

IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica

-De la Ley a las prácticas: confrontaciones sociales por el uso del Derecho-

13, 14 y 15 de noviembre de 2008

Rosario -Argentina-

Título: Derecho Consuetudinario Indígena, Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos

Comisión VI: “Minorías, discriminación social y Derechos Humanos”

Autores:

Graciela Rodríguez: Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos (C.E.I.D.H) “Prof. Dr. Juan Carlos Gardella”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario y Consejo de Investigaciones, UNR (CIUNR). Investigador docente.

Rubén Martínez : Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos (C.E.I.D.H) “Prof. Dr. Juan Carlos Gardella”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Auxiliar docente.

El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación: “Espacios y prácticas diferenciales de producción normativa: la mediación y el derecho consuetudinario indígena. Su análisis desde el Pluralismo Jurídico”, dirigido por la Lic. Graciela Rodríguez y acreditado en la Secretaría de Ciencia y Tecnología. UNR. Código: 19/H295

Resumen:

El trabajo analiza el derecho consuetudinario indígena en el marco del Pluralismo Jurídico.

Se hará referencia, en tal sentido, al reconocimiento de este derecho por parte del Estado argentino y su vinculación con los aportes del *corpus* normativo de Derechos Humanos en la materia.

Asimismo, se pondrá de relieve la vitalidad del derecho consuetudinario en las regulaciones endogrupales de grupos indígenas migrantes en la ciudad de Rosario.

***Palabras claves:* Derecho consuetudinario, Derecho estatal, minorías indígenas, Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos**

Palabras previas:

Cuando hacemos referencia a distintas modalidades de control social en el seno de una sociedad inmediatamente surgen diversas nominaciones: *convenciones, usos y costumbres, modalidades alternativas de resolución de disputas o conflictos, derecho consuetudinario, derechos étnicos o culturales*, entre otras. En términos generales estas maneras de nominar responden a patrones de comportamientos comunes observables en grupos o segmentos sociales a la hora de regular aspectos de la convivencia social por fuera del derecho estatal. Estas regulaciones presuponen el reconocimiento a algún sistema de autoridad, la presencia de normas o concepciones generales sobre conductas deseables y el consentimiento sobre determinados procedimientos o metodologías en aras de resolver conflictos por canales diferentes al sistema jurídico o derecho centralizado desde el poder político del Estado. La presencia de estas formas de control y sanción diferenciales nos instala en el espacio conceptual y empírico del Pluralismo Jurídico.

A continuación pondremos de relieve algunas discusiones sobre el concepto de Pluralismo Jurídico para luego abordar la problemática de los derechos consuetudinarios desde ese escenario de debates. Asimismo, ejemplificaremos brevemente la vitalidad de los derechos étnicos en grupos familiares de indígenas Tobas (Qom) asentados en la ciudad de Rosario como producto de un incesante flujo migratorio desde la provincia del Chaco.

Seguidamente nos centraremos en las características que asume el reconocimiento de estos derechos analizando, puntualmente, el derecho consuetudinario aborígen y su tratamiento por parte del Estado argentino. En este marco interesará destacar la influencia de los avances en materia de Derechos Humanos en relación a la reforma de nuestra constitución y a la promulgación de la legislación aborígen en Argentina. En esta dirección el *corpus* normativo internacional de los Derechos Humanos habilita el análisis de los derechos diferenciales en el ámbito de las concepciones pluralistas de la sociedad y el derecho, y en el horizonte más amplio del diálogo intercultural.

Pluralismo jurídico y pluralidad de derechos:

El punto de partida de las posiciones pluralistas acerca del derecho tienen como presupuesto una visión plural del campo social. En tal sentido la observación del comportamiento de las sociedades pone de manifiesto que las perspectivas monistas en la

relación derecho/Estado parten erróneamente de una identificación entre sociedad y derecho bajo el modelo del monopolio estatal en la producción de normas, y sus correspondientes procedimientos de control y sanción. En este marco emerge con fuerza una idea de Nación homogénea donde la diversidad de expresiones culturales, lingüísticas, religiosas y normativas quedan subsumidas al modelo de sociedad identificado con el poder estatal y sus mecanismos de legitimación y control (Irigoyen Fajardo, R.: 1999).

Masaji Chiba (1999), uno de los teóricos más importantes sobre pluralismo jurídico, propone no reducir el derecho a una única naturaleza contemplando, a partir de la observación empírica, los centros de decisión múltiples que en mayor o menor medida están presentes en todas las sociedades. Nos situamos entonces, y a diferencia del monismo jurídico, en aquello que se da en llamar policentrismo jurídico. En este ámbito opera un reconocimiento a la producción de diferentes normatividades y variadas modalidades o mecanismos de resolución de conflictos en espacios extrajudiciales donde no intervienen los tribunales ni las leyes que el legislador redacta, y que el campo profesional de abogados y jueces interpreta y aplica (Rodríguez, G.:2006). En esta dirección podemos anotar que es muy amplio el abanico de posiciones sobre el pluralismo jurídico aunque todos tomen como base la idea policéntrica del derecho. Para autores como Vanderlinden (1972) el énfasis debe ponerse en la pluralidad de mecanismos legales aplicados a casos idénticos mientras que para Griffiths (1986) es imprescindible otorgarles la entidad de sistemas jurídicos a las autorregulaciones de los diferentes campos sociales semiautónomos coexistentes con la ley emanada desde el Estado. Desde su perspectiva, si atendemos a la necesidad de una correspondencia entre pluralismo social y pluralismo jurídico el centralismo jurídico es un mito, un ideal, una ilusión ya que no se corresponde con los fenómenos sociales observables. G.R. Woodman (1993) cuestiona, por el contrario, la extensión del concepto occidental de sistema jurídico al derecho de los países no occidentales. En muchos de estos países los derechos son más flexibles como lo demuestra en sus investigaciones sobre el derecho africano donde, por ejemplo, los miembros de un grupo reconocen dos principios incompatibles pero potencialmente aplicables a circunstancias diversas, o aún en el interior del derecho estatal africano donde permanecen dudosas las relaciones entre diferentes conjuntos de normas y sus fuentes de validación

