HORIZONTES Y CONVERGENCIAS
Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho
Publicación de investigaciones científicas de actualización continua

Fecha de Presentación: 1º de Julio de 2010
Fecha de Publicación: 10 de Julio de 2010

INVISIBILIDAD DEL MULTICULTURALISMO EN ARGENTINA. EL CASO DEL PUEBLO GUARANÍ MBYA

Susana T. Ramella

Doctora en Historia
Investigadora del CONICET
Profesora Titular en la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina.

Argentina es un país que se construyó conformado por varias culturas que se fueron yuxtaponiendo, sin unirse totalmente muchas de ellas. Se pueden mencionar por orden de prelación los indígenas, los españoles, los criollos, los mestizos o gauchos, los esclavos de origen africano, más acá en el tiempo los inmigrantes del Mediterráneo europeo, poco después inmigrantes de países vecinos y últimamente de Asia, si lo entendemos como grupos importantes que se arraigaron en el territorio argentino.

Cada uno de ellos dejó o está dejando, o conserva para sí, su impronta cultural. No obstante, por razones epistemológicas, inscriptas en el racionalismo de la modernidad, mentalidad uniformadora, dogmática hegemónica, con pretensiones de universalidad, incorporadas en los claustros universitarios y en todo el sistema educativo, como por razones constitucionales y normativas, se fue creando una mentalidad que entiende a la sociedad argentina conformada por la común frase del "crisol de razas", es decir un pueblo, una cultura, un idioma, una religión o al menos la preponderante y así se podría seguir enumerando una serie de factores que fueron edificando esa creencia de la unicidad de la cultura argentina.

Esas son las razones que justifican el título adoptado de la invisibilidad del multiculturalismo existente en Argentina. Es la "ceguera" (Sousa Santos, 2003:257) que impide ver pautas culturales diferentes, incluso dentro de los mismos grupos sociales, discriminados por su pobreza aunque considerados también argentinos.

De ese universo complejo que se presenta como caótico este trabajo se circunscribirá solamente a un caso en particular el de la cultura jurídica del pueblo guaraní Mbya, como ejemplo y demostración de esa invisibilidad de culturas y paradigmas jurídicos diferentes, dentro del supuesto único mundo jurídico argentino. Tomando como base dos casos judiciales comentados y analizados por Manuel Moreira (2005), Juez en la ciudad de Oberá (Misiones), que ponen de manifiesto la pervivencia de otra cultura jurídica, ignorada o reprimida por los jueces penales ordinarios.

El problema que se plantea en el trabajo es si existe o puede llegar a existir una "armonización entre sistemas jurídicos", o más bien, seguirán siendo sistemas separados, excluido uno, dominante el otro. Más aún, la pregunta fundamental es si desde la propia cultura del que investiga el caso es factible llegar a la comprensión o, al menos, a una descripción aproximada de los fundamentos y principios de la otra cultura, por más trabajos de campo que se realicen.

El trabajo es analizado metodológicamente desde las nuevas perspectivas de la historia del derecho, combinadas con los nuevos planteos críticos de la sociología jurídica y de la antropología jurídica, como forma de ir mostrando las ambivalencias, las confusiones e incomprensiones, o como dice Hespanha (1993:323), nuestra ignorancia, nuestra falta de prudencia cuando pretendemos alcanzar la comprensión de otra cultura.

Para ello se lo ha estructurado en la siguiente forma: primero un análisis epistemológico gnoseológico en el que se inquiere sobre las posibilidades de conocimiento desde nuestra cultura "occidental", inmersa en el paradigma científico de la modernidad, ante la presencia de otras culturas; luego, el derecho positivo argentino con el objeto de considerar la presencia o no del pluralismo jurídico en el mismo; tercero, la ubicación espacio temporal del pueblo guaraní Mbya, en territorio hoy argentino, la provincia de Misiones; después una descripción del caso judicial llevado a los tribunales penales ordinarios de la provincia de Misiones, cómo lo resolvió dicha justicia y cuáles fueron las evidencias y cómo analiza Moreira el caso de la justicia guaraní, aplicada al mismo caso.

II. El problema gnoseológico - epistemológico de la comprensión del multiculturalismo

En Latinoamérica y dentro de ella, en Argentina, bien dice Dussel (2005:1), contando su periplo intelectual, fuimos educados en la certidumbre de que "éramos parte de la cultura occidental", europeos, casi no americanos. América, Latinoamérica era sólo el espacio territorial que habitábamos, pero no teníamos nada que ver con esa América india, porque la inmigración la había suplantado por los descendiente europeos, los indígenas no existían –después de la mal llamada "conquista del desierto" en 1880- y si existían estaban totalmente asimilados a "nuestra" cultura europea, los mismos inmigrantes se habían amalgamado en ese crisol de modo tal que ya había una cultura homogénea.

Esto produce hoy grandes dilemas al momento de pretender comprender, analizar, estudiar otra perspectiva de Latinoamérica y fundamentalmente de Argentina, por ello últimamente todo aquel que quiere introducirse en el tema de la multiculturalidad comienza haciéndose los replanteos epistemológicos, gnoseológicos, intentando desprenderse de sus propios cimientos culturales, o sin lograrlo mayormente advierten la necesidad de dar cabida al otro, a la otra cultura para, al menos comprenderla, sin anular sus valores asimilándolos a los propios.

Por otro lado, si tuviéramos que fechar desde cuándo comienza a replantearse ese mundo hegemónico por otro culturalmente plural dentro de cada estado, se debería hacer distinciones disciplinarias y de autores dentro de cada uno de los campos de conocimiento, aunque siempre caeríamos en parcialidades, o cegueras por simplemente no conocer el universo de todas las manifestaciones disciplinarias. Por ejemplo para María Teresa Sierra y Victoria Chenaut (2002:152) el pluralismo comienza a plantearse en la década de los ´70 y ´80 del siglo pasado, como corriente de la antropología. Pero hay algo que se destaca en todos los autores de distintas pertenencias científicas e ideológicas, todos entienden que para llegar a comprender al otro es necesario un análisis multidisciplinario.

