

# ***Pluralismo jurídico, pluralismo cultural y acceso a la justicia***



**Dra. Lucía María Aseff**

Vocal de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Sala II, Rosario (SF)

## 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.

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 to-

do 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 parte, 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 que actualmente se intenta 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**. Más aun 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 vocación 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 cual-

quier 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 nues-

tro 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 siste-

ma 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 insuficiencia para resolver cierta clase de conflictos, con el fin de que a través de estas agencias adquiera 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 presen-

ta, 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 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 Antoine 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 insti-

tuciones 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 auto-composición 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 Clifford 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 al-

gunos 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 radica, en parte, en su 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 cuele 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.

#### 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 juridicidad 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 priva-

dos 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, **inconvalidable**: 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 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 Código Civil conceptualiza como «personas jurídicas») pero la producción normativa que emana de esos grupos, en cuanto a antes, parte de una autorización estatal por lo que no formarán parte de este abordaje porque esto 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 jurí-

dicos 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 , 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 monopolístico, negando el reconocimiento a cualquier otro sistema jurídico en el 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 ex-**

### **presa 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 estatalismo 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 or-

denamientos, 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 anti estatal. **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 rastrearse 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– y en elaboraciones más cercanas a la teoría general del derecho.

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 globaliza-

ción 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 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 algún pluralismo jurídico tienen ya varias décadas y en general se encaminaron principalmente a la búsqueda de dos situaciones:

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

En tal sentido podemos citar como antecedentes, entre otros, la presentación que hiciera Ernesto Garzón Valdés de 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 allí 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.

También las investigaciones realizadas por **Boaventura de Sousa Santos** en Río de Janeiro –en la **favela de Pasargada** (nombre imaginario otorgado a un lugar real)– que 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.

Asimismo, 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– 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 intergraron se hizo sobre la base de un genocidio cometido sobre las tribus indígenas**, que eran las auténticas due-

ñas 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 respec-

to, 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 chi-

cos a distintas provincias para cumplir tareas de servicio doméstico y familias enteras a trabajos inhumanos, que finalmente les 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 interesantes 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 in-

telectual 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 habitan muchas regiones del país.

### 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; por el interés que presentan para el tema en análisis recomendando especialmente la lectura de sus artículos 8, 9, 10, 12, 13 y 14.

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 inscripta 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** y nuevamente prorrogada hasta el 2016, 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 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. 1º.

A lo que debemos sumar las **100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad**, surgidas en el año 2008 de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adhirió mediante Acordada en el año 2009 y la Procuración General de la Nación adoptó, en las que una de las condiciones de vulnerabilidad especialmente tenidas en cuenta es la pertenencia a comunidades indígenas cuyos integrantes pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal, por lo que se recomienda que éste sea respetuoso con su dignidad, su lengua y sus tradiciones culturales, sin perjuicio de lo dispuesto por la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, que propicia la armonización entre ambos sistemas con fundamento en los instrumentos inter-

nacionales existentes en la materia y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

El **proyecto de reforma del Código Civil y Comercial** generó 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, co-

mo 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, el texto final del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sólo expresó en el art. 18 respecto a los Derechos de las comunidades indígenas. *«Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional»* (el resaltado me pertenece).

Sin duda no era esto lo que esperaban quienes pretenden el pleno reconocimiento de estos pueblos, pero más allá de las controversias que se puedan haber suscitado en las consultas llevadas a cabo en el período previo a la reforma –lo que explicaría la sola sanción de este artículo– si bien en algunas instituciones la intención fue respetar en su mayor parte la norma-

tiva de microsistemas preexistentes, como sucedió, por ejemplo, con la ley de sociedades, estimo que en este caso se optó por diferir el tratamiento de la cuestión al dictado de una ley específica que, lamentablemente, todavía ni siquiera está en ciernes.

Aun así, 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.

En las elecciones generales del 27 de

octubre de 2013 se hizo en cuatro provincias de la Argentina –Chaco, Formosa, Buenos Aires y Jujuy– la primera experiencia bilingüe a través de instructivos para los integrantes de las comunidades indígenas que habitan en ellas, experiencia cuya finalidad es la de comenzar un proceso de mayor integración de los pueblos originarios en las elecciones y será monitoreada por el Estado Nacional, que prevé llegar a todas las provincias en el año 2015 para que las agrupaciones políticas publiciten sus plataformas electorales también en idiomas nativos. El integrante del Consejo Nacional de Políticas Indígenas, Juan Namuncurá, indicó que fueron bien recibidos por los referentes políticos de muchos partidos, y que este es «el primer paso en el proceso hacia una mayor y mejor participación originaria en los actos electorarios que se celebran en el país», siendo solo el comienzo de un proceso de integración que se encamina a ampliar y mejorar la participación de los 34 pueblos y más de 1500 comunidades existentes. En esa elección los materiales elaborados por la Cámara

Nacional Electoral se podían consultar en algunas de las mesas de esas jurisdicciones y las instrucciones estaban traducidas al quechua, mapuche, mocoví, qom y pilagá.