formal, sean éstas el poder colonial o la costumbre jurídica reconocida.¹ Aquí no se correspondería el concepto de *sistema* característico del modelo occidental. S. Roberts (1998), por su parte, advierte sobre el efecto inverso que puede significar juridificar relaciones sociales privadas otorgándole al derecho un gran poder colonizador. Si la visión plural del derecho pretende rebajar o acotar el campo de acción del derecho estatal estaríamos promoviendo su progresiva expansión.

Derecho indígena: el derecho al propio derecho

El término derecho consuetudinario, haciendo referencia a las particulares formas de regulación y sanción social de comunidades indígenas, no es aceptado por numerosas organizaciones indígenas por tratarse de una expresión que no coloca en pie de igualdad a estos derechos con los derechos nacionales de los Estados. Desde estas perspectivas hablar de consuetudinario, usos y costumbres o costumbre jurídica implica que son las normas de derecho indígena las que deben adaptarse armónicamente al derecho estatal sin contradecirlo. Por tal motivo, al no reconocerse jurisdicción para comunidades y pueblos indígenas no hay posibilidad de nuevas relaciones entre los estados y estas poblaciones en el sentido de una reforma del mismo orden jurídico del Estado (Gómez, M.:1997).

B.Clavero (1977) refiere a que no dotar a estas formas de regulación social indígena de una autonomía constitucional impide no sólo el ejercicio de jurisdicción en conformidad con prácticas propias, sino también la capacidad de estos grupos de decidir sobre la continuidad o mantenimiento de dichas costumbres.

Por su parte, C. Marés (1977) nomina a los derechos indígenas como derechos invisibles precisamente por la irrelevancia jurídica de la misma expresión derecho colectivo. Al ser el sujeto de derecho siempre un individuo, plenamente identificable, los reclamos de un pueblo indígena por un derecho colectivo sólo tienen cabida en el marco de la persona o personería jurídica, o como titulares de derechos individuales. Aquello que siempre la ley omite o silencia es la posibilidad de adquisición colectiva del derecho. Esta imposibilidad de adquisición colectiva de derechos, aún estando reconocidos formalmente

¹ El tema de la extrapolación de categorías de las sociedades occidentales a otros espacios socio-culturales no occidentales es siempre tema de preocupación del campo disciplinar de la Antropología. El terreno del derecho no se halla exento a estas cuestiones. La conocida polémica P. Bohannan (1965) / M. Gluckman (1978) es un claro ejemplo de ello. E. Leach (1972) advierte que términos tales como derecho Paterno que alude al concepto jurídico romano *Patria Potestad* aplicado a comunidades africanas no siempre se corresponde con la presencia de una filiación partrilineal en dichas sociedades.

por la ley, se explica por la inexistencia de vías procesales para garantizar el acceso a los mismos, convirtiéndolos el mismo Poder Judicial en invisibles ya que a la hora del procedimiento sólo cuentan los derechos individuales. En el mejor de los casos se ha encontrado como posible camino los denominados mecanismos de resolución alternativa de conflictos. No obstante, si bien estos mecanismos tuvieron y tienen muy buena acogida para los denominados derechos del consumidor, por ejemplo, no necesariamente brindan soluciones para la protección de otros derechos colectivos, como es el caso de los derechos colectivos de los pueblos o comunidades indígenas. Cuando el tema de conflicto es la propiedad de la tierra, clara reivindicación del movimiento indianista, la contradicción que genera el derecho colectivo indígena y los derechos individuales nacionales no son fáciles de resolver en el marco de estas modalidades alternativas que de ningún modo implican la existencia de pluralismo de sistemas jurídicos.

Desde la perspectiva de D. Iturralde (1977) el derecho al derecho propio y el derecho a la justicia representan uno de los mayores reclamos de derechos colectivos. El primero refiere a la posibilidad que un pueblo o comunidad pueda autorregularse acorde a sus propias normas aunque sea el más inmaterial de los derechos, el que no está escrito en un código y, el segundo, el derecho a tener acceso a la justicia estatal, el derecho a una justicia que proteja la igualdad de oportunidades, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Pero más allá de cómo nominemos a estas prácticas o costumbres consuetudinarias características de las comunidades indígenas y estrechamente vinculadas a los sistemas de parentesco, a las concepciones religiosas, a la profunda vinculación de las comunidades con la tierra, a la importancia otorgada a los mitos fundacionales y a los diversos sincretismos culturales e instancias de ritualización social lo cierto es que de ningún modo son costumbres cristalizadas. Se trata de pautas de regulación social que han sufrido profundas modificaciones y reelaboraciones a través del tiempo, y de diversas situaciones de contactos interétnicos. Estos contactos que en muchas ocasiones han significado instancias de fricciones y confrontación han producido rupturas en el interior de los sistemas de valores aborígenes dando lugar a nuevas producciones de sentido.

