

Pluralismo jurídico. Derechos indígenas. Del impacto en el Derecho Privado.

Julio C. LLANAN NOGUEIRA(*)

El instituto de la propiedad comunitaria aborigen, demarca un campo interdisciplinario para su abordaje dado que la entidad misma de la categoría de análisis está conformada en su constitución por abordajes producidos de otras ciencias sociales, donde el Derecho interviene como otro discurso, que necesariamente concurre al análisis de este tópico.

El impacto producido por la incorporación de este instituto en el nuevo texto constitucional, da cuenta de un proceso donde los actores sociales vinculados a esta problemática reclamaban un espacio de reconocimiento dentro de la legalidad formal del estado de derecho.

En los últimos decenios grupos indianistas e indigenistas, académicos, organizaciones no gubernamentales, juristas, estudiosos de la antropología socio cultural y la antropología jurídica han conformado un movimiento que acompañando los procesos sociales han demandado desde la categoría social de la "diversidad" el reconocimiento en la legalidad formal.

En América Latina viven hoy, según informa el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en situación de pobreza crítica treinta millones de indígenas pertenecientes a cuatrocientos grupos lingüísticos. Las características de estos grupos y la situación en la que se encuentran respecto de la Legalidad estatal exige que quienes trabajamos en el ámbito del Derecho nos preguntemos por categorías centrales a nuestro ordenamiento jurídico.

Las demandas producidas en el seno de la sociedad civil, por grupos étnicamente diferentes junto con el aporte que a nivel normativo se produjo desde organismos internacionales y nacionales, nos permiten afirmar que el reconocimiento de la heterogeneidad de lo social y el reconocimiento de derechos diferenciales a estos grupos ocupa un nuevo espacio de estudio e investigación.

Un continente pluriétnico convive hoy con formaciones estatales monoétnicas tema en el que no nos detendremos en esta comunicación pero que debemos tener presente para el análisis.

(*) Docente de Derecho Político y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario.

El hiato que se presenta entre la legalidad formal y la legalidad real hace más aguda la crisis que vivencian diversos sectores de nuestra sociedad y el derecho no puede quedar ajeno a esta demanda de la sociedad civil.

El tratamiento científico de la problemática de las minorías étnicas en el marco de los estados nacionales y la intervención del sistema jurídico, ha sido tratado especialmente, en estas últimas décadas. Los conflictos suscitados a partir de las demandas de este sector de la sociedad civil al aparato formal del Estado pugnando por el reconocimiento de sus derechos y la disputa del espacio de lo "público" han generado en el orden internacional y en materia de Derechos Humanos importantes avances y elaboraciones teóricas (1). El desarrollo de las investigaciones en la materia, pusieron en discusión categorías centrales del estado de derecho y exigieron una nueva significación de instituciones tradicionales del Derecho Internacional y del Derecho interno de los países en conflicto tales como: autodeterminación, Estado y Pueblos, identidad, soberanía, Nación, autonomía política, minorías, etc. (cfr. Capotorti, F:1991)

El reconocimiento de las minorías parecía, no poder contenerse dentro del modelo estatal hegemónico y habilitó para su tratamiento una línea de investigación peculiar.

En las últimas décadas el movimiento indianista, en nuestro continente delineó una estrategia clara en búsqueda de la protección legal de sus derechos. La disputa de sectores de la sociedad civil por el reconocimiento en el espacio público-estatal, aparece como uno de los fenómenos característicos de las democracias en transición en América Latina. En este marco la Teoría General del Derecho y del Estado en nuestro país no puede permanecer al margen de las discusiones que plantean las demandas de la sociedad civil, más aún cuando las recomendaciones provenientes de organismos internacionales parecen orientar la problemática hacia el reconocimiento de la diversidad.

Pero el problema que plantea el reconocimiento de las minorías y el reconocimiento de derechos diferenciales a estos grupos étnicos parece encontrarse con obstáculos importantes en la propia constitución de los estados nacionales.

El modelo actual de estado de derecho, responde a las directrices fundacionales de los Estados liberales, producciones modernas que, resignificados se hacen presente en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe. El "sistema jurídico", no es extraño al modelo estatal donde se desarrolla, podemos afirmar que el mismo es una de las manifestaciones donde el diseño político de determinados modelos estatales se hace presente en forma directa (cfr. Kelsen, H:1987). La génesis de la problemática en estudio, no puede eludir este problema, ya que se localiza en un punto de fricción entre el modelo estatal hegemónico y las demandas de los grupos aborígenes que interactúan en la sociedad civil.