Y el 21 de noviembre de 2013, respondiendo a una previa presentación formal de estos pueblos realizada el 1º de agosto de 2012, Día de la Pachamama, culminando un debate que viene desde entonces, el Concejo Deliberante de la ciudad de Rosario aprobó la creación de una Dirección de Pueblos Originarios dentro de la Municipalidad de la que participarán, además de funcionarios de distintas áreas, dos concejales y dos portavoces de cada una de las comunidades que viven en Rosario –conformadas por los pueblos quom, kolla, mocoví, guaraní, y quechua, entre otros– cuya población se encuentra en una decena de asentamientos y se estima en aproximadamente 30.000 habitantes que necesitan vivienda, cloacas y agua potable, documentación y proyectos para jóvenes.

En un hecho sin precedentes para Ar-

gentina, el Poder Judicial de Neuquén reconoció la justicia indígena para conflictos penales intracomunitarios. Incluye a todas las comunidades mapuches de la provincia que tengan personería jurídica inscripta –lo que en la actualidad es motivo de conflicto porque desde hace catorce años que el Gobierno de Neuquén no reconoce comunidades– y entre los requisitos figuran que debe tratarse de un conflicto de derecho penal, que involucre sólo a miembros de comunidades indígenas, que haya ocurrido en territorio indígena reconocido, que el conflicto sea resuelto o avalado por una autoridad legitimada por las propias comunidades indígenas, que «el hecho no afecte gravemente el interés público» y que la sanción aplicada respete los derechos humanos.

El 29 agosto de 2014, en la localidad de Aluminé, se firmó un documento llamado «**Declaración de Pulmarí**», que rige para todos los pueblos originarios y comunidades de la provincia de Neuquén. La suscribieron el Ministerio Público Fiscal, el directorio de la Corpora-

ción Interestadual Pulmarí (CIP) y, por las comunidades mapuches, el Consejo Zonal Pehuenche. El documento estipula: «Reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los derechos humanos y del ordenamientos jurídico vigente; fomentar, a través de actividades conjuntas, el intercambio cultural; rescatar y poner en valor las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas; promover los métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y el respeto mutuo; y coordinar acciones en conjunto para articular el abordaje de los conflictos».

Se trata de una medida acertada y alentadora, porque no solo imparte un mensaje claro y contundente a toda la Justicia neuquina sino también a toda la sociedad en términos de reconocimiento y respeto a la diversidad cultural, puesto que constituye de una aplicación concreta del derecho a la libre determinación de estos pueblos, mediante el mantenimiento de sus instituciones y métodos de resolución de conflictos.

El Fiscal General José Ignacio Gerez, a cargo del Ministerio Público Fiscal (MPF) de Neuquén, mediante la Instrucción General N° 06 publicada el 02.09.2014 dictó el «*Instructivo para el reconocimiento y el respeto de las costumbre y métodos de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos*», que reglamenta el reconocimiento y la puesta en marcha de la justicia indígena, detallando en cinco carillas cómo se debe manejar el Poder Judicial provincial.

El Ministerio Público Fiscal (MPF) es el ámbito de competencia de los fiscales y un ente con autonomía funcional y autarquía financiera que ejerce sus funciones ante el máximo tribunal provincial, cuya función principal es promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

En los fundamentos del documento se precisa que se tuvieron en cuenta la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 17), la Constitución de Neuquén (artículo 53), el Código Procesal Penal (CPP) provincial (artículos 19 y 109) y

el Convenio 169 de la OIT (artículos 9.1 y 9.2, antes transcritos). «El reconocimiento a los pueblos indígenas puede hacerse efectivo en diversos ámbitos, incluido el judicial», señala el documento oficial, y el artículo 19 del Código Procesal Penal señala que «en los procedimientos se tendrá en cuenta la diversidad étnica y cultural».

El artículo 1° del Instructivo precisa que «el Fiscal General instruye a los fiscales, que deberán reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos». El artículo 2 señala que los fiscales «podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla (en los términos del CPP) si la comunidad arriba a una solución previa». El artículo 3 comunica la circular al Tribunal Superior de Justicia y a la Jefatura de la Policía de Neuquén para su notificación, de modo tal que los conflictos producidos en las comunidades mapuches que incluyan casos penales se podrán resolver a partir de costumbres ancestrales. «No tiene preceden-

tes, es un punto de partida que puede llegar a cambiar la historia en materia de reconocimiento jurídico», dijo el Fiscal General de Neuquén.

Se incluyen los delitos de robo, hurtos, amenazas o lesiones leves, pero los hechos deben ocurrir entre integrantes de la comunidad y en el territorio de la misma. Los conflictos son analizados por la propia comunidad y lo que se resuelva es plasmado en un acta. La resolución puede ser una sanción o una mediación.

En la comunidad Linares de Junín de los Andes, por ejemplo, un conflicto arrancó con el robo de tres chivos. Uno de los miembros de la comunidad se apoderó de los animales que pertenecían a otra persona de la comunidad. El lonko (líder) de la comunidad resolvió imponerle una sanción a esa persona que encontraron responsable. «La sanción fue dar tres chivas y dos ovejas. Guardaba proporción. Lo aplicó el lonko y labró el acta que fue puesta en conocimiento del fiscal que no instó la acción», cuenta el Fiscal General pro-

vincial, quien dice que en el caso de los pueblos originarios se ha tomado una decisión política importante porque «el conflicto no es entre dos partes, ellos no vislumbran un conflicto entre dos partes sino un conflicto comunitario». La posibilidad de resolver el conflicto previamente aplicando la costumbre ancestral puede realizarse hasta el momento en que el fiscal realice el requerimiento a juicio, es decir, ya avanzada la investigación.

## 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, ade-

más 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 (CIA), 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.

