí se trata cuya vigencia es, obviamente, *ininvalidable*: el que alude a derechos particulares producidos por una pluralidad de grupos que no son legítimos porque no pueden justificarse éticamente, tales como la mafia, las reglas que rigen las cárceles o el narcotráfico, etc.

También *se pone en cuestión* en este tema del pluralismo jurídico *el papel de los operadores jurídicos, los modos de producción del conocimiento del derecho*, es decir, las prácticas pedagógicas, y *los usos estratégicos de la legalidad*, que ponen de manifiesto tanto su carácter histórico como su articulación con la ideología y el poder, lo que se verá claramente en tramos posteriores de este trabajo, sobre todo en los temas abordados bajo los números 10, 11 y 12.

5. Afinando conceptos: monismo y pluralismo en la producción de normas.

Se puede afirmar entonces, inicialmente, que *el pluralismo jurídico implica la aceptación de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas.*

Sin embargo, en orden a precisar el modo en que esta expresión puede ser utilizada, se debe advertir que el término *pluralismo jurídico* también tiene *otra acepción* que cree posible reconocer *subsistemas* en el interior del ordenamiento jurídico que incluso pueden tener principios distintos y hasta opuestos a éste,

pero que son *permitidos por la actividad estatal cuando no delegaciones de la propia norma jurídica*.

Existen órdenes jurídicos diferenciados dentro de cualquier estado tales como la iglesia, los sindicatos o las entidades deportivas, pero que integran en forma expresa el ordenamiento jurídico (lo que el art. 33 del Código Civil conceptualiza como “personas jurídicas”) pero la producción normativa que emana de esos grupos, en cuanto entes, parte de una autorización estatal por lo que no formarán parte de este abordaje porque estos casos no implican poner en cuestión el ejercicio monopólico que tiene el Estado moderno sobre la producción de normas, sino que constituyen la expresión de la tesis monista, donde todo derecho es creado o *permitido* por él.

El *monismo jurídico*, o teoría estatalista del derecho, sostiene la tesis de que existe un único derecho que es el creado por el Estado y es, como antes dije, el producto histórico de la formación de los grandes Estados nacionales que surgieron luego de la desaparición del mundo feudal. Como lo explica Borello en su texto, con cita de Norberto Bobbio (“*Teoría General del Derecho*”, Editorial Temis, Bogotá, 1987, P. 9): “*Esta sociedad fue pluralista*, es decir, formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o integraban: por encima de lo que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en el pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en sí misma un ordenamiento. El Estado moderno – así - se fue formando a través de la eliminación y absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de *monopolización de la producción jurídica*. Si por poder entendemos la capacidad que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conducta válidas para todos los miembros de la comunidad, y de hacerlas respetar aún con el recurso de la fuerza – el llamado poder coactivo – la formación del Estado moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo cada vez más *centralizado* y por lo tanto a la supresión gradual de los centros de poderes inferiores, lo que tuvo como consecuencia la *eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado*.

“La tendencia a identificar derecho con derecho estatal, que todavía hoy existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración de poder

normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno. La elaboración teórica más depurada de este proceso es la filosofía de *Hegel*, en la cual el Estado es considerado como el dios terrenal, como el sujeto último de la historia que no reconoce ningún otro sujeto ni por encima ni por debajo de él”.

Con lo que queda claro, como se anticipó, que en la medida en que el Estado moderno, en función de su propia supervivencia y poderío superaba los órdenes plurales del feudalismo, al mismo tiempo necesitaba instituirse de modo centralizador y monopólico, negando el reconocimiento a cualquier otro sistema jurídico en el mismo territorio donde ejercía su soberanía.

Esta concepción de la exclusividad estatal en la producción normativa será expresada en el positivismo jurídico del siglo XIX, que en el siglo XX se expresa con elevada claridad conceptual en autores como Kelsen y Hart. De hecho, casi todos los conceptos que el primero de ellos expresa en la teoría pura – como validez, sistema, orden jerárquico, constitución, norma fundante - tienen esa impronta en la medida que remiten a un concepto central de esta teoría cual es el modo de creación del derecho sosteniendo, asimismo, que el hombre sólo debe estar sometido al orden jurídico estatal puesto que el Estado moderno no consiente otras fuentes de producción de normas y Estado y Derecho son, entonces, las caras de una misma moneda.

6. Los aportes de la sociología jurídica

El pluralismo jurídico surge como respuesta a esa aspiración monopolista del Estado y es así como la Escuela Histórica del Derecho de Hugo y Savigny, al destacar la tradición y la costumbre que encarnan en el “*espíritu del pueblo*” por sobre la ley positiva, puede ser vista como una primera y embrionaria respuesta a esa tendencia aunque, como luego se verá, será recién la *sociología jurídica del siglo XX* la que proporcionará mejores fundamentos para el tratamiento plural del derecho, dado que lo que la escuela histórica pretendía era que al momento de legislar se tuviera en cuenta el espíritu del pueblo, a fin de que la ley sea una forma de expresión de la conciencia popular, mas sin cuestionar la estatalidad del derecho.

También *la teoría de la institución con Hauriou y Renard en Francia y Santi Romano en Italia* reacciona contra el estatismo positivista cuando

sostiene que el elemento decisivo del derecho es la *organización*, en el sentido de que lo jurídico nace cuando un grupo social pasa de una fase inorgánica a una orgánica manifestándose en una organización, que cuando necesita establecer un orden crea su propio derecho, teoría que según Bobbio rompió el círculo cerrado de la teoría estatalista del derecho, en la medida que reconocía que el Estado tiene una tendencia irresistible a absorber a los demás ordenamientos, pero reconocía al mismo tiempo que por encima del Estado había una tendencia igualmente irresistible de la sociedad a generar siempre nuevos ordenamientos, por lo que siempre quedaba fuera de él un margen más o menos amplio de socialidad no controlada por el Estado y, por lo tanto, en ciertos aspectos pre estatal y, en otros, francamente antiestatal. *Guido Fassó* se enroló en ella entendiendo que reafirmaba el principio de la pluralidad de ordenamientos jurídicos, proporcionando una versión del derecho no limitada a un ámbito restringido sino extendida a muchos aspectos de la vida humana.

Pero es en el ámbito de la sociología jurídica donde el pluralismo jurídico se va a convertir en una categoría con peso propio, al punto de confundirse con su mismo objeto de estudio, dado que en la medida que esta disciplina se ocupa de las relaciones entre el derecho y la sociedad, ello trajo el reconocimiento de otras esferas jurídicas frente al Estado, *ampliando el concepto de “fuentes” y señalando que la producción jurídica excede la puramente estatal, reconociendo asimismo la existencia de lo jurídico como diverso*. Adviértase que esta disciplina se ocupa del derecho realmente vivido por una comunidad, abordando las normas como efectivamente cumplidas en un medio social determinado, por lo que no dudará en aceptar el derecho plural como derecho realmente existente.

Gurvitch y Ehrlich son dos de los autores más reconocidos dentro de la sociología jurídica clásica, siendo este último quien llega a negar la dependencia del derecho frente al Estado, afirmando que su despliegue debe rastrear en la propia sociedad, cuyo orden jurídico se manifiesta en el “entrecruzamiento de una pluralidad de ordenamientos autónomos de agrupamientos particulares”, entendiendo que todo el derecho es “derecho de asociaciones” y la vida de la asociación es independiente de la fuerza exterior del Estado, siendo la fuente del poder coercitivo de las normas. Por eso el fenómeno jurídico no debe ser estudiado por las palabras de la ley sino a partir de las relaciones de dominación y posesión que los usos asignan a cada miembro de la asociación, y el derecho a estudiar sería el *derecho viviente*, aún si no se ha plasmado en normas jurídicas.