Cuando hablamos de modelo estatal hegemónico, estamos haciendo referen-

(1) Es oportuno recordar la discusión planteada a propósito de la Resolución sobre Procedimientos de Solución amistosa sobre la situación de los Derechos Humanos en un sector de la Población Nicaragüense de origen Miskito. Caso 7964 (Nicaragua) en: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984.

cia a las características que presentan de manera persistente las formaciones estatales en los países Latinoamericanos. Es necesario recordar que la misma se encuentra enlazada de manera inmediata con la constitución de los estados liberales producidos desde la modernidad. Nos parece oportuno señalar, como fundantes de esta forma-estado: el monopolio por parte de éste de la Ley, la fuerza y el territorio. La esencia, tal como lo señala Bobbio, radica en la resignificación de la idea de soberanía, produciéndose en este concepto el punto de ruptura con el modelo estatal medieval. (cfr. Bobbio, N: 1991)(2)

El único órgano productor de derecho "legítimo" que es el Estado, necesitó sintetizar relaciones sociales dispersas y homogeneizar el discurso. No podemos hablar de derecho- en este marco- sin mencionar lo que entendemos como su base constituyente: la relación entre el estado y la sociedad.

"Los conceptos de sociedad y de estado, entendidos como recíprocos, complementarios, claramente enfrentados entre sí, caracterizan a esta etapa de la historia social de occidente que llamamos modernidad, etapa cuyo momento inicial se sitúa entre los siglo XV y XVI. (Portantiero, J.C.- de Ipola E: 1987 pág. 6).

El orden jurídico, en este modelo representa para la sociedad civil, la manifestación de la voluntad del estado. Esta unidad indisoluble, reconoce que el estado es el factor que precede históricamente al derecho siendo la fuente de donde emana el mismo. (cfr. Kelsen, H:1987)

La resultante del desarrollo de este modelo estatal se manifiesta en la estructura unitaria que adquiere el estado. Coincidimos con Bobbio cuando señala: "Se puede hablar, en el primer caso del monopolio del Derecho por parte del Estado ; en el segundo, de monopolio del Derecho estatal por parte de la Ley. A través de estos dos procesos de reductio ad unum, el Estado adquiere una estructura unitaria ("no existe otro Derecho sino el del Estado") y único fundamento ("no existe otro Derecho estatal distinto de la Ley o voluntad del soberano")". (Bobbio, N:1991 pág. 28).

Es así que el derecho en este contexto aparece como el reconocimiento oficial de los hechos de la realidad, habilitando para el caso, el ámbito de la "legalidad". El intento de sintetizar las peculiaridades que caracterizaban al medioevo, exigió la producción de un discurso totalizador que contuviera la particularidades en conflicto y las unificara en un discurso estatal universal. Ahora el estado, sería la instancia de autoridad y de producción del discurso de la legalidad (3).

Se condensan las voluntades particulares de los sujetos en la "voluntad general"

(2)..." La esencia del Estado moderno, tal como se viene construyendo con la formación de las grandes monarquías tras la disolución de la sociedad medieval , es la soberanía, es decir el poder por encima del cual no existe ningún poder superior.(potestas superiorem non recognoscens)" (BOBBIO,N:1991 pág 27-28)

(3)..." su aparición se liga en primer lugar a la forma capitalista de organización de la producción e intercambio, a la extinción progresiva de la división en ordenes estamentales de la sociedad, a la institución de la igualdad jurídica entre las personas. Nace así, una noción moderna de individuo como unidad elemental de la sociedad y, por lo tanto, como lugar central desde el cual dar cuenta de su constitución y su funcionamiento: el hombre se desgaja de su subordinación a la comunidad y se transforma en el eje de un sistema en el cual lo público y lo privado van a poder ser escindidos en esferas con entidad propia" (PORTANTIERO, J.C.- de IPOLA, E: 1987 pág.6).

representada por las formaciones estatales. El Estado se subroga por momentos, hasta la voluntad privada de los particulares.

En este modelo estatal, se delineó un modo de interpelación de los actores sociales, bajo la influencia de las ideas iluministas contemporáneas. La categoría sujeto de derecho, mediatiza la relación del ordenamiento jurídico con los actores que individual o colectivamente interactúan en la sociedad civil.