En esta dirección es observable las continuas apropiaciones que los derechos consuetudinarios realizan de los derechos estatales dando lugar a diversos sincretismos en

el ámbito de la justicia. En efecto, la penetración del mismo lenguaje del derecho hegemónico plantea claras dimensiones de interlegalidad.. Al respecto M.T. Sierra (2004:167) señala:

“Encontramos una dimensión más que revela la interlegalidad en el espacio mismo de las jurisdicciones indígena, referida a la mutua constitución de legalidades cuando el lenguaje legal entra a formar parte del repertorio jurídico de las comunidades y los términos son incorporados a los referentes culturales de negociación, incidiendo en las costumbres e introduciendo nuevos significados que pueden implicar su modificación o redefinición”.

En este orden de ideas, y haciendo referencia a una de las comunidades de indígenas Tobas (Qom) asentadas en la ciudad de Rosario como producto de un intenso flujo migratorio desde la provincia del Chaco, vemos de qué manera la justicia estatal incide en el universo de las denominadas costumbres de los antiguos. ²

En la actualidad en los asentamientos Tobas de la ciudad de Rosario el Consejo de Ancianos ocupa el lugar que otrora tuvieron los caciques en las instancias de resolución de conflictos en espacios endogrupales. Los ancianos son considerados como depositarios de los saberes más antiguos y, por ello, se les debe respeto y obediencia. Los conflictos entre familias o entre vecinos es tema de consideración por los mayores en el marco de acuerdos donde la oralidad permea toda la vida de relación ya que el lenguaje es acción, hechos, acontecimientos. En efecto, los conflictos se dirimen a través de la palabra oral y las partes asumen su compromiso. En ocasiones, también los pastores aborígenes intervienen en las instancias de fricciones comunitarias siendo la palabra bíblica el criterio de máxima autoridad como producto del intenso sincretismo religioso entre pautas culturales Tobas y

² Con relación a los procesos de conformación de los asentamientos de aborígenes Tobas en la ciudad de Rosario Cfr.: Rodríguez,G.,Bigot,M, Vázquez.H:“Los aborígenes Tobas (qóm): situación sociocultural y procesos étnicos identitarios” En: **América Indígena**, Vol. LI, Instituto Indigenista Interamericano, México. 1992. (pp. 217-251), Rodríguez,G.,Bigot,M,Vázquez,H.“Los asentamientos Tobas en la ciudad de Rosario” **La Problemática Indígena. Estudios antropológicos sobre pueblos indígenas de la Argentina** . Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1992. (pp.81-100), Rodríguez,G.,Vázquez.H.:Historia, control social y representaciones simbólicas de “Lo rural” y “Lo urbano” en los grupos de familias Tobas migrantes”, en: **Propuestas para una Antropología Argentina II**. Carlos Berbeglia (coordinador) Edit. Biblos, Buenos Aires. 1992. (pp.87-95);,Rodríguez,G., Gardella, J.C. y Llanán Nogueira, J.: “Derechos Humanos, Minorías Aborígenes y Sistema Jurídicos Totales: tratamiento del caso argentino” En: **Pueblos Indígenas y Globalismo**, edic. Abya Yala, Quito, Ecuador, 1996. (233-253).

cultos evangélicos y pentecostales. Aquí la idea de mal, que evoca a la noción tradicional de daño, tiene su soporte material en la palabra escrita en los textos sagrados.

No obstante, el claro ejemplo de interlegalidad al que hacíamos referencia anteriormente lo encontramos en la nueva percepción que estos grupos tienen del derecho estatal a partir de la legislación nacional del aborígen y de sus expresiones provinciales. En estos espacios, ya interétnicos antes que endogrupales, la *ley del blanco* se considera necesaria porque su conocimiento les posibilita un mejor acceso a la justicia y la posibilidad de hacer valer sus derechos a través de un conocimiento eficaz de los canales jurídico-institucionales del Estado. En tal sentido, las legislaciones aborígenes y los documentos internacionales de Derechos Humanos son conocidos y debatidos al interior de la comunidad, y los espacios de reclamación se relacionan con abogados, jueces y tribunales. Se reserva, entonces, la actuación de los ancianos y pastores al ámbito de los conflictos intragrupal.

Asimismo encontramos ejemplos de interlegalidad en la lengua Toba debido a la penetración de un campo referencial relacionado con categorías conceptuales del idioma español. En el espacio de la justicia la recepción de nuevos referentes lingüísticos, esto es, nuevas expresiones ligadas al *argot* judicial del derecho estatal tales como ley, justicia, jueces, tribunales, abogados demanda procedimientos lingüísticos que permitan resolver la falta de disponibilidad en la lengua Toba de las nuevas categorías conceptuales. En otro espacio anotamos (Bigot, M., Rodríguez, G. y Vázquez, H.: 1995:16):

“Se trata de procesos onomasiológicos interlingüístico-culturales que consisten en denominar en una lengua conceptos inherentes a otro esquema cultural, pero que a su vez, se perciben, en mayor o menor medida, con interferencias de la cultura propia”.

Con esto queremos significar que operan procesos de integración de elementos del español en la morfosintaxis Toba y, por lo tanto, una acomodación de los elementos prestados a la fonología de la variedad de la lengua Toba. Otro de los procedimientos lingüísticos relacionados a la interlegalidad es el de la denominada extensión semántica cuyo objetivo es la ampliación del significado tradicional pero sin pérdida del mismo, con el fin de relacionarlos con referentes percibidos como vagamente análogos. Claro ejemplo de ello es el mismo concepto de ley. El concepto de ley no posee un significado

tradicional ya que la palabra /lataGaq/ o /lataGak/ refiere a normas de conducta y costumbres tradicionales de los Qom. Se trata de modalidades de autorregulación endogrupal inherentes a la tradición oral donde la noción de justicia o ley es concebida operacionalmente y en función de prácticas sociales inmediatas, sin formalizaciones. Cuando se quiere hacer referencia a la legislación aborígen la expresión, por extensión semántica, es: /lataGap nam dokse/: *ley del blanco*.

