

PLURALISMO NORMATIVO: COEXISTENCIA DEL DERECHO OFICIAL Y SITUACIÓN DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN ARGENTINA.

Soledad Ucedo¹

El presente trabajo abordará la cuestión referida al pluralismo normativo como consecuencia del pluralismo cultural *preexistente* en nuestro país, acotando el análisis a la situación en la que se encuentran los pueblos originarios argentinos frente al derecho *oficial*, y más específicamente respecto a los problemas que suelen suscitarse en materia penal y la posibilidad de acudir a la jurisdicción oficial u originaria². Desde este punto, se intentará demostrar la posibilidad de la coexistencia de sistemas normativos *alternativos*.

La múltiple presencia de los pueblos indígenas constituye un elemento ineludible de la vida social en varias provincias de nuestro país³. Son presencias activas, que se hacen visibles a través de sus idiomas, sus organizaciones sociales diversas y sus costumbres; y principalmente visibles a la hora de aplicar el poder punitivo oficial.

Si bien el tema es bastante complejo, y sería imposible abordar la infinidad de subtemas que se desprenden en múltiples direcciones -las que a su vez responden a diversas causas o razones- a fin de delimitar la exposición propongo acotar el plano de análisis planteando en primer lugar los interrogantes que me llevaron a investigar sobre esta cuestión, citando inevitablemente la normativa vigente y tomando como punto de referencia las ideas de diferentes autores, todo ello con el objetivo de alcanzar una conclusión que pretende ser no meramente descriptiva sino más bien crítica.

¹Abogada UNLP; Especialista en Derecho Procesal Profundizado, Universidad Notarial Argentina (2015). Profesora adjunta interina de la Asignatura Introducción al Derecho Cát.I de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Docente en el Curso de Adaptación Universitaria de la carrera de Abogacía UNLP 2015/2016. Auxiliar docente en la Asignatura Derecho Procesal Civil y Comercial Cát. IV. Colaboradora en los Tomos I y III, 4^a Ed.de los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación Argentina y Provincia de Buenos Aires. Comentados y Anotados de los maestros MORELLO, Augusto; SOSA Guadalberto L. y BERIZONCE, Roberto O. Contacto: ucedosol@hotmail.com

² **Rodríguez, Graciela Beatriz.** "La justicia indígena en Argentina". X Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Córdoba, noviembre de 2009. Comisión 7. Minorías, discriminación social y derechos humanos.

³En cuanto a la distribución territorial de las 38 poblaciones indígenas argentinas, puede consultarse: http://www.mapaeducativo.edu.ar/mapas/socioterritorial/pueblos_indigenas/

Siguiendo la metodología de abordaje propuesta; a continuación se exponen cuáles serán los interrogantes que servirán como pilar para intentar construir una conclusión final, aunque obviamente no definitiva. Una buena lógica y posterior entendimiento, nos llevará a tratar de desentrañar *qué* implica hablar del pluralismo cultural y normativo, y *qué* consecuencias prácticas provocaría asumir la alternatividad de sistemas.

En segundo lugar, con el objeto de abordar específicamente la situación de los pueblos originarios en lo que a materia de derecho penal y a la posibilidad de aplicar su propia jurisdicción se refiere, debemos conocer previamente *cuál* es la normativa vigente a nivel constitucional en Argentina, y en materia internacional, en la Resolución 169 de la OIT y Declaración Universal de la UNESCO.

En tercer lugar, considero que a fin de descubrir realmente el origen de los problemas que sacuden a nuestros pueblos originarios, y no quedarnos sólo con una visión dogmática de la realidad, deberíamos detenernos aunque sea un momento y preguntarnos por *qué vale* el Derecho Oficial, es decir de dónde surge a nuestro entender, la *legitimación* del poder punitivo en nuestro país.

Finalmente, siguiendo la propuesta de Eugenio Zaffaroni en su obra "*La palabra de los muertos*⁴" intentaré demostrar por qué es importante saber qué nos dicen *los muertos* y cómo ello se convierte en una posibilidad de elegir otra forma de entendimiento de la cuestión criminal y fundamentalmente de la situación de los pueblos originarios.