Este argumento del pluralismo jurídico también fue desarrollado, más tarde, por *Jean Carbonnier*, quien sostuvo: “...nuestra época ha puesto el monismo en cuestión y de nuevo la diversidad ha invadido el medio jurídico”, porque al contrario de lo que había sucedido de los siglos XVI al XIX, donde el nacimiento de los Estados nacionales se corresponde con el monismo jurídico, en las sociedades industriales de hoy hay innumerables centros generadores de derecho e innumerables focos autónomos que rivalizan con el estatal, lo que implica la existencia de una pluralidad de derechos concurrentes.

Pero abandonaremos estas épocas relativamente pretéritas y estas concepciones provenientes de la sociología jurídica para adentrarnos en tiempos un tanto más recientes, signados por fenómenos emergentes de alta significación como el multiculturalismo y la interculturalidad – que no habré de abordar en profundidad en este análisis, pero merecen ser mencionados por su importancia - y en elaboraciones más cercanas a la teoría general del derecho, a fin de avanzar en el conocimiento de este tema.

Porque estos fenómenos, expresivos de una determinada diversidad cultural y normativa, suman otros elementos al momento de pensar la complejidad de lo jurídico, y tienen antecedentes teóricos en el pensamiento jurídico europeo que probablemente deban ser resignificados – sin perder de vista su propia especificidad – a partir del fenómeno del multiculturalismo que se advierte también en países no europeos como, por ejemplo, Canadá, donde conviven diversas etnias y nacionalidades, dicho esto sin dejar de tener en cuenta que actualmente podría llegar a darse una cierta modalidad de borramiento de fronteras en función de la existencia de un fenómeno en permanente expansión, como lo es hasta el presente la generalización de internet, así como en virtud de la globalización en sus diversas manifestaciones. Porque a las concepciones tradicionales acerca del pluralismo jurídico se han sumado actualmente elaboraciones provenientes de la antropología jurídica - que inicialmente estudiaron los fenómenos producidos por el colonialismo y, posteriormente, los efectos de las migraciones contemporáneas – que actualmente abordan con singular énfasis la multiculturalidad y la globalización.

7. El pluralismo jurídico en Latinoamérica. Otras modalidades

En *Latinoamérica* las investigaciones orientadas a la existencia de situaciones de pluralismo jurídico tienen ya varias décadas y en general se

encaminaron principalmente a la búsqueda de dos situaciones:

1. La *producción normativa alternativa*, y
2. La *creación de espacios diferentes para la solución de conflictos* dentro de un grupo mediante la creación de normas procedimentales.

Ernesto Garzón Valdés ha presentado los estudios desarrollados por *Gessner* en México en el año 1970 cuyas investigaciones mostraron la reducida importancia que tiene la actividad judicial para la solución de conflictos principalmente en zonas rurales, donde prácticamente no se recurría a los tribunales. En caso de conflictos entre desiguales se impone el más fuerte sin que el derecho tenga allí ningún papel; y si el conflicto es entre iguales se recurre a árbitros, quienes en su solución casi nunca aplican normas jurídicas.

Las investigaciones realizadas por *Boaventura de Sousa Santos* en Río de Janeiro – en la *favela de Pasargada* (nombre imaginario otorgado a un lugar real) – lo llevan a concluir que en esas experiencias se desarrollaban procesos sociales de pluralismo jurídico como *alternativa a la legalidad*, aunque el derecho de las favelas incluye normas del derecho oficial y otras que no pertenecen a él. Dice este autor que *los lugares retóricos del discurso jurídico de estos asentamientos marginales son el equilibrio, la cooperación y la buena vecindad* mientras que aun cuando una parte gane más que la otra no se da la fórmula vencedor/vencido, probablemente porque el aparato coercitivo en que se basa es precario. Tampoco hay mucha separación entre lo legal y las consideraciones ético sociales, y *la formalidad no existe ni tampoco una ruptura lingüística como la que a menudo exhibe el lenguaje del derecho convirtiéndose en inaccesible para personas no especializadas*, porque quienes deciden utilizan un lenguaje común que todos entienden debido al bajo grado de institucionalización de la función jurídica, experimentándose un derecho consensual, accesible y participante.

También ha sido interesante la investigación desarrollada por algunos estudiosos en la *comunidad peruana de Calahuyo* porque presenta algunos aspectos vinculados al *pluralismo antropológico*, puesto que esta comunidad comenzó integrada al sistema legal peruano hasta que a mediados de la década del 70 decidió romper con éste construyendo su propio sistema de resolución de conflictos, que expresa pautas culturales distintas a las del sistema oficial, aunque ignoro si subsiste en el presente.

Asimismo puede mencionarse que *existen prescripciones jurídicas que no son impuestas por la autoridad pública* no sólo porque encontramos derechos supranacionales e infranacionales sino también porque los hay de *naturaleza religiosa*, íntimamente ligados a lo jurídico, como sucede con el derecho musulmán, puesto que tanto la Biblia como el Corán regulan conductas que están más allá de la relación de los hombres con la divinidad y que comprenden, a menudo de manera minuciosa, cuestiones de familia, de obligaciones recíprocas, relativa a los bienes, etc.. Piénsese en los conflictos que ha generado en países como Francia o Turquía el uso del velo en las mujeres, generando encontradas posiciones en contra o a favor, dentro de un mismo colectivo de personas.

Cárcova, entre otros, sostiene que todavía quedaría por destacar *otro tipo de pluralismo* que es el que se articula con la lógica universalizante de la *lex mercatoria*, que se expresa en la emergencia de reglas que regulan el comportamiento de las corporaciones internacionales, que ellas mismas crean para resolver sus conflictos de competencia comercial o territorial y mediante las cuales apuran una solución más rápida, segura y previsible que la que podría proveer el procedimiento ordinario, intrincado y lento propio de la jurisdicción estatal, de lo cual una muestra – no la única, desde ya - podrían ser los tribunales arbitrales, que si bien no son novedosos tienen como característica sustraer la solución del conflicto del orden del Estado con el consiguiente ahorro de tiempo, esfuerzos y dinero.

Este fenómeno, que denomina como pluralismo mercatorio, no ocurre sólo en el plano internacional sino también en el local e involucra a muchas empresas no transnacionalizadas; y si bien no deja de ser tradicionalmente conocido por los juristas, actualmente, afirma, se encuentra resignificado en términos de posmodernidad y globalización cuyo ideal pan privatístico no se detiene siquiera ante la mismísima actividad de juzgar sino que tiende, en cierto modo, a privatizar también la jurisdicción.

Actualmente hay quienes aluden a un *pluralismo en las fuentes del derecho* – que *no* es lo mismo que hablar de pluralismo jurídico pero, desde otra perspectiva, pone en cuestión el tema de la exclusividad de la regulación estatal - en atención a la incorporación de los tratados internacionales que han sido enunciados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, pero también por algunos fallos recientes de la CSJN que consideran obligatorios, por ejemplo, los dictámenes de la Comisión Interamericana de DDHH (CIDH), y

por la invocación que muchos doctrinarios y la propia Corte hacen de las normas del *jus cogens*, cuestión sin duda controvertida - porque se trata de reglas no sancionadas por el Estado aunque en oportunidades coincidan con las que sí lo han sido - que no habré de abordar aquí pero dejo planteada.

