

Más allá del pluralismo jurídico indígena

Beyond indigenous legal pluralism

Juan Manuel Salgado¹

Universidad Nacional de la Patagonia

San Juan Bosco - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 787-806

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e443>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Introducción

“En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia”.

Este es el preámbulo de la actual constitución boliviana y creo que se trata de uno de los textos más útiles para acercarnos

¹ Abogado. Director del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (Patagonia argentina). Profesor de Filosofía del derecho (Univ. Nac. de la Patagonia San Juan Bosco, sede Trelew). Defensor público penal (Provincia del Chubut). Ex presidente de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI). Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Ex Fiscal Federal. Ex Juez penal de la Provincia del Neuquén. Coautor del libro “El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino”.

a la comprensión de los cambios políticos entre los cuales quiero encuadrar algunas reflexiones sobre el *pluralismo jurídico* en nuestro continente.

Me interesa explorar y de algún modo precisar algunas aristas del pluralismo jurídico en América Latina para estrechar su vinculación con las luchas por la vigencia de los derechos humanos y sociedades democráticas e igualitarias. Aunque en términos generales suele utilizarse la expresión *pluralismo jurídico* para aludir al hecho de la coexistencia de varios sistemas de derecho, en este trabajo prefiero restringir el concepto a los supuestos de reconocimiento por el *estado*,² en condiciones de igualdad, de más de un orden jurídico. No lo hago por un afán de definir mejor tratando de precisar alguna *esencia* última, sino porque limitando el tema a la coexistencia en el estado de un modo que no implique subordinación de un sistema respecto del otro puedo resaltar los aspectos emancipatorios presentes en un estado plurinacional, tomando las referencias a una pluralidad de hecho, o sociológicas, sólo como soporte de propuestas de reconocimiento político.

Es que *pluralismo jurídico* y *estado plurinacional* constituyen dos aspectos de una misma corriente transformadora que pone en cuestión ciertos puntos nodales, políticos, jurídicos y culturales, sobre los que se han asentado el racismo y la injusticia social en nuestro continente.

II. El origen de nuestros estados latinoamericanos

Durante miles de años, en los espacios geográficos que hoy conocemos como América, vivió una extensa variedad de pueblos diferentes. Nómades, agricultores o pastores, la mayoría asentados en pequeñas comunidades rurales, aunque también

² Según la Real Academia Española la palabra “Estado” se escribe con mayúscula. Constituye una excepción a las reglas del idioma puesto que se trata de una expresión genérica y no de un nombre propio, lo que sólo puede explicarse por un desplazamiento histórico en donde “Estado” sustituyó a “Dios” como fuente de poder y racionalidad. En este trabajo no respetaré esa excepción dado que no comparto sus presupuestos ideológicos.

los había en unas pocas ciudades establecidas. Estaban en las mesetas, en las selvas, en los desiertos, en las llanuras, en las regiones heladas y también en las zonas calurosas y templadas, en las cumbres de las montañas y en los valles. Tenían sus distintos idiomas, algunos muy diferentes y otros de ellos de raíces comunes que se modificaban de aldea en aldea. La inmensa mayoría hacía sus vidas y moría en el mismo lugar de su comunidad, con sus familiares de sangre, sus amistades y las personas de su confianza o conocimiento.

Sobre este universo de extrema diversidad, hace poco más de quinientos años comenzaron a llegar desde el otro lado del océano unos extraños hombres. Los traía el ánimo de conquista, la voluntad de hacerse dueños de riquezas y de imponer su señorío sobre quienes consideraban salvajes sin ley ni dios. Sobre los pueblos nativos asentaron su superioridad militar y su organización estatal burocrática, portando además las ideas e instituciones que a sus ojos legitimaban la dominación colonial.

El mundo del que venían, hacía unos siglos que transitaba unos procesos políticos centralizadores. El Imperio Romano de occidente había desaparecido unos mil años antes ante el avance de numerosos pueblos de organización tribal que habían borrado los vestigios de una autoridad común sustentada en una hegemonía militar ya desaparecida. Fueron los francos, alemanes, frisios, visigodos, ostrogodos, borgoñones, lombardos, sajones, vándalos, suevos, anglos, jutos, celtas, normandos, magiares y eslavos, entre otros (Berman, 1983, pág. 62). Para el año 1000 d.C. sólo había en Europa occidental algunas pocas ciudades de no más de 10.000 habitantes y el resto de la población se hallaba dispersa en aldeas que a veces se agrupaban en condados y éstos en reinos muy laxamente organizados. El gobierno de estos reyes sólo tenía lugar de modo intermitente y en las emergencias, pues carecían de toda organización que les permitiera disponer de un mando permanente centralizado.