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 penal 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 es Cate-

drático de la UNESCO en Derechos Humanos, Paz y Democracia por la Universidad de Utrecht, Países Bajos– sobreescribió 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 ti-

tular 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 querrelante, 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 inexistente la comprensión de la antijuridicidad, dado que el sujeto no puede internalizar la pauta de conducta disvaliosa para el sistema jurídico oficial como propia.

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 *Awas 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 comunida-*

*des 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 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 dos resoluciones de 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** dictó sendas medidas cautelares de no innovar destinadas al mantenimiento de la situación existente ante un conflicto planteado con pobladores ancestrales de la región.

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.

A lo que debemos sumar que el Instituto en Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) sostiene, entre los diez puntos mínimos que deben estar en la agenda de cualquier programa real de democratización de la justicia, el «Reconocimiento de la administración de justicia de los pueblos indígenas» que en nuestro país ascienden a aproximadamente un millón de personas y son preexistentes por siglos a la creación del propio Estado, lo que se considera como un derecho elevado al rango constitucional.

En el año 2013 la comunidad mapuche Cheuquel, Ubicada a 30 kilómetros de Zapala denunció al gobierno de Neuquén porque mediante un decreto –el 1482 del 15.08.2013– propuso otorgar el título de tierras comunitario pero a

cambio de otorgar derechos de exploración y explotación petrolera a las empresas Pluspetrol y ГУР (Gas y Petróleo) de Neuquén, porque de tal forma se violaba su derecho a la autodeterminación y a la consulta previa que exige el Convenio 169 de la OIT. El decreto otorgaba un título gratuito por 3.500 hectáreas pero la comunidad posee 12.000; pero además establecía que el adjudicatario, o sea la comunidad, permitía el libre acceso a estas empresas, tanto la estatal como la privada.

Y en un fallo de alta trascendencia, tras 11 años de litigio, el 10.12.2013 la Confederación Mapuche obtuvo un fallo favorable de la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** que declaró la inconstitucionalidad del decreto 1184 firmado por el entonces gobernador Jorge Sobisch en el mes de agosto del año 2002, donde reafirmó la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas cuando tomen medidas que pudieran afectarlos y se hizo hincapié en el derecho a la auto identificación de las comunidades, en el sentido de que no se requiere que el

Estado «reconozca» a una comunidad para que ésta tenga derechos como tal, destacando que este decreto era inconstitucional, en la medida que al exigir condiciones más gravosas para el otorgamiento de la personería jurídica a esta comunidad no se adecuaba al «umbral mínimo» establecido por el orden normativo federal dado que contradecía la ley nacional 23.302 y el Convenio N° 169 de la OIT, revocando lo decidido por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén y exigiéndole a la provincia que ajuste su legislación en materia de derechos y política indígena a esta normativa de superior jerarquía.

Se cita en el fallo a Germán Bidart Campos: «Cualquier agrupación, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo al derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva, merece ser reconocido, registrado o inscripto».

Pero no todas son rosas en este arduo camino. En un claro ejemplo de retroceso en el reconocimiento de la diversidad y los derechos de estas perso-

nas, se conoció que el 28 de octubre de 2014 un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Quilmes integrado por tres mujeres, las juezas Silvia Etchemendi, Marcela Vissio y Florencia Butierrez, declarando a Reina Marraz Bejarano culpable del homicidio doblemente calificado por el vínculo, premeditado y con alevosía de su marido, Limber Santos, ocurrido en noviembre de 2010. Esta mujer de nacionalidad boliviana, pobre, inmigrante, perteneciente a una comunidad aborigen, con muy escaso conocimiento y entendimiento de la lengua castellana, fue acompañada en su calvario por el Premio Nobel de la Paz Adolfo Pérez Esquivel, el Vice Cónsul de Bolivia en Argentina, Guido González, organismos de DDHH como la Comisión Provincial por la Memoria y del movimiento de mujeres como la Campaña contra las violencias. Y después de escuchar, traducido, lo resuelto por el tribunal le preguntó a su intérprete quechua «¿Por qué me condenan si no hice nada?»

En la sentencia el tribunal avaló los ar-

gumentos del fiscal Fernando Celesia y desestimó los de la acusada, considerando que el homicidio había sido premeditado, con intención de robar a su esposo –pese a que durante el juicio en ningún momento siquiera se planteó si el dinero siquiera existía– y con alevosía, porque sostuvo que ella y un vecino, Tito Vilca Ortiz, se asociaron para atacarlo mientras dormía y lo habrían asfixiado, omitiendo la otra parte de la historia: que Reina fue abusada por su vecino y que su marido había intentado venderla a cambio de las deudas de juego que había contraído.

La condena se basó en una cámara Gesell realizada a uno de sus hijos a un año de su detención cuando el niño tenía 6 años y llevaba un año viviendo con la familia de su marido, prueba que fue criticada por tres peritos: la oficial, otra especialista en niños y una tercera, especialista en cámara Gesell, porque el propio fiscal interrogó al niño como si se tratara de un adulto, sin ninguna técnica psicológica ni poner en escena juegos a través de los que pudiera simbolizar lo sucedido.