Pluralismo cultural y normativo. Sistemas normativos alternativos.

Hablar de pluralismo cultural significa en primer lugar reconocer la diversidad cultural como "*posibilidad de llevar adelante una cultura*", así como asumir la existencia de comunidades diversas, en un mismo territorio y lugar, las cuales viven, sienten, se relacionan y comportan guiadas por sus propios valores, creencias e instituciones, con sus propias organizaciones y distribución de poder entre sus miembros. Ellas, transitan por la historia con vocación de identidad y permanencia, sea

⁴ Zaffaroni Eugenio R; "*La palabra de los muertos*". Editorial EDIAR, Edición 2011.

a través de sus costumbres, sus propias lenguas, dialectos, sobreviviendo al carácter colonialista del poder central.

En cambio, cuando de pluralismo normativo se trata, estamos ante todo en un problemático encuentro, no sólo desde una perspectiva cultural sino jurídica. Partimos desde el choque de diversos sistemas normativos vigentes en un mismo ámbito territorial y temporal. De allí que la expresión *pluralismo normativo* se utiliza para identificar el fenómeno que consiste en la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio, y que pertenecen a órdenes o sistemas normativos distintos, que a su vez se sustentan en diferentes valoraciones de las conductas y con consecuencias jurídicas concretas a la hora de administrar justicia.

Consecuentemente, esto trae aparejado otros problemas: quien pertenece a un pueblo originario tiene -en los hechos y en derecho-, un doble *status*, a saber: es ciudadano argentino y también ciudadano como miembro de su comunidad, y con ello aparece la posibilidad de ser juzgado y condenado por un Derecho Oficial de raíz colonialista extraño e incomprensible para ellos.

Y, asumiendo tal *coexistencia*, tenemos que tener en cuenta que siempre encontraremos tensión entre poderes culturales y hegemónicos, entre normas jurídicas, escritas, dictadas por un *supuesto* legislador racional, vigentes para todos los habitantes de nuestra Nación; y por otro lado un derecho ancestral, de carácter consuetudinario, transmitido en forma oral en la generalidad de los casos; que rige la vida de ciertas comunidades con sus propios valores, estructura social, con manejo propio de poder punitivo y que además, son tan argentinos como el resto de sus conciudadanos.

Y es aquí donde surge el concepto de *alternatividad* como válvula de escape, como reconocimiento de otras realidades y fuentes normativas, las cuales no sólo se encuentran reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, sino que fundamentalmente se hallan vigentes cumpliendo además con el principio de efectividad dentro de dichas comunidades.

Ahora bien, más allá de considerar la alternatividad de los sistemas normativos mencionados, sostengo que existe la posibilidad de resolver los conflictos que puedan

presentarse entre ellos, dentro de *nuestro* ordenamiento jurídico, aún acudiendo al Código Penal de la Nación Argentina (en adelante CPA).

Cabe destacar que la idea de pluralismo normativo no es producto del discurso jurídico oficial, sino que nos viene dada por la Sociología Jurídica, disciplina que se ha encargado de poner en claro la existencia de otras realidades normativas. Estas a su vez han sido históricamente relegadas por los Dogmáticos del derecho, por no caber dentro de su esquema formal de sistema jurídico, al cual reconocen como único legitimado de llevar sobre sus espaldas el carácter de juridicidad, como si con ello fuera suficiente para predicar su racionalidad.

En otro orden de ideas, cabe aclarar por qué he tomado -como punto de partida- la idea de considerar al orden jurídico –sistema jurídico- como si fuera un conjunto de normas.

En primer lugar, ello se debe a que la mayoría de los juristas están de acuerdo en tomar el derecho en sentido objetivo- es decir, como conjunto de normas- a la hora de realizar sus construcciones teóricas. Todos o casi todos, están de acuerdo en que el derecho de un determinado país es un conjunto unitario al que cabe atribuir la denominación de “orden jurídico o sistema jurídico”. Y ello es aún más fuerte considerando el formalismo propio del derecho penal, como expresión máxima de la dogmática jurídica.