8. La cuestión en Argentina. El genocidio de los pueblos originarios.

Analizando esta cuestión en *nuestra geografía* – con relativamente escasa población indígena si la comparamos con otros países latinoamericanos – he de decir que aquí el del pluralismo jurídico ha sido un tema más bien de reflexión teórica antes que de aplicación práctica, pero, también, que se trata de una situación que lenta pero progresivamente viene experimentando algunos cambios.

Tal vez el marcado desinterés por estas cuestiones - que ha sido predominante en la historia de nuestra cultura jurídica y política - tenga que ver con un hecho negado o atemperado por la historiografía oficial, que siempre ha ensalzado los logros de la generación del 80, sin reparar que *esta suerte de refundación de la Argentina moderna que se le adjudica a quienes la integraron se hizo sobre la base de un genocidio cometido sobre las tribus indígenas*, que eran las auténticas dueñas de la tierra, que les fueron arrebatadas a sangre y fuego para luego ser distribuidas entre los jefes del ejército vencedor, lo que de algún modo genera en nosotros una deuda, cuanto menos en el ámbito del conocimiento, pero no solamente. Porque la reparación que les debemos debe ir más allá del reconocimiento cultural y debe materializarse mediante la posesión de las tierras que les reconoce la Constitución Nacional y demás formas de reparación. En tanto estamos en presencia de un delito de lesa humanidad como lo es un genocidio, las acciones derivadas del mismo deberían ser imprescriptibles; no ya para punir a los muertos lo que - va de suyo - sería imposible, sino para reparar en los más diversos sentidos posibles a los vivos.

En tal sentido es interesante lo afirmado en su tesis doctoral por *Diana Lenton* - doctora en Antropología Social por la Universidad de Buenos Aires y docente de esa casa de estudios - en la que analiza los discursos circulantes sobre los pueblos indígenas y el diseño de políticas nacionales al respecto, entre 1880 y 1970, quien afirma que *el Estado argentino se funda sobre un genocidio*. Así lo considera porque los pueblos originarios fueron sometidos a exterminio

y saqueo mediante ataques a su población civil, confinamiento en campos de concentración de los que salían como esclavos (campos que existieron en Valcheta, Martín García, Chichinales, Rincón del Medio, Malargüe, entre otros), asesinatos y fusilamientos masivos y niños robados, donde, en pos de su configuración homogénea, el Estado se aseguró de que no hubiera más diversidad interna dentro de su territorio, intentando al mismo tiempo destruir la continuidad cultural de estos pueblos. Hasta Mitre llegó a decir en el diario La Nación que lo que hacía Rudecindo Roca, hermano de Julio Argentino, eran crímenes de lesa humanidad, porque se fusilaban prisioneros desarmados y se apresaba a mujeres y niños, y no porque criticara en sí misma la campaña del desierto, sino porque cuestionaba que el gobierno minara su propia legitimidad al desoír lo que eran avances de la civilización. También se destinaron chicos a distintas provincias para cumplir tareas de servicio doméstico y familias enteras a trabajos inhumanos, que finalmente le acarrearán la muerte.

Lenton sostiene que los pueblos originarios son víctimas de un genocidio que aún no se terminó y que *a gran parte de los intelectuales, incluidos los progresistas, no les importan porque, en definitiva, los ven como “otros”*, y lo sucedido, como algo que le pasó a esos otros sin que los afectara particularmente, como si no fueran parte de la historia argentina. Y si bien la Dra. Lenton reconoce que hoy existen espacios de apertura interesante y admite que esta problemática ha ganado visibilidad, cuando se confrontan paradigmas, dice, el que sale ganando es el racista porque si hay petróleo en el territorio los conflictos no los resuelve el INAI o el INADI ni una oficina de interculturalidad, sino la Secretaría de Energía y allí no hay discusión posible.

Tampoco se puede dejar de mencionar la constante y dilatada campaña del intelectual y escritor argentino *Oswaldo Bayer* en defensa de las comunidades indígenas, de la Patagonia sobre todo, autor del libro “Los vengadores de la Patagonia trágica” que fue la base de la película “La Patagonia rebelde”, que supo estar prohibida en la época de la dictadura, quien ha sido un fuerte crítico de la sangrienta “Campaña del Desierto” y promotor de que en algunas ciudades de esa región el nombre y la efigie de Julio A. Roca asignado a calles y plazas sea removido y reemplazado por los héroes – vencidos - de aquella gesta exterminadora. Y quien, como muchos otros, siempre ha señalado que la avanzada militar del Estado argentino sobre los pueblos originarios a fines del siglo XIX tuvo *un reconocido motivo económico que fue el de incorporar tierras al mercado*, las que fueron entregadas sobre todo a latifundistas luego

considerados “próceres” de este país. Y hoy son ambicionadas por compañías mineras y petroleras, cuya actividad comenzó a intensificarse al mismo tiempo que la soja expandía sus fronteras, sin que, a su criterio, los gobiernos – nacional y provinciales – tomen hasta ahora debida cuenta de los reclamos formulados por las comunidades indígenas que se encuentran en muchas regiones del país.

Oswaldo Bayer fue demandado judicialmente por los descendientes de José Toribio Martínez de Hoz, primer presidente de la Sociedad Rural Argentina que fue uno de los mayores beneficiarios de esa ilegítima repartija de tierras – también antepasado del nefasto ministro de economía de la dictadura militar José Alfredo Martínez de Hoz, abuelo a su vez de estos demandantes – porque, dijeron, estaban decididos a “lavar” el nombre de este antepasado que sentían afectado por las denuncias de Bayer, quien irónicamente ha sostenido que también deberían preocuparse por la malhadada sombra que proyecta sobre ellos la figura de su abuelo, hoy también fallecido.

9. Los reconocimientos normativos

La reforma de la *Constitución Nacional* del año 1994 estableció, en el inciso 17 del art. 75, que corresponde al Congreso de la Nación: *Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.*

Anteriormente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había adoptado en su 76ª Reunión, el 27.06.1989, el *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, que lleva el número 169, comenzó a regir el 05.09.91 y fue ratificado por Argentina el 03.07.2000.

Este convenio se dictó observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales del año 1957 pero considerando, además, la evolución y los cambios

experimentados en la materia, a fin de reconocer las aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y su desarrollo económico, y a fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven, por haber advertido que en muchas partes del mundo no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

El Convenio 169 es bastante completo y aborda diversos temas, entre ellos el de la posesión y propiedad de sus tierras, así como también la necesidad de consultar con los pueblos indígenas cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte – como sería el caso de enajenación de estas tierras o de la transmisión de cualquier otra forma de sus derechos sobre las mismas fuera de su comunidad – estableciendo en su artículo 6º los lineamientos a seguir en estos casos, previendo que las consultas se realicen mediante procedimientos apropiados, de buena fe y a través de sus instituciones representativas, a fin de que los pueblos involucrados tengan la oportunidad de participar libremente en todos los niveles de formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente. Destacaré seguidamente, por el interés que presentan para el tema de este trabajo, algunos de los artículos de este Convenio referidos a la situación legal de los miembros de estas comunidades, a saber:

Artículo 8

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

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

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

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

Artículo 10

1. 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.