El sujeto se transforma, dentro de este paradigma en el centro de imputación normativa. Aparece en el escenario jurídico el ciudadano- sujeto de derecho por excelencia- único, homogéneo en la enunciación discursiva del derecho-, igual y libre, se constituye en la categoría de sujeto, produciéndose desde allí la regulación de las conductas sociales por parte del Estado (4).

El modelo de Estado de Derecho, se ve inmediatamente vinculado al concepto de sujeto de derecho, es decir, en él se delinea a quienes contendrá el modelo estatal, instaurándoles un espacio de legitimidad a partir de la legalidad formal.

Si, y solo si, operaron mecanismos de inclusión, a partir de la ley, de un sector de la sociedad civil esta podrá en el ámbito de lo formal operar en el circuito jurídico institucional (5).

La nueva significación de la categoría de sujeto, permitió un avance en la Teoría General del Derecho y del Estado que no podemos negar (cfr. Kelsen, H:1987). Pero desde los primeros tiempos surgieron serios cuestionamientos a este mundo que intentaba articular la realidad, el reconocimiento del lugar formal de ciertas categorías estructurantes colocaba en polémica permanente al sistema jurídico. El carácter contradictorio y de oposición entre lo formal y lo real agudizaba los conflictos sociales y paradójicamente se presenta como el reaseguro del sistema jurídico-político. Es oportuno recordar la polémica sostenida entre Mayer y Kelsen (1923), respecto de la hipótesis del conocimiento general de las leyes (6).

Este fenómeno de desconocimiento del derecho por la sociedad civil adquiere nuevas dimensiones en la actualidad. La no inclusión o el sentido de exclusión de determinados sectores de la sociedad civil por el sistema jurídico y el desconocimiento de legalidades diferenciales dentro de un mismo marco estatal, agudiza la existencia de esta problemática.

La habilitación jurisprudencial del tratamiento abrió en el campo del derecho

(4) Esta enunciación responde claramente a los postulados teóricos que delinea el paradigma iluminista, que se presenta polemizando en un intento de superación de las atomizaciones pre-modernas que dispersaban a la sociedad civil y no permitían la conformación de la sociedad política que se requería para la constitución de los Estados Nacionales. (cfr. Kelsen:1987)

(5) Cuando hablamos de ámbito formal, legalidad formal etc, hacemos referencia a lo formal como un ámbito de construcción artificial, diferente de lo real. Esta construcción se produce - dentro del modelo estatal moderno- en un esfuerzo de abstracción y a partir de allí, construye categorías jurídicas que dan cuenta de cierta parte de la realidad. No es la realidad misma, sino un ámbito artificial- con su propia lógica de construcción y organización simbólica- que intenta capturar cierta parte de la realidad.

(6)..." Y que persona razonable atribuirá fuerza de obligar a una orden, a sabiendas de que aquel a quien se dirige no la escucha?" " Dícese que el Estado trata a todo súbito como si leyese y entendiese la colección legislativa. Pero, a quien se le pasaría por la mientes siquiera defender esta monstruosa hipótesis como base de toda nuestra administración de justicia?"(KELSEN,H:1987 pág.331)

una línea que es seguida hasta la actualidad.

Referido al cuestionamiento de si las minorías eran receptadas por el derecho, la Corte Permanente de Justicia Internacional (C.P.J.I.) localizó la problemática y en un dictamen consultivo del 31 de julio de 1930 decía:..." la existencia de las comunidades es una cuestión de hecho y no de derecho" (7).

La existencia de minorías étnicas en el marco de los estados nacionales y sus actuales reclamos por condiciones de igualdad real y respeto a las diferencias en el marco del estado de derecho democrático, generaron un espacio de debate en torno a como se articula la categoría minorías en el ámbito jurídico. Utilizamos en este trabajo la conceptualización producida por Francesco Capotorti (Relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las minorías) (8) retomando la idea de la necesidad de una conceptualización sociológica de la categoría, y no en base a meros criterios cuantitativistas. (cfr. Rodríguez, G. Llanan Nogueira, J:1992).

Las demandas producidas por sectores sociales, étnicamente diferentes en el marco de la formaciones estatales Latinoamericanas han puesto en discusión las categorías estructurales del modelo.