Así lo manifiesta desde la antropología filosófica Rodolfo Kush, pionero diríamos en la década de los años 60 del siglo pasado, cuando después de un viaje al altiplano, intenta apartarse de la antropología, la psicología de aquellos años, para adentrarse en el estilo del pensar indígena, para abrir "la comprensión de esta América poblada últimamente por ideologías dispares", porque aquella otra forma de pensar las sociológicas, económicas, "como ciertas ramas demasiado limitadas del marxismo,

presuponiendo ideales democráticos", o formas religiosas donde no corresponde "nunca dicen realmente la verdad". (Kusch, 1973:10)

Más acá en el tiempo y desde su profesión de abogado y su función de juez Manuel Moreira (2005:27), antes de comenzar a exponer la problemática de la cultura jurídica guaraní, el "derecho vivo" como dice, dedica todo un capítulo a desplegar -asistido por un enfoque multidisciplinario- las "imprudencias metodológicas" en las que se puede caer al pretender aplicar el método comparativo entre la justicia hegemónica del Estado argentino y la justicia indígena. También, desde la filosofía de la liberación, pero más atenido a los cánones europeos en los que fue educado, lo plantea Dussel (2005)

Por ello dice Sousa Santos, (2002:29), "…un trabajo académico limitado sobre el pluralismo jurídico, que ha reproducido el aislacionismo –e incluso la marginalidad – de las disciplinas, tanto de la sociología del derecho como de la antropología del derecho (…) De hecho, la llamada autonomía del derecho, tan preciada en la teoría jurídica, fue posible gracias a la conversión del Estado en una "estructura ausente".

No obstante ello y dado que mi especialidad es la historia del derecho, comenzaré por ella, sin pretender darle preeminencia anticipatoria sobre otras disciplinas.

Pluralismo jurídico en la convergencia interdisciplinaria de la historia del derecho

En los últimos tiempos se han producido cambios metodológicos en el abordaje de temáticas relacionadas con la historia del derecho y, en cierto modo se replantean los principios y valores en que se asentaba el poder, el Estado, los derechos de la modernidad, volviendo a abrevar en la historia del medioevo o del derecho indiano y a preguntarse por qué se dejaron de lado algunos de los principios, tal el particularismo jurídico, ignorando, excluyendo aquellos que no se consideraban dignos de ser contenidos en el ordenamiento jurídico centrado en la igualdad, la libertad y, fundamentalmente en la propiedad privada. O, explican cómo dentro de ese paradigma hegemónico surge el particularismo, hoy se dice pluralismo, aunque no se lo reconozca y por ende se hable de ceguera.

Acá entran en juego las comparaciones y distinciones tanto con el pasado como con un presente en el que se comienza a vislumbrar la existencia de otras culturas sin

inferiorizarlas, tal como se las había entendido desde el contacto de Europa con los pueblos indígenas de América u de otros pueblos en otros continentes.

La historiografía clásica está inmersa en la separación de épocas históricas que no significan otra cosa que comparaciones de épocas. Cada una se pretende igual dentro de ella y distinta de la que vive el historiador. Éste se esfuerza en señalar lo distinto, lo otro -en esto sigo a Foucault (1997:356)-, de lo igual o idéntico y esto es lo que produce las perplejidades que se enfrenta el estudioso de la historia del derecho y la historia en sí, en tanto proviene y provenimos de un mundo de certezas que busca identidades y no diferencias. O como dice Manuel Moreira (2004:9-11) es la misma confusión en la que caen los legisladores, los jueces, el derecho en general y los antropólogos. Por ello advierte que el método comparativo tiene sus complicaciones porque es engañoso, simplificador, inadecuado porque busca la diferencia, el contrate, o las semejanzas, "si utilizamos –dice- el concepto derecho consuetudinario desde el derecho estatal, los significados se verán subordinados a un marco dogmático que no admitirá contradicción en el sistema y cuyo mecanismo reducirá inexorablemente las formas judiciales indígenas a aquellas prácticas inocuas de disciplina dentro de una comunidad" Por ello, fundado en el Taller de Derecho Comprado, realizado en Quito en 1990, prefiere referirse al derecho indígena y no al consuetudinario.

Las cronologías históricas, en las que fuimos educados, son solamente momentos distintos no de evolución, ni de progreso sino sólo de acumulaciones sedimentadas en el transcurso del tiempo, en forma disímil en cada espacio y en cada tiempo. Y permítaseme una metáfora obtenida de los estratos geológicos que estudian la arqueología, la palentología para desenterrar monumentos y culturas antiguas. A mi juicio son distintas capas jurídicas que se van sedimentando no siempre en forma uniforme en diversos espacios geográficos, ni siempre quedan en el mismo espacio, porque los movimientos telúricos provocan modificaciones en los estratos y lo que estaba más profundamente enterrado se superpone a lo que lo ocultó anteriormente pero con una ubicación que lo hace difícilmente reconocible con el pasado. Con esto deseo significar que entra toda la problemática de la memoria que, como dicen Gadamer (1993) y Ricoeur (2000), "ha roto amarras con su enunciador", esto vale para considerar esa cultura jurídica indígena, interceptada o contaminada, según se vea, por todo el contexto en que se encontró en el pasado y en el presente, con el que llamaremos conquistador. En ese sentido como bien

grafica y se pregunta Ricoeur (2000:218) refiriéndose a los documentos archivados, fundado en el Fedro de Platón, "…es en cuanto a su utilidad o sus inconvenientes para la memoria viva, remedio o veneno –pharmakon".