2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respecto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes y otros medios eficaces. (Como lo fue, por ejemplo, la consulta antropológica que hizo el Juez Lozada en un caso que reseño más adelante).

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o

territorios, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término “tierras” en los arts. 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados

En el año 2006 se sancionó en nuestro país la *ley 26.160*, que forma parte de las medidas que el Estado argentino adoptó para integrar un sistema de protección efectivo en virtud de lo establecido en los arts. 2 y 12 del Convenio 169 de la OIT. Esta ley declaró por el término de 4 años la *emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias* del país, cuya personería jurídica haya sido inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistentes, que luego, mediante *la ley 26.554, fue prorrogada hasta el año 2013* (con vencimiento en el mes de noviembre), en la que se encargaba al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) el relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de esas tierras y se creaba un Fondo Especial para la asistencia de las comunidades indígenas por un monto de Treinta Millones de Pesos, destinados no sólo para el *relevamiento técnico antes mencionado sino también a programas de regularización dominial. Y suspende por el plazo de la emergencia la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el art. 1°.*

Más recientemente el *proyecto de reforma del Código Civil y Comercial* ha generado profundos debates sobre la cuestión de la propiedad de la tierra de los pueblos originarios, en los que ha participado el titular del INAI, quien ilustró a los legisladores sobre el tema informando, asimismo, que en el país existen *más de 900 comunidades indígenas y unas 950.000 personas* que integran la población de los pueblos originarios, siendo uno de los puntos que trata la reforma, precisamente, el derecho a consulta a estas comunidades cuando un emprendimiento privado puede afectar el lugar donde viven. Claro que todo aquello que se sancione como ley general, *al mismo tiempo que reconoce el pluralismo cultural y antropológico absorbe lo que de jurídico tiene el concepto* en la medida que ya no pertenece a otra regulación, paralela o alternativa a la del Estado, sino que queda incorporada a ella en igualdad de condiciones y jerarquía con cualquier otra norma estatal, como sucedió con la reforma constitucional de 1994, aunque en un principio se le haya otorgado a la norma, de hecho, un carácter más bien programático.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que estos derechos reconocidos por la ley que durante mucho tiempo quedaron un poco como letra muerta, van generando una regulación más específica en virtud de los cambios culturales que se han profundizado en los últimos tiempos, tanto desde las reflexiones que sobre esta cuestión escuelas como la teoría crítica (que ya no es la única) han llevado a cabo prácticamente desde sus orígenes - al menos en estos lugares del mundo - como por la acción inicialmente aislada pero cada vez más generalizada de algunos operadores jurídicos, que paulatinamente van configurando una mirada plural en el abordaje de estos temas, como seguidamente se verá.

10. Mojones jurisprudenciales

En el mes de agosto del año 2011 se tuvo noticia de un fallo donde la justicia de *Tucumán*, invocando la vigencia de la ley 26.160, impidió el desalojo de una comunidad de indios quilmes en Colalao del Valle, quienes habían sido desalojados tres veces por orden de un mismo juez pero siempre habían vuelto a recuperar ese territorio ancestral a pesar de que niños, ancianos, mujeres y hombres habían sido reprimidos con gases lacrimógenos y balas de goma y había habido detenidos, además de haber sufrido la destrucción de viviendas y mercadería, no obstante lo cual permanecieron en el lugar. Latente un cuarto desalojo, el Dr. Carlos Arraya, titular del Juzgado Civil y Comercial de la 2ª Nominación, en el expediente 1938/11 frenó cualquier intento de expulsión territorial instando

a respetar el territorio indígena y remarcando la plena vigencia de esta ley, que hasta ahora ha sido muy poco implementada por el Poder Judicial.

Este caso llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la mano del colectivo Abogados y Abogadas del NOA en Derechos Humanos y Estudios Sociales (Andhes) donde se remarcó el incumplimiento de la ley 26.160, la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT y la Constitución Provincial.

La Unión de los Pueblos de la Nación Diaguita a la que pertenece la Comunidad India Quilmes (CIQ), está conformada por 54 comunidades de 5 provincias: Tucumán, Catamarca, Salta, Santiago y La Rioja, y recuerda que la Corona Española emitió una Cédula Real en el mes de abril del año 1716 – prueba reconocida por el derecho local provincial y nacional y también por tratados internacionales - que fue aceptada por el Ministerio Público de Buenos Aires en 1853, reconociendo ambas partes la posesión y derecho territorial de las comunidades que hoy habitan el noroeste provincial. Este documento no especifica leguas ni hectáreas pero sí montañas, lagos y arroyos que aún perduran, en base a los cuales esta comunidad estima un piso de 120.000 hectáreas, de las cuales más de la mitad les fueron arrebatadas en el último siglo.

En el mes de septiembre del año 2011 la Cámara de Apelación del Noroeste de *Chubut* falló a favor de la comunidad mapuche “Santa Rosa Leleque”, reconociendo la vigencia de la ley de emergencia, posesión y propiedad indígena 26.160 y, por ende, suspendiendo el llamado de autos para sentencia en un juicio donde la demanda, promovida por la Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A., estaba destinada a recuperar la posesión de un predio que esta comunidad reivindica como propio en función de la posesión comunitaria ejercida por sus miembros.

En esa causa, los abogados de la comunidad citaban dos precedentes: “Lof Casiano c/ Provincia de Río Negro s/ Contencioso Administrativo” en trámite por ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la IIIª Circunscripción de la Provincia de *Río Negro*, con sede en San Carlos de Bariloche; y “Cañupán Manuel c/ Empresa Minera Pacific Rim Mining Corporation Argentina s/ Ordinario”, en trámite por ante el mismo Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Noroeste de *Chubut* con sede en Esquel.

Otro elemento importante para destacar es que al reconocerse formalmente en juicio a la Comunidad Mapuche como tal, también el Estado reconoció su preexistencia étnica y cultural, y la ocupación tradicional de su territorio, lo que adquiere relevancia ya que el *decreto 1122/07* que reglamentó la ley 26.160, indica que se aplica incluso a las comunidades preexistentes, es decir, a las que no tengan su personería jurídica registrada, dado que esta misma Cámara había sostenido en ese mismo juicio que esta Comunidad no existía hasta que no se registró en la Escribanía General de Gobierno de Chubut.

En el mes de octubre de 2011 un juez de Bariloche, también provincia de Río Negro, el Dr. Martín Lozada – hijo del ilustre Salvador María Lozada, que en 1973 falló contra las multinacionales en el caso conocido como Swift – Deltec, quien además de juez penal es Catedrático de la UNESCO en Derechos Humanos, Paz y Democracia por la Universidad de Utrecht, Países Bajos - sobreeseyó a una mujer de la comunidad mapuche Huayteka acusada de cortar un camino vecinal para impedir que una empresa petrolera desmontara un bosque que es sagrado para su pueblo, basado en una pericia antropológica que requirió antes de resolver el caso a fin de analizar la problemática del multiculturalismo “*para poder juzgar con conocimiento y no desde un paradigma de hegemonía cultural*”, explicando que “*se llama delito culturalmente motivado a determinados comportamientos que, si bien contradicen la norma penal, se explican en razón de la cultura a la que pertenece el infractor*”, estableciendo en su resolución la legitimidad de los pobladores ancestrales sobre las tierras en cuestión.