Si en ese contexto europeo buscáramos rasgos de lo que hoy llamamos *derecho* no encontraríamos nada parecido a lo que actualmente consideramos con ese término. Muy poco de la

legislación estaba escrita. “No había una judicatura profesional, una clase profesional de juristas ni una bibliografía jurídica profesional. La ley no estaba sistematizada conscientemente. Aún no había sido ‘arrancada’ de la matriz social de la que formaba parte. No existía un cuerpo en desarrollo, independiente e integrado de principios jurídicos y de procedimientos claramente diferenciados de otros procesos de organización social y articulados conscientemente por un grupo de personas especialmente preparadas para esa tarea” (Berman, 1983, pág. 60).

Fue en ese escenario social que a partir del siglo XII comenzaron a producirse una serie de transformaciones políticas cuya dinámica facilitó, siglos más tarde, la constitución de la política y el derecho centralizados en el estado soberano. Ello fue alcanzado mediante un proceso de múltiples articulaciones que abarcó la producción de sistemas de ideas a través de las novedosas universidades y la conformación de estructuras administrativas y judiciales burocráticas, integradas por los profesionales egresados de aquellas, quienes ejercían la autoridad en modos estandarizados y portaban una misma concepción acerca de lo que eran el derecho, las jerarquías sociales y las formas “racionales” de organización social y de solución de conflictos.

La burocracia eclesiástica primero y luego los más extendidos aparatos administrativo, judicial, militar y financiero, en manos de los reyes, fueron reemplazando e ilegalizando las prácticas locales o comunitarias conformadoras de ámbitos sociales anteriormente regidos de modo autónomo por sus propias costumbres y autoridades.

Para la época en que las huestes de la península ibérica comenzaron a llegar a América, las monarquías, especialmente la española, ya habían sobresalido por encima de los diferentes espacios políticos a los que iban subordinando. De todos modos todavía subsistían innumerables colectivos humanos parcialmente regidos por sus costumbres, foros municipales, estatutos corporativos o gremiales y concesiones reales. Ese “pluralismo jurídico” medieval, que correspondía a un derecho emanado de distintas fuentes y aplicado por autoridades

surgidas de diferentes modos, coexistía con el derecho de los reyes y expresaba la autonomía frente a ellos de los grupos que lo utilizaban. Por eso puede decirse que durante los siglos XV a XVIII la historia del derecho europeo consistió en la extensión del poder del estado hasta monopolizar la producción jurídica tanto en la faz de sanción de normas obligatorias como en la de las autoridades encargadas de aplicarlas y hacerlas efectivas mediante la fuerza.

En este proceso histórico de consolidación de los estados europeos, la conquista y dominación de América tuvo un rol adelantado. Los monarcas se encontraron aquí con “un Nuevo Mundo libre de las tradiciones e inhibiciones de la sociedad del Viejo Mundo, una tabula rasa en la que los soberanos españoles podrían imprimir sus propias concepciones de autocracia real, sin limitaciones de tradiciones institucionales o de derechos de clase o regionales, ni de privilegios heredados de tiempos anteriores” (Haring, 1947, pág. 15). Carente de las limitaciones peninsulares de los fueros locales, las costumbres, las decisiones judiciales o los privilegios corporativos, la colonización transplantó todas las instituciones legales castellanas de inspiración romano canónica, vertebrando un extenso cuerpo de funcionarios que las aplicaban, produciéndose por primera vez un orden jurídico enteramente estatal.

El estado español en las Indias fue así el primer “estado moderno”. De un modo que no se conocía en Europa, sobre la diversidad de sociedades nativas sometidas se sobrepuso un poder general completamente externo, con su propio idioma, sus instituciones educativas, su religión organizada, un derecho uniforme y una burocracia técnica que exhibió la notable supremacía de la maquinaria administrativa como herramienta de dominación cuando se encontraba liberada de respetar las resistencias locales. Así el monismo jurídico fue estrenado en el mundo como una muy eficiente técnica de la colonización americana.

El pluralismo legal que todavía sería por uno o dos siglos más una característica del derecho en Europa, no tuvo lugar

en el derecho oficial indiano. Difícilmente podría mencionarse como tal el mantenimiento del derecho eclesiástico, ya que la Iglesia formaba parte del mismo dispositivo de poder, subordinada a la monarquía en la común tarea de sometimiento de los pueblos originarios.

