

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO



TESIS DE MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS

“Derechos Humanos, Acceso a la justicia y Mediación en el horizonte de la interculturalidad: un análisis de la situación en Rosario”

Autora: Abogada María Julia Vennera

Directora: Antropóloga Graciela Rodríguez

Índice

-Introducción.....4

Capítulo 1

-Interculturalidad y Derechos Humanos:

Los Derechos Humanos desde una perspectiva crítica.....10

-Interpelando el discurso hegemónico de los Derechos Humanos.....11

-Derechos Humanos e Interculturalidad.....13

-Herramientas que nos aporta el Derecho Internacional
de los Derechos Humanos.....18

-Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.....18

-Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios.....19

- Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas.....20

-Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas.....21

-Pluralismo Jurídico.....23

-El reconocimiento de la pluralidad en el mundo del derecho.....23

-¿Pluralismos Jurídicos?.....27

-¿Cómo utilizar el “Pluralismo Emancipatorio”?.....29

-¿Pluralismo jurídico para América Latina?.....30

Capítulo 2

-El acceso a la Justicia desde una
Perspectiva intercultural.....33

-El acceso a la Justicia como Derecho Humano.....33

-Breve análisis de las 100 Reglas de Brasilia.....36

-Nuevas desafíos para la Justicia: Interculturalidad Y Acceso a la Justicia.....38

-¿De qué hablamos cuando hablamos de Acceso a la Justicia?.....44

-Teoría del conflicto y Pluralismo Jurídico.....41

-MEDIACIÓN: Una forma de resolver conflictos
y de acceder a una justicia restaurativa.....43

-Distintos modelos de Mediación.....46

-Mediación Intercultural.....48

-Gestión del conflicto intercultural.....50

Capítulo 3

-Análisis de los Sistemas Jurídicos

y de Mediación de la ciudad de Rosario.....55

-Metodología y aproximación al campo.....56

-El sistema judicial en Rosario.....57

-Los jueces dicen.....58

-Conflictos Interculturales en la justicia rosarina.....61

-Los sistemas de Mediación en Rosario.....64

-Los Mediadores dicen.....69

-Casos de Mediaciones “interculturales” en Rosario.....74

-Palabras finales.....82

Bibliografía.....85

A la memoria de Juan Carlos “Colorado” Vennera

En agradecimiento a familiares, amigos y compañeros que han aportado su granito de arena para la producción de la presente tesis, porque cada uno en su singularidad ha enriquecido la pluralidad que existe en mi mirada.

Introducción: asumiendo los desafíos

Las ideas en las que se basa esta tesis se fueron gestando dentro de las investigaciones realizadas en dos proyectos cuatrianales de investigación: “*Políticas Estatales en torno al reconocimiento de modalidades diferenciales de autorregulación social y resolución de conflictos*” (Código 1HUM296) del cual he participado los años 2010/2012 y “*La práctica de los Derechos Humanos a través de las instancias de mediación en el campo del derecho y la justicia*” (Código: 1HUM441) del cual he participado desde el inicio durante los años 2013/2016. Ambos han sido acreditados en la secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Rosario bajo la dirección de la Antropóloga Graciela Rodríguez, quien también dirige la presente. Destaco que me he incorporado al primero luego de obtener mi titulación de grado en Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y que en los mismos tuve la posibilidad de trabajar conjuntamente con profesionales de otras disciplinas lo cual me ha resultado sumamente enriquecedor.

En la facultad donde me he recibido prevalece una práctica educativa tradicional donde reina el positivismo jurídico. Entiendo que la educación y formación en derecho debe fomentar una visión integradora a partir de la interacción de distintas disciplinas. La interdisciplina implica que hay una verdadera relación entre varias disciplinas y a través de la correlación entre ellas se puede realizar un trabajo de unificación de las actividades que corresponden a cada una para que lo que produzcan no sea aislado y fraccionado pero, de manera que las disciplinas no pierdan su autonomía y se encuentren con las demás.

Entiendo que uno de los mayores obstáculos en el camino a la interdisciplina es la formación misma de los investigadores y educadores, ya que son producto de universidades centradas en sus propias disciplinas. Por este motivo creo necesaria la creación y participación de y en espacios de trabajo de investigación junto a profesionales formados en distintas disciplinas. Siendo consciente de ello, al momento de elegir un posgrado me he inclinado hacia uno interdisciplinario. Analizando además el contexto socio-político del país, considero de gran necesidad política y académica la existencia dentro de la Universidad Nacional de Rosario

propuestas y ofertas educativas de alta calidad académica y compromiso político como la Maestría en Derechos Humanos.

Con respecto a la interdisciplinariedad, Ramón Ramos Resquejo señala lo siguiente:

- 1- Presupone voluntad para conseguirla y conciencia para utilizarla.
- 2- Se necesita una continuidad suficiente que garantice la cohesión e identidad de la misma interdisciplinariedad.
- 3- Requiere apertura que sea capaz de impulsarnos a buscar métodos, objetivos, técnicas y planificación que hagan posible el trabajo en equipo, donde la humanidad se mantiene precisamente en el conjunto elaborado que lleva a la construcción y explicitación adecuada de los fundamentos en los que se sostiene y se apoya la comunidad interdisciplinar.
- 4- Se requiere reciprocidad generada por la interacción o correlación entre cada una de las disciplinas que sobrepasan la estructura de cada disciplina sin que ello signifique perderla para construir una unidad sistemática que esté "entre", es decir, formada por la red de relaciones que se establecen en el conjunto de las ciencias que conforman el currículum. Reciprocidad que conlleva el intercambio de métodos, técnicas, instrumentos, resultados y soluciones.
- 5- Si hay o se llega a integración de las partes que interactúan. No se trata de una adición de elementos, con un producto final uniforme pero no identificable en sus elementos. En la interdisciplinariedad cada disciplina es importante en su función, en su individualidad.

Por su parte, Juan Carlos Gardella (1988) explica que una disciplina tiene dentro de una cultura un desarrollo histórico específico. Su autonomía, sólo es relativa, ya que en lo fundamental es el conjunto de los elementos culturales respectivos el que da a una disciplina su "sentido". Es impensable un análisis del derecho que no sea interdisciplinario, ya que las ciencias sociales han asumido una importantísima labor en el campo jurídico. Asimismo, explica que "Si el objeto de una ciencia es construido por ésta, recortándolo de un material dado, esto quiere decir que son posibles diversas ciencias que se ocupen con el mismo material, y cuyos objetos serán, por eso, próximos (...). En tales situaciones rige el principio epistemológico de la colaboración multi- o inter-disciplinaria. (Gardella: 1988; 35)

La aplicación del conocimiento obtenido por las ciencias sociales al campo jurídico es palpable, por ejemplo, cuando se emplea un diagnóstico proveniente de las ciencias sociales para legislar, cuando se evalúa la eficacia del derecho en orden a crear o

sostener determinada política pública, o cuando se describe la forma en que funcionan las instituciones jurídicas con miras a su reforma. (Kunz; Cardinaux: 2015) Por su parte, Sánchez Rubio explica que “el imaginario jurídico y el paradigma jurídico generalizado y oficial que predomina en nuestro contexto cultural, se asienta y se basa en unos mitos, en unas ideas y conceptos que se presentan como grandes obstáculos y límites para poder solucionar los retos de la sociedad global...”¹

Hay una tendencia a separar las diversas partes que componen el mundo jurídico, segmentando y dividiendo su compleja y plural realidad. Resulta necesario observar el diálogo, los vínculos y las relaciones que se desarrollan entre las distintas disciplinas.

La interdisciplinariedad, lo interrelacional e interactivo, dialógicamente, deben ser incorporados a la cultura del derecho.

En este sentido, hay que superar además, el daño causado por las concepciones iuspositivistas e iusnaturalistas del derecho. “A través del iuspositivismo, se ha establecido una cultura formalista que entiende el derecho como una simple técnica de regulación desarrollada por una concreta autoridad. La institución del Estado termina centralizando la capacidad de reproducción del derecho, siendo el poder judicial su principal órgano interpretativo. De esta manera, los valores y principios éticos solo pueden manifestarse, en tanto verdaderos, por los aparatos estatales o judiciales. Con el iusnaturalismo, defensor de la inmutabilidad de los valores o de su establecimiento predeterminado, se termina por descontextualizarlos y de separarlos del conjunto de relaciones y acciones humanas que son las que realmente los construyen y significan, no siendo de competencia exclusiva de una casta de especialistas encargados de decirnos lo que es la libertad, la igualdad y la dignidad humana” (Sánchez Rubio: 2011; 23)

Sostiene, siguiendo a Joaquín Herrera Flores, que el imaginario jurídico debe asumir los siguientes desafíos:

- 1- Asumir un pensamiento complejo, relacional e interdisciplinario

¹ Texto que desarrolla la conferencia de apertura presentada en el XIX Congreso Nacional de CONPEDI (Consejo Nacional de Pesquisa y Posgraduación en Derecho) *Desafios da Contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e Novas Tecnologías*, organizado en Florianópolis el 13 de octubre de 2010 y a tenor de la solicitud de presentar un artículo en los *Anales* de CONPEDI.