En su fallo – sin duda ejemplar – resaltó que la reforma constitucional de 1994 reconoció la existencia de los pueblos indígenas y que el multiculturalismo “*supone referirnos a la presencia, en un contexto espacial, de diversas culturas, y a la consecuente concurrencia de elementos cognitivos comunes que hacen a la representación del mundo exterior, en el ámbito de la moral, la religión, el derecho, las relaciones sociales.*” Y recordó la incorporación al ámbito interno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre ellos el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la reforma constitucional de 1994 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Respecto de la mujer acusada señaló que no es posible “*que hubiera estado en condiciones de inspirarse en la expectativa subyacente a la previsión normativa prevista en el art. 181 del Código Penal, y ello por cuanto, en lo*

esencial, su sistema de creencias la llevó a hacer prevalecer lo que entendió como un bien jurídico de mayor trascendencia”, considerando entonces que “estamos en ausencia de cualquier forma de culpabilidad penal...”

La pericia estuvo a cargo de la Dra. Claudia Briones, profesora de la Universidad Nacional de Río Negro y titular de la Escuela de Humanidades de esa casa de estudios, y la sentencia quedó firme al ser consentida tanto por el fiscal como por la parte querellante, lo que pone de manifiesto la progresiva importancia de los actores no juristas en los procesos en los que se juzga una cultura, tornando el campo del derecho más acotado no sólo por los parámetros provenientes de otras ciencias sino también por una clara opción ético política.

En tal sentido cabe traer a colación la contribución de Zaffaroni al tema que nos ocupa, puesto que si bien en su Tratado de Derecho Penal deja claramente establecido que de acuerdo con el sistema que inspira nuestro ordenamiento constitucional y la estructura del régimen penal que es su consecuencia el derecho argentino es un derecho de culpabilidad, establece como prerequisites de la reprochabilidad la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad de la conducta del autor del delito y su actuación dentro de un marco situacional que permita un cierto ámbito de autodeterminación, fuera de los cuales el reproche quedaría jurídicamente excluido. No existe la posibilidad de comprensión cuando media incapacidad psíquica o un error de prohibición invencible (inc. 1º del art. 34 del Código Penal), y no se da la autodeterminación cuando se produce un estado de necesidad exculpante (inc. 2º del mismo artículo).

Porque cuando son muy marcadas las diferencias en la comprensión del mundo se puede tornar inexigible la comprensión de la antijuridicidad, dado que el sujeto no puede internalizar la pauta de conducta disvaliosa para el sistema jurídico oficial como propia.

Muy recientemente, el 13 de julio de 2013, la Dra. Gladis Beatriz Regoski, a cargo del Juzgado del Menor de Edad y la Familia de J.J. Castelli, VIª Circunscripción Judicial de la provincia del *Chaco*, hizo lugar a una acción de amparo promovida por Epifanio Leiva en representación de la comunidad quom – que aquí en Rosario conocemos más comúnmente con el nombre de tobas – ordenando a un particular la restitución de un inmueble situado en la localidad de Miraflores de esa provincia, por considerar ilegal el contrato de compraventa oportunamente celebrado sobre tierras de esta comunidad, en un proceso donde

intervinieron como *amicus curiae* del tribunal el Presidente de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, la Presidenta de las Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, el Presidente de la APDH La Matanza y la Coordinadora de Pueblos Originarios de la APDH. Y considerando que el juez de paz de la localidad había sido responsable de certificar un contrato de compraventa ilegal, comunicó lo actuado al Superior Tribunal de Justicia para que arbitre las medidas que estime pertinentes, intimó al Poder Ejecutivo Provincial para que mediante los organismos correspondiente haga efectivo el cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT e impuso las costas al particular comprador del inmueble y al Estado Provincial, a ser soportados en partes iguales.

A los instrumentos legales nacionales e internacionales antes mencionados la jueza sumó otros en los fundamentos de su fallo, advirtiendo que *“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el derecho a la propiedad consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que el artículo 21 de la Convención protege la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, el derecho de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. Con la interpretación evolutiva del art. 21, la Corte ha abarcado el concepto indígena de propiedad dando a ese derecho un alcance que incluye diversidad de modos de vida válidos y dignos de protección y garantía. Así, en la sentencia del caso Awás Tingni, reconoce que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en el individuo sino en el grupo y su comunidad y asume que esa forma de propiedad requiere también de su tutela.*

La Corte Interamericana ha definido que la estrecha relación entre las comunidades indígenas y sus territorios tradicionales, incluyendo los recursos naturales que ahí se encuentren y los elementos inmateriales que de ellos se desprenden, que son también materia de de protección de este artículo 21, porque garantizan el goce de un bien material pero también, en la medida que la relación que une a estos pueblos con su territorio no se refiere meramente a la posesión o aprovechamiento material del mismo sino que contiene un elemento espiritual, deben gozar plenamente de sus tierras inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Explicando más adelante, con cita de Martínez Cobo, que *“Las comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades previas a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran*

a sí mismas diferenciadas de otros sectores de las sociedades que prevalecen actualmente en sus territorios, o en parte de ellos” constituyendo sectores no dominantes de la sociedad que están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como la base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales”.

También pueden mencionarse algunas medidas cautelares dictadas por un magistrado de la provincia de *Catamarca*, el Dr. Fernando Luis Adet Caldelari, con competencia en la localidad de Recreo, Departamento La Paz de esa provincia, quien en la sentencia interlocutoria N° 93/2012 y en la N° 87/2013, prórroga de la anterior, a pedido de la Fiscalía de Instrucción Distrito I, Turno 1° de la 1ª Circunscripción judicial de la ciudad de *Córdoba*, entre otras, mediante sendas medidas cautelares de no innovar decidió el mantenimiento de la situación existente ante un conflicto planteado con pobladores ancestrales de la región, siendo del caso citar algunos párrafos de ambos pronunciamientos, con especial pertinencia para el tema aquí abordado:

Es así que en su primera resolución, que data del mes de abril del año 2012, sostuvo: *“Que es mi criterio y además deber constitucional impuesto a los jueces dar al menos una respuesta parcial a las preguntas planteadas a los derechos de contenido social. Esto indico en especial referencia a los habitantes o pobladores que viven muchos de ellos desde su nacimiento y/o sus ancestros desde tiempo inmemorial. En este sentido la teoría constitucional ha dicho que los derechos con contenido social apuntan a un problema específico de las sociedades contemporáneas: la “cuestión social”. La cuestión social puede resumirse, básicamente en la existencia de la desigualdad socioeconómica: los recursos de una sociedad están distribuidos de una forma no igualitaria y ello, de alguna manera ofende ciertos valores constitucionales. Sobre este tópico el Dr. Pedro Caminos enseña “Una interpretación aceptable deberá ser capaz de integrar consistentemente las diferentes partes de nuestro derecho constitucional, sin establecer una prioridad absoluta de un sector sobre otro. Ello quiere decir que el intérprete deberá ser capaz de explicar por qué, en determinados casos, los derechos con contenido social tendrán primacía sobre otro tipo de derechos. Pero no podrá decir que siempre y absolutamente en todos los casos ello tiene que ocurrir de ese modo, pues de hacerlo así, no le estaría dando papel alguno a las normas sobre derechos que no tienen contenido social...Dado que los derechos con contenido social apuntan a combatir ciertas distribuciones que se considera*