Tampoco podríamos llamar pluralismo jurídico a la circunstancia de que en muchos casos los pueblos conquistados pactaron o toleraron de hecho sus condiciones de sometimiento preservando parte de sus culturas y costumbres, puesto que la principal razón de este mantenimiento de espacios colectivos subordinados consistía en su funcionalidad con un sistema colonial ejercido por una extrema minoría cuya burocracia no tenía la extensión necesaria -la que adquiriría con los siglos y ya durante las repúblicas- para penetrar en todos los espacios de vida cotidiana. La última instancia de estos modos precarios de pluralidad era, sin embargo, la posibilidad de ejercicio descontrolado de violencia por parte de las autoridades, pues como lo enseñaba Mariátegui, “los conquistadores españoles, por su escaso número, no podían imponer su dominio sino aterrando a la población indígena” (Mariátegui, 1928, pág. 23).

III. Los mitos del estado

No desconozco que prácticas imperiales análogas han sido calificadas como *pluralismo jurídico* e incluso tomadas como principal objeto de estudios sociológicos y antropológicos en la emergencia contemporánea de este concepto (Griffiths, 1986, pág. 6). Sin embargo a los fines de este trabajo, este tipo de coexistencia de sistemas al igual que las formas preestatales europeas sólo pueden tomarse como resabios *fósiles*, inábiles como vehículos de una propuesta actual vinculada a la vigencia de los derechos humanos y la plena igualdad y democracia. Si alguna utilidad tienen estos antecedentes sólo puede ser la de evitar que se considere al pluralismo jurídico como una “invención extravagante” de mentes imaginativas, pues aquellos pueden exhibir que la coexistencia de diferentes órdenes legales ha

sido, con mucho, la característica de la vida jurídica de la mayor parte de la historia de la humanidad.

Sólo con este fin y para advertir de qué modo se ha aduletrado incluso la propia génesis del derecho europeo en nuestras universidades latinoamericanas es que encuentro conveniente citar al historiador Harold Berman cuando sostiene que tal vez “la característica más distintiva de la tradición jurídica occidental sea la coexistencia y competencia, dentro de una misma comunidad, de diversas jurisdicciones y diversos sistemas jurídicos” (Berman, 1983, pág. 20). Aun cuando no se comparta tal valoración, no puede dejar de señalarse que se trata de una afirmación que asombraría a cualquier abogado, puesto que no es esa la historia que se enseña en nuestras facultades de derecho y escuelas de abogacía, que difunden como si se tratara de una verdad revelada la idea de que la unicidad jurídica y la identificación del derecho con el estado constituyen uno de los rasgos más avanzados del progreso civilizatorio. Un mito que ha tenido en estas tierras más fortuna que en la propia Europa, ya que aquí la centralidad del estado y su poder ejercido verticalmente sobre los pueblos y clases sometidas fue, y en gran medida continúa siendo, la clave de bóveda de la arquitectura política de la colonización.

Este mito ideológico encontró su mejor formulación originaria en la filosofía de Hobbes, que podría resumirse del siguiente modo: sólo el estado con su autoridad y su fuerza coactiva garantiza la vida social, que de otro modo sería una anarquía (Hobbes, 1651). La consecuencia que se extrae de ella es que sólo las reglas que el estado establece constituyen derecho y como éstas no pueden ser incoherentes entre sí no hay más que un solo sistema legal. Kelsen lo resume en la formulación de que el orden jurídico es único, pleno, coherente y jerarquizado (Kelsen, 1944, págs. 129 y sigs.). Esta es la ideología que subyace aún actualmente a las prácticas generalizadas de la función pública en todas sus ramas. No porque quienes la integran hayan estudiado a Hobbes o a Kelsen, que casi nadie lo hace, sino porque detrás de sus intervenciones se encuentra

la concepción de que el poder que ejercen sobre las personas es imprescindible para que éstas puedan coexistir entre sí, por lo que toda actividad social organizada de modo autónomo, informal o espontáneo, es sospechosa de anarquía o desorden.³

Es por eso que pese a la copiosa producción escrita actual sobre pluralismo jurídico en los ámbitos de investigación de sociología del derecho, filosofía del derecho y derechos humanos, se trata de un tema ausente en la enseñanza de la abogacía y en la literatura jurídica profesional. Una temática a la que nadie acude para sustentar posiciones en los tribunales, ni siquiera en aquellas actividades de los grupos poderosos que desde hace tiempo gozan de los privilegios de la autonomía jurídica, como las bolsas de comercio, los negocios del deporte profesional y los fueros militares.⁴

Es que el modelo teórico del derecho liberal individualiza separando a las personas de sus vínculos reales y se opone cuanto puede a la legalización de identidades colectivas constituidas en la interacción social. Lo hace en términos de “principios”, al tiempo que oculta e invisibiliza las reglas que facilitan la acción autónoma de las comunidades dominadoras, cuya existencia ampara mediante garantías engañosamente presentadas como individuales.