La historia del derecho desde sus orígenes se ha enfrentado al dilema de comprender el derecho en su historicidad y, por ende, ha visto en el derecho medieval, indiano convivir los particularismos jurídicos con el sistema. Y se ha preguntado cuál de las dos estructuras jurídicas prevalecía sobre la otra. (Tau Anzoátegui, 1992)

Uno de los maestros argentinos de la historia del derecho, Ricardo Zorraquín Becú, en uno de sus múltiples trabajos se refiere a *Los derechos de los indígenas* (1986: 436-443), mostrará la dificultad de entender el particularismo jurídico, la complejidad tanto del derecho en la Edad Media como del derecho indiano y la tensión entre un derecho común heredado de Roma y el particularismo jurídico de los fueros, estatutos, costumbres, se detiene en los derechos indígenas poniendo de resalto: 1. la diversidad de pueblos indígenas que observaron los conquistadores, entre los grandes imperios como el Azteca e Inca y pueblos de menor envergadura. 2. Las distintas percepciones que se tuvo de ellos según fuera el pueblo a que se refirieran. 3. El accionar de encomenderos y conquistadores que a la par de querer cumplir con el mandato religioso de evangelizarlos no dejaron de imponer el poderío político. 4 El proceso paulatino que condujo a la construcción de un derecho indígena y su relación inestable con el derecho indiano.

Sobre el derecho indígena dice: "se creaba, un fuero personal exclusivo para los naturales del Nuevo Mundo hispánico" que daba vigencia jurídica a sus usos y costumbres y el mandato de que fueran aplicadas en los casos que correspondiera. Pero hace una pregunta esencial a mi juicio y que hoy veremos circunda la literatura sobre el tema que es la siguiente: "Podría plantearse el problema de saber –dice- si, al dar fuerza legal a los sistemas indígenas, la Corona incorporó esos ordenamientos al derecho indiano, o bien si ellos conservaron su propia individualidad" dado que el derecho sólo debía aplicarse a los naturales del Nuevo Mundo, "mientras que el indiano era de carácter general", concluye que "los sistemas autóctonos no perdieron su característica de ser un derecho personal, distinto del régimen impuesto por los españoles luego de la conquista." Con ello reafirma el particularismo, pero páginas después agrega que "es muy difícil saber hasta qué punto ese derecho autóctono fue respetado".

Luego de describir el derecho indígena como fundado en tradiciones, usos, costumbres, mitos, leyendas, se hace otra pregunta que también hoy está en el presente: si eran dos repúblicas diferentes o si era una sola y había que imponerles las leyes a los indígenas. Por ende no tiene una respuesta conclusiva a sus interrogantes porque evidentemente se sobrepone en él su espíritu de investigador, tal vez la nueva historia diría que está demasiado atenido a lo legal y oficial, pero esas preguntas muestran cómo abre su visión sabiendo que él no es un antropólogo para hacer un trabajo de campo y menos a través del tiempo. Finaliza el trabajo con un breve enunciado que lo aúna con los nuevos planteos, cuando enuncia que la igualdad ante la ley una vez producida la emancipación había, como digo también en otro trabajo (S.T.Ramella, 2004), convertido a los indígenas en ciudadanos, atendiendo a la uniformidad del derecho.

Desde las nuevas perspectivas de la historia del derecho se destaca Bartolomé Clavero. Combina su especialidad con la antropología jurídica para hacer el cuestionamiento a las teorías y metodologías de las tres ciencias: la historia, el derecho y la antropología. Reitera sistemáticamente esta crítica, tanto cuando se refiere al derecho indiano como al reconocimiento constitucional de los derechos indígenas. Intenta también responder a las dos preguntas que se hiciera Zorraquín Becú. Entiende que fue más soportable la consuetudinaria de tracto colonial con su pluralismo normativo y jurisdiccional que los reconocimientos actuales en el orden constitucional e internacional, porque se bloquea en su formalización del pensamiento a concebir otras culturas diferentes (1994:138-139)

A la antropología le concede el aporte que hace a la conciencia de la diversidad de culturas y la pluralidad, pero entiende que muy pocos antropólogos llegan a lo profundo de la cuestión que plantea el conocimiento de las culturas, de esos pocos dice “si algún conocimiento cabe entre culturas, sólo es posible mediante la inteligencia previa en su diversidad de la ajena, con la suspensión correspondiente en su identidad de la propia.(…) El conocimiento de las culturas “debe caber para que pueda existir una cultura común, la cultura de los derechos. Es así un entendimiento de carácter precisamente jurídico y no científico.” (Clavero 1994:170-171). No obstante del reconocimiento constitucional de los derechos indígenas dice “es presumiendo que no son ellos sino nosotros quienes les conocemos gracias a nuestra ciencias y particularmente a

nuestra antropología." Da como ejemplo México país que los antropólogos defienden los derechos indígenas, pero los indígenas no intervienen.

La misma interpretación dará de la jushistoriografía del constitucionalismo ámbitos en los que sigue predominando una visión unilateral.

En esta crítica a los métodos comparativos es similar al que hace Ricoeur (2004:110) al analizar a Locke y explica la relación entre memoria e identidad: "La identidad es una relación, pero la referencia a esta otra cosa se borra de inmediato: la cosa es la misma que ella misma y no otra, …de ahí que la diferencia es excluida tan pronto como es planteada"

En los mismos planteos críticos de la historia del derecho están la jus-sociología de Sousa Santos que nos inspiró el título, la antropología sociológica de George Balandier (2003), la antropología jurídica de Esteban Krotz (2003), o mencionar a los que escriben en la obra colectiva dirigida por él como Stavenhagen, Villoro, Magdalena Gómez, María Teresa Sierra y muchos más que desde el derecho, la antropología, la sociología, la filosofía se están replanteando categorías, conceptos, doctrinas jurídicas o de sus mismas pertenencias disciplinarias, que los lleva a redefinir el concepto de cultura para ir remplazando el término por multiculturalismo.