Quien ha constatado acertadamente esa actitud generalizada por parte de los juristas ha sido Rolando Tamayo y Salmorán, en un reciente trabajo titulado “El Derecho y el problema de su indeterminación”⁵, a partir de tomar al derecho como un *Als ob*, él parte de la idea de que los juristas cuando dicen qué es el derecho, en realidad nos dicen “lo que creen que es el derecho”. De allí que “...para la profesión jurídica el derecho es considerado un *als ob* (es considerado un “**como si**”). El derecho es **como si** fuera lo que los juristas piensan que es. El derecho (cualquier cosa que pudiera ser) es

⁵ Este artículo es la versión escrita de su ponencia del mismo nombre, sometida a las **XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social**, celebradas en La Falda, Córdoba, del 7 al 9 de octubre de 1999. Este trabajo tiene un antecesor directo en su ponencia: “The Legal System. (The Problem of the Indeterminacy of its entities)”, presentada al **XIXth International Congress of Philosophy of Law and Legal Philosophy de la IVR** (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, celebrado en Nueva York, del 25 al 30 de junio 1999)

visto, por ejemplo, **como si fuera una «clase» o un «orden» de cosas.** Consecuentemente con esto, los juristas suelen afirmar que el derecho (siendo una clase de cosas) es un «compuesto» de... ‘normas’ (cualquier cosa que éstas pudieran ser”.

En este sentido, el positivismo jurídico se ha visto tentado siempre por el afán de dar vida a un sistema jurídico, en cuanto construcción y sistematización conceptual de la realidad en términos puramente racionales, o sea normativos y lógico-formales. De aquí siempre el latente peligro de que la dogmática jurídica acabe por convertirse en dogmatismo jurídico, es decir en una construcción y sistematización conceptual puramente lógico-formal, normativa y excluyente de lo fáctico, de los valores y de los fines que se encuentran en todo sistema jurídico.

Y ello se traduce en el desconocimiento en que han incurrido los positivistas respecto del carácter ambiguo de todo orden jurídico: Han pasado por alto el hecho innegable de que todo sistema jurídico cumple no sólo una función autónoma y teórica; sino que también cumple una función práctica, instrumental y previsor. Y ambas funciones se corresponden con el momento de la construcción y sistematización conceptual, por un lado, y por otro con el de la aplicación concreta (interpretación y juicio jurídico).

Por ello, en este trabajo se presenta la idea de orden jurídico *como si* fuera un conjunto de sistemas normativos que coexisten entre sí, y cuyos ámbitos de aplicación forman parte del fenómeno de la pluralidad normativa y cultural.

Anclaje normativo de los derechos de los pueblos originarios en la República Argentina.

Como suele decirse por ahí... “*la realidad supera a la ficción*”, y ello es lo que ocurrió precisamente al reformarse⁶ nuestra Constitución Nacional en el 94’ al otorgarle a los pueblos originarios -minoría postergada si las hay- anclaje constitucional a través

⁶ Hacia fines del siglo XX, con la reapertura democrática, se produjeron avances significativos en relación al reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas que desembocaron en la reforma constitucional de 1994.

del art. 75 inc. 17⁷ y 22, el Convenio de la OIT 169 sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes (ratificado por ley 24071) consagrando en sus arts. 8, 9 y 10 la regulación en materia penal, así como la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural del año 2001.

La reforma constitucional del 94' vino a enrolar a nuestro país en una corriente reivindicatoria⁸, al reconocer de manera expresa la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; y por otra parte consagró la incorporación al Derecho interno argentino de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos⁹, reconociéndole jerarquía constitucional. Y en tal sentido, participa del elenco de países comprometidos en la protección de los derechos fundamentales¹⁰.

⁷ Art. 75. inc.17: *"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"*.