Estas integraciones y acomodaciones que ejemplificamos muy sucintamente con relación al espacio de las regulaciones sociales y de los procedimientos lingüísticos operan también con fuerza en otros ámbitos de las pautas culturales indígenas a través de complejos procesos de sincretismos.

Se desprende de lo arriba expuesto que al hablar de derechos étnicos abarcamos un universo de fenómenos donde están presentes usos y costumbres que tradicionalmente han sido consideradas por juristas y cientistas sociales como derecho consuetudinario aborígen - ya anotamos las críticas con relación al concepto de derecho consuetudinario- y, en el otro extremo, todo aquello que se legisla en función de los derechos étnicos desde los estados nacionales y desde la normativa internacional de Derechos Humanos. En el medio de ambos extremos situamos las dinámicas de cambio que experimentan estas pautas culturales de regulación social a la luz de permanentes transacciones interétnicas y situaciones comunicativas que generan elementos pragmáticos que otorgan sentido.

En estos contextos de reelaboraciones y sucesivas readaptaciones las reclamaciones cambian y los *usos* de los derechos se acomodan en función de necesidades puntuales. Por un lado, el conocimiento de la ley escrita, de la *ley del blanco*, es el canal que habilita el diálogo con las instituciones del Estado y, por otro, la vitalidad de ciertas modalidades de autorregulación social por fuera de los tribunales y de los centros administrativos de mediación estatal ponen en evidencia los *usos* estratégicos del derecho.

Permanece pendiente, tanto para los Estados nacionales como para los organismos internacionales de Derechos Humanos, el intento por instalar el pluralismo jurídico en el interior mismo de la estructura organizativa del poder estatal, otorgando rango dogmático y constitucional al estatus de derecho colectivo, en lugar de promulgar legislación que funciona como apéndice del orden jurídico donde se reconocen y protegen las prácticas de

derecho colectivo siempre que se trate de casos menores y no socaven los intereses de los sectores no indígenas y poderosos de nuestras sociedades.³

La cuestión del derecho consuetudinario indígena en el ámbito del derecho argentino: algunas consideraciones

Una primera aproximación a la temática de los pueblos originarios de nuestro país en relación al Derecho Argentino nos revela que históricamente la cuestión indígena siempre ocupó un papel marginal, ya que no ha sido objeto específico de análisis por parte de la Doctrina y Jurisprudencia, y sólo como objeto de regulación legislativa en forma relacional a otras cuestiones de interés estatal del momento (colonización, campañas militares, patronato, etc.).

Recién a partir de las décadas de los '80 y '90, y debido a los avances en materia de Derechos Humanos, a la reforma constitucional de 1994 y a los reclamos y reivindicaciones de los movimientos aborígenes en Argentina y en el mundo (por ejemplo, la declaración de la O.N.U de 1992, declarando ese año “Año de los pueblos aborígenes”) crece el interés de un sector de los operadores del derecho (abogados, jueces, estudiantes de derecho, etc.), en su mayoría pertenecientes al llamado “paradigma crítico del derecho”, en abocarse al estudio de la temática indígena en general y, en particular, la cuestión del derecho consuetudinario y su relación con el derecho vigente argentino.

No obstante este avance, el tratamiento específico de la cuestión indígena y, en particular, del derecho consuetudinario indígena (en adelante DCI) dentro del ámbito jurídico argentino es una materia pendiente.

Para profundizar esta cuestión establecemos la perspectiva jurídica desde donde se realiza el presente análisis.

³ A fin de complementar esta perspectiva pluralista-jurídica resulta imprescindible el concepto sobre estructura de un sistema jurídica que. Juan Carlos Gardella señala: (1995:17):

“Legislado o consuetudinario, un sistema jurídico no consta solamente de reglas, que es un aspecto ligado más bien a la conducta manifiesta, sino también de actitudes-valores, ideas, intereses, y, de manera general, elementos que, sin dejar de pertenecer al plano empírico, representante mas bien conducta encubierta o no manifiesta.

En los choques, asimilaciones o conflictos que se dan históricamente entre los sistemas jurídicos, puede ser que aparezcan los elementos que están más relacionados con la conducta manifiesta, es decir las reglas, pero que subsistan en parte o en el todo los demás componentes. Hay casos –y el derecho consuetudinario indígena posterior a los procesos de conquista y colonización ofrece ejemplos abundantes- en los cuales un sistema jurídico parece haber dejado de existir y, sin embargo, puede ser que pervivan bajo su superficie elementos no manifiestos, que el investigador ha de comprobar, entre otras razones, porque ellos pueden explicar por qué las reglas jurídicas hegemónicas son visualizadas por algunos sectores de manera diferente a como lo hace el sector dominante”.

Perspectiva jurídica de análisis.

Tomando como referencia los fundamentos generales de la teoría de Thomas Kuhn (1993), podemos decir que el “Derecho” es un concepto social y, por ende, históricamente condicionado. Y dado que, como todo concepto, es parte integrante de un modo de conocer en una sociedad dada y en un tiempo dado, la noción de “paradigma”, entendido como conjunto de conocimientos de una comunidad en un determinado tiempo y espacio que permiten analizar y resolver determinados hechos de determinada manera, cumple así una doble función: cognitiva (indican qué se conoce) y normativa o metodológica (indican cómo se conoce), posibilitando realizar un análisis más claro respecto a las formas de conocimiento dentro de lo que se llama “Derecho”.