Pero lo lamentable de este caso es que la acusada llegó a juicio sin poder entender ni ser entendida correctamente hasta pasados los tres años de prisión preventiva, por el sencillo hecho de que no contaba con un intérprete reconocido por la justicia para su idioma quechua, que recién le fue provisto, después de un año y medio de presentaciones y reclamos por parte de la Comisión Provincial de la Memoria, porque durante una visita al penal de mujeres de Hornos, en el año 2011, se encontró con una detenida que no entendía lo que le preguntaban, quien recién pudo contar su versión de los hechos cuando contó con la asistencia adecuada, no obstante lo cual no logró conmovier al tribunal.

Esta mujer de 26 años, nacida en Avichuca, un pueblito del Altiplano boliviano, pertenece a la comunidad Kichwua y, tal como lo declaró la mujer del dueño del horno de ladrillos donde trabajaba su marido y se trasladó ella a vivir, siguiéndolo, con su primer hijo en brazos, apenas dice algunas palabras en español como «hola», «chau»

y otras de similar tenor. Fue allí donde su marido la entregaba a su vecino para pagar deudas de juego contraídas con éste. Un día de noviembre del año 2010 ambos pelearon fuera del horno, luego el vecino regresó y le dijo a Reina que su marido se había ido al pueblo, pero no apareció, hasta que ella presentó la denuncia en la comisaría de Florencio Varela. El cuerpo fue hallado enterrado dentro del predio donde se encuentra el horno, y si bien el comisario que intervino inicialmente declaró en juicio que esta mujer hablaba el español, fue desmentido por la dueña del lugar que, en definitiva, era quien tenía trato frecuente con ella.

Cuando la policía la va a buscar y le dice que ella había asesinado a Limber Santos en realidad no entendía lo que estaba pasando, pero asiente con la cabeza cuando le dicen que debe ir a prestar testimonio porque es acusada por su suegro, quien dijo que el hijo de 6 años vio como mataban al padre, y este asentimiento –que según afirma Karina Bidaseca, socióloga especialista en derecho indígena y géne-

ro, es un gesto cultural dentro de su comunidad– quedó plasmado como la confesión del asesinato de su marido, por el que está presa desde hace más de tres años con su beba sin entender por qué. Pero lo grave es que durante la instrucción de la causa se había violado el art. 12 del Convenio 169 de la OIT y también las normas contenidas en las Reglas de Brasilia, lo que supone asimismo la violación a otros derechos, como el derecho a un debido proceso y a ser oída, ambos previstos en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre DDHH y el art. 14.1 del PIDESC, dado que no existe debido proceso sin cabal entendimiento de la acusación y Reina pudo tener un intérprete recién 3 años después del hecho, lo que de alguna manera pone en evidencia la imposibilidad de entender otra cultura –y ni siquiera intentarlo– de parte de algunos jueces y funcionarios del poder judicial, que de este modo contribuyen a reforzar y naturalizar la discriminación que sufren las mujeres indígenas y la impunidad a la que se ven sometidas como consecuencia de las desigualdades de género y la pertenencia

étnica. Esta sentencia ha sido apelada, por lo que aún no sabemos cómo habrá de terminar este caso: pero aun si Reina Maraz fuera declarada inocente, nadie le quita los años de encierro que ha sufrido, en exceso, en atención a su desgraciada situación.

En sentido contrario a lo que hasta aquí he relatado, se puede mencionar un caso donde el final fue otro. LNP es una joven de la comunidad Qom que a los 15 años fue violada por un grupo de «criollos» que, denunciados por ella, luego fueron absueltos, lo que hizo que el caso fuera llevado ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU –que se encarga de velar por el cumplimiento del PIDESC– por el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR) y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), dando cuenta de que LNP no solo fue revictimizada en varias oportunidades del proceso sino que, además, no contó con un traductor, por lo que todo el juicio fue sustanciado en español y sin intérpretes, lo que dificultó la co-

municación y la expresión tanto de la víctima como de los testigos pertenecientes a su comunidad.

La cuestión es que el INADI dictaminó que la Argentina debía allanarse a la denuncia interpuesta ante el Comité, que el Estado Chaqueño se adhirió a este dictamen y que en abril de 2008 se comprometió a pagar una indemnización integral a la familia de la niña (Informe sobre Género y DDHH del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. ELA – 2005-.2008; Pág. 514). Como dato adicional hay que tener en cuenta que en el Chaco habitan al menos 20.000 qom, 8.000 wichis y 10.000 mocovíes, y la discriminación por género y por etnia no ha sido erradicada. Es más, ni siquiera –como sucede también en otras geografías – ha sido adecuadamente visibilizada, siendo éste, a veces, el primer paso que permite avanzar en la protección de las mujeres indígenas así como de todas las personas que pertenecen a comunidades indígenas y pueblos ancestrales, sea cual fuere su sexo, edad y condición.

## 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 confluyendo en ella desde distintos puntos del país, 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.

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 señalar que ya en España, para la conmemoración de los 500 años de ese día, se comenzó a utilizar la frase «el encuentro de dos mundos» (o alguna similar) en lugar de aludir al «descubrimiento» de América.

c. La conformación, en el año 2013, del 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. Este centro brinda continuamente información referida a las relaciones de la comunidad mapuche con el Estado y con otros entes, así como respecto de sus actividades, siendo su dirección de correo para quien tenga interés: *prensa@odhpi.org*.

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 atiendan 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.