El pluralismo jurídico invisible en el orden constitucional y normativo de Argentina

En el anterior congreso de RELAJU (2006) me limité a analizar el derecho a la diferencia reconocido en la Constitución de 1994 e insinué, sin desarrollarlo al pluralismo jurídico. Ahora mi objetivo es abocarme a tratar de resolver si está o no reconocido el pluralismo jurídico en el ordenamiento constitucional argentino.

El art. 75, inc. 17 de la Constitución, reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, se le respeta su identidad, el derecho a una educación bilingüe intercultural. Estrictamente está empezando a reconocerse el multiculturalismo pero muy tímidamente, en especial en el inc. 19 del mismo artículo, por el que autoriza al Congreso a "dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural…" Ahora bien esto estrictamente no significa pluralismo jurídico, en especial si uno lo compara con las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador que expresamente lo reconocen. Pero cabe

hacer una salvedad. Los indígenas que estaban en las barras cuando deliberaba la Convención Constituyente y presentaron sus posiciones, en muchos casos por escrito, no lo reclamaron.

Si bien en ese momento no se había ratificado el Convenio 169 de la OIT, al ratificarlo el 3-7-2000, se podría considerar que sí está contemplado en la normativa, si nos atenemos a la Convención de Viena de los Tratados, dado que el Convenio expresamente dice que "deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros" (Art. 9, inc.1). Sin embargo está muy lejos de reconocerse y menos aún aplicar el convenio en la parte que se refiere al derecho consuetudinario o derecho indígena [1].

No obstante la ausencia de un reconocimiento normativo explícito del pluralismo jurídico, se puede decir que en Argentina, existen otros órdenes jurídicos, aunque se los ignore, como veremos al desarrollar el caso del pueblo Guaraní Mbya.

Pero antes de entrar en este tema será preciso considerar la significación que damos al pluralismo jurídico habida cuenta de las dificultades metodológicas, como señalamos más arriba, de reconocer las pautas, normas valores jurídicos en el otro de otra cultura.

El pluralismo jurídico tiene distintas percepciones según sean los ejes temáticos que adopten los investigadores: el de las escalas de observación como lo considera Sousa Santos, o las perspectivas adoptadas que se encuentran, a su vez, imbricados.

Si es en el eje de las escalas, debemos preguntarnos si así lo denominan para referirse a las diferentes normativas internacionales, o constitucionales o locales. Si consideran que hay un pluralismo porque en el mismo espacio y para las mismas comunidades rigen esas mismas normativas que por momentos aparecen como contradictorias, o en cada uno de esos ámbitos existe un sistema que descalificaría el carácter de pluralista. Y si en esas escalas se mezclan o combinan los distintos tiempos históricos.

Si es en el eje de las perspectivas correspondería preguntarse desde cuál de las escalas se ubican los diferentes autores. Consecuentemente con ello cómo definen o

[1] El senador nacional Humberto E. Salum el 12-7-2000 presentó un proyecto por el que se solicita otorgarle jerarquía constitucional al Convenio, que fuera aprobado por la ley 24.071, promulgada el 7-4-92 y ratificado en Ginebra en 2000, pero hasta ahora al requerir los dos tercios de votos del Congreso de la Nación, todavía no se sanciona.

delimitan el pluralismo y el sistema, en qué sentido o significación dan a ese término dentro de cada escala, incluido el tiempo y espacio histórico que observan.

Particularismo o pluralismo jurídico, como vimos, son los términos usuales para caracterizar al derecho indiano. Así lo hace Zorraquín Becú, Clavero, entre otros, pero en el derecho indiano hay que tener en claro que lo que se denomina pluralista reconoce también un sistema. Así lo apuntan los autores mencionados y en especial Garriga**,** (2006:74-75) fundado en Hespanha y Tau Anzoátegui que le sirven de sustento a su interpretación del Antiguo Régimen. En primer término caracteriza al Antiguo Régimen como un "orden jurídico pluralista". "Integrado por distintos órdenes dotados de contenidos normativos y legitimidades diferentes", ordenes representados por cuerpos sociales de ahí su adjetivación como corporativos. Pero también acentúa la preeminencia de la religión, "el derecho como la teología moral" es decir, es el basamento de todo aquel particularismo estamental que tienen una lógica de integración nunca de exclusión y que la ley real es apenas un componente del derecho, más bien sobresale la jurisprudencia, el saber o la doctrina de los juristas "Un orden jurídico pluralista, -dice- que además, como ha escrito Hespanha, está regido por normas de conflicto de "geometría variable", toda vez que la integración de los distintos derechos que lo componen no se plantea en general, de una vez y para siempre, sino caso a caso, y en función de las circunstancia que en cada uno concurran" . De ahí el casuismo como un derecho construido caso a caso, en las antípodas de un derecho legal solamente. Esta caracterización nos hace ver que ese particularismo es muy diferente al pluralismo actual.

En los últimos treinta o cuarenta años, según sea el autor, adquiere envergadura esa caracterización para referirse al derecho indígena, fundamentalmente, pero con una serie de interpretaciones e interrogantes que es conveniente distinguir.

El problema que se plantea en cualquiera de los dos períodos es si ese pluralismo convive o no con lo que también se caracteriza como orden o sistema jurídico. Si al hablar de pluralismo no se está significando un sistema mayor, convalidado por los estados y suprajurídico que permite la existencia de otros órdenes jurídicos, poniendo como límite solamente el respeto de los derechos humanos, derechos substanciales asentados en valores esencialmente occidentales y de la modernidad[2]. Rescatarán este

[2] Silvina Ramírez (1999:65-78) se refiere a la recepción del derecho indígena en el ordenamiento jurídico positivo de Bolivia y establece como límite de dicho derecho "el respeto de los derechos humanos fundamentales"

período para hacer las comparaciones entre el derecho indiano y el de hoy como lo hace Clavero o Villoro (2002:231). Éste último considera que cuando el Estado reconoce el multiculturalismo implica reconocer también "una pluralidad de niveles jurídicos". En ese término también está la diferencia, dado que no habla de pluralismo sino de pluralidad.