En este orden de ideas, dentro del ámbito jurídico, nos encontramos con tres grandes “paradigmas” del derecho: el “Iusnaturalismo”, el “positivismo jurídico” y el llamado “paradigma crítico”:

a) Iusnaturalismo:

Cronológicamente es el primer paradigma en constituirse como tal en la Antigua Grecia y fue, con pocas variantes, la interpretación jurídico-social dominante en el derecho occidental hasta el siglo XIX. Básicamente parte de la idea de que, por sobre el derecho legislado por los hombres, de carácter temporal y local, existen un conjunto de “principios jurídicos” inherentes al orden natural y, en particular, a la naturaleza humana, por lo que son universales e inmutables. Dichos principios o “derecho natural”, puede ser conocido por la fe (corriente teológica) o la razón (corriente racionalista), pero lo importante es que el “derecho natural” está por sobre el derecho legislado humano, y este será justo o injusto en la medida en que respete a ese “derecho natural”.

b) Positivismo jurídico:

Surge a fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, a través del proceso de codificación originado en Prusia (1794) y especialmente en Francia (1804). Obviamente, el Derecho, como obra social, no es inmune a la nueva forma de conocimiento de entonces: el Positivismo, cuyos representantes (Comte, Spencer, etc.) trasladan el método de estudio de las ciencias naturales a las ciencias sociales (“reduccionismo naturalista”) generando, por

ende, la búsqueda de un conocimiento general, empírico e independiente de consideraciones “valorativas”.

No obstante, hay que diferenciar:

- el positivismo filosófico (o general), donde “lo positivo” es el hecho social y, por tanto, se estudia al derecho como una institución social. Representantes de esta posición son Emile Durkheim, Max Weber, etc.

- el positivismo jurídico, que entiende como “lo positivo” a la norma jurídica, especialmente a la Ley.

Es por ello que dentro del positivismo jurídico nos encontramos con posiciones fuertemente “formalistas” a las que sólo interesa la norma jurídica en sí misma (su concepto, su forma, su prescripción, etc.) independiente de cualquier otra consideración, ya sea valorativa o social (por ejemplo, la escuela de la Exégesis), pero también corrientes “antiformalistas” que, sin dejar de lado el método “científico” del positivismo (o sea: el de las ciencias naturales), analizan a la norma jurídica en relación a ciertos fines sociales (por ejemplo: Ihering, Kantorowicz, Geny). Pero en ambos casos, el interés ya no está en el ámbito “ideal” del Derecho Natural, sino en el “positivo” de los derechos legislados.

c) Paradigma crítico:

Esta forma de conocimiento jurídico se constituye por una serie de diversas corrientes, y a veces divergentes entre ellas, que tienen en común tomar como referentes a varios de los postulados del Materialismo Histórico elaborados por Karl Marx y Friedrich Engels a mediados del siglo XIX.

Desde una metodología empírica y crítica de su tiempo, Marx caracteriza al derecho como superestructural, clasista e históricamente condicionado, tal como lo señala N. Reich, citado por J. C. Gardella (1989, pp73-74)⁴.

En efecto, si bien Marx nunca elaboró una teoría específica del derecho, lo sometió como un fenómeno social más, a una consideración única (como un “todo” social) e histórico, lo cual implica un nuevo abordaje epistemológico del derecho ya que:

⁴ Gardella, J. C.: “Sobre las fundamentaciones filosóficas de los Derechos Humanos”, en Olguín y otros (Instituto Interamericano de Derechos Humanos): en “Derechos Humanos. Un debate necesario”, San José de Costa Rica y Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1989.

(i)- su carácter histórico lo distancia del Iusnaturalismo pues este mantiene la idea de un conjunto de derechos “naturales” a todo ser humano con validez universal e inmutable en el tiempo.

(ii)- su carácter único, lo diferencia del Positivismo formalista, que rechaza cualquier elemento social o valorativo dentro del análisis jurídico.

Pero aún así, debe señalarse que esta perspectiva tuvo más eco en las ciencias sociales que en el propio derecho, y en particular la corriente denominada “dogmática” del materialismo histórico, originada en el Academicismo Soviético del siglo XX que, entre otras cosas, tenía una visión casuístico-mecánica del cambio social (y por extensión, del derecho), desestimando la interdisciplinariedad. Posición muy diferente a la desarrollada por el Marxismo Europeo o “no dogmático”, cuyas corrientes mantienen una visión más amplia e integral del materialismo histórico (por ejemplo: Gramsci, Della Volpe, Cerroni, etc.), destacándose la “Escuela de Frankfurt (Adorno, Marcuse, etc.), cuya “Teoría crítica” ha promovido a lo largo del siglo XX hasta hoy, entre otras cuestiones, un análisis interdisciplinario de los diversos fenómenos sociales, incluido el derecho, desde una perspectiva interdisciplinaria y alternativa a las visiones iusnaturalistas y positivistas del Derecho (Gardella J.C.,: 1989).

Es desde esta perspectiva que elaboraremos un análisis de la cuestión indígena -y en particular del derecho aborigen- respecto al derecho estatal oficial, a través de dos aspectos fundamentales del conocimiento jurídico: la teoría general del derecho y la legislación argentina

DCI y Teoría General del Derecho:

Dentro de la llamada “Teoría general del Derecho”, es decir: las teorías sobre el derecho elaboradas por juristas pertenecientes a diversas corrientes iusnaturalistas y positivistas en Argentina, no existe un tratamiento específico del llamado “derecho consuetudinario indígena”, pero sí del “derecho consuetudinario” o, más precisamente, de la “costumbre jurídica”, la cual ha tenido y tiene una gran importancia dentro del marco del derecho moderno vigente.