**e.** A partir de la sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, más conocida como Ley de Medios, se comenzaron a habilitar radios comunitarias en distintas localidades de pueblos originarios –que están en creciente aumento– y de las que solo habré de mencionar una que fue la pri-

mera en nuestra provincia y funciona en Colonia Dolores, un pueblo de 24 manzanas a 160 kilómetros de la ciudad de Santa Fe en el que viven 720 personas, que en un 95% son descendientes del pueblo mocoví. La emisora, que tiene un alcance de 50 Km, inició sus transmisiones en el mes de septiembre del año 2013: «Antes teníamos las lanzas, ahora tenemos la radio para que la cultura del pueblo mocoví siga vigente», afirmó el cacique César Coria (Cotapic para los mocovíes), quien junto con su comunidad, tuvo una semana de celebraciones: primero fue el Dalaic Naga Mocoit (Año Nuevo Mocoví) y en forma casi simultánea la inauguración de la radio, y ahora sueña con que proliferen las antenas transmisoras en otros departamentos santafecinos donde hay descendientes de un pueblo guerrero, que fue uno de los que más resistió tanto la colonización y evangelización española como el avance implacable sobre sus tierras del Ejército Argentino, bajo el pretexto de extender «las fronteras de la civilización». Es así que ya está en el aire la FM 88.5 Aim Mokoilek (Soy Mocoví),

«un arma para ganar la paz», que se propone llegar a otras personas con su mensaje en favor del cuidado de la naturaleza, porque consideran que es algo que no hace el hombre blanco.

**f.** También podemos sumar a esta lista inclusiva los estudios de lingüística antropológica –que no es en sí misma, todavía, una especialidad, pero incluye un amplio campo de disciplinas– que se están llevando a cabo en el CONICET por parte de algunos investigadores de la UBA, como la Dra. Cristina Messineo, que se ocupa del tema desde hace más de tres décadas y ha sido una pionera en este campo, con el fin de ir reconociendo esas voces silenciadas de la América profunda porque constituyen un aporte a la riqueza de un territorio y de un pueblo en la medida que se manifiestan en la construcción de un individuo, de un grupo y de una identidad que hasta no hace mucho eran despreciados y que comienzan a ser rescatados, entre otras cuestiones, por la inclusión que se llevó a cabo en la reforma constitucional del año 1994. En este punto de la historia, y aun

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 al Estado.

Como ejemplo –entre muchísimos otros– de las diferencias que aún subsisten, tal vez quepa mencionar que el 21 de junio, que es el día más corto del año en el hemisferio sur, es festejado por los pueblos originarios y ancestrales de esta parte del mundo porque a partir de entonces los días comienzan a ser gradualmente más largos y

el sol comienza a recuperar sus fuerzas, caen las hojas para volver a crecer nuevamente porque es el volver a nacer a la vida. Es así que el presidente de Bolivia, Evo Morales, suele recibir el despuntar del sol en ese día festejando el Nuevo Año andino amazónico, al igual que lo que sucede en otras comunidades, como aquellas que realizan la fiesta del sol, el Inti Raymi. Pero estas celebraciones, que atraviesan toda la América del Sur, están ausentes de los medios de comunicación dominantes replicando la invisibilización que existe sobre sus integrantes, cuando no son presentadas ridiculizándolas o como signos de atraso. Porque, además, en los medios de comunicación, la presencia de los pueblos indígenas es escasa y la mirada que la mayoría tiene sobre ellos es tan discriminadora como estigmatizante porque sigue siendo predominantemente eurocéntrica, y entonces los atributos que se les reconocen tienen que ver principalmente con el salvajismo, la pobreza, la brutalidad y la ignorancia.

Ha dicho el presidente boliviano en una

ceremonia previa a asumir su tercer mandato, en las ruinas prehispánicas de Tiahuanaco, que se estaban viviendo los tiempos de Pachakuti (retorno al equilibrio); pero que haber rescatado la identidad propia de la cosmovisión indígena para construir un Estado Plurinacional **no significa un retorno romántico al pasado, sino una recuperación del legado para combinarlo con una modernidad que no dañe al planeta.**

Según el Servicio de Huellas Digitales Genéticas de la Universidad de Buenos Aires el 56% de los argentinos tenemos antepasados indígenas, pero nuestra idealización del pasado nos hace sentir más europeos que autóctonos.

En el mes de mayo del año 2014 el Consejo Plurinacional Indígena –que reúne a organizaciones de catorce pueblos originarios de Argentina– difundió una extensa proclama donde analizaba el pasado reciente y el futuro próximo de estos pueblos, contabilizando como pasos adelante del último año, entre otros, la Ley de Ser-

vicios de Comunicación Audiovisual (porque es la primera ley que reconoce como sujeto de derecho colectivo a los pueblos indígenas), la cumbre indígena en Formosa, el encuentro con el Papa, un fallo de la Corte Suprema a favor del pueblo mapuche de Neuquén –que antes se mencionó– la recuperación de tierras guaraníes en la provincia de Misiones y la autonomía del pueblo kolla, que consideran un hecho histórico, cuyo «Estatuto de Autonomía» fue aprobado en Salta y les permite determinar cómo será su educación, salud, justicia y economía. Y mencionan como cuestiones negativas la falta de aplicación de los derechos indígenas, el avance de industrias extractivas y la falta de diálogo con el Estado. Suelen utilizar una frase que los define: «Ni oficialistas ni opositores. Exigimos el cumplimiento de nuestros derechos y el respeto de nuestros territorios», porque «no quieren ser los desaparecidos del presente».