Los sociólogos y antropólogos, sobre todo, vuelven la mirada a Vitoria, a Grocio, y pondrán énfasis en el sistema internacional como el que deprime a ese Estado nación y da un ordenamiento jurídico diferente del estatal, pero asumido consensualmente por el estado (Sousa Santos:2002, Stavenhagen 2002:171-205). Como así también lo observan desde diversos sistemas jurídicos locales que centrifugan las creencias en la soberanía territorial y eminente del Estado. Y sobre ello nos preguntamos: ¿Se puede decir que significa lo mismo que el pluralismo jurídico del Antiguo Régimen? ¿Se lo simboliza igual en los diferentes campos disciplinarios que lo utilizan para caracterizar al derecho hoy? Lo mismo en la simbolización del sistema u orden jurídico que supuestamente rigió a posteriori del Antiguo Régimen. El pensamiento crítico dice que no, la renovación de la Historia del Derecho, dice que nunca fue totalmente ordenador, ni el anterior totalmente casuístico. (Tau Anzoátegui, 1992:570). Magdalena Gómez (2002:243), abogada, entiende la legalidad y el Estado como único importador de justicia, pero agrega "no es un secreto que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han administrado justicia. Han establecido normas y sanciones, sin tener facultad legislativa reconocida y el hecho de que no haya sido escritas o formalizadas no les exime de su naturaleza jurídica". Por ello Sousa Santos (2002:24) hablará de "pluralidad de órdenes jurídicos" o de "constelaciones jurídicas", más que de pluralismo.

En definitiva, coincidiendo con Magdalena Gómez, de ahora en más cuando me refiera al pluralismo jurídico lo haré desde la escala local de Argentina, específicamente desde una provincia, Misiones, no porque esté normativizado, sino porque el caso que desarrollo a continuación, demuestra que existe otro sistema jurídico que convive con el estatal oficial, aunque no sea percibido por las autoridades judiciales ni tampoco por el común de la gente no indígena, pero sí por éstos, de ahí que desde mi propia cultura hable de la invisibilidad del multiculturalismo y por consiguiente del pluralismo jurídico. En verdad, más que pluralismo jurídico lo que demuestra el caso que trataremos es que hay

otros sistemas jurídicos que, como es invisible, no está autorizado por lo que sería un verdadero pluralismo, similar al particularismo jurídico medieval.

El caso del pueblo guaraní Mbya

Me detengo en un caso judicial sobre nueve casos[3] que comenta Moreira en su obra porque en general en la mayoría de los casos se refiere sólo y exclusivamente, a través de traductores, a casos judiciales que se dirimen en la misma comunidad indígena sin intervención de la justicia "dominante" le llamaremos, aunque los indígenas no la convoquen para la solución de sus propios conflictos, mientras que el que he elegido se verá actuar a las dos justicias: la penal ordinaria argentina y la Mbya.

El caso seleccionado ocurrió pasada la mitad del siglo pasado, del que tuve conocimiento a través de la obra de Manuel Moreira (2005). Me interesó porque a través de él se ponen a prueba todas las pautas para llegar al conocimiento de otra cultura jurídica. Nos demuestra que nuestras construcciones epistemológicas y gnoseológicas con las que creímos llegábamos a la verdad, a las certezas del conocimiento, tiene fuertes debilidades en las que descubrimos la incomprensión, el olvido, la ignorancia, la ceguera como dicen las nuevas perspectivas epistemológicas de todo aquello que no podemos compatibilizar dentro de nuestro sistema jurídico, pero más que ello nuestras construcciones epistemológicas y gnoseológicas.

Eso se pone en evidencia cuando se quiere precisar solamente cuál es el origen del pueblo guaraní[4] y de la comunidad Mbya, incluso su misma denominación. Moreira bien dice que tiene más de once denominaciones diferentes, pero dichos nombres los obtiene

[3] Los casos que comenta Moreira se refieren a homicidios, infidelidades conyugales, a pesar de la poligamia, rapto y secuestro de mujeres, conflicto interétnicos, a los que llega el autor luego de un largo camino para hacerse traducir y sobre todo que aceptaran transmitirle sus propios valores y procedimientos judiciales, e incluso como expresa el mismo autor las lagunas que le quedaron por ese hermetismo o por no poder acceder completamente al significado y signos de la cultura Mbya.

[4] Según Ramón Tissera, (1973:53-63) el término guaraní proviene de Guanahaní, lugar en el que se produjo el primer desembarco de Colón en el Mar de las Antillas y supuestamente de allí habrían huido hacia el sur hasta llegar a la zona selvática de la amazonia. Moreira, pone en duda la idea de Miguel Bartolomé para quién habrían llegado a Misiones hace unos cuatrocientos años, porque según "vestigios arqueológicos… sostiene la existencia de un gran tronco étnico, donde los Mbya aparecen como grupos más radicales en cuanto a su resistencia a mezclarse con el invasor, …y su carácter seminómada, no resulta extraño sostener la posibilidad de que hayan vivido en el territorio con anterioridad a la conquista o que habitando la región huyeron de los Jesuitas…"

de una bibliografía en castellano o en inglés, es la cultura dominadora la que los designa intentando ponerle signos a un idioma oral, por más que los jesuitas hayan intentado poner signos latinos a la fonética guaraní que ellos escuchaban, pero que los indígenas no tenían.

Moreira ha realizado un trabajo de campo etnográfico excelente, pero como él mismo dice, tuvo grandes dificultades para llegar a lograr la traducción de términos. Con humildad considera que solamente ha hecho una descripción de lo que le narraban, pero que en las entrevistas los Mbya "hacían un manejo estratégico del silencio", escondían mucho o no llegaba él a penetrar en lo profundo de su pensamiento, sus códigos lingüísticos diferentes y la falta de precisión en las coordenadas de espacio y tiempo.