IV. Los derechos frente al estado como autonomías colectivas

El punto de partida de la teoría del contrato social -apenas valdría la pena decirlo, dados los conocimientos actuales de

³ Muy ilustrativa es la utilización que se da en la Argentina, al término “quilombo” como sinónimo de caos, un uso que combina el racismo con la descalificación de la vida comunitaria sin estado. “Quilombo”, sin embargo, es el nombre que se dio originalmente a las comunidades selváticas libres, conformadas por ex esclavos africanos fugados del régimen esclavista.

⁴ La circunstancia de que en la Argentina, a partir del retorno a la democracia en 1983, se haya subordinado fuertemente el poder militar a las autoridades democráticas, no debe hacernos perder de vista que el “fuero militar” funcionó hasta ese momento como un espacio de autonomía y privilegio, como aún lo hace en varios países de América Latina, con sus propias leyes, reglamentos y tribunales, que excluye a sus miembros de la jurisdicción ordinaria civil en la gran mayoría de los casos.

la ciencia social-, es palmariamente falso: no sólo la inmensa mayoría del tiempo que ha vivido la humanidad ha encontrado formas sociales de convivencia sin necesidad de una autoridad como la del estado moderno, sino que aún hoy innumerables culturas, como las de los pueblos indígenas, tienen su propia organización y normas comunitarias sin necesidad de un poder externo y superior a las personas que los integran. Aún los propios fundadores de la teoría moderna del contrato social reconocieron la existencia de sociedades en “estado de naturaleza” que no se autodestruían (Hobbes, 1651, cap. XIII, pág. 137; Locke, 1690; pág. 213). De modo que si esta ideología ha perdurado y sigue siendo el fundamento implícito del positivismo jurídico, hegemónico en las prácticas estatales, no es porque sus fundamentos declarados sean plausibles.

Lo que resultó evidente de su aplicación a las condiciones históricas concretas fue que estas prohibiciones a la posibilidad de sociabilidad espontánea estuvieron primordialmente dirigidas a las personas y grupos humanos considerados “inferiores”, con lo que la unicidad estatal, el racismo, el colonialismo y la dominación capitalista se fueron conformando juntos. Aunque Hobbes expresó con coherencia la doctrina de que toda sociabilidad requería la existencia de un estado sin el cual aquella era imposible (o peligrosa), las clases dominantes de la Inglaterra en que esa idea había sido propuesta rechazaron que se aplicara hacia ellas, conservando frente a la monarquía los privilegios que ya detentaban en el derecho feudal, novedosamente formulados como “derechos individuales”.

Desde esta perspectiva podemos apreciar mejor la emergencia de los llamados “derechos de primera generación”. Se exponen como si protegieran a individuos aislados pero basta imaginar los contextos de aplicación de la mayoría de ellos para advertir que se trata del resguardo de interacciones comunes a un determinado colectivo social. La libertad de expresión incluye la de no impedir la formación de una audiencia, el derecho de propiedad involucra a las actividades de adquisición y enajenación en un mercado, y la asociación así como

los derechos políticos se ejercen, obviamente, dentro de una comunidad, al igual que la religión, cuya protección requiere la organización de los fieles.

Las comunidades que necesitaban estas libertades “individuales” para el fortalecimiento de su identidad común, las clases propietarias de los siglos XVII y XVIII, adquirieron un resguardo colectivo frente al estado mediante el reconocimiento de esos derechos. Armadas con ellos y manteniendo la autonomía tradicional de las prácticas mercantiles mediante las instituciones del derecho comercial, a través de la expansión de la legitimidad del contrato establecieron sus propios sistemas de producción de normas de circulación de la propiedad, sus sociedades comerciales y asociaciones civiles, así como sus mecanismos “privados” de resolución de conflictos. Desde los reglamentos y los tribunales internos de las bolsas empresariales hasta la autoregulación de los mercados financieros, toda esta actividad se hallaba protegida estatalmente y cubierta por la “soberanía del contrato” que amparaba su ámbito propio de sociabilidad. Esta *soberanía* era más que una metáfora, ya que brindaba la investidura de una potestad pública a las actividades regulatorias de una clase efectuadas al margen de las decisiones estatales, pues los términos del contrato (incluyendo los estatutos sociales) “ocupan el lugar de la ley”, como decía el Código Napoleón.⁵