Corresponde, asimismo, mencionar la existencia de la Coordinadora de Comunicación Audiovisual Indígena de la

Argentina (CCAIA) cuyo presidente era en el año 2014 el referente del pueblo qom, Juan Chico, de 38 años, que es historiador y productor y viene trabajando en la investigación histórica de su pueblo para rescatar y poner en valor su cultura, impulsando un espacio de formación audiovisual para la creación de películas con esta temática, habiendo realizado en el año 2008 el primer Festival de Cine Indígena en Chaco y comenzado a capacitar jóvenes indígenas en el manejo de la Cámara y en la escritura de guiones, siendo asimismo el programador de la primera edición de la Semana de Cine de los Pueblos Indígenas, organizada en Córdoba en el año 2013 por el Ministerio de Cultura de la Nación, cuya segunda edición se llevó a cabo en el mes de julio del año 2014, organismo que hizo lo propio en Mendoza y San Juan. También existe el área de Comunicación dentro del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, y el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual tiene en su seno un representante de los pueblos originarios.

La importancia que sus promotores le

asignan a estos eventos, es que mediante la incorporación del derecho a la comunicación con identidad contribuyen a la visibilización de los pueblos originarios y ancestrales como sujetos políticos y como personas activas dentro de sus provincias, con un potencial de riqueza de diversidad cultural que hasta ese momento el país no había podido tener y, por ende, a pensar el Estado incluyéndolos, explicando que la Ley de Medios ha marcado un antes y un después porque hasta entonces, la imagen que se manejaba de los pueblos indígenas era muy estereotipada, reproduciendo el lugar que la historia argentina les había dado como un espacio folclórico, de relleno, pintoresco.

También destacan la importancia del territorio y el avance que en ese sentido ha representado la ley 26.160 porque, dicen, no pueden pensar en el futuro ni en un proyecto de vida sin pensar dónde se va a desarrollar, que es justamente en el territorio, al que entienden no solo como la tierra sino también como integrado por los recursos naturales y el espacio aéreo en

función de una cosmovisión que no solo es material sino también espiritual, advirtiendo sobre el hecho de que hay un gran porcentaje del territorio nacional que en la década del 90 pasó a manos extranjeras. Creen que se debe salir un poco de la mirada antropológica que se tiene sobre estos pueblos, del conflicto territorial y de la mirada muy científica porque todas son sesgadas. Y traen a colación que en Mendoza, todo el sistema de riego y todo lo que hoy existe fue parte del conocimiento y la tradición que tenía y tiene el pueblo huarpe.

Tenemos que **descolonizar nuestras concepciones sobre estos pueblos**, y el cine sobre temática indígena puede contribuir a hacerlo y a fomentar el respecto colectivo de la diversidad cultural, objetivos que también se pueden alcanzar mediante la educación, sobre todo si se tiene en cuenta, dice Chico, que la escuela sarmientina está atravesada por un pensamiento racista y discriminatorio hacia los pueblos indígenas que ha generado un desprecio que es necesario remontar: por eso

es importante que tengan sus propios medios de comunicación.

Es una lucha muy difícil, con avances y retrocesos, y con más camino por recorrer que recorrido.

Pero no debemos perder de vista que estas experiencias expresan un pluralismo cultural que no siempre se traduce en alguna forma de pluralismo jurídico, porque cuando el Estado y su legislación asumen estas problemáticas retornamos al monismo, bien que re-ceptando otros contenidos y otros modos de resolver los conflictos que tienen como protagonistas a estos pueblos y a sus integrantes, lo que no es menor.

Un hito de importancia fue la Conferencia Mundial de los Pueblos Indígenas que se llevó a cabo en la sede de la ONU, en Nueva York, los días 22 y 23 de septiembre de 2014 y fue inaugurada por el presidente de Bolivia, Evo Morales, conjuntamente con el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, a la que los pueblos originarios llevaron reclamos centrados en

sus derechos a la salud, educación, vivienda, agua y, principalmente, el respeto al territorio. En esa oportunidad, el mandatario aymara dijo que «Los principios fundamentales del movimiento indígena son: la vida, la Madre Tierra y la paz. Estos principios son amenazados permanentemente por un sistema y un modelo: el sistema capitalista y el modelo de cómo acabar con la vida y la Madre Tierra», y sostuvo que es un imperativo para todos los gobiernos del mundo avanzar en la superación y la erradicación de las condiciones de extrema pobreza y discriminación que todavía sufren los pueblos indígenas para dar solución a sus problemas estructurales, rescatando que resistieron en forma permanente los procesos de colonización registrados en los distintos países de la región y que tienen un papel importante en el impulso de un uso más sustentable de los recursos naturales.

El texto aprobado por más de 190 gobiernos en la Asamblea General –que es un documento no vinculante, por lo que la dirigencia indígena reclama

que sea elevado a la categoría de «convención»– fijó una agenda global de 40 puntos contemplando uno fundamental: el derecho al consentimiento libre, previo e informado, que implica que los Estados deben lograr la aceptación de los pueblos indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos. Se trata de una reafirmación unánime de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que fue aprobada en el año 2007, pero como todo documento tiene sus grises, que se expresarán de distintas formas según cual sea el gobierno que lo aplique, sobre todo teniendo en cuenta que uno de los principales obstáculos que se presentan para el cumplimiento de estos derechos es la ignorancia de los funcionarios nacionales.