El autor caracteriza a los Mbya-Guaraní, como "parte de la familia lingüística Tupí-Guaraní" que habita en las fronteras entre Paraguay, Uruguay, Argentina, provincia de Misiones, y Brasil. Aclara que los distintos subgrupos de esa gran familia Guaraní, fueron identificados por los misioneros católicos en la región. No se debe olvidar que es la región de las Misiones Jesuíticas y supuestamente este grupo no fue incorporado a ellos porque se escondía en la selva misionera ante la llegada del conquistador.

De todas maneras ahora con el avance de la deforestación que gana al bosque con campos para cultivar, entre otras cosas soja, el contacto es algo más fluido y el pueblo si bien se lo caracteriza como semi-nómada está padeciendo en su cultura alimenticia los efectos de esa degradación y ha perdido gran parte de su hábitat, por lo cual tiene contacto laboral, comercial, en esto sólo de artesanías, con la cultura oficial argentina. Hoy es muy difícil contabilizar el número de Mbya que habitan en la provincia de Misiones, ni tampoco la identificación de las distintas comunidades que difieren en el tipo de asentamientos territoriales.

El caso judicial ante la justicia oficial y ante la justicia consuetudinaria

Santiago Villalba, un adolescente Mbya, en 1969 mató a dos indígenas de la comunidad Tamanduá, también Mbya, ubicada en la localidad de 25 de Mayo de Misiones. En 1971, Villalba fue juzgado por el delito de homicidio reiterado y condenado a la pena de ocho años de prisión. El defensor oficial apeló ante el Superior Tribunal de

Justicia de Misiones que actuaba como Cámara de Apelaciones y logró que se cambiara la carátula por "Homicidio con exceso en legítima defensa" y se le impuso la pena de dos años de prisión en la Alcaidía de Menores de Posadas, capital de la provincia de Misiones.

Al salir en libertad en 1972, volvió a la localidad en la que habían sucedido los hechos, sin pasar por su comunidad. "Enterados los demás indígenas (la comunidad Tamanduá) de su libertad, -dice Moreira 2005:142- se reúnen y deciden convocar un "*Amandayé*" (Asamblea del Pueblo) para juzgarlo verdaderamente, ya que la pena impuesta no había satisfecho a la comunidad y de ese modo había evitado el juicio previsto en sus costumbres y creencias religiosas, único modo de encontrar la paz del grupo (…)vieron en esa libertad una renovada oportunidad de juzgarlo (…) Interpretaron la libertad como un desafío o una oportunidad del pueblo Mbya que recuperaba (…) la capacidad de cumplir (…) y activar el fuero indígena, nunca negociado, menos aún cedido a la autoridad colonial". Así fue que en el acto de detenerlo lo apalearon, desnudaron y lo mantuvieron así mientras se organizaba el *Amandayé*. Mientras la Asamblea del pueblo junto al cacique, debatía en una habitación contigua, Villalba se fugó e hizo la denuncia en una comisaría cercana a su lugar de trabajo, por consejo de su patrón Carlos Fichner.

De ese modo comenzó un nuevo juicio penal ordinario en Misiones, contra las autoridades Mbya que habían apresado a Villalba por "Privación ilegítima de la libertad. Lesiones y Daño" como dice la carátula del juicio. "Este nuevo proceso penal concluye con el sobreseimiento de los indígenas justicieros que vindicaron su proceder con diferentes argumentos como que el propio Presidente (de facto)[5] les había indicado en una entrevista que podían vivir según sus leyes, siempre que no afecten a un blanco, que ignoraban que no podían juzgar a un miembro de su comunidad y que sólo aplicaban su derecho tradicional, de conformidad con sus costumbre" (2005:143)

En este párrafo vemos la imbricación de culturas, como las lógicas y significados diferentes para la solución de conflictos, pero interesa hacer varias consideraciones finales sobre la cultura jurídica guaraní y sobre la interpretación del autor en el que nos inspiramos.

[5] En realidad Moreira no lo aclara pero supuestamente se está refiriendo al Presidente de la Nación, Alejando Agustín Lanusse que, era efectivamente un gobierno de facto, que se inauguró en 1966 y concluyó en 1973, con el advenimiento del peronismo al gobierno.

Consideraciones finales sobre la cultura jurídica guaraní según Moreira

Empezamos este trabajo con los replanteos epistemológicos y gnoseológicos del pensamiento crítico en diversas disciplinas en especial desde la historia del derecho. En estas nuevas tendencias vimos que, en su mayor parte, se intenta dejar de transmitir la propia cultura (Edgar Said, 1996) para analizar las alteridades de las otras. Como no pretenden ser objetivas, por el contrario, prevalecerá el método hermenéutico, el análisis del discurso. Se dice de la historia que no es la "rerum gestae", sino la "rerum gestarum" es decir lo que se dice de los hechos pasados (Pérez Amuchástegui (1976:23). Esto es precisamente lo que deseo destacar de la interpretación del caso que analizo.

Moreira, utiliza como fuente más importante la cultura oral ágrafa con sus métodos nemotécnicos, lo cual lo lleva a caracterizar la cultura jurídica Mbya, la naturaleza de sus reglas, su validez normativa, las formas de resolver las disputas, los órganos de aplicación, las sanciones, dentro de la comunidad que, como dice Nelly Liparoti (2006:522), forman "una telaraña e impone la competencia de sus miembros con diferentes niveles de participación y juridicidad", desde la mediación, al juzgamiento.