- 2- Adoptar una racionalidad y una ética de la vida y de lo vivo (entendida como una ética reproductiva y de resistencia que sea sensible al sufrimiento humano y con conciencia ambiental)
- 3- Utilizar un paradigma pluralista del derecho
- 4- Incorporar la pluriversalidad y la interculturalidad del mundo a los estudios jurídicos

Asumiendo estos desafíos, ha sido el propósito de la presente tesis interpelar a los sistemas jurídicos y de mediación desde una perspectiva intercultural para luego analizar la situación actual en la ciudad de Rosario.

¿Por qué resulta interesante y necesario interpelar desde una perspectiva intercultural a los sistemas jurídicos y de mediación en nuestra ciudad?

Principalmente porque según el último censo realizado en el país (año 2010)², en la ciudad de Rosario viven un total de 1.193.605 personas, de las cuales 24.962 son nacidas en el extranjero: 10.493 en países limítrofes (Bolivia, Brasil, Chile, Uruguay y Paraguay); 5.612 en el resto de América; 8.046 en Europa (2.171 en España y 5.121 en Italia, el resto provienen del resto de los países europeos); en Asia 674; 49 en África y 88 en Oceanía.

Asimismo, es sabido que desde aproximadamente la década del 60, familias provenientes del norte de la provincia de Santa Fe, Chaco y Formosa mayoritariamente pertenecientes a la cultura originaria Q'om se han estado estableciendo en distintas zonas periféricas la ciudad de Rosario, las cuales han adquirido de manera informal el nombre de "barrios tobas", aunque la realidad es que también conviven con ellos mocovíes y Pilagá entre otras etnias. También viven en la ciudad una comunidad de gitanos que se ha ubicado, en su gran mayoría, en la zona sur de la ciudad por calle Oroño.

Rosario ha sido receptora además, de oleadas de migrantes indígenas a partir de los sesenta del pasado siglo. Este flujo migratorio se ha ido incrementando en décadas posteriores, fundamentalmente en los ochenta y los noventa. Esta población reside en áreas periféricas de la ciudad, conformando asentamientos precarios desprovistos, en algunos casos, de los servicios básicos. Su doble condición de migrantes e indígenas se refleja en una marcada vulnerabilidad sociocultural. (Rodríguez, Martínez: 2015)

² http://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135

Siguiendo con los datos que nos aporta el censo, en la provincia de Santa Fe viven 48.265 personas indígenas o descendientes de pueblos indígenas y 9.591 han declarado ser afrodescendientes, lamentablemente no se conoce la cantidad de los mismos que viven en Rosario. La Municipalidad de Rosario también ha aportado datos: en el año 2014 la Municipalidad de Rosario ha publicado los datos del primer censo indígena de la ciudad³, que se llevó a cabo entre julio y septiembre de 2014. Según el mismo existen una totalidad de 6521 personas indígenas, de las cuales el 55% ha nacido en la ciudad de Rosario, reconociéndose una amplia mayoría perteneciente al pueblo Qom (70%).

Más allá de los datos de estos censos, extraoficialmente se maneja la cifra de alrededor de 15.000 indígenas o descendientes de indígenas en la ciudad.

En virtud de lo expuesto se puede afirmar que **Rosario es un escenario multicultural.**

Esta circunstancia podría ser el origen de diferentes conflictos, desde disputas por el uso y la ocupación de espacios públicos, problemas de exclusión, pobreza y droga, hasta problemas que se pueden originar por del uso de otra lengua, de distintas costumbres y por la creencia en otras religiones.

En este contexto y siguiendo las reflexiones de Daniel Mato (2007) se entiende que las diferencias socioculturales son tanto fuentes de conflictos como de oportunidades y por lo tanto, es crucial la interpretación y el manejo social de las diferencias socioculturales, ya que de este manejo depende que los conflictos se acrecienten o que permitan la creación de órdenes sociales más inclusivos, y en este sentido, la idea de interculturalidad puede ser una herramienta analítica ya que permite nombrar y hacer visibles las relaciones entre individuos y/o colectivos culturalmente diferenciados (Mato: 2007).

El contexto que se acaba de describir motiva la siguiente pregunta: ¿Dónde y cómo dirimen sus conflictos las personas pertenecientes a comunidades indígenas y migrantes que viven en Rosario?

Como es sabido, y debido a diversos motivos, tanto históricos, como políticos y culturales en la ciudad de Rosario la institución por excelencia encargada de resolver conflictos y disputas ha sido el poder judicial.

³ <http://www.rosario.gob.ar/ArchivosWeb/censo.pdf>

Pero, a partir de la década del noventa y concordantemente como sucedía en el resto del país, se han ido implementando en la ciudad distintos centros de mediación, como espacios de resolución de conflictos alternativos y no adversariales.

En Rosario, en principio estos espacios han sido creados por el Poder Judicial de la provincia de Santa Fe, la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, el Colegio de Abogados de Rosario, centros de mediación privados y la Municipalidad de Rosario.

Posteriormente, en el año 2010 la legislatura provincial sanciona la Ley N° 13.151 que instituye la mediación como instancia previa y obligatoria a la iniciación del proceso judicial en todo el territorio de la provincia para lo cual crea un sistema nuevo y específico a tales fines.

Pretendiendo buscar posibles respuestas a los interrogantes planteados más arriba, se desarrollan las concepciones sobre Derechos Humanos, Acceso a la Justicia y Mediación desde el horizonte de la interculturalidad para luego terminar en un análisis en concreto de la situación actual en la ciudad de Rosario. Asimismo, en el desarrollo de cada capítulo se describen y analizan los desafíos a los cuales las instituciones estatales y el derecho se enfrentan cuando se toma la idea de interculturalidad como herramienta analítica.

En las reflexiones que se van sucediendo a través de los capítulos se buscan articular los debates existentes en torno a los ejes interculturalidad, acceso a la justicia y Derechos Humanos, pretendiendo mostrar al lector las implicancias que las mismas tienen en el mundo jurídico, a los fines generar insumos tanto para las prácticas docentes como para la intervención en materia de políticas públicas relacionadas con las problemáticas tratadas.

Para ello se ha optado por una metodología cualitativa. La metodología cualitativa no sólo comprende un conjunto de técnicas que permiten recoger y procesar datos, sino que además puede constituir un modo original de abordaje del mundo empírico. Dicho abordaje estará marcado por la producción de datos descriptivos que tienen como origen la observación de acciones y el análisis de discursos, ya que apunta a producir interpretaciones del objeto estudiado, en un marco delineado por el comprensivismo. (Kunz; Cardinaux: ob. Cit)

CAPÍTULO 1

Interculturalidad y Derechos Humanos: Los Derechos Humanos desde una perspectiva crítica

“La utopía será intercultural o no lo será”
Natalia Peris

Partiendo de la premisa que existe un discurso hegemónico de los Derechos Humanos que niega y desconoce otras nociones de dignidad humana, de la misma manera que el derecho estatal niega y desconoce otras formas de juridicidad y regulación social, en el presente capítulo se analizará el denominado “pluralismo jurídico” como herramienta conceptual útil para re-conceptualizar los Derechos Humanos como categorías que abran paso a diálogos interculturales no colonialistas. Primeramente se busca una definición de Derechos Humanos que permita el tratamiento científico del tema.

Con respecto a la búsqueda de dicha definición, se debe tener presente que existen dos planos distintos de discusiones, como bien sostienen Kunz y Cardinaux (2015). En un plano se ubica la vieja discusión entre positivistas y iusnaturalistas. Para los primeros, el derecho se agota en el sistema de normas positivas, mientras que los segundos consideran que también está compuesto de leyes que no han sido promulgadas por lo hombres, sino que tienen su asiento en la naturaleza humana o en entidades supra-naturales. Esta discusión tiene gran importancia por cuanto una noción tal como la de justicia recibirá distinto tratamiento según se adopte una u otra concepción: podrá considerársela un valor extra-jurídico o bien un elemento inescindible del concepto de derecho.

En otro plano, se puede debatir si el derecho es un instrumento que beneficia a los más desprotegidos, o si es un medio de control social mediante el cual los sectores dominantes imponen su voluntad sobre los dominados; en otras palabras, si tiene como función imprimir equidad a las relaciones sociales o si, al contrario, proporciona a los poderosos argumentos que permiten justificar la desigualdad.

La primera discusión requiere una argumentación filosófica mientras que la segunda admite un tratamiento científico.

Sin embargo, ambas disputas están centradas en lo que el derecho es.

Qué es el derecho y cómo interpretamos el derecho son preguntas que guardan autonomía pero que, al mismo tiempo, muestran cierta interrelación. La concepción acerca del derecho que cada cual asuma guiará la tarea de interpretación.