Las características socio-económicas en las que se encuentran las poblaciones aborígenes y las demandas por el reconocimiento en la "legalidad formal" de sus derechos como diferentes, exigen de nuestra parte un análisis especial.

Producto de diversas políticas estatales, el exterminio de gran parte de la población indígena de nuestro país, presenta peculiaridades. Es importante considerar que según datos aportados por organismos oficiales y no gubernamentales, actualmente el 1% de la población total argentina en cifras aproximadas, es aborigen. La sola mención de la cifra fundamenta la urgencia en el tratamiento de la problemática, intentado utilizar esta variable en sentido cualitativo.

Un continente pluriétnico, convive con formaciones estatales mono étnicas. Es decir en el diseño de constitución de los estados liberales que existen en América Latina, la posibilidad de inclusión de sujetos de derecho diferentes, por la misma lógica de organización del estado presenta algunos problemas. La operatividad del sistema jurídico no recepta hasta épocas recientes la problemática de las minorías étnicas, respondiendo a lineamientos estatales que marcaron nuestros procesos históricos.

En la Constitución Nacional, podemos ver el tratamiento que recibe la problemática. El intento de homogeneización en categorías universales llevó a anular la posibilidad del reconocimiento jurídico de las diferencias que socialmente existían, generando respecto de estos grupos un lugar de exclusión real- aunque en un intento de inclusión

(7) Es importante remarcar para el estudio del reconocimiento jurídico de la existencia de la problemática de las minorías esta opinión que significó un avance considerable en el Derecho Internacional y que repercute hasta hoy en el estudio del reconocimiento del derecho interno.

(8) La conceptualización mencionada se fundamenta en un criterio amplio para la definición de esta categoría. Se entiende el concepto minorías en referencia a grupos étnicos, religiosos, lingüísticos etc. Puede verse: "Derechos Humanos- Serie de Estudios N°5: Estudios sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas": Francesco CAPOTORTI, Naciones Unidas, N.Y. 1991 pág.100 y ss.

formal- del sistema jurídico. El no compartir la misma configuración simbólico-cultural respecto de la legalidad coloca a estos sectores en una situación que aumenta la vulnerabilidad respecto de las posibilidades de acceso al uso y goce de los derechos.

Paradójicamente, el derecho los interpela de la misma manera que al resto de la sociedad global, pero en el ámbito de lo cotidiano ellos conviven con una legalidad diferencial, fundada en otros valores socio-culturales, que le otorgan un sentido diferente a las normas, poseen formas propias de resolución de conflictos, sistemas de sanción diferenciales, organización familiar peculiar, un sentido de la propiedad diferente a la de la sociedad global. Podríamos afirmar que desarrollan un orden jurídico propio pero son interpelados por el estado desde el derecho oficial.

La paradoja se denota claramente en el ámbito del derecho penal y de familia: son sancionados por el sistema jurídico hegemónico por conductas consideradas delitos para la sociedad global, delitos que en sus relaciones endogrupales desconocen por no compartir los parámetros de punibilidad dado que no encuentran articulación en su referente simbólico socio-cultural, pero la ley sanciona que se reputa conocida por todos (9). En el ámbito del derecho de familia nos encontramos con la misma dificultad cuando se intenta traspasar a estas poblaciones figuras positivas como la patria potestad, la tutela, etc. La articulación endogrupal de estos grupos no reconocen estas figuras y poseen formas propias - con legitimación y consenso- que sustituyen estos conceptos. En el ámbito de los tribunales de Menores, y los Tribunales colegiados de familia los jueces necesitan hacer interpretaciones especiales para la comprensión de la problemática. Las formas de transmisión de la tierra y de los bienes también es peculiar y sumada a las que anotamos anteriormente generan un campo de fricción socio- económica con categorías centrales al ordenamiento jurídico.