⁸Un ejemplo de ello puede verse en: **"Reclamos, restituciones y repatriaciones de restos humanos indígenas: cuerpos muertos, identidades, cosmologías, políticas y justicia"**. Introducción por Axel Lazzari. Corpus. Archivos virtuales de la alteridad americana, Vol. 1, N° 1, 1er semestre 2011, ISSN 1853-8037.

⁹ Constitución Nacional Argentina. Artículo 75 Inc.22: Es atribución del Congreso de la Nación Argentina: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. 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.

¹⁰ La última etapa en esta historia sobre la evolución de los derechos sociales es ésta, la que vivimos, y que sigue a la reforma constitucional de 1994. Esta reforma ratificó, como siempre, el alto compromiso social que tienen el constitucionalismo argentino con los derechos sociales, desde que se hizo cargo de ellos, a mediados del siglo XX. Ella expandió, además, en lugar de recortar, tales derechos. Y les dio un marco todavía más exigente, que quedó en claro con la constitucionalización de los principales tratados de derechos humanos firmados por el país. Dentro de las novedades incorporadas por esta nueva reforma constitucional, una de rango excepcional tiene que ver con el reconocimiento del lugar constitucional, que les corresponde a los pueblos indígenas. El paso que se ha dado en la materia es extraordinario, aunque aún muy limitado, si pensamos que nuestra

Por su parte, por Ley 24.071 Argentina ratificó el Convenio de la OIT 169, dando un paso más al desafío que implica reconocer de manera oficial que el derecho es, entre otras cosas, un *producto cultural*, asumiendo la deuda pendiente de una reparación histórica en la que se vio envuelta nuestro país, adherido a un pasado de corte colonialista que deliberadamente cometió genocidios, avasallando miles de vidas, privando a los que *estaban desde antes* de su propia cultura, sometiéndolos primero, intentando asimilarlos después, a través de la imposición del discurso jurídico oficial.

Quizás como consecuencia de lo impostergable, y porque ya no podemos seguir callando los gritos de los muertos, de la innegable presencia de los pueblos indígenas en nuestro país, hoy estamos ante un cambio de paradigma social y jurídico. Y como todo cambio de paradigma implica una crisis, es necesario, detenernos un instante en el Convenio de la OIT 169.

El art. 8 del Convenio de la OIT refiere a las relaciones entre el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y el derecho oficial (como legislación vigente), y asimismo establece ciertas directrices genéricas que deberá tener en cuenta en primer lugar el Estado –y luego el juez- a la hora de resolver un caso que pueda presentar conflictos entre ambos sistemas normativos.

Art.8: Derecho indígena

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

Inc.2. *Dichos pueblos deberán tener el derecho a 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 de la aplicación de éste principio.*

primera Constitución parecía considerar a los indígenas como sub-humanos, a los que había que educar y encauzar a la fuerza.

Inc.3. *La aplicación de los párrafos 1 y 2 de éste 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.*

En suma, en sus tres incisos, el artículo bajo comentario establece tres principios básicos o marcos que cada Estado deberá tener en cuenta en el caso de encontrarse ante conflictos jurídicos debido a la coexistencia de sus órdenes normativos; a saber: I) Debida consideración al derecho indígena; II) Derecho de estos pueblos a mantener sus costumbres e instituciones propias; y III) La aplicación de los principios anteriores no debe acarrear discriminación alguna respecto de los pueblos indígenas.

Art.9: Costumbres indígenas y derecho penal.

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

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

Ello significa que “en materia penal, en los casos de juzgamiento de los miembros de pueblos indígenas por los tribunales estatales, la norma obliga a adecuar la teoría del delito de modo de tener en cuenta las diferencias culturales¹¹.”

En tal sentido, sostiene Becerra que la primera consecuencia del reconocimiento jurisdiccional de la diversidad cultural, es que ella pase a formar parte de los principios fundamentales que dan contenido a la política criminal del Estado como base ideológica del sistema Penal¹².

¹¹ **BECERRA, Nicolás;** Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena. Argentina; Buenos Aires, 1977, pág.23.

¹² Ob. Cit.10

Art.10 Sanciones penales.