Aunque no se lo haya denominado de ese modo, podemos decir que se trataba de un “pluralismo jurídico burgués”, que con el vocabulario de los derechos individuales sustraía de la normativización y poder estatales a las prácticas colectivas de las clases propietarias. Sin embargo este esquema no refrenaba a estas clases para compartir el control del estado con la burocracia e imponer el modelo hobbesiano al resto de la sociedad. Creo que nadie lo ha expresado mejor, con el lenguaje a veces

⁵ Artículo 1134 del Code Civil des Français que en la versión del primer Código Civil argentino sostenía que se trataba de una regla a la cual las partes “deben someterse como a la ley misma” (artículo 1197).

brutal y despojado de hipocresía de las élites latinoamericanas, que Sarmiento: “Una Constitución no es la regla de conducta pública para todos los hombres. La Constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces que las aplican y la policía de seguridad. Son las clases educadas las que necesitan una Constitución que asegure las libertades de acción y de pensamiento; la prensa, la tribuna, la propiedad, etc., y no es difícil que éstas comprendan el juego de las instituciones que adoptan” (Sarmiento, 1853, pág. 30).⁶

Si puede incomodar esta reducción de la universalidad de los derechos clásicos individuales y su contextualización histórica como “pluralismo jurídico burgués” bastaría con apreciar que para la mayoría de sus defensores, hasta mediados del siglo XIX no resultaba incompatible con la esclavitud, efectiva en América y en las colonias de los países europeos, incluida la Francia de *les Droits de l’Homme*.

No es mi intención reiterar aquí lo mucho que ya se ha dicho desmitificando al *sujeto de derechos* moderno, el que desde un sitio universal ha descendido a su ubicación real como varón, europeo, adulto y propietario. Lo que quiero resaltar es que la contracara de la primera formulación de lo que hoy conocemos como *derechos humanos*, ya conllevaba la autonomía jurídica colectiva de sus destinatarios, aún cuando ni siquiera se lo expusiera de ese modo ni se aludiera al pluralismo jurídico que implicaba.

De modo análogo, esto es, como la adquisición de espacios sociales de autonomía jurídica frente al derecho oficial, pueden apreciarse también los derechos sociales llamados “de segunda generación”, la organización sindical, la huelga, los convenios colectivos de trabajo, los mecanismos participativos

⁶ Se trata de una obra —*Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*— cuya sinceridad y crudeza explican que no haya sido reeditada en los últimos 90 años (salvo una muy breve selección de Editorial La Ley, en 2004, que omitió la mayor parte del texto incluidos los párrafos citados y todos aquellos en donde se expresa la ideología antidemocrática del autor).

de conciliación y arbitraje (Walkmer, 2006, págs. 242 y sigs.). La historia de su adquisición, como se sabe, arranca con las luchas de la clase trabajadora, generalmente calificadas como delictivas, y culmina con el derecho laboral contemporáneo, individual y colectivo, generalizado luego de la segunda guerra mundial. Pese a ello su exposición y enseñanza actuales relegan aquella historia a aspectos anecdóticos de lo que ahora se presenta como un derecho enteramente estatal en el que la dimensión social apenas es enseñada y pocas veces debatida en los tribunales.

Sin embargo es precisamente esta organización colectiva la que sustenta su posibilidad de real efectividad. En la práctica el cumplimiento de los derechos individuales en el ámbito del trabajo está garantizado mayormente por la organización sindical, las comisiones internas y los delegados o delegadas. La protección estatal administrativa es inefectiva en ausencia de estos mecanismos sociales y los tribunales atienden casi con exclusividad los conflictos que tienen lugar luego de cesado el vínculo laboral. La experiencia Argentina, que es la que mejor conozco aunque de ningún modo es la única ni pretendo erigirla como modelo, en las décadas que lleva vigente el derecho del trabajo muestra que los derechos individuales de protección en el ámbito laboral se expanden o se contraen según la amplitud o decrecimiento del poder social de la organización sindical, su presencia en las empresas y en los ámbitos de decisión política. Similares vaivenes hacen afirmar al constitucionalista Pisarello que “Los derechos sociales, en definitiva, no serían sólo derechos de igualdad sino también derechos de libertad, es decir, derechos ligados a la preservación de la autonomía individual y colectiva de sus destinatarios” (Pisarello, 2001, pág. 158).