¿Qué es la producción del Derecho sino el acto de cultura por excelencia de la sociedad? El impacto que produce el reconocimiento de la diversidad cultural en nuestro campo disciplinar es importante. La producción de legalidades diferentes a las del estado no es un problema nuevo para la Teoría General del Derecho y del Estado. La producción del Estado moderno reconoció como única la legalidad estatal, lo que implicó un aplastamiento de otras legalidades, tal como lo señala Bobbio:.. " la reducción de todo Derecho a Derecho del Estado, a través de la gradual eliminación de los

(9) En los últimos años se han producido avances en el ámbito jurídico respecto de esta problemática. Conviene recordar las producciones realizadas en materia de derecho penal alrededor de lo que se reconoce en la Teoría del Delito como el "error culturalmente condicionado", error que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la norma prohibitiva. Puede verse al respecto: ZAFFARONI, E" Manual de Derecho Penal" pág 550 y ss. Este error no se encuentra legislado en nuestro país, pero tenemos conocimiento de que desde 1991 existe una figura similar en el código Peruano de Derecho Penal. Así mismo dentro de las reformas legislativas en Brasil se ha avanzado respecto de la aplicación de las penas aborígenes, regulando un tratamiento especial. El Código Civil Peruano recepta la Propiedad comunitaria.

ordenamientos jurídicos inferiores y superiores al Estado (como las corporaciones y como la Iglesia Universal y el Imperio); la reducción de todo Derecho estatal a la voluntad del soberano, esto es, a la ley, a través de la gradual desautorización de otras fuentes tradicionales del Derecho, como la costumbre, la decisión judicial y la doctrina de los juristas" (Bobbio, N:1991, pág. 28).

Una nueva línea de investigación en el ámbito del derecho plantea la posibilidad de la coexistencia de legalidades diferentes dentro de un mismo marco estatal. Estas legalidades fundadas en el derecho consuetudinario presentan fricciones con la legalidad hegemónica que merecen el estudio científico. El derecho consuetudinario aborígen ha tenido diferente tratamiento en el derecho comparado de los Estados de Derecho democráticos en la actualidad y se han articulado diferentes respuestas.

En América Latina, con las transiciones democráticas varios estados han orientado sus políticas e instituciones jurídicas al reconocimiento de la pluriétnicidad si bien el reconocimiento del derecho consuetudinario aborígen sigue siendo objeto de tratamiento científico en diversos ámbitos.

Nuestro país, con la Ley Nacional aborígen 23.302 y las legislaciones provinciales, habilita un ámbito de debate socio-jurídico de la problemática. La reciente ratificación por el congreso del Convenio 169 de la O.I.T. incorpora nuevos conceptos que creemos necesario estudiar en interrelación con el ordenamiento jurídico y la estructura del modelo estatal vigente. Se presenta para los que trabajamos en derecho un desafío particular, pensar los derechos de las comunidades indígenas en el marco del pluralismo legal, sus posibilidades, la coexistencia, las interferencias, las fricciones. Los organismos internacionales de Derechos Humanos, ya han sentado su posición respecto de la temática, el respeto del derecho consuetudinario indígena es hoy objeto de incorporación a los nuevos documentos internacionales, que se están produciendo a propósito del Año Internacional y el decenio de los Pueblos Indios.

La cuestión aborígen es de reciente estudio en las disciplinas jurídicas, habiéndose tratado especialmente en la antropología socio-cultural y sociología. El recorte del objeto, en referencia a las cuestiones aborígenes en América Latina, nos permite una mejor sistematización de este apartado, en el que intentaremos dar cuenta de los avances producidos en lo que algunos autores reconocen como antropología jurídica (Stavenhagen, R:1990).

En el campo disciplinar de lo jurídico, no ha sido lo suficientemente trabajado en el ámbito latinoamericano y las investigaciones antropológicas clásicas del tema hacen hincapié en problemáticas más amplias conexas a su campo disciplinar, siendo pocos los que señalan la especificidad de lo jurídico en un tratamiento global del control social y la organización política (10). Las pocas producciones respecto de esta problemática que pudimos rastrear refieren al tratamiento de casos puntuales (Prieto,

(10) Puede verse: SATVENHAGEN, R:1990 "Derecho Consuetudinario en América Latina" en: " Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario indígena en América Latina" Stavenhagen Rodolfo- Iturralde Diego, compiladores. Instituto Indigenista Interamericano. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Mexico

E:1989) centraliza su estudio en el impacto que produce en el derecho paraguayo el Derecho Consuetudinario aborígen, a partir del análisis de la Ley No 904 "Estatuto de las comunidades Indígenas" (11).

La constatación de legalidades diferenciales de estos pueblos, y en especial del grupo étnico con el que desarrollaremos el trabajo, han quedado de manifiesto en los datos empíricos recogidos en el campo y que están siendo interpretados en este momento (12).