Inc.1. *Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*

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

Este artículo, como derivación del principio máximo de la dignidad humana, reconocido además en diversos tratados sobre derechos humanos de los que nuestro país forma parte, prevé el subprincipio de no discriminación. Aquí aparece una alerta legal para los jueces, magistrados y tribunales quienes deberán tener en cuenta que la pena, según la ideología concebida en nuestro CPA fue pensada para una sociedad muy diferente a la de los pueblos originarios. De allí que para disminuir los daños colaterales que trae inevitablemente la aplicación de un derecho penal *ajeno*, en el sentido de diferente al propio; el decisor deberá buscar alternativas para el cumplimiento de la pena, que sean respetuosas de los valores propios de una cultura diversa.

Por su parte, la Declaración Universal de la Unesco, con un criterio más *amplio* contempla la *diversidad cultural* como patrimonio común de la humanidad; admitiendo que su reconocimiento conduce indefectiblemente a la asunción de un pluralismo cultural, y que en este sentido los derechos humanos deben ser garantes de la diversidad proclamada.

Declaración Universal de la UNESCO

Art.1. *La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.*

Art.2. *En nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas. Las políticas que favorecen la integración y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural es propicio para los intercambios culturales y el desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública.*

Art.4. *La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance.*

En suma, la Declaración de la Unesco ofrece un concepto amplio como “*diversidad cultural*”, y en cambio el Convenio de la OIT toma un concepto acotado de “*pueblos originarios*”. La Constitución Nacional argentina por su parte habla de “*pueblos indígenas argentinos*”.

Por su parte, el CPA establece en su **art. 1 Inc.1** que se aplicará: “*Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción*”.

Enunciada la legislación vigente, corresponde ahora leer entre líneas algunas cuestiones, y al efecto de este trabajo evidenciar, cuál es el problema que se presenta respecto de los pueblos originarios a la hora de concretar en la práctica el reconocimiento de sus derechos, no perdiendo de vista el objetivo inicial; a saber ¿Qué ocurre con el Derecho Penal?

Inicialmente hablamos en términos generales de la coexistencia de sistemas normativos y mencionamos la posibilidad de que entren en conflicto. A esta altura es posible detectar que dado el caso concreto, en realidad nos encontraríamos ante un

aparente conflicto, que a nivel de la regulación normativa citada se desvanecería. Ello debido a que el convenio de la OIT, contempla que aún en *materia penal* las comunidades indígenas se rijan por sus propias normas, aplicando *sus* propios procedimientos a la hora de juzgar *sus* delitos. Y yendo un poco más lejos, puede afirmarse que es posible resolver cualquier conflicto que pueda suscitarse entre ellos dentro del propio ordenamiento jurídico vigente, y aún recurrir al propio CPN y encontrar una solución dentro del caso concreto.

Pero más allá de estas afirmaciones, lo cierto es que en la práctica ese conflicto siempre está latente, porque el poder punitivo hegemónico toma su cauce a través de la creación de una política criminal sustentadora del control represivo de la Colonia, cuya ideología sobrevive en la aplicación que hacen los jueces de los Códigos procesales locales a los miembros de los pueblos originarios, haciendo caso omiso de los convenios internacionales vigentes¹³.

Otro de los interrogantes a resolver es saber a qué llamamos “*Derechos fundamentales*”, para luego estar realmente en condiciones de excluir o no la aplicación de los derechos de los pueblos originarios en materia penal. Ello es un paso ineludible, porque si nosotros nos quedamos con las características del concepto de “Derecho Fundamental”, hasta el mismo derecho oficial cuando aplica una pena *cosifica* a la persona siendo el mismo Estado quien ejerce y aplica la violencia. Entonces volvemos a preguntarnos ¿Qué significa respetar los derechos humanos?

Y es aquí donde deberíamos cambiar el nivel de análisis: La consideración sobre si es o no violación de derechos humanos, es una tarea que debería realizar ineludiblemente la propia comunidad. Y recién allí desde afuera, el sistema oficial deberá analizar si para *ellos* (la propia comunidad) hay o no violación a un derecho (por ellos considerado) fundamental.