La ciencia puede cumplir tanto una función crítica como legitimadora con respecto a su objeto de estudio. Si bien, la metodología aporta materiales con los cuales construir una vía de acceso al objeto de las ciencias, en las ciencias sociales tal vía será ciega si no se reflexiona sobre qué entidad tiene dicho objeto, y que significa comprenderlo. En el campo socio-jurídico las fuentes más frecuentemente estudiadas son textos, leyes y doctrinas. Y de esta manera se inicia esta investigación. En el presente capítulo y en el siguiente se analizan e interpretan los convenios, tratados y convenciones de Derechos Humanos, oportunamente ratificados por el Estado argentino, que garantizan la defensa y protección de los derechos en estrecha vinculación con los derechos de las comunidades indígenas y migrantes

Concretamente en este capítulo se busca explicar que se está frente a un cambio de paradigma: **en el mundo del derecho ha hecho irrupción el paradigma pluralista.**

El viejo paradigma monista que se ha instalado en el mundo jurídico a partir de la Revolución Francesa y del surgimiento del estado moderno y que sostiene principalmente que hay un solo derecho y que es el que emana del Estado no da respuesta a ciertas problemáticas, tales como el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas y migrantes.

Siguiendo a Kuhn, se puede decir que un paradigma científico es una concepción holística sustentada por la comunidad científica.

Un paradigma no admite la existencia simultánea de otro, y sólo puede ser derrocado cuando otro paradigma esté en condiciones de reemplazarlo.

1- Interpelando el discurso hegemónico de los Derechos Humanos

Se parte del siguiente interrogante: ¿Qué se entiende por Derechos Humanos?

Ya tomando distancia de las posiciones iuspositivistas e iusnaturalistas, en primer lugar hay que diferenciar entre los Derechos Humanos y los instrumentos internacionales sobre los Derechos Humanos: los instrumentos internacionales de Derechos Humanos **no** son los Derechos Humanos como plantea el pensamiento liberal, el cual sostiene que los derechos son ideales o facultades del ser humano en general y no una realidad conquistada.

Asumiendo una perspectiva crítica se consideran **productos culturales**, es decir, formas de reacciones culturales frente a lo que se considera indigno.

No son sólo un conjunto de Declaraciones y Pactos Internacionales, sino **procesos históricos de lucha por la dignidad humana**. Algunos de estos procesos como Derechos Humanos están ya contruidos (no definitivamente) y muchos faltan por construir. (Rodriguez, Vennera, Gomez: 2011)

Pensar críticamente los Derechos Humanos implica no situarlos dentro de las estructuras del derecho (leyes, tratados internacionales y mecanismos judiciales) sino que se trata de expandirlos a otros espacios dentro de una cultura y entre culturas.

Trabajar en la teoría y en la práctica sobre los Derechos Humanos implica generar los espacios que, como seres humanos pertenecientes a distintas culturas, nos damos para conocernos y completarnos, en este sentido la meta es el lograr acuerdos sobre dignidades que nos permitan acceder a determinadas condiciones materiales de vida, las que a su vez condicionan la dignidad de todas las culturas.

La categoría de Derechos Humanos se puede utilizar para la construcción de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales, que tengan por finalidad establecer y garantizar condiciones de acceso igualitario a los bienes sociales.

La construcción de Derechos Humanos se da en un marco particular de división social, sexual, étnica y territorial que condiciona desigualmente el acceso a los bienes para una vida digna. La validez de los Derechos Humanos depende de la eficacia en la lucha contra la forma de dividir dichos bienes. **Los Derechos Humanos son procesos en permanente construcción y reconstrucción.**

Una teoría crítica de los Derechos Humanos supone contextualizarlos económica, política y culturalmente.

Este término (Derechos Humanos) es una convención adoptada en 1948 en los inicios de la guerra fría, convirtiéndose en el discurso hegemónico del nuevo proceso de acumulación de los capitales simbólicos, sociales y culturales, de la fase keynesiana del modo de producción capitalista. Sin la declaración de 1948 no podría hablarse de

Derechos Humanos propiamente dichos. La misma pone énfasis en el carácter individual de los derechos y en la concepción a-histórica y esencialista de la naturaleza humana como consecuencia del triunfo sobre el totalitarismo nazi, generando Derechos Humanos individuales, universalizados y de un sesgo filosófico racionalista. (Rodríguez, Vennera, Gómez: ob. cit).

A partir de los años 90 hay cambios en el paradigma de protección universal de Derechos Humanos, agregándose a los tratados generales tratados específicos de protección, tales como: protección de trabajadores, protección contra la discriminación de las Mujeres, Convención de los Derechos del Niño, Discapacidad, Medioambiente, etc. Para una política progresista de Derechos Humanos es necesario abordar estos tratados específicos desde una perspectiva también intercultural, ya que las distintas culturas tienen sus propias concepciones sobre dignidad para afrontar estas problemáticas específicas.

Los procesos de luchas del siglo XXI no tienen una vocación universalista a priori, son luchas que plantean acciones, reivindicaciones y manifestaciones de resistencias parciales y particulares, pero lo hacen como momentos de una lucha más general dirigida a cambiar el sistema capitalista, sería la construcción de un universalismo a posteriori. (Rodríguez, Vennera, Gómez: op cit.).

Se debe reformular constantemente el concepto de Derechos Humanos en miras a los cambios históricos cada vez más veloces y complejos. Por lo tanto, hay que contextualizarlos teniendo en cuenta que en la actualidad el mercado mundial y las empresas transnacionales (actuando como poderes supranacionales) inciden directamente en su construcción y efectivización. Los Derechos Humanos desde 1948 conviven con las reglas, normas y procedimientos del mercado, tema no menor.

1.2- Derechos Humanos e Interculturalidad

La interculturalidad es el punto central en la problemática de la discriminación, dado que en aspectos relevantes, la política de Derechos Humanos es cultural.

Las diferentes formas de interpretar y transformar el mundo no tienen por qué asumir obligatoriamente la forma occidental.

Pero ¿Qué espacio de comunicación intercultural pueden producir los Derechos Humanos? Siguiendo a Sousa Santos para generar un diálogo intercultural es preciso

utilizar la *hermenéutica diatópica*, la cual se basa en la idea de que los *topoi*⁴, es decir los lugares comunes preeminentes, de una cultura individual son tan incompletos como la cultura misma. Por lo tanto el objetivo es elevar la conciencia de incompletud de las culturas lo más que se pueda, lo que requiere una nueva forma de creación de conocimiento, un conocimiento de emancipación más que de regulación, para transformar a los Derechos Humanos en una red política cosmopolita.

En cuanto a los instrumentos internacionales y a los mecanismos previstos por los mismos, es preciso analizar si están dotados de la capacidad de generar diálogos interculturales no colonialistas sobre las concepciones de dignidad de cada cultura. Y asimismo analizar si promueven la generación de estos diálogos por fuera de esos mecanismos, teniendo en especial consideración el trabajo realizado por los Estados, ONGs, grupos estudiantiles, partidos políticos, movimientos sociales y demás sujetos y grupos empoderados. Hay que destacar que en este orden de ideas lo importante no es crear proclamas universales, sino prácticas políticas contra-hegemónicas alternativas concretas.

Como productos culturales los Derechos Humanos, han funcionado como categorías legitimadoras o antagónicas de la concepción hegemónica de dignidad, de ahí su carácter de ambivalente. **Son el producto cultural que occidente impone como forma de vida digna en el capitalismo globalizado, donde el capital se expande reconociendo derechos e imponiendo obstáculos para su concreción.** De esta manera, occidente no sólo impone una concepción de dignidad, sino también las formas de luchar por ella.

Por lo tanto hay que desterrar la pretensión de universalidad construida por occidente y prevista en los textos internacionales y en sus interpretaciones hegemónicas que ocultan las diferentes construcciones y caminos hacia la dignidad, remarcando que cada cultura construye su propia concepción y su camino hacia la dignidad.

Es la construcción de la interculturalidad, no como meta sino como manera de relacionarnos, la que posibilitará la construcción de diálogos diferentes.

Los procesos culturales se basan en el circuito de reacción cultural, ante un entorno de relaciones preciso se van creando productos culturales que responden a las exigencias de dichas formas de relación hegemónicas. Al estar inmersos en un

⁴ Lugares comunes retóricos ampliamente extendidos de una determinada cultura que no son objeto de debate. (Santos: 2010).

circuito esos productos-contenidos pueden intervenir en los entornos de relación hegemónica y posibilitar la construcción de una nueva metodología de la acción. Cuando el circuito está abierto se denomina procesos culturales propiamente dichos y cuando está cerrado (y no se permite la acción social sobre la metodología económica) procesos ideológicos.

La concepción tradicional de los Derechos Humanos como universales y racionales resulta funcional a los intereses económicos, pues legitima la universalización de un particularismo. Al universalizar una determinada configuración de derechos con salida del circuito de reacción cultural, los Derechos Humanos constituyen procesos ideológicos que imposibilitan acciones sociales alternativas.