que generan desigualdad, la finalidad de aquellos derechos es eminentemente redistributiva.” (Caminos, Pedro en “Tratado de Derecho Constitucional”, de Juan Vicente Sola, Tomo II, La Ley, Buenos Aires 2009). Tal redistribución puede ser indirecta o directa pero esa actividad es competencia específica de otros poderes del estado. Sin embargo, la probabilidad de ocurrencia de un evento que lesione, limite, restrinja o postergue sin término razonable derechos fundamentales, es causa suficiente y eficiente para el ejercicio de la tutela judicial preventiva como cumplimiento del mandato constitucional, en virtud del cual las estructuras del Estado deben controlar que los particulares no lesionen los derechos de otros”. Agregando en su segunda resolución, de un año después: “Justamente son los derechos sociales de quienes viven desde tiempo ancestral en el inmueble afectado a quienes pretendo proteger al dictar esta medida cautelar. La cual tiene como fundamento principal y fin último la protección de esos derechos sociales garantizados en el Bloque de Constitucionalidad Federal, en especial en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todo esto puede ser realizado en el ejercicio independiente de la función de garantía de poder asignada a los jueces, concretada en la tempestiva tutela cautelar judicial como elemento definitorio y esencial del poder del juez en el estado constitucional de derecho. Y de esta manera evitar que los pronunciamientos y procedimientos judiciales se transformen en desarrollos teóricos o doctrinarios al momento de dictar sentencia, si ésta no puede ser efectivamente aplicada para proteger los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados al no poder asegurar previamente el objeto del juicio”.

Estas decisiones, todavía aisladas, hacen que sea prematuro afirmar que estamos asistiendo al comienzo de un cambio de paradigma dentro del Poder Judicial; pero aún si así no fuera, o no todavía, es auspicioso que los jueces comiencen a resolver esta clase de conflictos respetando la cultura y los derechos de los pobladores ancestrales de estas tierras, así como sujetándose a la normativa vigente, nacional e internacional, sobre la materia.

11. Modificaciones simbólicas y culturales

Otros hechos puntuales pueden señalarse en el lento camino iniciado para lograr el reconocimiento e integración de los pueblos originarios a la Nación Argentina, algunos de los cuales seguidamente cito, en orden no jerárquico sino cronológico:

a. La marcha de las comunidades originarias a Buenos Aires durante la fiesta del Bicentenario, celebrada el 25 de mayo de 2010, donde superando dificultades de diversa índole se organizaron los pueblos mapuche, quom, kolla y diaguita para confluír, desde distintos puntos del país, en la Capital de la República, donde pudieron entrevistarse con la Presidenta de la Nación para decirle lo que necesitaban, lo que querían como organizaciones indígenas y también que querían aprovechar las puertas que se habían abierto para poder organizarse, porque antes eran perseguidos y no podían hacerlo. Así lo relata la Dra. Mariela Flores Llampá, asesora legal de los Pueblos de la Unión Diaguita en Tucumán - de donde es originaria – y también del Instituto Nacional contra la Discriminación (Inadi) para llevar la voz de estos pueblos, en una entrevista que el periodista Andrew Graham-Yooll le hace en el periódico Página 12 en el mes de diciembre del año 2012, explicándole también los tabúes que particularmente tuvo que superar porque era muy mal visto por parte de estas comunidades trabajar para el Estado, dado que en general se habían sentido muy marginados por éste a la hora de reconocerles y hacer efectivos sus derechos. Habida cuenta de que la imagen que de ellos se tenía desde la ciudad era la del indígena que venía disfrazado dando lástima, muriéndose de hambre, sin saber hablar castellano y destinado a trabajos como el de sirvienta o peón, sin tener en cuenta los siglos que llevaban resistiendo en las condiciones más difíciles pese a haber sido continuamente diezmados por la prepotencia de los terratenientes aliados al poder de turno, lo que de algún modo era indicativo de una cierta idoneidad, o para decirlo en términos más actuales – no la entrevistada, sino quien esto escribe - de una cierta capacidad de resiliencia.

b. Que, oficialmente, en nuestro país, por un decreto presidencial del mismo año se dejó de festejar el 12 de octubre como “Día de la Raza”, siendo celebrado desde entonces como “*Día del Respeto a la Diversidad Cultural*” (recordemos que el 11 de octubre es considerado por los pueblos indígenas como “el último día de libertad”) porque también el lenguaje y el simbolismo que entraña la expresión inciden materialmente en la conformación de un discurso alternativo al predominante. En un sentido afín, vale memorar que ya en España, para la conmemoración de los 500 años de la gesta de Colón, se comenzó a utilizar la frase “el encuentro de dos mundos” (o alguna similar) en lugar de aludir al “descubrimiento” de América.

c. Que se haya conformado recientemente, en el año 2013, el Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI), que creó el Centro de Documentación Cristina Linkopan para visibilizar las múltiples formas de discriminación a las que están expuestas las mujeres indígenas, porque sus creadoras entienden que las convenciones y las leyes que hacen referencia a los DDHH de las mujeres se han elaborado desde un paradigma de mujer blanca, urbana y de clase media, que es una situación completamente distinta a la de las mujeres indígenas, sobre las que opera una forma de colonización discursiva al referir a sus derechos y necesidades. En tal sentido, este espacio representa un esfuerzo por descolonizar y por reunir teoría y práctica desde otras matrices, porque la violencia no afecta por igual a todas las mujeres sino que algunas – entre ellas las mujeres indígenas – se encuentran mayormente expuestas a diversas formas de violencia en base a más de un factor de riesgo. Se le puso ese nombre en homenaje a una mujer mapuche de 30 años, madre de 4 niñas, que fue jefa de la comunidad Gelay Ko asentada en las afueras de Zapala y enfrentó a la petrolera estadounidense Apache cuando invadió territorio mapuche. Fallecida de un paro cardiorrespiratorio producto de una hipertensión pulmonar, según consigna su certificado de defunción, la Confederación Mapuche de *Neuquén* ha denunciado, sin embargo, como causa de muerte, la contaminación petrolera y recuerda a Cristina Linkopan como ejemplo de lucha, defensa del territorio y reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas.

d. También se puede mencionar que en la Primera Reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe que se realizó en Montevideo, también en el año 2013, las mujeres indígenas pidieron que se las atienda en los centros de salud desde una perspectiva que respete su cultura. Por ejemplo, con el reconocimiento de los conocimientos ancestrales, los médicos indígenas, las parteras tradicionales y la cosmovisión de los pueblos indígenas en los sistemas de salud. El Enlace Continental de Mujeres Indígenas de las Américas (ECMIA) recordó a los Estados que tienen “la obligación de proteger y garantizar el más alto nivel de salud intercultural que contemple los derechos sexuales y reproductivos y la salud materna de las mujeres indígenas como parte fundamental del derecho a la salud”, ya que la mortalidad materna afecta mucho más a este sector de la población.

En este punto de la historia, y aún cuando falte todavía un largo

camino por recorrer, considero que todas las investigaciones, los trabajos teóricos y los de campo que se hicieron desde las distintas disciplinas que abordaron esta diversidad antropológica y sus proyecciones sobre la cultura y la juridicidad - algunos de los cuales han sido mencionados sumariamente en este artículo - así como las acciones políticas de los grupos afectados y la decisión de los tres poderes del Estado, cada uno en su ámbito, han contribuido a darle a esta cuestión no sólo una visibilidad que no tenía sino también la posibilidad de erigirse en alternativa válida de regulación legal, inclusión cultural y legítimo reclamo de medidas protectorias por parte del Estado.