En efecto, dentro de las llamadas “fuentes del derecho”, o las instancias generadoras de derecho positivo de un Estado según la Teoría general del Derecho, la costumbre ocupa un

importante lugar como productora de derechos y obligaciones, en situaciones no contempladas por la ley; así lo establece el artículo 17 del Código Civil argentino que indica que “los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”⁵.

Esta ubicación de la costumbre como “fuente del derecho” responde a la admisión por parte de la comunidad jurídica de la imposibilidad del principio de la “plenitud del ordenamiento jurídico” es decir, la imposibilidad de que la ley estatal de respuesta a toda problemática jurídica, una creencia propia del Positivismo jurídico, paradigma que forjó el nacimiento del ordenamiento jurídico argentino, y que prevaleció durante todo el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, y en particular la llamada “Escuela de la Exégesis” francesa, que consideraba a la “Ley” emanada del Estado como la única fuente de Derecho.

La falta de precisión y certeza de la costumbre, que generaban incertidumbre jurídica, además de estar asociada al modelo de producción feudal del “Ancien regime”, hizo que el movimiento Iluminista del siglo XVIII rechazara a la misma como fuente de derecho, ya que se oponía a la idea de un derecho racional, en el marco de un régimen democrático, y un modelo de producción capitalista.⁶

Esta concepción de la relación ley-costumbre se consolida a inicios del siglo XIX con el Positivismo jurídico, que se impone primero en Francia con la consagración del código napoleónico, y luego se extiende al resto del mundo. En nuestro país se preceptúa este criterio de manera más atenuada, atendiendo a los reclamos de los gobiernos provinciales de respeto a sus autonomías.

Pero en todo caso, la costumbre jurídica argentina, nunca hace referencia a la costumbre jurídica indígena ya que ha sido sistemáticamente omitida.

DCI y legislación argentina:

⁵ Código Civil, A-Z Editora, Buenos Aires, 2006, pág.9.

⁶ Como bien lo señala Elías Díaz (1976: 284):

“Por supuesto, este sistema de valores “naturales” no era sino el sistema de valores de la nueva clase dominante: la burguesía, clase en continuo ascenso desde hacia siglos; del mismo modo que el anterior Derecho natural medieval había sido reflejo de los valores e intereses de los estamentos (clero y nobleza) dominantes en el mundo feudal. Frente a las anacrónicas y retardatarias guerras de religión, la burguesía, es cierto, tenía más interés que nadie en la paz; pero todo el pueblo se beneficiaba con ello. Además, esa nueva ideología de la burguesía, ese derecho natural racionalista, se apoyaba necesariamente sobre las ideas de libertad y tolerancia; libertad de comercio (y de propiedad), es verdad, pero también libertad de pensamiento: de ahí su carácter que podemos denominar progresivo, acentuado por su vinculación con las actitudes de defensa de los derechos humanos en el contexto general de la filosofía política del liberalismo.”

Como objeto de regulación legislativa la cuestión aborígen ha sido tratada desde diversos enfoques, en relación a los intereses del Estado nacional (y en su caso, provinciales) y en función de determinadas coyunturas de su desarrollo histórico.

En este sentido, las primeras referencias legislativas las encontramos en siglo XIX con la Constitución Nacional argentina de 1853/60, donde en su art. 67 inc. 15 se establece, por un lado, el principio de “conservar el trato pacífico con los indios” y, por el otro, el de “promover la conversión de ellos al catolicismo”.

Posteriormente se sancionan las leyes 215 del año 1867 y 1947 del año 1878 que constituyeron, junto a la ley 1470 del año 1884, la justificación “legal” (en realidad inconstitucional) de la guerra y posterior genocidio contra los pueblos aborígenes: las primeras dos, respecto de los indígenas de la Pampa y Patagonia y la tercera, respecto a los aborígenes del Chaco.⁷

La primer ley que en forma sistemática trata la cuestión indígena en nuestro país es la ley 23.302 de **Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes** del año 1985: y su correspondiente decreto reglamentario 155/89, donde por primera vez se habla de “comunidades indígenas” definidas como “conjuntos de familias que se reconozcan como tales, por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización” (art. 2, 2ª parte)⁸.

Entre otros temas tratados por la misma, se destacan la atribución de personería jurídica de los mismos (similares a la de mutuales y/o cooperativas), el tema de la propiedad de las tierras, la salud, la educación y, finalmente, su participación en el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

No obstante, el avance más notable se da con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, en dos puntos fundamentales:

⁷ Como bien señala J.C. Gardella (1995:17).

“Pero ni aquellas normas constitucionales ni estas leyes trataron de manera sistemática las diversas materias implicadas en la cuestión indígena. Se limitaron, prácticamente, a los aspectos militares de la guerra de conquista, y a su objetivo central: la confiscación de tierras. Sólo más tarde, bien entrado el siglo XX, comenzaron a tratarse otros aspectos, sobre todo relativo a los derechos de los aborígenes a la tierra, y esto se hizo a través de la legislación llamada de “colonización”, que había abandonado ya el sentido “misional” y “de reducción” que se le atribuía en el siglo XIX. Hay que mencionar en este orden de ideas la ley 12.636 de 1940, que prevé la entrega de tierras a los aborígenes y la formación de “colonias” indígenas, asimismo la ley 14.392 de 1955 sobre el mismo tema.”