Un determinado proceso cultural tenderá hacia la regulación cuando en él predominen el concepto de cierre por sobre el de apertura, conformando procesos ideológicos, coloniales y totalitarios, o democráticos pero sólo formales. Un proceso cultural tenderá hacia la emancipación cuando prime la apertura potenciando los procesos interculturales. Los Derechos Humanos serán emancipadores cuando funcionen con apertura y si funcionan cerrados tendrán un carácter regulador funcional al estatus dominante.

Por lo tanto existen dos procesos culturales: los emancipadores y los reguladores. En los primeros, hay apertura de los circuitos de reacción cultural, todos los actores sociales pueden reaccionar creando producciones culturales (procesos culturales propiamente dichos) y hay, también, apertura e interacción con otros procesos culturales, se procura la creación de espacios de encuentro basados en la igualdad de acceso a bienes y en la igual capacidad para hacer valer sus convicciones (procesos interculturales). De la misma forma, hay apertura al cambio social, los actores sociales pueden construir “contenidos de la acción social” que vayan transformando las “metodologías de la acción social” hegemónicas. En los segundos, hay un cierre de los circuitos de reacción cultural, se impide a algunos o a todos los actores sociales la creación de producciones culturales (proceso ideológico), hay un cierre a otros procesos culturales negando la interacción en condiciones de igualdad a acceso a bienes y negando la capacidad para hacer valer sus propias convicciones (procesos coloniales), dándose como consecuencia un cierre al cambio social. En estas instancias los actores sociales no pueden construir “contenidos de la acción social” alternativos a los dominantes ni alterar la “metodología de la acción social” (Rodríguez, Vennera, Gómez: op cit.).

En esta línea de ideas, la complejidad de los Derechos Humanos consiste en que, al haberse convertido en el lenguaje de la política progresista, pueden concebirse o bien como una modalidad de localismo globalizado o como una modalidad de cosmopolitismo insurgente (Santos: 2010).

Para Sousa Santos mientras que los Derechos Humanos sean concebidos como derechos humanos universales tenderán a funcionar como localismos globalizados, una forma de globalización desde arriba; y, para poder funcionar como una forma de globalización cosmopolita, contra-hegemónica, los Derechos Humanos deben ser re-conceptualizados. Concebidos como universales, serán un instrumento de la lucha de occidente contra el resto del mundo, del cosmopolitismo de occidente contra cualquier otra concepción alternativa de la dignidad humana que puede estar socialmente aceptada en otra parte.

Al existir tantas ideas de dignidad humana como culturas hay en el mundo, ¿por qué considerar que “Derechos Humanos” es un concepto universal? ¿Por qué sostener que son universalmente válidos? ¿Se puede decir que los derechos humanos son una invariante cultural, parte de “una” cultura global?

Para Santos el único hecho transcultural es que **todas las culturas son relativas**, y esta relatividad cultural también significa diversidad cultural e incompletud. Todas las culturas tienden a definir como universales los valores que consideran fundamentales. La cuestión de la universalidad de los Derechos Humanos es una cuestión cultural occidental, por lo tanto son universales cuando se consideran desde un punto de vista: el occidental. El grado en el que este punto de vista se pueda compartir, rechazar, ser apropiado o modificado por otras culturas depende de los diálogos interculturales entre los diferentes países involucrados. (Santos: 2010).

Para llegar a la necesidad del diálogo intercultural como medio de re-conceptualización de los Derechos Humanos, Santos, parte del concepto de los *topoi*, a los que asigna la función de actuar como premisas para la argumentación, posibilitando al mismo tiempo la producción y el intercambio de argumentos. De esta manera explica que los *topoi* fuertes se vuelven vulnerables cuando se los utiliza en una cultura diferente, y que querer comprender una cultura desde los *topoi* de otra es casi imposible. El reconocimiento de las diversas incompletudes y debilidades es una condición sine qua non de cualquier diálogo transcultural. Por ello propone una *hermenéutica diatópica*, la cual se construye tanto sobre la identificación local de la incompletud como sobre su inteligibilidad translocal.

Pero, lo cierto es que, teniendo en cuenta la íntima conexión a lo largo de la historia entre los Derechos Humanos occidentales y colonialismo, hay que ser conscientes de que someterlos a una *hermenéutica diatópica* será la tarea de traducción más costosa. Así, pensando desde los países colonizados, es necesario tener presente que hay que reconocer el empobrecimiento recíproco tanto de la víctima como del opresor, aunque sea asimétrico, como condición básica para un diálogo transcultural. Sobre todo un diálogo intercultural debe partir de la premisa de que las culturas siempre han sido interculturales, por ejemplo, lo que hoy se considera “cultura europea” es una síntesis cultural de muchos elementos y prácticas.

Dentro del diálogo intercultural debe transformarse la falsa universalidad atribuida a los Derechos Humanos en el contexto imperial en la nueva universalidad cosmopolita. El verdadero punto de partida de este diálogo es un momento de desencanto con la cultura propia, es un momento en que la cultura propia no proporciona respuestas satisfactorias a algunas preguntas, perplejidades o expectativas que uno tiene. La *hermenéutica diatópica* profundiza en la incompletud cultural y transforma la imprecisa y no pensada conciencia de ello, en una conciencia autorreflexiva. Por lo tanto el objetivo es crear una conciencia autorreflexiva de la incompletud cultural, lo que significa el reconocimiento de la incompletud cultural de la cultura propia tal como se percibe la incompletud cultural de la otra cultura en diálogo.

Para Sousa Santos los Derechos Humanos deben ser la síntesis de estos diálogos interculturales. La falsa universalidad atribuida a los Derechos Humanos en el contexto imperial, se debe transformar en la nueva universalidad cosmopolita a través del diálogo intercultural. Se necesita una nueva política de derechos, un enfoque actual a la tarea de otorgar poder a las clases y a las coaliciones populares en sus luchas hacia la consecución de soluciones emancipatorias más allá de la modernidad occidental y del capitalismo global. Se necesita una nueva arquitectura de Derechos Humanos que vaya a las raíces de la modernidad, tanto a las raíces que reconoció como propias como a las raíces que rechazó como su exterioridad colonial.

Y en esta tarea es primordial poner el acento en el reconocimiento de otras formas de juridicidad.

Más concretamente, resulta necesario analizar cómo han sido tomados los derechos de pueblos no occidentales en el derecho internacional como punto de partida para la construcción de diálogos interculturales.

Precisamente es el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas y migrantes lo que ha puesto en crisis la idea de universalidad de los Derechos Humanos.

1.3- Herramientas que nos aporta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En tanto derechos ya reconocidos por la comunidad internacional resultan de particular importancia los siguientes instrumentos internacionales: Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1989), la Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (2007), la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016), la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes (2003) y las 100 Reglas de Brasilia⁵ (2008). Esos instrumentos al reconocer derechos a grupos indígenas y migrantes establecen de alguna manera cómo las distintas nociones de derecho pueden entrar en diálogo. A continuación se transcriben algunos de sus artículos por su importancia a la hora de interpretar las normas referidas a los derechos de comunidades indígenas y/o migrantes. Cabe aclarar que Argentina ha firmado y ratificado todos los documentos mencionados. Asimismo tanto el Convenio 169 como la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes son Tratados Internacionales propiamente dichos por lo cual son obligatorios para los Estados, en tanto los otros son declaraciones y recomendaciones que en principio sirven a los fines de interpretar normas.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo:

“Artículo 8 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de

⁵ El análisis de este instrumento se analiza en el capítulo 2.

dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

“Artículo 9 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Artículo 10 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberán darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

“Artículo 12 Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios

Artículo 12: 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Ese derecho incluirá la libertad de profesar o de adoptar la religión o creencia de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos a coacción alguna que limite su libertad de profesar y adoptar una religión o creencia de su elección. 3. La libertad de expresar la propia religión o creencia sólo podrá quedar sometida a las limitaciones que se establezcan por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos o los derechos y las libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 18: 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. 2. Todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá

derecho a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciera de medios suficientes para pagar; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores, se tendrá en cuenta su edad y la importancia de promover su readaptación social. 5. Todo trabajador migratorio o familiar suyo declarado culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean examinados por un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme contra un trabajador migratorio o un familiar suyo haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, quien haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizado conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto mediante sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal del Estado interesado.

Artículo 31: 1. Los Estados Partes velarán por que se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen

Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas

Preámbulo: (...) Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios

y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses (...)"

“Artículo 5 Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

“Artículo 20: 1 Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo”

“Artículo 27: Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.

“Artículo 34: Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

“Artículo 37: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos”.

“Artículo 40: Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.

Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas

“Artículo 6. Derechos colectivos Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los

pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas”

“Artículo 9. Personalidad jurídica: Los Estados reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración”.

“Artículo 13: Derecho a la identidad e integridad cultural 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras. 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres. 3. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración”.