El tratamiento legislativo recibido en varios países Latinoamericanos, en la últimas décadas significan un avance que queremos anotar. La inclusión en los textos constitucionales de las demandas de los grupos aborígenes y el reconocimiento de derechos diferenciales ha quedado de manifiesto en producciones jurídicas recientes, entre otras Guatemala en 1985; Nicaragua en 1986 y Brasil en 1988.

El caso Brasil, en derecho comparado merece un análisis especial dado que se ha abierto dentro de la doctrina de ese país una línea de discusión en ámbitos científicos que ejercen influencia a nivel continental. Los teóricos brasileños, necesitaron, en primer lugar superar la oposición que se presentaba entre los conceptos de Nación y Estado, dado que las demandas de los grupos aborígenes era sostenida por el criterio de nacionalidad indígena. Al respecto, recurriendo al Derecho Internacional, superaron esta dicotomía reconociendo la posibilidad de existencia de nación sin Estado y Estados sin Nación. Esta afirmación les permitió el reconocimiento de las Naciones Indias en el territorio estatal sin contraponerse al concepto de estado como estructura jurídica. Como bien lo refieren el concepto de nación se funda en la pertenencia a una comunidad- elemento sociológico- e intervienen elementos tales como el hablar una misma lengua, una misma tradición cultural e histórica, una misma religión y sobre todo el sentido, la conciencia de pertenecer a esa comunidad. José Alfonso da Silva, fundamenta teóricamente este postulado, utilizando para el caso de conceptualizar la categoría Nación los lineamientos teóricos casos y ejemplos de la comunidad internacional (13).

La posibilidad de que en el texto constitucional se reconozcan las costumbres indígenas, habla del reconocimiento de la pluriétnicidad del Estado. Nos parece importante el avance que se realizó aquí en la ruptura de la dicotomía Nación-Estado. Quedando pendiente la resolución real del reconocimiento del Derecho consuetudinario en el marco del derecho estatal.

Respecto de esta problemática es importante señalar la preocupación mostrada

(11) Puede verse en: Rev. "América Indígena". Vol. XLIX. Instituto Indigenista Interamericano. Mexico.

(12) Hacemos referencia a la labor de investigación que estamos desarrollando. El título del proyecto: "Minorías Étnicas en situación urbana. Problemática Interdisciplinaria, formulación de pautas legislativas Provinciales y Municipales" en relación a grupos de familias Tobas quóm asentadas en Rosario Santa Fe Argentina. Pueden verse los informes presentados, que dan cuenta de los resultados obtenidos del trabajo de campo en la problemática.

(13) El art. 231 de la Constitución Brasileira reconoce la organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones de los indios e instituye normas de protección de las singularidades étnicas. Puede verse para el desarrollo: da SILVA, J.A. "Curso de Direito constitucional positivo", 6 ed., Revista Dos Tribunais, Sao Paulo Brasil, 1990, 13.

por organismo Internacionales y los avances, que se han logrado. Naciones Unidas en 1987 publica un estudio de Martínez Cobo, donde ya comienza a delinear la política de los organismos internacionales en la materia en la pretensión de resolver los conflictos suscitados en este área. Ante la coexistencia de un orden jurídico nacional y otros ordenes jurídicos consuetudinarios que rigen la vida de las poblaciones indígenas, se recomienda que:

a) Se respeten los ordenes jurídicos indígenas y se admita la existencia de un pluralismo jurídico sin preeminencias injustificadas de parte del sistema jurídico nacional;

b) Se acepten los criterios de fuero personal y de consideraciones geográficas - demográficas para la aplicación de los sistemas jurídicos existentes, según corresponda a la circunstancias;

c) Se definan los límites del pluralismo jurídico y se delimiten los espacios culturales en los que no debe interferir el orden jurídico nacional, y se definan aquellos aspectos que inevitablemente deben quedar regidos por el orden jurídico nacional, en la medida en que se refieren a la vigencia de valores y derechos considerados internacionalmente en la actualidad como fundamentales e indispensables a la vida contemporánea en sociedad" (Martínez Cobo:1987, "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas", Naciones Unidas, Nueva York).

Este estudio representa un momento importante en el tratamiento de la problemática, se produce el reconocimiento de un orden jurídico diferente al estatal, se manifiesta la existencia de pluralismo jurídico o pluralismo legal, y se limita esos ordenes jurídicos a las normas internacionales de Derechos Humanos. En igual sentido, que compartimos, Rodolfo Stavenhagen señala como límite al derecho consuetudinario aborígen las normativas internacionales de Derechos Humanos. (Stavenhagen, R:1990).