⁸ <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/educacion/leyes/23302.html>, al 15/09/2008.

- a) en su art. 75, inc. 17 donde establece que corresponde al Congreso nacional “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 y 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”.⁹
- b) en el art. 75, inc. 22, donde se consagra con “jerarquía constitucional” a los instrumentos básicos en materia de Derechos Humanos (eg.: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, etc.). Pero especialmente interesa destacar que en su parte final se indica que “Los demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Y es, precisamente, a partir de estos artículos que cobra importancia la ley 24.017, la cual ratifica el “**Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**” de 1989, cuya importancia como instrumento jurídico de Derechos Humanos es fundamental ya que, entre otros temas, promueve el respeto por las culturas, las formas de vida y las tradiciones de los pueblos aborígenes.

Y no es menor destacar el siguiente dato: si bien esta ley nacional fue promulgada el 7 de abril de 1992, es decir antes de la reforma constitucional de 1994, su ratificación se produjo recién ocho años después, el 17 de abril de 2000, habiéndose comunicado a la OIT el 3 de julio de 2000.

Por último, cabe señalar que varias provincias con una importante población aborígen poseen sus propias leyes locales (Misiones, Jujuy, Formosa, etc.). La provincia de Santa Fe

⁹ Constitución de la Nación Argentina, 1994, Pág. 16

trata la cuestión indígena a través de la ley n° 11.078 de 1993 que, en términos generales, posee el perfil de una legislación de avanzada respecto de la ley nacional 23.302 como precedente de la reforma constitucional de 1994 (eg.: el concepto de “derecho a una educación bilingüe e intercultural” es un concepto que ya figuraba en la ley provincial antes que en la Constitución Nacional).

Algunas consideraciones críticas:

Tanto la Teoría General del Derecho como la legislación argentina siempre han considerado la problemática aborígen como una cuestión “menor” o “marginal”, ajustada a las necesidades históricas del Estado-nación. Si bien en las últimas décadas ha surgido una importante tendencia de carácter reivindicatorio y de reparación sobre las comunidades nativas, producto de los nuevos movimientos sociales aborígenes, por un lado, y el fortalecimiento de los Derechos Humanos, por otro, dichos reconocimientos no dejan de ser en muchos casos de carácter meramente declarativo o simbólico o, en el mejor de los casos, se cumplen en forma parcial.

Resulta particularmente llamativa la omisión o “silencio” de las leyes anteriores a la ley 24.017 respecto a la cuestión del llamado “derecho indígena”, que obviamente tiene formas específicas que son ajenas al concepto occidental que poseemos sobre lo que es derecho.¹⁰ No obstante, con la ratificación de la ley 24.017 Argentina se reconoce como un país pluricultural y, por ende, plurijurídico.

Este reconocimiento al derecho consuetudinario indígena se encuentra en el art. 8, del Convenio 169, que expresamente indica:

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

¹⁰ De igual modo también es silenciado el tema del derecho consuetudinario indígena en los debates parlamentarios de la Cámara de Diputados de la Nación en torno al proyecto de la Ley 23.302. Al respecto M.V. Taruselli (2008) señala: Observamos como aquella tensión entre un ideal de país blanco, monolingüe y monocultural, por un lado, y una conformación social pluriétnica, por otro, se reproduce en el campo jurídico. Como correlato en la ley nacional se silencia el derecho consuetudinario indígena, aún cuando dicha coexistencia es reconocida por ciertas legislaciones provinciales o instrumentos jurídicos internacionales, siempre subsumiendo el primero (el indígena) a las imposiciones y limitaciones de la segunda (pág59). María Victoria Taruselli, *Tesina de Licenciatura: Pueblos Indígenas y Ciudadanía en Argentina. Memoria y Balance de una década, 1980-1990*. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Rosario.

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

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”¹¹.

Palabras finales:

En el desarrollo de esta ponencia nos propusimos plantear la problemática del denominado derecho consuetudinario indígena en el marco del Pluralismo Jurídico. En tal sentido, enfatizamos la necesidad de valorar las diferentes modalidades de regulación y control social características de las comunidades indígenas como derechos que reclaman la adquisición colectiva del derecho. No son derechos escritos en códigos y ello explica su invisibilidad en el marco de la normativa de los derechos estatales. No obstante, y como consecuencia de las reclamaciones de los movimientos indianistas y de nuevas pautas internacionales de Derechos Humanos, a partir de la década del '80 los países de la región comenzaron a recepcionar en sus reformas constitucionales y en la promulgación de legislación específica aspectos de estas formas de autorregulación comunitaria. Al respecto hemos analizado los alcances y los límites que alcanzó este reconocimiento.

En esta dirección, y en nuestro país, es la ley 24.017 la que establece con mayor claridad el concepto de “pluralidad jurídica” en el ámbito del derecho argentino ya que, por un lado, reconoce el derecho consuetudinario indígena en tanto inherente a las prácticas socio-culturales de estos pueblos y, por otro, admite una situación de hecho de larga data: la existencia de centros de producción de derechos diferentes al derecho hegemónico de raigambre occidental, propio del estado-nación argentino. Esta legislación constituye el primer intento de establecer una correspondencia entre pluralismo social y pluralismo jurídico, al menos en el aspecto formal. El campo plural de nuestras sociedades muestra la presencia de derechos colectivos cuya vitalidad, a pesar de sus reelaboraciones y dinámicas

¹¹ www.ambiente.gov.ar/archivos/web/DNorAmb/File/Ley%2024071.doc, al 15/09/2008. cabe destacar que los arts. 9 y 10 complementan estas disposiciones, pero específicamente en referencia a la aplicación de la ley penal nacional.

de cambio constantes, no puede desconocerse. Estos derechos no son resabios de un pasado lejano, y su tratamiento por parte de juristas y operadores del derecho debe evitar una visión folklórica en el reconociendo de la pluralidad jurídica.