Como si no fuera poco, quien pertenece a un pueblo originario tiene un doble *status*, a saber es ciudadano argentino y también ciudadano como miembro de su comunidad. Quizás la llave maestra a este doble status estaría en la posibilidad de que la

¹³ ZAFFARONI Eugenio R. “*Criminología. Aproximación desde un margen*”. Ed. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1993.

persona que haya de ser juzgada por la comisión de un delito tenga la posibilidad de elegir la jurisdicción. Pero la dificultad estará siempre por cuanto el delito penal atraviesa a toda la sociedad, y principalmente afecta a quienes tienen un reconocimiento precario como personas, porque sabido es que la criminalización siempre es selectiva y ello es estructural al sistema penal. De allí la importancia del pluralismo normativo que debería funcionar en la práctica como un *sistema de garantías*.

Todo lo dicho anteriormente se puede resumir en la siguiente pregunta *¿Qué ocurre cuando culturalmente alguien (perteneciente a un pueblo originario) no conoce las normas oficiales del Estado? ¿Qué hacemos con la ficción que sostiene que “el derecho se presume conocido por todos?”*

En el contexto de los pueblos originarios, y ante la comisión de un delito que pretenda ser juzgado según el derecho oficial, y tratando de buscar la solución dentro del CPA, ello sería posible pues estaríamos ante un caso en el cual la acción supuestamente típica, es aceptada socialmente en el contexto de la comunidad de que se trate. Esta posibilidad podría ser encausada -siguiendo la postura de Zaffaroni- por el *error de prohibición culturalmente condicionado*. Claro que, según el autor citado, teniendo ciertas pautas, limitando su aplicación al caso de tratarse de una comunidad indígena sumamente cerrada donde imperan costumbres intensamente arraigadas, y en cierta forma con un derecho consuetudinario que se aplica dado su aislamiento¹⁴.

Esto nos permitiría demostrar que, aún sin tener en cuenta el pluralismo normativo y cultural tendríamos la posibilidad de resolver el aparente conflicto dentro del Derecho oficial vigente.

Claro que para poder pasar del mundo de las ideas y las buenas intenciones, habría que ir todavía un poco más lejos. Tomar el toro por las astas, partiendo desde la política criminal que debe asumir el Estado a fin de adecuar las realidades imperantes, y la única forma de lograrlo es realizando una reforma legislativa -a nivel interno o local- que contemple la situación de quien por su cultura o costumbres realiza una conducta, no comprendiendo el carácter delictuoso de su acto, o al menos determinarse de acuerdo

¹⁴ Ob.cit.2

a esa comprensión, de modo tal que de comprobarse dicha situación pueda ser eximido de responsabilidad o atenuada la misma¹⁵.

¿Por qué vale el Derecho Oficial?

Antes de contestar esta pregunta tenemos que analizar algunas cuestiones que generalmente son *ignoradas, reservadas o simplemente calladas* dentro de nuestros ámbitos académicos, a saber: ¿De dónde viene la legitimación del poder punitivo en nuestro país?

Cabe aclarar que por una cuestión práctica me veo obligada a trazar sólo algunos lineamientos generales referidos específicamente a su relación con los pueblos originarios. También debemos tener en cuenta que las posibles respuestas exceden el marco estrictamente jurídico.

El paradigma hegemónico ha propuesto un modelo de Estado que se ha servido desde siempre del *poder punitivo* utilizándolo como una herramienta cuyo ejercicio resulta proyectado hacia la verticalización de la sociedad, que ha procurado en palabras de Gelman “*convertir a la sociedad civil entera en carne de punición. Cualquier pretexto es bueno*”.