Como se destacó en las noticias que informaron de este evento, existen en el mundo más de 370 millones de personas que forman parte de pueblos originarios, que representan a más de 5.000 grupos étnicos diferentes y son los guardianes de la mayor parte de la

diversidad biológica y cultural del mundo. Dos tercios de ellos viven en países del Tercer Mundo, y en América Latina lo hacen 45 millones de indígenas distribuidos en 826 pueblos. Lo relevante sigue siendo que la pobreza y la miseria se han expandido en sus territorios con las lógicas secuelas negativas en salud, educación y trabajo, por lo que solo un firme compromiso de los gobiernos y activas políticas de Estado pueden contribuir a mejorar su situación.

En este punto del análisis y de los hechos reseñados, me parece importante llamar la atención sobre la circunstancia de que existe una suerte de opacidad científica en virtud de la cual determinados grupos (los pobres, los excluidos, los vulnerables), a los que no son ajenos los pueblos originarios y ancestrales, se constituyen en objetos de investigación y son puestos a la mirada pública mientras que otros grupos (los de los ricos y los poderosos) permanecen en una confortable opacidad.

Como lo expresa la epistemología crítica, todo conocimiento es un saber si-

tuado, y en Latinoamérica las ciencias sociales se han enfocado y lo siguen haciendo, con mayor énfasis, en los sectores populares como objetos de investigación, a los que clasifica, cuantifica y estudia en sus marcos de creencias, expectativas y demandas, sus patrones de consumo y sus comportamientos sociales, económicos y penales. Mientras que los sectores sociales que concentran la mayor cantidad de activos patrimoniales disfrutan de una mayor opacidad respecto de la indagación pública a través de la investigación científica, lo que no es casual sino que los favorece, no sólo porque no suelen abrirse en forma siquiera medianamente espontánea a tales indagaciones, sino porque éstas se tornan más difíciles a medida que se profundiza en las cuestiones económicas, financieras e ideológicas que sustentan su poder, lo que implica que la legión de investigadores, docentes, graduados y posgraduados en ciencias sociales que residen en este país no se aboquen a investigar con la misma intensidad a los históricos beneficiarios de la regresiva distribución del ingreso producida en el país.

## 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 Escue-

la 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 entonces 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 Conse-

jo de Estudiantes de Pueblos Originarios, un instrumento de participación política indígena donde se generan y discuten todas las propuestas 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 en el 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, Ángel 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 entusiasmo a estos sectores para vencerlos de que ellos también tienen derechos a títulos universitarios».

La UNICAM tuvo, 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: Agro-

ecología 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 su avance 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. El modelo boliviano

La asunción de Evo Morales como primer presidente indígena de Bolivia el 22 de enero de 2006 trajo como consecuencia la sanción de una nueva Constitución en el año 2009 y la instauración de Bolivia como un Estado Plurinacional, reconociendo a diversas naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y fortaleciendo los niveles de

democratización y participación de sus ciudadanos a través del reconocimiento del pluralismo sociológico preexistente que se expresó en diversos ámbitos: jurídico, lingüístico, económico y político, sin perjuicio de advertir que la relación entre el Estado y la ciudadanía no ha quedado libre de contradicciones –como era de esperar de una experiencia tan reciente como novedosa– que se ha expresado, sobre todo, en la tensión entre nacionalismo e indigenismo.

En términos discursivos, se constituyó un nuevo sujeto portador de derechos colectivos.

Al decir del politólogo boliviano Fernando Mayorga, autor del libro «Dilemas» donde aborda aquellos a los que se enfrenta el gobierno de Evo Morales, el *pluralismo jurídico* se expresa en el reconocimiento de dos jurisdicciones, una ordinaria y otra indígena, con el mismo rango. Las prácticas, costumbres y procedimientos de las comunidades indígenas son formalizados como mecanismos de resolución de conflictos.

El *pluralismo económico*, en el reconocimiento de cuatro formas de propiedad: privada, pública, cooperativa y comunitaria. La cooperativa no tiene base territorial indígena sino que tiene lugar en el nivel urbano, y existe particularmente en el sector de la minería, donde los ex trabajadores mineros que fueron despedidos en la época de la caída de precios de los minerales o con las políticas de privatización, se asociaron para la explotación minera y formaron cooperativas en condiciones paupérrimas, de mera supervivencia, lo que significó el reconocimiento a un sector que fue muy importante en las movilizaciones que llevaron a Evo Morales a la presidencia, existiendo actualmente aproximadamente 400.000 de esas cooperativas.

En cambio, la propiedad comunitaria es más rural y campesina. Es una economía basada en la reciprocidad, en la circulación de ayuda comunitaria para la producción agrícola más que en la producción dirigida al mercado y tiene fuertes rasgos culturales tradicionales, en el sentido de que está ligada a

una forma de organización del poder interno con rotación, donde la toma de decisiones se da mediante asambleas. Esto, que siempre fue parte de la economía boliviana, ahora está formalizado, por lo que todo ese mundo indígena ahora ha pasado a formar parte del orden constitucional del país, en términos reales y legales.

El *pluralismo lingüístico* se expresa en el reconocimiento de más de tres decenas de lenguas nativas que ahora son idiomas oficiales, junto con el español, más allá del quechua y el aymara, que corresponden a los grandes conglomerados indígenas.

El *pluralismo cultural* supone un reconocimiento de las culturas originarias en todas sus facetas, de manera que se pueda expresar la bandera indígena que está incorporada como símbolo oficial en tierras altas y bajas.