El tratamiento recibido en otros países, en el marco del derecho comparado es importante señalar. En el marco del estado de derecho democrático se han articulado diferentes respuestas. Australia reconoce la existencia de leyes consuetudinarias de diferentes poblaciones aborígenes, Canadá optó por la aplicación de las leyes estatales por parte de personal aborígen, lo que Stavenhagen e Iturralde denomina "indigenización del control social"; en Estados Unidos a partir de la década del setenta, algunos Estados han reconocido el autogobierno de las tribus indígenas y la aplicación de sus normas de derecho consuetudinario siempre que no contravengan la Ley Federal de Derechos Civiles indígenas (Stavenhagen, R; Iturralde, D:1990).

En nuestro país, el dictado de la Ley 23.302 parece orientar una nueva política en materia indígena, la reglamentación parcial de la ley, la hace inoperante en el terreno de la realidad y no se expide sobre la problemática en cuestión. Si bien significa un avance, la ratificación por parte del Poder Legislativo del convenio 169 de la O.I.T., hasta el momento el Poder Ejecutivo, no ha realizado el depósito internacional del documento.

Este convenio sí trata la problemática, especialmente en los artículos 8,9 y 10. Se establece como principio fundamental el reconocimiento del derecho a conservar costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

Aún queda sin resolver, la coexistencia de estos ordenamiento jurídicos, y el ámbito de reconocimiento real de el derecho de las comunidades indígenas en la argentina. Legislaciones de tipo simbólicas o "leyes hechas para no ser cumplidas, o bien para no producir los efectos declarados" (Atienza, M:1992 pág.120), se encuentran formalmente vigentes en nuestro país pero carecen de eficacia al no poder ser operativas.

La reciente incorporación del art.75 inc. 17 de la Constitución Nacional, realiza dos tareas: una es la de dar rango constitucional a reconocimientos jurídicos que nuestro país en el orden interno ya se venía realizando (Convenio 107 y 169 OIT Ley Nacional 23.302; Ley provincial Aborígen 11.078 Provincia de Santa Fe entre otra de las legislaciones provinciales) y por otro lado la formulación del artículo da cuenta del reclamo de los grupos aborígenes en tanto reconoce la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Por lo que se puede leer de esta formulación con esta forma de redacción los constituyentes quisieron resolver el conflicto que presentaban algunas demandas de grupos indígenas que exigen el reconocimiento como Nación .

En este reconocimiento -consensuado por los constituyentes- se incluye el rango constitucional al respeto a la identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural; el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan con un régimen especial.

La nueva formulación del artículo que refiere a los pueblos indígenas deja atrás - en el marco de la formulación discursiva normativa- el criterio adoptado por la Constitución de 1853 y produce aquí una ruptura importante. Recordemos entonces, que antes el art. decía: Proveer a la Seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios y promover su conversión al catolicismo. Es interesante en este punto detenerse a analizar el contexto de producción de esta norma y los discursos de los Constituyentes en 1853, tarea que no podemos desarrollar aquí pero que recomendamos observar (14).

El consenso surgido de la Convención Constituyente de 1994 (15), da cuenta de

(14) Puede verse discusión de los Constituyentes 1853 en "Tratamiento de la cuestión indígena" Serie de Estudios e investigación No2. Dirección de Información parlamentaria del Congreso de la Nación. 3a Edición 1991 pág.342/3 especialmente los discursos de los Constituyentes Sr. Seguí, Lavaisse; Gorostiaga. Este análisis discursivo lo hemos realizado en el curso de la investigación que ponemos a disposición y que ocuparía para el caso un apartado especial.