No obstante, dar cuenta del contenido de los diversos sistemas jurídicos indígenas no es una tarea que pueda establecerse “a priori” sino que requiere de un intenso trabajo de investigación empírica, propio de las ciencias sociales y de la antropología jurídica en particular, pero siempre en dominios de convergencia disciplinarias.

Bibliografía:

-Bigot, Margot, Rodríguez, Graciela. y Vázquez, Héctor (1995): *Construcción de Liderazgos y de estrategias etnopolíticas en un grupo de Familias Tobas asentadas en la ciudad de Rosario* en: **Papeles de Trabajo**. Centro de Estudios en Etnolingüística y Antropología Socio-cultural .Universidad Nacional de Rosario. N° 4 (pp.11-21).

-Bohannon, Paul (1965): *The Differing Realms of Law* en **American Anthropologist**, 67 (6): 2.

-Chiba, Masaji (1999): *Una definición operativa di cultura giuridica nella prospettiva occidentale e non occidental*, en **Sociologia del Diritto** XXVI, 3.

-Clavero, Bartolomé (1977): *Multiculturalismo y monoconstitucionalismo de lengua castellana en América* en: **Derecho Indígena** -Magdalena Gómez, Coordinadora- , Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para las Naciones Unidas A.C., México (pp.65-112)

-Díaz, Elías (1976): **Sociología y Filosofía del Derecho**, Ed. Taurus, Madrid.

-Gardella, Juan Carlos (1989): *Sobre las fundamentaciones filosóficas de los Derechos Humanos*, en Olgún y otros (Instituto Interamericano de Derechos Humanos): en **Derechos Humanos. Un debate necesario**, Centro Editor de América Latina, San José de Costa Rica y Buenos Aires (pp. 55- 82).

-Gardella, Juan Carlos (1995): *Observaciones críticas sobre la legislación de aborígen en Argentina*, en **Universitas Iuris**, Publicación de alumnos de la facultad de Derecho de la Universidad nacional de Rosario, Rosario, Año 1, N° 6. (pp. 17-23).

-Gómez, Magdalena (1977): *Presentación* en: **Derecho Indígena** -Magdalena Gómez, Coordinadora- , Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para las Naciones Unidas A.C., México (pp.13-30).

-GluckmanL, M. (1978): **Política, Derecho y Ritual en la Sociedad Tribal**, Akal. Madrid.

-Griffiths, John (1986): *A Critique of the Ideology of Legal Centralism* en: **The Journal of Legal Pluralism** Nro.24 .

-Iturralde, Diego (1977): *Desarrollo Indígena: los retos de final de siglo* en: **Derecho Indígena** -Magdalena Gómez , Coordinadora- , Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para las Naciones Unidas A.C., México (pp.381-406).

-Kuhn, T. (1993): **La estructura de las revoluciones científicas**, Ed. Fondo de Cultura Económica, México.

-Leach, E.R. (1972): **Replanteamiento de la Antropología**: Seix Barral. Barcelona.

-Marés, Carlos (1977): *Los indios y sus derechos invisibles* en: **Derecho Indígena** - Magdalena Gómez, Coordinadora- , Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para las Naciones Unidas A.C., México (pp.142-180).

-Rodríguez, Graciela (2006): *Notas sobre el pluralismo jurídico desde la antropología y sociología jurídicas* en **Papeles de Trabajo**, Nro. 14. Entidad Editora: Centro Interdisciplinario de Ciencias Etnolingüísticas y Antropológico-Sociales. CICEA. Universidad Nacional de Rosario (pp. 207-222).

-Rodríguez, Graciela y Gardella, Juan Carlos (1997): *Derecho consuetudinario indígena y alternatividad jurídica: su análisis conceptual en relación con un estudio de caso* en Argentina en Gardella, Juan Carlos (comp.) **Derechos Humanos y Ciencias sociales: problemáticas de fin de siglo**, Edit. Homo Sapiens, Rosario.(pp.97-128)

-Rodríguez, Graciela (1996): *Método Comparativo y Pluralismo Legal* en **Papeles de Trabajo** -Centro Interdisciplinario de Ciencias Etnolingüísticas y Antropológico-Sociales- Nro.5: 35-40, TecnoGraf. Rosario.

-Sierra, María Teresa (2004): *Interlegalidad, justicia y derecho en al Sierra Norte de Puebla* en: **Haciendo Justicia -Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas**, María Teresa Sierra, Editora, Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social –CIESAS-, México (pp.115-186).

-Woodman, Gordon R. (1993): *Non-State, Unbounded, Unsystematic, Non-Western Law* en **Oñati Proceedings -Sociology of Law in Non-Western Countries-** Nro. 15: 103-115, The Oñati International Institute for the Sociology of Law. Oñati. España.

Fuentes:

-Constitución de la Nación Argentina, 1994

-Código Civil, A-Z Editora, Buenos Aires, 2006

-Ley 23.302, en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/educacion/leyes/23302.html> , al 15/09/2008.

-Ley 24.017, en www.ambiente.gov.ar/archivos/web/DNorAmb/File/Ley%2024071.doc , al 15/09/2008.