Cabe aquí entonces, analizar cuáles han sido los pretextos que generalmente se han invocado para mantener la vigencia del poder punitivo. Podríamos mencionar una lista interminable, pero como suele decirse “*para muestra basta un botón*”. Y lamentablemente aquí, en el *margen* sur tenemos un ‘botón’, viviente, aunque escondido, construido con materiales –argumentos- de toda clase y calaña, que van desde la “fatalidad biológica” que dividió a la humanidad en razas superiores e inferiores, y que llegó inclusive a la ridícula discusión en la conquista de América Latina en torno a si los indígenas tenían alma o no la tenían, o si eran seres humanos o animales, hasta las concepciones de racismo optimista (Spencer) que sostenían que en la lucha de la supervivencia, dentro del género humano, las razas mejor dotadas eran las europeas, pero su optimismo fincaba en que, con la *debida tutela europea*, las otras

¹⁵ ZAFFARONI Eugenio R- ALAGIA Alejandro- SLOKAR Alejandro; “*Derecho Penal. Parte General*”. Ed. Ediar. Buenos Aires. 2003. P. 738.

razas podrían evolucionar y en unos milenios alcanzar el grado de desarrollo biológico de éstas. Estos fueron algunos de los sinsentidos que legitimaron el colonialismo a lo largo de la historia del mundo.

Según Zaffaroni, aquí debemos detener nuestra mirada a los *“seres-siendo, que no pudieron seguir siendo porque alguien –o muchos- les impidieron violenta y arbitrariamente que sigan siendo... sea por acción u omisión del poder punitivo”*.

Descubrir quiénes y por qué lo hicieron quizás sirva de respuesta a la pregunta inicial ¿Por qué vale el derecho oficial?

Como una de las primeras agencias punitivas desde el poder central radicado en el viejo continente se decidía la vida y la muerte de quienes ni siquiera eran considerados personas: los “originarios”, sea aduciendo una misión piadosa de cristianización que disfrazaba las más sangrientas crueldades para callar a los disidentes o rebeldes al poder de la Corona, o proclamando la inferioridad de las razas.

Vulgarmente, ante ciertos secretos guardados celosamente que salen a la luz un amigo suele decir que *“se ha escapado del closet”*. Leyendo y releendo nuestra historia, creo que ello es totalmente aplicable aquí. Las razones, causas y consecuencias de nuestro *actual* poder punitivo, su legitimación, lo que hoy se considera la cuestión criminal, el mantenimiento de un derecho penal de autor, el dictado de una política criminal de carácter selectivo, reniega de su pasado: a nadie le gustaría admitir que en realidad nuestro Estado de Derecho tiene como pariente para nada lejano un genocidio, que la masacre es y fue siempre un acto político, una decisión de poder.

Palabras finales

Si bien al comienzo me vi obligada a esbozar algunos conceptos y citar la normativa vigente en nuestro país, a fin de poner en conocimiento al auditorio, respecto al derecho de los pueblos originarios y hablar un poco del pluralismo normativo y cultural, salteando el desarrollo histórico, pero sin dejar de recalcar que más allá de la ley estamos ante un buen síntoma: contamos con un programa para devolver algo de todo aquello que alguna vez han sido despojados, hoy podemos hablar de un nivel *étnico*, ya no se mira para otro lado, y los pueblos originarios ahora, y aunque

seguramente deba pasar demasiado agua debajo del puente, cuentan con la posibilidad de *seguir siendo*, gracias quizás, a los gritos de sus muertos.

Debo admitir que la lectura de una obra del profesor argentino; Eugenio Zaffaroni me ha llevado a reivindicar aún más el hecho de que el poder punitivo, una vez más, ha sido utilizado como arma de aniquilamiento de una cultura, a fin de justificar la construcción de un Derecho Penal a la medida de los intereses y necesidades de quienes mueven los hilos invisibles del poder¹⁶.

No es que quiera esbozar un decálogo de confesiones, aunque algo parecido pueda surgir de las siguientes líneas.

En primer lugar, creo que a partir de estas reflexiones; sería imposible dejar de asociar a los pueblos originarios con las masacres y la palabra de los muertos. Creo también que la omisión respecto de lo que ahora me parece una obviedad tiene una respuesta: en nuestros recorridos académicos nos han *condicionado demasiado el pensamiento*. Tampoco a nadie se le ocurriría decir que el agente de las masacres es el poder punitivo oficial.