12. Tentativas de integración desde la educación formal

Finalmente, desde la perspectiva de la *educación formal*, resulta interesante mencionar dos ejemplos que confirman tanto la asunción explícita del pluralismo cultural existente en nuestro país, como una tendencia a la integración, siempre desde el reconocimiento de la diversidad.

Comenzando por lo local y sin descartar que experiencias similares se estén produciendo en otras casas de estudio, corresponde destacar que la *Universidad Nacional de Rosario* ha becado a 28 alumnos de pueblos originarios - 22 de los cuales ingresaron en el año 2013 - que pertenecen a las comunidades Quom, Kolla, Ava Guaraní, Mocoví, Mapuche, Omaguaca y Tilián y han elegido carreras tan diversas como Odontología, Medicina, Ciencias de la Educación, Abogacía, Historia, Psicología, Trabajo Social, Antropología, Ingeniería Civil, Arquitectura y Música, así como, algunos de ellos, hacer el secundario en la Escuela Agrotécnica de Casilda. Además, la Universidad se ha propuesto garantizar el ingreso, permanencia y egreso de estos alumnos mediante la creación del *Programa Intercultural para Estudiantes de Pueblos Originarios*, que no sólo les otorga becas integrales sino también un acompañamiento que respete sus pertenencias a través de espacios interculturales de diálogo, aprendizaje e intercambios de saberes, siendo el coordinador un estudiante avanzado de Ciencias Políticas oriundo de Tilián (Quebrada de Humahuaca) quien cuenta con la asesoría académica de una historiadora de la UNR y la consultoría de una integrante del Fondo Indígena. Tienen pase libre para el transporte urbano de pasajeros, cuentan con material de estudio y alimento, más un monto fijo mensual de mil pesos para solventar otros gastos relacionados con su estudio, y reciben acompañamiento personal pedagógico, académico y sociocultural permanente a cargo de estudiantes avanzados y docentes de la facultad con formación

intercultural, encontrándose nucleados en el Consejo de Estudiantes de Pueblos Originarios, un instrumento de participación política indígena donde se generan y discuten todas las propuestas a trabajar en coordinación con el programa.

Desde otra perspectiva – más ligada a la consolidación de la propia cultura que a la integración - también se debe mencionar la creación de la *Universidad Campesina (Unicam)* impulsada por el Movimiento Nacional Campesino Indígena (MNCI) que se ha creado este año 2013 en la localidad de Villa Ojo de Agua, ubicada en el sur de la provincia de Santiago del Estero, casi en el límite con Córdoba, y se encuentra avalada por cuatro universidades nacionales: La Plata, Quilmes, Córdoba y Río Cuarto, que respetando la propia lógica de sus impulsores, certificaron los distintos trayectos pedagógicos y las profesiones propuestas por esta organización para avanzar en la soberanía alimentaria, la reforma agraria integral y la unidad de los pueblos latinoamericanos, logrando, asimismo, que los estudiantes tengan títulos universitarios y no terciarios.

Su finalidad es la de promover espacios de formación para los jóvenes de comunidades rurales desarrollando un espacio educativo y productivo orientado a la agroecología. El coordinador general de la Unicam, Angel Strapazon, ha expresado que “Los hijos de los campesinos fracasan en las universidades clásicas y por eso hay que desarmar ese contenido y enraizarlo en el sustrato indoamericano de transformación y justicia social”. Es así que la enorme mayoría de la población indígena y de los jóvenes provenientes de los pueblos originarios jamás pudieron acceder a las universidades nacionales, sostiene, porque “La universidad tradicional no está preparada ni metodológica ni políticamente para ellos. No convoca ni entusiasma a estos sectores para convencerlos de que ellos también tienen derechos a títulos universitarios”.

La Unicam tendrá, inicialmente, cuatro trayectos pedagógicos – que cumplen la función de las carreras tradicionales - de tres años y medio de duración, más un trabajo de campo de un año a modo de práctica comunitaria: Agroecología y desarrollo rural, Derechos humanos y territorio, Música y cultura popular y Gestión de medios populares de comunicación (periodismo popular) y ha comenzado a funcionar con talleres y cursos cortos de carácter formativo: memoria histórica de los pueblos originarios, salud popular y prevención de la salud son algunos de los ejes temáticos desde los que trabajan las 62 personas que actualmente cursan allí, previéndose un número para el año 2014 de aproximadamente 250 personas, y la instalación, en el año 2016, de los trayectos

pedagógicos de Medicina, Psicología y Arquitectura, pero con una duración más extensa.

La idea de los organizadores es que los estudiantes alternen períodos en el aula y en los territorios, con el fin de fortalecer el vínculo entre el estudiante, la comunidad de base (que es el lugar donde viven), el conocimiento y la acción o práctica transformadora. Se sustentará con dinero proveniente de los movimientos campesinos que conforman la organización y también contará con aportes del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Desde el MMCI han expresado: “No queremos darle un sentido competitivo y por eso no nos parece que haya carreras universitarias a la manera tradicional. La idea es que los trayectos integren la defensa de la cultura campesina, sus valores y las formas de producción en contra de los agronegocios del tipo del cultivo transgénico, porque el avance del agronegocio ha acarreado un proceso de concentración en la producción, la tierra y los recursos naturales que dejaron por el camino a miles de campesinos indígenas, que perdieron la posibilidad de continuar con su actividad”

13. Interrogantes y – provisorias - conclusiones

Teniendo en cuenta que el tema ha sido abordado desde diversas perspectivas finalizaré este análisis desde lo estrictamente jurídico, planteando algunos *interrogantes* y *conclusiones* que espero sean útiles para la comprensión y el debate, a saber:

1) El pluralismo jurídico entendido como hecho es una situación ampliamente registrada por la sociología jurídica, pero pretendido como derecho o como argumento para la solución de conflictos jurídicos presenta mayores dificultades y sobre todo, desafíos, algunos de los cuales parecen ir teniendo una respuesta positiva a través de las iniciativas y acciones de orden legal, jurisprudencial, cultural y educativo antes mencionadas.

2) Algunos autores se preguntan: *¿Es realmente derecho* el que encontramos y se aplica en comunidades como las de Pasargada y Calahuyo? Borello dice - y no puede sino compartirse - que la respuesta que demos a esta pregunta dependerá de nuestra propia concepción acerca del derecho y que este marco teórico la condicionará, entrando en una suerte de círculo vicioso.

3) *La sociología jurídica, en la mayoría de sus expresiones, no dudará en aceptar el derecho plural como derecho realmente existente.* De Sousa Santos da una definición que puede abarcar estos fenómenos: “conjunto de procesos regularizados y de principios normativos, considerados justiciables en un grupo social dado, que contribuyen para la creación y prevención de litigios y para su resolución, a través de un discurso argumentativo de amplitud variable, apoyado o no por la fuerza organizada”.

4) *En la ciencia jurídica, en cambio – en su actual modelo hegemónico de corte positivista – el derecho plural queda expresamente excluido* porque la producción jurídica está vinculada solamente a la actividad estatal. Como dice Kelsen una norma es válida sólo si se ha sido creada por los órganos autorizados por el ordenamiento jurídico, si fue sancionada conforme a la Constitución, y algunas de las reglas que integran el orden normativo de un Estado están dirigidas a regular el ejercicio del monopolio de la fuerza estatal, elemento diferenciador del derecho, a lo que autores como Hart o Ross agregan su carácter institucionalizado, o sea, que sus normas establezcan autoridades u órganos centralizados que son los únicos autorizados para aplicar medidas coactivas.