V. El pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas

Hasta aquí he reseñado sucintamente la emergencia histórica de los derechos que luego serían los pilares de la protección

internacional de los derechos humanos, tratando de resaltar su formación política y social, no dentro del estado y sus cuerpos doctrinarios, sino en las luchas sociales colectivas de sus protagonistas, prácticas que -aun cuando, sobre todo en el primer caso, hayan mudado o ampliado su arraigo social- constituyen una indispensable reaseguro de su efectividad. Pongo este acento en la autonomía colectiva que subyace a la vigencia de los derechos humanos, porque se trata de una dimensión generalmente soslayada cuando se depositan las garantías de su cumplimiento casi exclusivamente en los órganos del estado. Un ocultamiento en el que -a veces incluso de modo inconsciente- colaboramos los propios abogados, ya que nuestras destrezas no se encuentran en el nivel de organización de sujetos sociales colectivos sino en interceder y participar en las decisiones del aparato estatal.

Similar ocultamiento se realiza cuando se adopta como paradigma de derechos a aquellos de ejercicio sólo individual o se formulan de modo individualista los que tienen un contenido colectivo ineludible.⁷ Lo que subyace a estos intentos es la sobrevaloración del ámbito estatal de garantía de derechos y la correlativa pérdida de reconocimiento de las fuerzas sociales organizadas, cuya importancia suele relegarse a la historia del nacimiento de los derechos.

Es que la circunstancia de que muchos derechos tengan una dimensión predominantemente individual (integridad personal, garantías judiciales, etc.) unida a cierta naturalización del monismo jurídico, nos han ocultado de que lo principal en las formulaciones de derechos humanos ha sido el empoderamiento de colectivos sociales frente al estado y que este empoderamiento ha ido de la mano de sus posibilidades

⁷ Entre los ejemplos más claros de estos últimos, que llegan a cierta esquizofrenia, se encuentran el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 30 de la Convención de los Derechos del Niño, que presentan la protección colectiva a la cultura de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas y de los pueblos indígenas como si se tratara de derechos individuales de sus miembros.

de organizar de modo autónomo las relaciones interpersonales mediante normas e instituciones de decisión propios, lo que los coloca como protagonistas en la arena social y política, munidos del reconocimiento jurídico como respaldo.

Este ocultamiento de la dimensión social y política de los derechos se comienza a desvanecer necesariamente con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ya normativamente establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas. Aquí la autonomía colectiva y el ejercicio efectivo de formas jurídicas completamente diferentes a las del derecho estatal de matriz colonial, resultan insoslayable fundamento teórico y práctico de los derechos individuales de sus miembros. *La piedra angular* de estos derechos, sostiene la O.I.T., está constituida por “el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen”.⁸ Se trata de una participación *paritaria* con el estado, que requiere la autonomía en la formulación y elección de sus instituciones representativas así como el ejercicio, en los territorios propios, de las normas y mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, diferentes de los del derecho estatal.⁹

Ha sido la “emergencia indígena” (Véase Bengoa, 2000), especialmente en América Latina, la que ha sacado al pluralismo jurídico de los ámbitos de estudio sociológico o antropológico,

⁸ Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo, Observación general sobre el Convenio núm. 169 (2009).

⁹ Sin pretender restringirlo a unas pocas normas, pues se trata de principios que informan la totalidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas, la libre determinación como autonomía y el pluralismo figuran expresamente en los artículos 5 a 12 del Convenio 169 y 1 a 5 de la Declaración. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado estas normas para señalar el alcance de la Convención Americana en relación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en los numerosos fallos dictados al respecto, tal como se reseña en el último de ellos “Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, del 6 de febrero de 2020.

en donde se constataba su existencia fáctica, y lo ha puesto en el debate forense, en algunas decisiones judiciales y -muy incipientemente- en la literatura consumida por los espacios de la práctica legal profesional.

Los derechos de los pueblos indígenas, comenzaron viéndose con perspectivas individualistas de protección laboral, de asimilación no violenta o de eliminación de la discriminación (Véase Salgado, 2013), y luego limitados patrimonialmente a la propiedad de la tierra. Pero como resultado de la amplia acción política y social de los pueblos y comunidades indígenas, desde las recuperaciones territoriales y el bloqueo de carreteras hasta la representación política y la presencia permanente en los foros internacionales, han alcanzado una formulación clara respecto a su autonomía o *libre determinación*, como se expresa en los dos principales tratados universales de derechos humanos¹⁰ y se resalta en la Declaración.

El *pluralismo jurídico* ha devenido así, con ese nombre, un derecho expresamente reconocido a los pueblos indígenas. Sus propios mecanismos de resolución de conflictos, basados primordialmente en la responsabilidad colectiva familiar y en la búsqueda de reparación, perdón, y continuidad de la vida en común, se sustraen a la jurisdicción estatal¹¹ y especialmente a la justicia penal que ha sido uno de los instrumentos más violentos de sometimiento al poder estatal.