Moreira enumera cinco aspectos que a su entender "identifican la justicia Mbya y describen su funcionamiento ancestral". 1) Entiende que la justicia es un mecanismo de la religión, cuestión que vemos similar al análisis de la justicia en otros pueblos indígenas, por ejemplo en México (Rosalva Aída Hernández y Héctor Ortiz Elizondo, 2003), como también cercano a la caracterización del derecho indiano como señalamos con Garriga; 2) las penas graves (homicidio, violación, rapto de mujeres) en el primer caso era correspondida con una especie de ley del talión, aunque podían ser suspendidas. Las penas leves se ejecutaban como trabajos comunitarios. Este es otro aspecto interesante de destacar por cuanto ante conflictos o delitos graves o leves los Mbya sienten afectada a su comunidad, no a un individuo concreto ni a una familia solamente, sino al conjunto de ella, porque es una alianza entre el pueblo y el intermediario que devela la voluntad sobrenatural el *Opygue* o chamán; 3) las autoridades judiciales son, por lo tanto, el Opygue, el cacique y la asamblea de la comunidad o comunidades interesadas en el caso en cuestión. Los casos graves están reservados a las autoridades religiosas y políticas. La Asamblea sólo tiene carácter deliberativo, no sancionador, esto está reservado a las otras

dos autoridades. En casos menores lo resuelve directamente el cacique con un sentido paternal, conciliador, más que represor. 4) No existe pena de prisión, pero sí castigos corporales como los azotes y en casos graves la pena de muerte, pero el mismo autor no lo define exactamente así, sino como un dejarlo a su propia suerte que deviene en la muerte.

Sobre esos caracteres interesa hacer algunas reflexiones: Moreira (2005.102) interpreta que el orden jurídico guaraní es una "teodicea judicial", porque está subordinado a su religión con significados éticos. Aclara que esa teodicea está misturada con la religión católica que "enturbió la cultura primigenia (…) incapaz de advertir el modelo judicial sumergido en las fuentes intactas de la memoria tribal". En esta consideración está el tema de la memoria. No considero que esté tan intacta la memoria tribal. Siempre como dijimos fundadas en Ricoeur, la rememoración tiene sus falencias y no es idéntica al pasado que rememora, está contaminada con otros sucesos ocurridos en el devenir histórico

Acá cabe advertir, como en cierta oportunidad nos relatara una representante del pueblo huarpe y otra del pueblo mapuche[6], y como en el VI Congreso de RELAJU, nos informara Efrén Calapucha Grefa, del pueblo originario Quichua, de la Amazonia de Ecuador, que ellos no tienen religión, ni culto como la entendemos nosotros, solamente se refieren a la espiritualidad, es una concepción holística en que la naturaleza y lo sagrado están unidos. Entonces cabe la duda si la interpretación de Moreira es la correcta o si, a diferencia de los huarpes, mapuches o quichuas, los Mbya sí tienen una religión. De ser así cómo articular diferentes concepciones indígenas de lo jurídico religioso. Con esto queremos significar que la aproximación al entendimiento de otra cultura, cuestión que reconoce Moreira, no es sencilla, que siempre el hombre occidental pone mucho de su cultura al definir la otra y aunque el autor cuestione el método comparativo, no puede sustraerse de él.

Por otra parte, el autor menciona muy escuetamente el delito que podríamos denominar robo o hurto, considera que es el más controvertido y muy tangencialmente lo relaciona a la propiedad. En efecto, ante una propiedad comunitaria es casi imposible hablar de robo o hurto, sobre todo porque este tipo de propiedad está en las antípodas de lo que es la idea de propiedad en los códigos civiles de occidente y desde el Código de

[6] Los descendientes del pueblo huarpe habitan en la provincia de Mendoza, en el departamento de Lavalle y los descendientes del pueblo mapuche habitan en la Patagonia en la zona sur de Argentina.

Napoleón. Con este aspecto se pone en evidencia la colisión de valores que fundamentan uno y otro sistema que hacen muy difícil su articulación y comprensión.

Para la cultura occidental, dice Grossi (2004:129), el "*homo oeconomicus*, que ha cortado todo vínculo perturbador con lo metafísico y que se encuentra a sus anchas en la dimensión patrimonial y es una realidad que se defiende a toda costa, más que de los otros propietarios, del poder político y de sus injerencias". Más aún hay como una simbiosis entre los bienes y el hombre, éste proyecta su sombra sobre los bienes y las cosas, es la base fundamental del ordenamiento occidental, tal como expresé en un trabajo sobre la propiedad en función social (S.T.Ramella, 2007), pero para el indígena no, incluso el término propiedad, al menos eso es lo que me dice una descendiente mapuche Norma Cocha, no existe. No obstante, cuando lo trata Moreira, indudablemente ya está en parte incorporado en aquellas comunidades que tienen el acceso a la propiedad o permiso de ocupación de tierras que, indudablemente cambia esa concepción ancestral. O como dice Kush (1973:101-102) que nos muestra dos cosmovisiones tan dispares como la que se desprende del tema de la propiedad, así nuestra cultura está poblada de objetos mientras que en el indígena de acontecimientos, de ahí que, "El europeo -dice- ve el mundo como un espectáculo, el indígena en cambio como un organismo cuyo equilibrio interno depende personalmente de cada uno". Esto mismo es lo que se desprende de su concepción jurídica íntimamente articulada con la comunidad.

Sobre este caso ¿se puede decir que esto es prueba de un pluralismo jurídico? Entiendo que no. Pluralismo igual que el particularismo del medioevo, indica que existe un sistema general que respeta otras formas jurídicas de decir lo justo, y se lo reconoce normativamente. A través de este caso se hace patente la existencia de otro orden jurídico cuya diferencia fundamental con el oficial y dominante está dada por los valores que sustentan ambos, pero eso no es pluralismo, ni tampoco podríamos hablar de articulación entre los dos sistemas. Al menos en Argentina no sólo no está reconocido formalmente, sino que se teme llegar a una anarquía jurídica, como se desprende del Seminario Taller: Cultura y Derecho Penal, organizado por el Instituto "Ambrosio Rioja" (1999), de ahí que se lo limite con los derechos humanos, pero en esto vuelve a plantearse el tema de los valores y queda la incógnita que es lo valioso o no para cada cultura y cómo se compatibilizan los diferentes valores, entre otros el de la propiedad y los derechos humanos.