Personalmente, tuve que despojarme de preconceptos y conocimientos adquiridos hasta el momento a fin de -al menos- intentar entender otras posibilidades teóricas, y por decirlo de alguna forma *desestructurarme*. Por ejemplo, aceptar la caída de la racionalidad del poder punitivo, aunque ahora tampoco sé si pueda afirmar que alguna vez cuestioné tal cosa.

Quizás sea la incomodidad conceptual; o el cambio de paradigma al aparecer en escena una generación cada vez más fuerte de derechos sociales en pos de los sectores más vulnerables, o quizás por responsabilidad de algún académico de Sociología, Filosofía o Derecho penal o de todos ellos, el que ahora ande hurgando por ahí sobre una tal *criminología cautelar* que tenga por misión andar por la morgue levantando

¹⁶ En efecto, como lo expresara sintéticamente el Dr. Zaffaroni la colonización –y más especialmente la americana, redujo masivamente la población originaria del continente y extinguió muchas etnias, destruyó sus culturas, persiguió sus religiones, sometió a servidumbres a millones de personas. En términos jurídicos contemporáneos se trató de un genocidio. El orden jurídico de los países colonizados tenía por base este hecho. La independencia de América rompió con ese orden, pero estableció otro que no puede negar su condición de sucesor, en la medida que no proclame y haga realidad su propia independencia respecto de esos crímenes.

sábanas y mostrando cadáveres producidos por el poder punitivo. Pero tomando prestada una frase de Zaffaroni “*mucho peor es negar su existencia y además es suicida hacerlo cuando en cualquier momento puede ser uno mismo el que quede debajo de las sábanas*”.

Los pueblos originarios, como preexistencia cultural y cronológica; permanencia, transmisión ancestral de cultura, valores y creencias, sin caer en el reduccionismo de considerarlos una mera minoría; sus muertos, sus voces, sus gritos diciendo aquello que *no* casualmente nos han callado durante tanto tiempo, hoy está aquí, y creo que como mínimo debería ser no sólo escuchado sino más bien difundido.

Quizás dicha tarea deba empezar por la palabra de los académicos, porque no debemos olvidar que muchos de los que construyen -por decirlo de un modo elegante- la política criminal, los que nos dicen -o no- porqué vale el derecho oficial, el modelo de Estado de Derecho que proclamamos, y nos explican *formalmente* qué es el poder punitivo -guardando los muertos en el placard- salen de nuestras Universidades, que tienen más de sectoriales que universales¹⁷.

Claro que ello sólo no basta, debería divulgarse *en castellano*, en términos claros y comprensibles para cualquier persona que no porte el carnet de un determinado grupo de privilegiados, teniendo en cuenta las condiciones sociales y culturales que permitan la comprensión de ciertas palabras que hasta hoy estaban guardadas, muertas tiradas en el rincón de la conveniencia de algunos. Al menos un intento de despertar un interés podría ser un buen comienzo.

Bajo esta mirada, propongo dejar de lado aquella visión abstracta, y puramente racional del sistema jurídico. Para ello es necesario considerar al sistema jurídico como una realidad compleja, constituido por elementos fácticos –o descriptivos-, caracterizado por el permanente y variado contraste de intereses culturales; elementos normativos o formales y los elementos axiológicos, en tanto sistema históricamente variado y variable de valores y fines.

¹⁷ Aunque sería injusto no reconocer que ello después de mucho tiempo está cambiando en las universidades argentinas.

Así reformulado, para esta visión que propongo, el sistema jurídico, en cuanto elemento formal y normativo es estructura; pero en cuanto elemento fáctico y axiológico, es también en su conjunto una estructura flexible, que nos permite sostener la coexistencia de diferentes órdenes normativos que pueden ser jurídicamente invocados por los pueblos indígenas y que deben ser aplicados e interpretados; teniendo en cuenta estas peculiaridades, por los jueces que siempre deben tratar de alcanzar la justicia concreta del caso.