En el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas como *derechos humanos*, se aprecia con una transparencia inexistente en otros casos, que la auténtica garantía para el disfrute de beneficios *sustanciales*, como el territorio y los

¹⁰ Se trata del artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos aprobados por la Asamblea General de la ONU en 1966, cuyo texto expresa que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación".

¹¹ Decir que "se sustraen a la jurisdicción estatal" debe entenderse en el limitado sentido de que no se decide en los ámbitos de la burocracia judicial, aunque se trata de un derecho oficial, es decir "estatal" en una acepción más amplia.

bienes comunes naturales, la salud y la educación, entre otros, consiste en que los modos de acceder a ellos están dados por las propias herramientas conceptuales y técnicas tradicionales que los protagonistas han producido dentro de sus espacios culturales. Lo anteriormente reprimido, la vida colectiva autónoma, las formas de relación y autoridad creadas internamente, se hallan ahora resguardadas por el paraguas jurídico de la *libre determinación* interna al estado.

Esta dimensión de los derechos humanos que desborda las expresiones individualistas, rompe con la estructura teórica del estado colonizador, asentado en la violencia cotidiana (Al extremo que el pluralismo jurídico fue uno de los aspectos centrales de los acuerdos de paz que en Guatemala pusieron fin a más de treinta años de guerras civiles; Véase Padilla, 2005, págs. 209-223. Es que el rasgo central del derecho edificado desde el origen de la colonia y perfeccionado con la importación de la idea *civilizatoria* a fines del siglo XIX, fue el de la colonialidad interna, blanca, europea, republicana, con sus ficciones de *nación*, igualdad y derechos individuales, sólo al servicio de los estratos dominantes de la economía, la política, la educación y la cultura. Lo sumergido no tenía lugar en ese mundo de “progreso” y sólo podía ser reconocido a veces, a regañadientes, con el status de “especies en vías de extinción”.¹²

El reconocimiento de la plurinacionalidad del estado, presente en las constituciones de Bolivia y Ecuador sancionadas en este siglo luego de los levantamientos indígenas que pusieron en jaque a la vieja institucionalidad republicana, se traslada al pluralismo jurídico en el ámbito de las relaciones cotidianas comunitarias. Se trata del anverso y el reverso de la autonomía indígena.¹³ Es que, mientras el estado sea un espacio decisorio

¹² Véase mi ponencia (Salgado, 2019) “Los nuevos estados plurinacionales latinoamericanos”, Seminario *Derecho y Política en la Deconstrucción de la Diversidad*, Universidad Nacional del Comahue, General Roca, marzo de 2019.

¹³ En gran parte estoy limitando mi descripción al nivel normativo. La realidad, incluso con gobiernos favorables, ha distado de estabilizar la igualdad de las prácticas jurídicas

relevante en los conflictos y articulaciones de las fuerzas sociales, continuará siendo verdad que “una situación de poder se convierte en un status político únicamente gracias al derecho” (Heller, 1934, pág. 212).

El reconocimiento de la plurinacionalidad sigue siendo una deuda política de la mayoría de los restantes estados latinoamericanos.¹⁴ El pluralismo jurídico, establecido expresamente en el Convenio 169 de la O.I.T., es en los hechos, apenas un embrión de autonomía en casi todos los casos, dependiendo en general del nivel de organización política de cada pueblo y de la flexibilidad de las élites políticas criollas, muchas de las cuales aún mantienen la secreta convicción de que las leyes sólo existen para hacer obedecer a los subordinados.

Los avances y retrocesos, así como las formas de creación de instituciones jurídicas propias y los modos originales de articulación con las culturas oficiales, como la *hibridación* e *interlegalidad*, que menciona Santos (2012, pág. 37) constituyen vías abiertas hacia la construcción de nuevas sociedades, cuyos mayores avances se han logrado allí en donde existe una gran presencia indígena.

VI. Conclusiones

Aquí quiero detenerme en cuanto a la exposición, que de todos modos ha sido muy breve, de la emergencia del pluralismo jurídico en nuestro continente ligada a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Mi interés no es agregar algo novedoso a los estudios amplios y detallados que se han escrito en las últimas décadas y

indígenas. La ley boliviana de “deslinde jurisdiccional”, sancionada sin la efectividad de los mecanismos de participación institucional indígena que la propia constitución requería, contribuyó a que la justicia “indígena originaria campesina”, aún cuando se encuentra más desarrollada que en cualquiera de los otros países latinoamericanos, no tuviera la envergadura que se preveía de los debates constitucionales.