“Artículo 33: Los pueblos y personas indígenas tienen derecho a recursos efectivos e idóneos, incluyendo los recursos judiciales expeditos, para la reparación de toda violación de sus derechos colectivos e individuales. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, proveerán los mecanismos necesarios para el ejercicio de este derecho”

“Artículo 34: En caso de conflictos y controversias con los pueblos indígenas, los Estados proveerán, con la participación plena y efectiva de dichos pueblos, mecanismos y procedimientos justos, equitativos y eficaces para la pronta resolución de los mismos. A estos fines, se dará la debida consideración y el reconocimiento a las costumbres, las tradiciones, las normas o los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados”

“Artículo 22.: Derecho y jurisdicción indígena 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. 2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional. 3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales. 4. Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo”.

“Artículo 23: Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva,

por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

En el contexto actual se les plantea a los Estados-nación el desafío de armonizar la inevitable tensión entre sus poderes unificados y las fuerzas divergentes de sus sociedades multiétnicas (Rodríguez: 2015), lo cual a su vez se encuentra condicionado por la comunidad internacional en virtud de los instrumentos internacionales citados.

En América Latina el reconocimiento de la diversidad cultural ha dado lugar a nuevas constituciones modificando las relaciones entre los Estados-nación y las poblaciones indígenas. En este sentido, importa aclarar que para las comunidades indígenas de América Latina las demandas de autonomía no implican autodeterminación, en el sentido de la creación de un Estado aparte, sino que implica la construcción de una relación intercultural con el Estado en términos de igualdad: definiendo las competencias autonómicas y los marcos jurídicos regulatorios entre las autonomías y el Estado (Rodríguez: ob.cit)

Interesa ver de qué manera pueden ser esas relaciones entre el Estado-nación y sus poblaciones indígenas y migrantes en un plano de igualdad respetando y reconociendo los derechos de cada pueblo.

2- PLURALISMO JURÍDICO

2.1- El reconocimiento de la pluralidad en el mundo del derecho

Siguiendo la clasificación que proponen algunos autores⁶ el “Derecho Alternativo” es el género que admite tres especies: 1- el “positivismo de combate”; 2- el “uso

⁶ Amilton Bueno de Carvalho; Jesús Antonio de la Torre Rangel; Lédio Rosa de Andrade

alternativo del derecho” y 3- el “derecho alternativo” en sentido estricto, o “pluralismo jurídico”

El “positivismo de combate” consiste en la lucha para lograr que, aquellas leyes que reconocen los derechos de los “pobres” sean realmente efectivas. El objetivo es lograr la eficacia de aquello que favorece a los más desvalidos de la sociedad. El “uso alternativo del derecho” es el proceso hermenéutico por el cual el intérprete da a la norma legal un sentido diferente del pretendido por el legislador de derecha o por la clase dominante; interpretando extensivamente las leyes que favorecen a las clases dominadas y restrictivamente a las que favorecen a las clases hegemónicas.

Finalmente, el “derecho alternativo” en sentido estricto constituye el “pluralismo jurídico”, que consiste en aquella juridicidad producida en el seno mismo de los grupos sociales, y que es caracterizado por Amilton Bueno de Carvalho⁷ como “emergente, insurgente y no oficial, que está en permanente transformación”.

Para entender este fenómeno resultan interesantes las observaciones de Oscar Correas (1994). Este autor nos dice que si observamos una sociedad desde afuera, veremos que sus miembros se comportan de determinada manera y que realizan determinadas conductas. De esta situación podemos inferir que esa sociedad tiene determinadas normas y que por lo tanto estamos frente a una sociedad que dispone de un sistema jurídico. Aun no habiendo escuchado ningún discurso jurídico, no tendremos dudas que se trata de una sociedad que obedece normas, porque de la observación de determinadas conductas, podemos sacar conclusiones sobre sus normas. Pero lo importante es entender que lo que vemos son conductas y no normas. Para no confundir “costumbres” con “conductas”, Correas utiliza la palabra “costumbres” para designar las normas que obedece una sociedad, ya que las “conductas” observables empíricamente en realidad son el efecto de la existencia de dichas normas. Según su razonamiento si una persona realiza determinada conducta es porque hay una norma que así lo prevé. Por lo tanto, llega a la conclusión de que las conductas son el índice de la existencia de esas normas: “las conductas repetidas constantemente son el índice de que los actores obedecen normas que ordenan producir esas conductas” (Correas: 1994; 92).

⁷ Bueno de Carvalho. 1992. Magistratura y Derecho. Editorial América. Brasil

Hasta lo analizado se entiende que en un determinado territorio, hay personas que obedecen ciertas normas. Pero, ¿Cómo definir que esas normas, constituyen “un” “sistema” jurídico y que por lo tanto en ese territorio existe *una sociedad*?

Continuando con el análisis de Correas, lo que hace que una *pluralidad de normas* sea *un sistema jurídico* es la presencia en la conciencia de los miembros de esa sociedad de un convencimiento de la necesidad o conveniencia de obedecer las normas de la misma. Este convencimiento es la norma “fundante” que manda a obedecer todas las demás. De allí que un sistema jurídico pueda ser definido como “un conjunto de normas organizadas por una norma fundante” (Correas: 1994). De esta manera, lo que permite decir que una pluralidad de seres humanos constituye una sociedad es que disponen de un sistema jurídico organizado por una norma fundante. Si no, no se podría distinguir una pluralidad de seres humanos de una sociedad. En pocas palabras: “hay sociedad porque hay sistema jurídico”.

En este sentido, se puede decir que un individuo pertenece a una sociedad cuando éste reconoce las normas de esa sociedad: “un individuo se reconoce como parte de una sociedad cuando reconoce que obedece sus normas” (Correas: 1994; 98).

El análisis de la existencia y características de esta “norma fundante” excede el propósito del presente, por lo cual sólo se señalará que ésta constituye una ficción, ya que no existen verdaderas razones para obedecer un determinado sistema jurídico. Su obediencia dependerá en general, de la formación de cada sociedad, y dentro de cada sociedad de las razones que lleve a sus miembros a obedecer, por lo que se puede decir que la existencia de una norma fundante es un fenómeno histórico, político y cultural.

Ahora, siempre que haya una norma fundante habrá un sistema jurídico. Pero, ¿si hay más de una norma fundante? En este supuesto nos encontramos frente al fenómeno que la sociología jurídica llama “pluralismo jurídico”. El cual es definido por Correas como “la coexistencia, en un mismo territorio, de dos o más sistemas jurídicos⁸, es decir, de “dos o más normas organizadas alrededor de distintas reglas de reconocimiento” (Correas: 1994; 103).

Por su parte, Antonio Carlos Wolkmer (2003) designa al pluralismo jurídico como la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio sociopolítico,

⁸ Tomando sistema como organización de normas alrededor de una norma fundante; y jurídico como discurso que organiza las sanciones.

interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales.

Volviendo al análisis propuesto por Correas, se puede observar que en una sociedad, algunos individuos realizan conductas que se rigen por distintas fuentes (o normas fundantes). Algunos, se rigen por las leyes del estado, pero otros miembros de la sociedad, se rigen por normas emanadas de otras fuentes. Así, por ejemplo, las normas de una comunidad indígena constituyen un sistema jurídico, aun cuando no haya sido producido por el estado.

Para complejizar aún más esta situación, se pueden ver dos alternativas: 1) Que el sistema jurídico *alternativo*⁹ no ponga en peligro el sistema estatal (o dominante), porque sus normas no lo contradicen, y hasta quizás sean eficaces para conseguir de esas comunidades ciertas conductas deseadas. Explica Wolkmer (2003) que el pluralismo puede tener como meta, prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el Estado. 2) O por el contrario, puede darse la situación opuesta: que para lograr su eficacia, el derecho *alternativo* tenga que poner peligro el sistema estatal.

El conflicto suele aparecer cuando una conducta modalizada como obligatoria para un sistema jurídico *alternativo*, está modalizada como prohibida para el sistema jurídico dominante (estatal), o viceversa. Algunas conductas obligatorias para un sistema son delito para otro. ¿Cuál es el derecho a aplicar?

Cuando la eficacia de un sistema jurídico alternativo consiste en la supresión del sistema jurídico dominante, la eficacia del sistema alternativo acarrearía el derrumbe del sistema al que combate, derrocando al grupo en el poder.

Si bien hoy, al encontrarnos insertos en el denominado *paradigma monista* del derecho nos resulte difícil comprender este fenómeno, lo cierto es que el pluralismo jurídico no es nuevo.

Como bien explica Wolkmer (2003) el tema del pluralismo atraviesa diferentes etapas de la historia occidental, en los mundos medieval, moderno y contemporáneo insertándose en una compleja multiplicidad de interpretaciones, posibilitando enfoques marcados por la existencia de más de una realidad y por la diversidad de campos sociales con particularidades propias. El pluralismo jurídico comprende

⁹ En el sentido de distinto al estatal

muchas tendencias con orígenes diferenciados y características singulares, comprendiendo el conjunto de fenómenos autónomos o elementos heterogéneos que no se reducen entre sí. Así, por ejemplo, en el mundo medieval, la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron en cada espacio social un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes: conjunto de costumbres locales, foros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, Derecho Canónico y Derecho Romano. Había concurrencia de distintos órdenes normativos con el rango de Derecho: Derecho señorial, Derecho canónico; Derecho burgués y Derecho romano; ninguno tenía el monopolio de la producción jurídica.