Mientras que el *pluralismo político* tiene una expresión muy particular. A diferencia de Ecuador y Venezuela, que han incorporado en sus constituciones

a instituciones de la democracia *representativa* para ampliar la democracia *participativa*, en Bolivia, además de incorporar esas formas como se hizo, por ejemplo, con el referéndum, también se hizo lo mismo con la asamblea, el cabildo y la consulta previa; y también se reconoce la democracia *comunitaria*. La combinación de estos tres tipos de democracia es lo que se denomina «modelo de democracia intercultural», y consiste en que el 5% de los diputados son indígenas o sea que son elegidos por su pertenencia identitaria, sin que ello implique una situación de dualismo representativo. La discusión actual entre los indígenas si este porcentaje debería incrementarse a un 15% o a un 36%, pretendiendo discutirlo sobre el mapa demográfico que se desprende del censo de población y vivienda que se hizo en el año 2013.

Pero también existen estas cuotas étnicas en la representación de los gobiernos y las asambleas departamentales, que pueden oscilar entre el 5% y el 15% y que en algunos casos son elegidos por usos y costumbres.

De acuerdo a la opinión del politólogo mencionado más arriba este fenómeno reside en el retorno del Estado como protagonista, que se nutre de una experiencia nacionalista que viene de la revolución de los años `50. Ese nacionalismo revolucionario surgido de la revolución de 1952 ha sido la ideología más poderosa: de allí nació el campesinado y el sindicalismo campesino, donde se inserta Evo Morales. Y se combinan en ella tres movimientos: el movimiento indígena de tierras altas del Altiplano, relacionado con el imperio incaico y el tiahuanacota; los indígenas de tierras bajas, los de la Amazonia, que son nómadas, cazadores y recolectores en su gran mayoría y se llaman a sí mismos «pueblos indígenas». Y los campesinos propietarios privados con acceso a la tierra desde el año 52, cuando tuvo lugar la revolución agraria.

Pero una vez que se empieza a implementar la Constitución política que reconoce derechos colectivos comienzan a aparecer las tensiones y contradicciones entre los distintos grupos, en-

tre otras cosas porque en el proyecto político prevalece una lógica de construcción estatal, porque si se hicieran prevalecer los derechos colectivos sobre sus respectivos territorios, se estaría frente a una situación de soberanía estatal que no tendría potestad ni autoridad sobre los dos tercios del territorio boliviano –que es el ocupado, aproximadamente, por la población campesina indígena– lo que conduce a privilegiar la razón de Estado, o sea, la idea de Nación por sobre las demás.

Y allí es donde aparecen las contradicciones entre nacionalismo e indigenismo, situación común a todo proceso de unificación como el que se está llevando a cabo en Bolivia en los últimos años. Porque si bien la Constitución reconoce un estado descentralizado políticamente a través de la autonomía departamental, municipal, regional e indígena, el dilema reside en que el diseño de descentralización para la gestión está concentrado, reforzando el centralismo gubernamental que se sostiene en la concentración del voto que permite que las decisiones sigan estando en manos

del partido gobernante, en cuyo interior se advierte una renovación de las élites políticas donde claramente sobresale la presencia del campesinado indígena y de la mujer, muy evidente en las esferas gubernamentales y en los espacios de representación.

#### 14. 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 ini-

ciativas 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.

**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 justificables 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*».

**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.

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. Pero en la medida que se incorporen prácticas y reglas ancestrales al orden vigente de un Estado, desde un punto de vista estrictamente teórico perderían este estatus que las incluye dentro de lo que denominamos pluralismo jurídico.

Por ese motivo, el proceso que se ha producido en Bolivia debe ser seguido con atención en la medida que puede llegar a dar lugar a una reformulación de las clásicas categorías que han configurado hasta el presente esto que llamamos pluralismo jurídico, sin perjuicio de señalar que también reconduciría, por la vía del reconocimiento de las diferencias, a un sistema monista.

Y en los países donde, como hemos visto, se van produciendo algunas modificaciones en la legislación, la jurisprudencia y el entorno cultural, se debe mirar con atención tanto estas mo-

dificaciones así como las ofertas educativas específicamente destinadas a dar cabida y adecuada respuesta a esta diversidad cultural desde la institucionalidad organizada del Estado, por que tal vez estén comenzando a expresar 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 sistema legal que nos rige.

En la profundización 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 cualquier irracional perpetuación de lo propio –de ambos lados– impida una superadora mixtura con lo otro.

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.

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 an-

tecedentes en las naciones coloniales en contraposición a la pretensión imperialista del derecho «moderno», establecido a partir de la constitución de los Estados nacionales.

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 aun cuando esta integración se produzca dentro de sus márgenes.

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 alter-

nativa, 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 presente 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 cons-

tituyen 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 Orhan 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.

Para finalizar, humildemente diría –por ahora y sin perjuicio de ulteriores reflexiones– que, sin embargo, ambicio-

samente, nuestra tarea está orientada a develar algunas cuestiones ocultas de la materia jurídica –al modo que, en su momento y en cada disciplina, lo hicieron Marx, Nietzsche y Freud, según lo explica Foucault en el entrañable texto que lleva ese nombre– sacando a la luz su real entramado por detrás de lo que sólo se muestra en su mera superficie, sin profundizar en sus orígenes y modos de funcionamiento, tarea que, por su propia naturaleza siempre tendrá algo de inacabada ■

#### 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.