¹⁴ El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) lo ha señalado en todos sus últimos informes.

que continúan realizándose, a partir de lo que se advierte como una irrefrenable tendencia histórica -bien que con obstáculos a veces formidables- al reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas en el continente.¹⁵

Lo que he querido destacar, a partir de la importancia que la autonomía y el pluralismo jurídico adquieren en la comprensión de los derechos humanos de los pueblos indígenas, ha sido la posibilidad de expandir la concepción político-institucional de los derechos humanos más tradicionales, y colocar la centralidad de sus garantías no tanto en el juego de las instituciones estatales como en la organización social autónoma de sus destinatarios y protagonistas. Pretendo que una visión retrospectiva, desde la luz que brindan los derechos indígenas, permita apreciar que la realización de los derechos humanos requiere para su efectividad de espacios de autonomía colectiva y también que toda autonomía de ese tipo conlleva elementos de pluralismo jurídico, o de producción extra estatal del derecho, que fortalecen los vínculos internos en la constitución de la identidad de los sujetos colectivos.

De este modo no sólo pretendo, sobre todo dirigiéndome a los defensores de derechos humanos dentro de la profesión jurídica, que debe prestarse gran atención a la conformación de los colectivos sociales organizados, al menos con el mismo énfasis con que se busca la efectivización de mecanismos de garantía dentro de las instituciones estatales, sino además que no se mire la lucha de los pueblos indígenas y la particularidad de sus derechos como una cierta “excepcionalidad”, sino más bien como un modelo de ejercicio de construcción de poder social autónomo capaz de brindar herramientas jurídico-políticas útiles en otros ámbitos no indígenas.

¹⁵ Entre ellos cabe resaltar el libro citado de Santos y también, Rivera Cusicanqui, Silvia (2008); *Pueblos originarios y Estado*, S.N.A.P., La Paz, 2008, y Santos, B.S. & Grijalva Jiménez, A. (Eds.) (2012); *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburgo, Quito, 2012.

Bibliografía

- Bengoa, José (2007 [2000]). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Berman, Harold J. (1996 [1983]). *La formación de la tradición jurídica de occidente*. Pp. 62. México: Fondo de Cultura Económica.
- Griffiths, John (1986). “What is Legal Pluralism?”, en *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 18, pp. 6. Londres: Taylor & Francis.
- Haring, Clarence (1990 [1947]). *El imperio español en América*. Pp. 15. México: Alianza Editorial Mexicana.
- Heller, Hermann (1992 [1934]). *Teoría del Estado*. Pp. 212. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Hobbes, Thomas (1983 [1651]); *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Madrid: Sarpe.
- Kelsen, Hans (1995 [1944]). *Teoría general del derecho y el Estado*. Pp. 129 y sigs. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Locke, John (1996 [1690]). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Pp. 213. Madrid: Planeta-De Agostini.
- Mariátegui, José C. (1955 [1928]). *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Pp. 23. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Padilla, Guillermo (2005). “Pluralismo jurídico y paz en Guatemala”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 41, pp. 209-223, San José de Costa Rica.
- Pisarello, Gerardo (2009 [2001]); “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada ‘desde abajo’”, en Courtis, Christian (comp.) (2001). *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, pp. 158. Buenos Aires: Eudeba.
- Rivera Cusicanqui, Silvia (2008). *Pueblos originarios y Estado*. La Paz: S.N.A.P.
- Salgado, Juan Manuel (2013). “Los pueblos indígenas en el derecho internacional”, *Revista Voces en el Fénix*, N° 25, Buenos Aires.
- Salgado, Juan Manuel (2019). “Los nuevos estados plurinacionales latinoamericanos”, Ponencia, Seminario Derecho y Política en la Deconstrucción de la Diversidad. General Roca: Universidad Nacional del Comahue.

- Santos, Boaventura de Sousa (2012). “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad de interculturalidad”, en Santos, B.S. & Exeni Rodríguez, J.L. (Eds.) (2012), Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia, pp. 37, La Paz: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburgo.
- Santos, Boaventura de Sousa & Grijalva Jiménez, A. (Eds.) (2012). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburgo.
- Sarmiento, Domingo F. (1929 [1853]). Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina. Pp. 30. Buenos Aires: Talleres Gráficos Rosso.
- Walkmer, Antonio C. (2018 [2006]). Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho. Pp. 242 y sigs. Madrid: Dykinson.