Lo que sucedió es que a través de los siglos XVII y XVIII el absolutismo monárquico y la burguesía eliminarán la estructura medieval, reduciendo el pluralismo legal y judicial. Con la Revolución Francesa se dispuso a integrar los diversos sistemas legales en base a la igualdad de todos ante una legislación común, originándose el “mito monista” con la sanción del código napoleónico.

Pero en realidad, de lo que se trata, como sostiene Wolkmer, es de reconocer que el derecho estatal es sólo una de las formas jurídicas que pueden existir en la sociedad, ya que la pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes jurídicos distintos.

La intervencionalidad entre norma, sanción, órgano de aplicación y Estado que caracteriza la concepción clásica del derecho no puede hacerse extensiva a otras modalidades de regulación social. El surgimiento de diferentes focos de juridicidad supone una descentralización del derecho a través de nuevos servicios para resolver conflictos. Es justamente el pluralismo jurídico desde donde se cuestiona nuevamente la concepción del derecho ligada a la visión monista en la relación derecho/Estado. (Rodríguez: 2015)

3- ¿“PLURALISMOS JURÍDICOS”?

Ahora bien, es necesario distinguir distintos tipos de pluralismo jurídico.

Primero se debe dejar en claro que el pluralismo jurídico es una cuestión fáctica: en un territorio coexisten dos o más ordenamientos jurídicos. Pero, como herramienta analítica puede utilizarse en distintos sentidos. Como se establece más arriba, el sistema jurídico *alternativo* puede poner o no en peligro el sistema del derecho estatal,

y frente a esto Wolkmer advierte que el pluralismo jurídico, (como herramienta analítica) puede ejercer una función ideológica instrumental conservadora o emancipadora. Si se pretende construir una sociedad pluralista, democrática y participativa, resulta necesario distinguir al **pluralismo como proyecto democrático de participación de estructuras sociales independientes**, de cualquier otro tipo de pluralismo como por ejemplo, el pluralismo corporativista medieval o el pluralismo capitalista liberal de minorías exclusivas.

El pluralismo que Wolkmer denomina de tipo conservador, está vinculado con proyectos de “posmodernidad” para continuar con la concentración del capital en el centro y excluir definitivamente la periferia, generando más desigualdades sociales. Este tipo de pluralismo inviabiliza la organización y participación de algunos sectores sociales. Este modelo de pluralismo se contrapone al progresista y democrático, que procura promover y estimular la participación de múltiples segmentos populares y nuevos tipos de sujetos colectivos. Mientras el pluralismo liberal es atomístico y consagra una estructura privada de individuos aislados, que se movilizan para alcanzar beneficios económicos exclusivos, el pluralismo progresista se caracteriza por ser integrador.

Wolkmer defiende el *paradigma pluralista* del derecho porque permite una mejor interpretación de la complejidad de los actuales acontecimientos que el contexto de la globalización está provocando sobre el mundo jurídico y porque en su versión emancipadora, el derecho puede ser un instrumento al servicio de los colectivos más desprotegidos y vulnerables (Rubio: 2008). Y, se refiere al pluralismo jurídico como proyecto emancipador, como aquel pluralismo que por un lado, se propone superar las modalidades predominantes del pluralismo (identificado con la democracia neoliberal), y por otro lado, a edificar un proyecto jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de las necesidades esenciales. Para que se constituya una cultura jurídica pluralista, alternativa y democrática es necesario, primero, reflexionar y forjar un pensamiento crítico, construido a partir de la praxis social, capaz de viabilizar nuevos conceptos, categorías, representaciones e instituciones sociales. Se trata de repensar el poder comunitario, el retorno de los sujetos históricos y la producción de juridicidad a partir de la pluralidad de fuentes.

3.1- ¿Cómo utilizar el “Pluralismo Emancipatorio”?

Bien se pregunta Boaventura de Sousa Santos (2010) ¿Por qué el pensamiento crítico, emancipatorio, de larga tradición en la cultura del pensamiento occidental, en la práctica, no ha logrado emancipar a la sociedad? Según su línea argumentativa, la respuesta a esta pregunta debemos buscarla en la construcción teórica y epistemológica que surgen a raíz de las luchas sociales de los últimos años. Estas luchas sociales se deben a la emergencia de nuevos movimientos sociales (movimientos campesinos, feministas, indígenas, de afrodescendientes, ecologistas, de derechos humanos, contra el racismo y la homofobia, etc.) que se fundan en universos culturales no occidentales. En estos movimiento se ve que la opresión y la exclusión tienen dimensiones que el pensamiento crítico emancipatorio de raíz eurocéntrica ignoró o desvalorizó, por lo cual es necesaria una nueva teoría emancipatoria no occidental.

Pero, ¿cómo construir una teoría decolonialista en países donde el colonialismo es una gramática social que atraviesa la sociabilidad, el espacio público y el espacio privado, la cultura, las mentalidades y las subjetividades? El colonialismo es un modo de vivir compartido por quienes se benefician de él y por los que lo sufren. La dominación de clases y la dominación étnico-racial se alimentan mutuamente, por lo tanto, la lucha por la igualdad no puede estar separada de la lucha por el reconocimiento de esta diferencia (Santos: 2010).

Como observa Santos, los movimientos sociales han adquirido la capacidad de utilizar de modo contrahegemónico y con fines contrahegemónicos instrumentos y concepciones hegemónicas. Pero, yendo más allá, propone que de lo que se trata ahora es de tomar distancia de las teorías eurocéntricas. Y ello es necesario principalmente por dos motivos: 1) en Latinoamérica las luchas sociales hoy están “orientadas a resemantizar viejos conceptos e introducir nuevos que no tienen precedentes en la teoría crítica eurocéntrica, e incluso no se centran en las lenguas coloniales en que fue construida”; y 2) la discrepancia existente entre lo que está previsto en la teoría y las prácticas en curso. En los últimos años las luchas fueron protagonizadas por grupos sociales (indígenas, campesinos, mujeres, piqueteros, desempleados) cuya presencia en la historia no fue prevista por la teoría crítica eurocéntrica; y muchas veces se organizaron con formas (piquetes, autogobierno,

organizaciones económicas populares) muy distintas a las previstas en las teorías: el partido y el sindicato; además expresan sus luchas en sus lenguas y no en las lenguas coloniales en las que fue escrita la teoría y, cuando sus demandas son traducidas a las lenguas coloniales, no emergen términos de socialismo, derechos humanos, democracia o desarrollo sino, dignidad, respeto, territorio, buen vivir y Madre Tierra (Santos: 2010).

Con respecto a esta situación, de teorías eurocéntricas y prácticas y movimientos sociales latinoamericanos, Santos analiza el problema de la desvinculación de la teoría con la práctica. Sostiene que la ceguera de la teoría acaba en la invisibilidad de la práctica y en su sub-teorización, mientras que la ceguera de la práctica acaba en la irrelevancia teórica. Por lo tanto, Santos propone como estrategia asumir la sorpresa como acto constitutivo de la labor teórica. No necesitamos teoría de vanguardia sino de teorías de retaguardia. El objetivo es abrir espacios analíticos para realidades nuevas¹⁰ donde puedan brotar emergencias libertadoras.

3.2- ¿Pluralismo Jurídico para América Latina?

Siguiendo con la idea de Wolkmer (2003), un proyecto emancipatorio de pluralismo jurídico para América Latina sólo puede estar basado en una visión no instrumentalista del Derecho. La propuesta de un pluralismo jurídico como proyecto emancipador para espacios periféricos del capitalismo latinoamericano presupone la existencia de nuevos sujetos sociales que polarizan y ocupan el papel central del nuevo paradigma. No estamos frente al sujeto privado e individualista que se adapta a condiciones de la realidad global establecida; debemos enfocarnos en un sujeto que participa, se autodetermina y modifica su realidad en un proceso histórico social. Debemos además privilegiar a los movimientos sociales que son los sujetos de una nueva ciudadanía que se revela como auténticas formas de nueva legitimidad. Será también necesario democratizar y descentralizar nuevos espacios públicos participativos. Junto con los nuevos sujetos colectivos, aparece un nuevo sistema de necesidades.

En América Latina, las condiciones negadoras de la satisfacción de las necesidades identificadas con la subsistencia acaban produciendo reivindicaciones que exigen y

¹⁰ Nuevas en el sentido de no estar previstas en las teorías

afirman derechos. Será necesario, por lo tanto, viabilizar las condiciones para la implementación de una política democrática que dirija un espacio comunitario descentralizado y participativo. Lo importante es que en este nuevo espacio público se descubra una nueva sociedad pluralista marcada por la convivencia de los conflictos, propiciando otra legalidad apoyada en las necesidades esenciales de los nuevos sujetos colectivos. Como en la actualidad se viven las consecuencias de una ética individualista, para construir estos nuevos espacios plurales, necesitaremos de la ética que Wolkmer llama “de la solidaridad”, la cual deberá emerger de las propias luchas, conflictos e intereses de los nuevos sujetos insurgentes y debe ser una ética comprometida con la “dignidad del otro”. Finalmente, el modelo tradicional de racionalidad técnico formal debe ser suplantado por el modelo crítico dialéctico de racionalidad emancipatoria, generado en la realidad de la vida concreta.