Por ello deseo terminar con la reflexión de Carlos Gaviría Díaz, Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia que, haciendo hincapié en las aporías que se desprenden de los análisis hermenéuticos sobre las normativas constitucionales de Colombia, en el reconociendo de la jurisdicción indígena, dice: "en el intento de compatibilizar la filosofía universalista (de indiscutible cuño liberal) de los derechos humanos, que no abdican de su pretensión de *valer* en todo tiempo y lugar, con la perspectiva comunitarista que, para expresarlo con neologismos que juzgo necesarios, *antropologizan* e *historicizan* las aspiraciones, deseos y necesidades sentidas de una comunidad, plasmados en sus pautas de comportamiento, inclasificables como éticas o jurídicas según categorías occidentales, cuya aplicación a una normatividad tan peculiar e indiferenciada como la de las comunidades indígenas, resulta fallida." (E:\b-jurisdic-ind.htm, 2008)

Bibliografía

AA.VV., (1999), *Pena y Estado. Justicia penal y comunidades indígenas*, Revista Latinoamericana de política criminal, Bs.As., Editores del Puerto.

BALANDIER, GEORGES, 2003, *El desorden*, Barcelona, Ed. Gedisa.

CLAVERO, BARTOLOMÉ, 1994, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Mexico, ed. Siglo XXI.

DUSSEL, ENRIQUE, 2005, *Transmodernidad e Interculturalidad*, México, UAM-Iz.

FOUCAULT, MICHEL, 1997, *Las palabras y las cosas, Una arqueología de las ciencias humanas*, México, Siglo XXI.

GADAMER, HANS GEORGE, 1993, *Verdad y método*. *Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, 5ta ed., Sígueme.

GARRIGA, CARLOS, 2006, "Sobre el gobierno de la justicia en Indias (Siglos XVI-XVIII)", en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investgaciones de Historia del Derecho, N° 34, Bs.As.

GAVIRÍA DÍAZ, CARLOS, (2008), Prólogo de la obra de ESTHER SÁNCHEZ BOTERO E ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA, *La Jurisdicción especial indígena*, E:\b-jurisdic-ind.htm.

GROSSI, PAOLO, 2004, "Propiedad y Contrato", en AA.VV., *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Edición de Mauricio Fioravanti, Traducción de Manuel Martínez Neira, Ed. Trotta, Madrid.

HERNÁNDEZ, ROSALVA AÍDA Y ORTIZ ELIZONDO, HÉCTOR, (2003) "Diferentes Pero Iguales: los Pueblos Indígenas en México y el Accedo a la Justicia, Projecto on Reforming The administration of justice en Mexico, at the Center for U.S. –Mexican Studiez, may 15-17.

HESPANHA, ANTONIO, 1993, *La gracia del derecho*, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales.

KROTZ, ESTEBAN (Ed.), 2002, *Antropología Jurídica: Perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa. Escriben, Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Guillermo de la Peña, Francisco Piñón, María Teresa Sierra, Rodolfo Stavenhagen, Marcela Suárez, Javier Torres Nafarrate, Roberto Varela, Luis Villoro)

KUSCH, RODOLFO, 1973, *El pensamiento indígena y popular en América*, Bs., As, ed. ICA.

LIPAROTI, NÉLIDA R., (2006) Reseña bibliográfica de la obra de Manuel Moreira, *La cultura jurídica*…cit., en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Bs.As., 521-523.

MOREIRA, MANUEL, 2004, "El Derecho ´consuetudinario´ indígena", en Antropología y Derecho, N° 3, septiembre, Posadas, pp.9-11

MOREIRA, MANUEL, 2005, *La cultura jurídica Guaraní*, Bs.As, ed. Antropofagia

PÉREZ AMUCHÁTEGUI, ANTONIO, 1976, *Algo más sobre la Historia. Teoría y metodología de la Investigación histórica*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma.

RAMELLA, SUSANA T, 2004, *Una Argentina racista*, Mendoza, Facultas de Ciencias Políticas y Sociales, UNCuyo.

RAMELLA, SUSANA T., 2007, "La propiedad en función social en la Constitución de 1949. Una "mentalidad" del Antiguo Régimen representada en el constitucionalismo social de la época"**,** en Revista de Historia del Derecho, N° 35, Bs.As, ps. 156 a 212.

SAID, EDGAR W. 1996, "Representar al colonizado. Los interlocutores de la antropología", en González Stephan, (comp.) *Cultura y Tercer Mundo 1, Cambios en el saber académico*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad.

RICOEUR, PAUL, 2000, *La memoria, la historia, el olvido*; Bs.As, Fondo de Cultura Económica de Argentina.

RICOEUR, PAUL, 2004, *El conflicto de las Interpretaciones*, Bs.As, Fondo de Cultura Económica.

SEMINARIO TALLER: CULTURA Y DERECHO PENAL, 1999, Organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, "Dr. Ambrosio Rioja", en *Pena y Estado. Justicia*

penal y comunidades indígenas, Revista Latinoamericana de política criminal, Bs.As., Ed. Del Puerto.

SIERRA, MARÍA TERESA; CHENAUT, VICTORIA, 2002, "*Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas",* en Esteban Krotz (Ed.), Antropología Jurídica: Perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona – México.

SOUSA SANTOS, BOAVENTURA, 2002, *La Globalización del derecho,* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

SOUSA SANTOS, BOAVENTURA, 2003, *Critica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia,* Bilbao, ed. Desclée de Brouwer.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, 1992, *Casuismo y sistema,* Bs.As, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

TISSERA, RAMÓN, 1973, "Cuando los guaraní buscaban el Eden", en Todo es Historia, Año VIII, N°73 - 53-63.

ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, 1986, "Los Derechos Indígenas, en Revista de Historia del Derecho, N° 14, Bs. As., Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.