5) En tal sentido, *a prima facie el pluralismo jurídico sería incompatible con el concepto de constitucionalismo* desde que niega la exclusividad estatal en la producción de derecho dado que el objeto de las constituciones de los estados modernos es, precisamente, la individualización de quiénes y bajo qué formas crean derecho, o bien qué fuentes jurídicas se permiten al interior del ordenamiento, encuadrando a juicio de algunos, en este último supuesto, el art. 75 inciso 17 de la CN, o sea, como una forma de pluralismo aceptado por el ordenamiento normativo. Pero, a mi criterio, a partir de la incorporación al orden vigente, desde un punto de vista estrictamente teórico perdería este estatus teórico

6) Por eso se debe mirar con atención la evolución tanto de la legislación como de la jurisprudencia, así como tomar nota de las ofertas educativas específicamente destinadas a dar cabida y adecuada respuesta a esta diversidad cultural desde la institucionalidad organizada del Estado, porque tal vez estén expresando una tendencia destinada a morigerar lo

que de discriminatorio emergía, de hecho, de este pluralismo sociológico, mediante la vía de la incorporación respetuosa de estas diferencias al monista sistema legal que nos rige.

7) En la consolidación de estas tendencias se habrá de tener el suficiente cuidado en llevar adelante auténticos procesos de integración cultural, evitando el riesgo siempre presente de consolidar algún tipo de discriminación que mediante alguna irracional perpetuación de lo propio – de ambos lados - impida una superadora mixtura con lo otro.

8) Otra característica a tener en cuenta es la siguiente *cuestión paradójica*: mientras que en los países centrales el pluralismo jurídico aparece como una forma de *resistencia* a la omnipotencia estatal (por exceso de Estado) – uno de cuyos ejemplos sería, a mi criterio, el afán independentista de Cataluña - en Latinoamérica la ecuación es inversa, pues el desarrollo de una normatividad paralela surge ante la *ineficacia* de la actividad estatal para contener a variados sectores sociales (por ausencia del Estado).

En definitiva, el “argumento” del pluralismo jurídico se ha presentado en *Latinoamérica*, típicamente, de dos modos diferentes, al que ya agregaría un tercero, relativamente reciente, en consonancia con lo que hasta aquí he analizado:

1) El que intenta aplicar el *pluralismo sociológico* asociado a la construcción de una legalidad propia, eficaz para ese grupo social y que de algún modo es producto de la ausencia estatal.

2) El que se construye por medio del *pluralismo antropológico*, que no tiene que ver solamente con la ineficacia estatal sino por la reacción a patrones culturales diferentes, que reconoce antecedentes en las naciones coloniales en contraposición a la pretensión imperialista del derecho “moderno”, establecido a partir de la constitución de los Estados nacionales.

3) El que actualmente pretende *integrar a la legalidad estatal esta diversidad cultural y normativa* pero no, estrictamente, desde lo que el derecho liberal moderno es y ha significado desde sus orígenes, sino respetándola en su especificidad aún cuando esta integración se produzca dentro de sus márgenes. Tarea por cierto difícil, pero al menos iniciada.

Se trata, *en suma*, de determinar cuáles son los criterios para valorar y legislar en consecuencia, y cuál es el modo en que se construyen esos criterios, lo que nos conduce a asumir *la necesidad de mantener y defender el pluralismo ideológico, valorativo y cultural*, a partir de un análisis sociológico de esa pluralidad que muestre las *causas que dan origen a estos diferentes sistemas de legitimidad y sus implicancias socioeconómicas*, sin dejar de tener en cuenta, sin embargo, que cualquier cultura, sea la oficial o una alternativa, puede ser susceptible de crítica si está asentada en estructuras que mantienen la desigualdad humana sosteniendo formas denigrantes de vida.

Y se trata, también, de tener en cuenta que la presencia del pluralismo – sea de tipo jurídico, antropológico, sociológico o cultural – pone de relieve *la necesaria interrelación entre los distintos saberes jurídicos al ensanchar el horizonte del derecho como fenómeno social complejo en constante modificación, no siempre adecuado a los parámetros impuestos por el Estado*. Por lo que resulta imprescindible abreviar en la interdisciplina, principio que desde las teorías críticas propugnamos como una de las dimensiones epistemológicas del conocimiento jurídico.

Volviendo al texto de Borello, interesa señalar que lo concluye expresando: “Si el derecho es – en definitiva – una técnica de organización social, el análisis de las características y modalidades que adquiere cuando no es elaborado u operado por el Estado desde sus aparatos burocráticos, sino por sus propios agentes, pone de manifiesto necesarias condiciones para que sea *accesible a todos*, como las que hemos visto, de consenso, participación, igualdad, flexibilidad en sus rituales, comprensión de su lenguaje, etc. Desconocer o desvalorizar el aporte de estos argumentos implica un innecesario empobrecimiento (y desfiguración) del derecho, pues por sí solos, los conceptos del positivismo jurídico (y, por ende, de la Ciencia del Derecho) son *necesarios pero insuficientes* para la comprensión del derecho. Y también de su diversidad, cuyo desconocimiento pone en juego la misma legitimación del derecho, si éste es insensible a la pluralidad de valores en la sociedad.”

Finalmente y a modo de cierre deseo reiterar que tanto el pluralismo jurídico como el multiculturalismo – que, desde ya, no son la misma cosa pero tienen insoslayables puntos de contacto – tienen que ver con dos dimensiones propias del ser humano que lo definen y dividen aguas: *la identidad y la dignidad*,

como rasgos en permanente construcción que nos constituyen y tanto nos acercan como nos alejan de nuestros congéneres. Pero, también, con la necesidad de *integración respetando las diferencias*. Y como el arte suele ser a menudo un vehículo más rápido y directo tanto para la aprehensión de ciertos fenómenos e ideas como para poner en evidencia nuestra propia incompreensión sobre temas ajenos a nuestra experiencia vital, además de ser más placentero, me permito recomendarles dos excelentes obras – entre muchas otras - referidas a realidades culturales diversas pero que tienen en común lo esclarecedor de su mirada, sea cultural en el primer caso como jurídica en el segundo: la novela “*Nieve*” del escritor turco Öhran Pamuk y la multipremiada película “*Una separación*” del director iraní Asghar Farhadi, porque nos muestran qué diversas maneras existen de producirse y ser comprendidos y regulados los conflictos en el mundo en el que todos vivimos.

Bibliografía

- Borello, Raúl G.: “Sobre el pluralismo jurídico” (en “Las fuentes del derecho” y otros textos de teoría general, compilación de Lucía María Aseff, Editorial Juris, Rosario, 2005).
- Cárcova, Carlos M.: “La opacidad del derecho” (Capítulo 2, Editorial Trotta, Madrid, 1998).
- Garapon, Antoine: “Juez y Democracia – Una reflexión muy actual”, Editorial Flor del Viento, España, 1997).
- Geertz, Clifford: “Conocimiento local”, Editorial Paidós, Barcelona, 1994.
- Rodríguez, Graciela Beatriz: “Notas sobre el pluralismo jurídico desde la Antropología y Sociología Jurídicas”, en “Papeles de Trabajo N° 14”, edición del Centro Interdisciplinario de Ciencias Etnolingüísticas y Antropológico sociales” CICEA, Universidad Nacional de Rosario, 2006.

Universidad Nacional de Rosario (Argentina)
malu@netcoop.com.ar