En Latinoamérica están emergiendo nuevas y múltiples formas de producción del Derecho, estas formas son la producción y aplicación de derechos provenientes de las luchas y de las prácticas sociales comunitarias independientes de los órganos del estado. De esta manera se está rompiendo con la configuración mítica de que el derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea del derecho como producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena política. Dentro de este contexto, además resulta necesario reconceptualizar el derecho como un sistema cultural en el cual diferentes proposiciones discursivas interactúan en un proceso constructivo. No se trata de un “uso alternativo” del derecho, sino de un proceso de construcción de otras formas jurídicas. En este punto Wolkmer se pregunta: ¿Cómo construir una teoría capaz de sustentar una práctica pluralista y diferenciada del derecho en la perspectiva de América Latina? (2008). Para responderse sugiere partir de la idea de “crítica” como función dinámica. Si entendemos que no existe conocimiento sin práctica, el conocimiento “crítico” es aquel relacionado con la transformación de la sociedad. Así, la crítica asume la función de abrir alternativas que se proyectan sobre las continuidades históricas. Asumir una posición crítica significa trabajar en dirección a una nueva existencia. Dicho esto, se debe tener también presente que la edificación de un pensamiento crítico latinoamericano no implica la total negación de otras formas racionales de conocimiento, pero sí un proceso dialéctico de reinvención. Y en este sentido analizar de qué manera, la política y el derecho pueden ser instrumentales para la práctica alternativa emancipadora.

En los actuales contextos de América Latina junto con el surgimiento de nuevos actores sociales, aparecen nuevos centros generadores de derecho que no se reducen a las instituciones y a los órganos representativos del monopolio del Estado Moderno, porque el Derecho al estar inserto en las prácticas y en las relaciones sociales de las cuales es fruto, surge de diversos centros de producción normativa. Los presupuestos de fundamentación de la producción de nuevos derechos están directamente asociados a la fuerza de legitimidad de las subjetividades plurales recientes y al nivel de la justa satisfacción de las necesidades de la vida humana con dignidad.

Finalmente es necesario entender que la noción de pluralismo jurídico está interconectada con la problemática del acceso a la justicia, ya que una visión plural del derecho supone el reconocimiento de la presencia de múltiples centros de decisión, de otros sujetos sociales en juego y de procedimientos diferenciales para dirimir disputas, lo que pone en tela de juicio la reducción del derecho a una única naturaleza (Rodríguez: 2015). Este tema se aborda en el capítulo que sigue.

CAPÍTULO 2

EL ACCESO A LA JUSTICIA DESDE UNA PERSPECTIVA AMPLIA E INTERCULTURAL

En este capítulo se busca analizar el acceso a la justicia en virtud a las necesidades de las poblaciones migrantes e indígenas entendiendo al acceso a la justicia desde una perspectiva amplia. Es decir, como un proceso que conduce a la obtención de una justicia sustantiva, que apunta no sólo a los procedimientos y obstáculos administrativos sino a los condicionamientos subjetivos y objetivos de individuos y colectividades que obstaculizan el uso exitoso de los mecanismos jurídicos y sociales para la defensa de los derechos vulnerados.

Este concepto de acceso a la justicia es afín a la defensa de los Derechos Humanos y supone asimismo un concepto amplio de ciudadanía, lo cual permite analizar la situación de estas poblaciones vulneradas desde una perspectiva que las considera como actores políticos y no como simples posibles beneficiarios pasivos de programas de acceso a la justicia.

1- El Acceso a la Justicia como Derecho Humano

El acceso a la justicia como derecho es un Derecho Humano y así ha sido reconocido en varios tratados internacionales de Derechos Humanos. Por su particular importancia a continuación se transcriben los arts. 8 y 25 de la CADH¹¹, los cuales establecen:

Artículo 8: *“Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*

Artículo 25: *“1- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos*

¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos

fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones. 2- Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”

Estos artículos establecen la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que, la autoridad competente y capaz de emitir una resolución vinculante determine si se ha violado un derecho; de ser así el recurso debe restituir al interesado en el goce de su derecho y proveer la correspondiente reparación.

Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez c/ Gobierno de Honduras s/ indemnización compensatoria lo ha definido como *“la posibilidad efectiva de recurrir a sistemas, mecanismos e instancias para la determinación de derechos y resolución de conflictos”* No es cualquier recurso, sino uno eficaz, idóneo y pertinente para la pretensión que exige quien accede al sistema. En sus reflexiones Sonia Boueiri Bassil¹² llega a la conclusión que el modelo del desarrollo teórico sobre el acceso a la justicia en Latinoamérica no ha escapado al discurso occidental dominante que involucra tres nociones básicas de la ciencia política y de la economía: la supuesta existencia del Estado de bienestar, la democracia y el desarrollo, alcanzados por supuesto bajo el modelo de producción capitalista, por lo que siempre se ha abordado el acceso a la justicia como una herramienta vital para la concreción de los derechos y garantías que ofrece el supuesto Estado de bienestar instaurado, tratándose, reflexionándose y resolviéndose su “problemática” desde el punto de vista técnico-operativo.

El acceso a la justicia juega un importante papel en la democracia y el desarrollo, ya que, si bien el moderno “Estado social de derecho” se fundó básicamente en la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales para todos, la realización del bien común se ve frustrada si el sistema social no ofrece mecanismos capaces de hacerlos efectivos. De esta manera el derecho y sus dispositivos aparecen como una garantía importante para las personas porque el derecho puede ser una herramienta de redistribución de riquezas. En este sentido entiende que la ineficacia y la desigualdad en el acceso configuran una dinámica que permite la

¹² AAVV. *El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos*. Instituto Internacional de sociología Jurídica de Oñate. Colección “Derecho y Sociedad”. 1º Ed. Madrid. Editorial Dykinson. 2010 (pp 173 y ss.)

perpetuación de una situación socialmente injusta afectando la estabilidad democrática y el desarrollo de los países.

Según esta autora el acceso a la justicia podría definirse como la acción afirmativa del Estado dirigida a producir la disponibilidad real de medios o recursos necesarios para hacer valer los derechos con especial impacto en el bienestar de los ciudadanos. Al mismo tiempo es la posibilidad de hacer uso de los mecanismos y estructuras del sistema judicial del Estado para la defensa de los derechos legales.

Resulta evidente la relación existente entre el acceso a la justicia y nociones como las de desarrollo, bienestar, igualdad, ciudadanía, gobernabilidad, democracia. La noción de acceso bajo esta óptica se sostiene con la premisa de que sólo puede concretarse coherentemente con la presencia de un Estado de bienestar, al cual también fortalece. A pesar de esta claridad teórica, lo cierto es que los recursos destinados a los servicios legales para personas con dificultades en el acceso a la justicia son escasos y las políticas públicas no han podido compensar realmente esta desigual distribución de servicios.

Sólo quien maneja el saber jurídico puede usar para su beneficio el saber jurídico. Resulta interesante ver al derecho no sólo como medio de dominación de la sociedad, sino también como signo de liberación y garantía de expresión máxima de las libertades públicas. El derecho también tiene la misión de crear soluciones nuevas, adaptando la norma a la realidad y alterando el mundo normativo. El derecho puede ser gestor del cambio social.

Es interesante el hecho que en 1990 la Comisión Interamericana de Derechos Humano¹³ ha creado a la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en el área. De la misma manera en el año 1997 crea la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. La CIDH, a través de las mismas ha expresado que **todas las personas tienen derecho a ser oídas**, contenido mínimo del debido proceso y que los trabajadores migratorios y otros extranjeros tienen el derecho a presentar pruebas y a contradecir los cargos que se les imputan. Los Estados deben poner a su disposición lo medios necesarios para que los afectados puedan presentar los elementos, documentos o pruebas necesarias para demostrar que no se encuentran violando las leyes migratorias del Estado donde

¹³ CIDH

se encuentran. Ha sostenido que un trabajador migratorio debe estar en capacidad de entender los procedimientos legales a los que es sometido; y que todas las autoridades deben garantizar la traducción e interpretación que garantice efectivamente su derecho a la información en todas las diligencias relativas a su proceso migratorio.

Por su parte, la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° OC-18/03 afirma que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, tiene carácter de ius cogens. Además sostiene que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que ese Estado respete y garantice dicho principio, el cual se encuentra revestido de carácter imperativo, por lo cual acarrea obligaciones erga omnes de protección que vincula a todos los Estados y que incluso genera efectos con respecto a particulares¹⁴.

Especifica que el **debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona independientemente de su status migratorio**. Esto significa que el **Estado debe garantizar que toda persona extranjera tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal**.