(15) Puede verse discursos en la Convención Constituyente 1994 en Diarios de Sesiones Convención Constituyente. Cuando referimos al consenso intentamos dar cuenta del dictamen en mayoría (Bloques del Mv. Popular Faguino; Frente Grande; Unión Cívica Radical; Partido Justicialista) que fué el texto aprobado el 6 de julio 1994 en la comisión respectiva y luego sancionado e incorporado al art. 75 inc.17. Recomendamos ver el dictamen en minoría, que será analizado en otra oportunidad.

las demandas realizadas y nos coloca entonces ante la problemática real de reformular nuestro sistema jurídico interno. Ya fue formulada la norma superior, el impacto sobre las instituciones de Derecho privado entonces es un imperativo normativo. Categorías centrales deberán ser sometidas a discusión y elaboración doctrinaria jurisprudencial, dado que la conjunción entre las enunciaciones constitucionales y las normas internas habilitarán espacio para nuevas instituciones que no tienen lugar dentro de la lógica de nuestro sistema jurídico interno actual. Sin duda quisimos traer aquí este tópico de discusión como disparador a lo que serán las nuevas instituciones de Derecho privado que será necesario formular... ¿contiene pues el concepto actual de nuestro código la propiedad comunitaria, la idea de familia ampliada y no exclusivamente nuclear, las modalidades socio-culturales de familia, tenencia, tutela, guarda, las modalidades que les son propias de contratos, etc.? Sin duda es un trabajo interdisciplinario que desde nuestra especificidad disciplinar debemos dar cuenta no solo atendiendo a criterios de exigencia académica -legítimos y casi urgentes- sino teniendo en cuenta a los sujetos que, diferentes al modelo tradicional, conviven hoy al margen de la legalidad formal en un marco de legalidad diferencial, interpelando desde el espacio de su diferencia nuestra labor de estudio e investigación.

Sabemos que en realidad depende de nuestra labor a el volver operativa esta formulación constitucional desde los distintos espacios de trabajo en el area disciplinar para que no sea otra norma formulada para no ser cumplida. El marco de trabajo dogmático y filosófico en los principios generales del derecho, lo tenemos, la reformulación, el estudio crítico, aportarán a una real efectividad.

Bibliografía:

- BORDA, G; *Derecho Civil Argentino*, Parte General, Tomo I., Ed.Perrot. ,Bs.As., 1965.
- GENY,F;" *Método de Interpretación y fuentes del derecho privado positivo*", Madrid, 1925.
- PRIETO,E; *Rev. América Indígena*, Vol.XLIX Instituto Indigenista Interamericano , México,1989.
- RODRIGUEZ,G; GARDELLA J.C.; LLANAN NOGUEIRA J: "*Derechos Humanos. Minorías Aborígenes y Sistemas Jurídicos totales: el Caso argentino*", en publicación, 1993.
- STAVENHAGEN,R; "*Derecho Consuetudinario en América Latina*", en: "*Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario indígena en América Latina*" Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
- AGUIRRE BELTRAN, G; "*Formas de Gobierno Indígena*", Nueva Edición, México, Instituto Nacional Indigenista, 1981.
- ARIZPE LOURDES; "*Migración y Marginalidad*" en: *Indigenismo, Modernización y Marginalidad una revisión Crítica* , Juan Pablos Editor, México, 1984.
- BALANDIER,G; *Teoría de la descolonización (las dinámicas sociales)*, Colección Crítica Ideológica, Tiempo Contemporaneo, 1973.
- BIGOT,M ; RODRIGUEZ, G ; VAZQUEZ ,H; "*Asentamientos Toba-Qom en la ciudad de Rosario. Procesos Etnicos Identitarios*", en *América Indígena* (1-1991).
- BOBBIO,Norberto; *Las teorías de las Formas de Gobierno en la Historia del Pensamiento Político*, Mexico, Fondo de la Cultura Económica, *El Derecho en los Tiempos Modernos* Editorial SISTEMA MADRID, (1991), "*Liberalismo y Democracia*", F.C.E, Buenos Aires, 1992.
- BONFIN BATALLA,G; *Tareas de Investigación Antropológica en Indigenismo*, en *América Indígena*, Vol 32.
- CAPORTORTI, Francesco; *Derechos Humanos. Series de Estudios No 5*, Naciones Unidas N.Y., 1991.
- DIAZ, Elias; *De la maldad Estatal y la Soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984.
- GOLDMANN L.; *Las ciencias Humanas y la Filosofía*, Fichas , Nueva Visión, Buenos Aires.
- KELSEN, H.; *La Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA, 1963; "*Problemas capitales de la Teoría Jurídica*" Editorial Porrúa S.A., Mexico, 1987.
- PORTANTIERO J.C. *De IPOLA, Estado y Sociedad en el pensamiento Clásico*, Cantaro Buenos Aires., 1987.