Sostuvo asimismo que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cuales quieran que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio¹⁵.

1.2- Breve análisis de las 100 Reglas de Brasilia

Son de tener especial consideración las 100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, que tienen por "*finalidad garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial*". En el mencionado documento se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que

¹⁴ Opinión 5

¹⁵ Opinión 11

garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

Son beneficiarios de estas reglas las personas en condición de vulnerabilidad, entendiendo por tales a aquellas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Este documento¹⁶ establece que *“las personas integrantes a las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las acciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígena. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales”*.

Asimismo, define migración y desplazamiento interno *“El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*

¹⁶ Sección segunda - Beneficiarios de las Reglas

de 1951, así como a los solicitantes de asilo. También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.

Con respecto a la particularidad de estas poblaciones¹⁷ interesa particularmente lo establecido en la sección 3º “Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero no conozca la lengua o lenguas oficiales, ni en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución”

2- Nuevos desafíos para la Justicia: Interculturalidad Y Acceso a la Justicia

Es interesante como tanto los procesos de migración como las relaciones con las comunidades indígenas presentan nuevos desafíos desde el punto de vista de las políticas públicas a abordar ¿cómo garantizar el pleno goce y ejercicio de los Derechos Humanos de las personas y pueblos migrantes e indígenas? ¿Cómo lograr procesos de integración? ¿Cómo garantizar el acceso a la justicia de dichas poblaciones? ¿Cómo organizar la justicia en torno a distintas nociones de dignidad? Resulta interesante el planteo de Morales Gamboa (2004)¹⁸ al sostener que aunque los colectivos de migrantes se han revelado como una fuerza económica y una fuerza social, carecen de las expresiones políticas que les permitan lograr algún tipo de impacto en los procesos políticos, en los cuales están directamente involucrados. El conflicto que aflora es aquel que se traduce en el rechazo, la xenofobia y la estigmatización de los sujetos migrantes. Ese conflicto tiene dos expresiones: una son sus expresiones públicas contenidas en mensajes y acciones de quienes gestan

¹⁷ Indígenas y migrantes

¹⁸ AAVV. Morales Gamboa, Abelardo. *Migraciones y Derechos Humanos: reunión de personas expertas*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 9-11 de agosto 2004. (pp 1 y ss)

conductas sociales xenofóbicas, y la otra es su manifestación pasiva en los propios sujetos migrantes. Esto último se ve en que junto a la pobreza material, se intensifican otras privaciones como la pérdida de sus referentes territoriales, el aislamiento y la soledad, la falta de redes de apoyo, y el impacto emotivo que ello produce, junto al sentimiento de degradación y la pérdida de autoestima social e individual que se experimenta bajo esa dinámica. Más preocupante es que ese conflicto cultural tiene como fin la legitimación cultural e ideológica del estado de exclusión y de las condiciones de desigualdad que se imponen sobre los migrantes. Ese rechazo intensifica bajo un conjunto de prejuicios basados en el origen, en el color de la piel o en la condición étnica, que llevan a la imposición de divisiones sociales, económicas y culturales. Esas divisiones han sido llevadas inclusive hasta las figuras jurídicas, donde continúan persistiendo separaciones en relación con el disfrute de una serie de derechos. Lo mismo puede verse en relación al trato que reciben los pueblos indígenas.

2.1- ¿De qué hablamos cuando hablamos de Acceso a la Justicia?

Para definir “acceso a la justicia” es primordial tener en consideración las reflexiones de Carlos Lista (2010)¹⁹. En este sentido se debe eludir el reduccionismo que identifica al derecho exclusivamente con la normatividad jurídica estatal y que considera que las mejores soluciones para ampliar el acceso a la justicia, son jurídicas, profesionales y técnicas. Por el contrario hay que tomar una perspectiva incluyente e integradora que no ignore el valor de una administración judicial eficiente, pero que no limite la definición del problema y sus soluciones a ello. No se debe desconocer la necesidad de adoptar políticas que apunten a cambios sociales estructurales y la transformación del derecho y la justicia de acuerdo a criterios sustantivos.

Lista propone incorporar una perspectiva que entienda al derecho y la justicia, y por lo tanto el acceso a ella, como un fenómeno político y social, como un instrumento

¹⁹ AAVV. *El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos*. Instituto Internacional de sociología Jurídica de Oñate. Colección “Derecho y Sociedad”. 1º Ed. Madrid. Editorial Dykinson. 2010 (pp 9 y ss)

para la protección de los derechos humanos en sentido amplio y para la construcción de ciudadanía con contenidos sociales.

Esto supone articular los aspectos formales con los sustantivos, y evitar caer en formalismos abstractos que disuelven e invisibilizan las particularidades sociales con definiciones generales y a-históricas. De la misma manera se debe evitar caer en la crítica exclusivamente doctrinaria carente de propuestas viables.

Es fundamental atender a las necesidades y demandas reales y actuales de las distintas categorías de personas y grupos que ven vulnerados sus derechos al acceso a la justicia, ubicándolos en el centro de la discusión. Por esta vía se advertirá la extraordinaria diversidad de carencias socio-jurídicas existentes, así como sus particularidades, lo que nos lleva a fragmentar el derecho al acceso a la justicia, en **derechos y accesos a una justicia con distintos contenidos**. Lo cual se hace posible cuando, en lugar de una entidad abstracta y genérica de ciudadano y persona, hablamos de pueblos indígenas, migrantes, asilados, jóvenes, etc.

Como bien señala Diego Américo Robles (2010) es la sociología jurídica crítica la que analiza el fenómeno migratorio en términos de confrontación entre la igualdad jurídico-formal y la desigualdad socio-económica²⁰ preguntando qué significa acceder a la justicia, quienes acceden y quienes quedan afuera de los servicios de justicia, ya que los destinatarios de los servicios de justicia no se encuentran en igualdad de condiciones económicas, culturales y sociales, y por lo tanto las herramientas y los medios disponibles varían en los diferentes sectores de la población.

Para acercarse aún más a la complejidad que el acceso a la justicia representa, resulta muy esclarecedor la clasificación que Robles propone ya que dicho tema puede clasificarse en base a distintos criterios:

a) Acceso a la justicia en sentido formal y material:

El acceso a la justicia en sentido formal se refiere al conjunto de instituciones, procedimientos, operadores que intervienen en la dinámica de la resolución de conflictos legales dentro del aparato jurídico formal (entre ellos: tribunales, órganos de la administración pública, etc.) Desde el punto de vista material el acceso a la justicia se define tanto como la posibilidad de hacer uso, como ciudadano de los mecanismos y estructuras del sistema judicial del estado para la defensa de los

²⁰ AAVV. *El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos*. Instituto Internacional de sociología Jurídica de Oñate. Colección "Derecho y Sociedad". 1º Ed. Madrid. Editorial Dykinson. 2010. (pp 27 y ss.)

derechos legales, como un acceso a todos los beneficios de la justicia._Resulta especialmente destacable que “en un sentido material se concibe al acceso a la justicia como una teoría crítica de la primer acepción, que busca ampliar el campo de investigación y que se concentra particularmente en el mejoramiento de la solución de litigios y transacciones fuera de las cortes y los tribunales”

b) Acceso a la justicia como hecho y como derecho:

El acceso a la justicia puede ser considerado un hecho social, entendiéndolo como el vínculo entre los individuos y el sistema judicial que tiene por finalidad la defensa de sus derechos legalmente reconocidos. Pero aún siendo dicho acceso a al mismo tiempo un derecho legalmente consagrado por el principio de igualdad ante la ley lo cierto es que no es igualitario. Desde esta perspectiva el acceso es un hecho que actualiza el derecho formalmente reconocido. Pero es aquí donde se vislumbra que las posibilidades no son iguales para todos los individuos. No tiene sentido reconocer formalmente el derecho al acceso a la justicia si no se proporcionan los medios para que ese derecho sea ejercido. De ahí que el acceso a la justicia deba tenerse como el principal derecho.

c) Acceso como acto o como trayecto:

El acceso a la justicia se lo puede considerar que se consume en un acto o se lo puede pensar en forma de un proceso o trayecto. Con alcance más restringido el acceso a la justicia es un acto que crea vínculos entre los ciudadanos que buscan la defensa de sus derechos y el sistema judicial. Entendido así se han desarrollado las soluciones tradicionales tales como el asesoramiento gratuito, el beneficio de litigar sin gastos, etc. Pero el problema es que el acceso a la justicia no se efectiviza aunque se haya logrado el contacto con el sistema judicial. Por eso se desarrolla la idea del acceso como trayecto en el que se deben dar distintas circunstancias que posibilitarían llegar al sistema judicial y permanecer el tiempo que sea necesario para la efectivización de los derechos.

d) Acceso directo y acceso inverso a la justicia:

Esta clasificación se refiere a la posición que asume el sujeto respecto de la justicia. El acceso inverso a la justicia se refiere a los casos de personas cuya situación siempre es la de demandados o posibles autores de delitos. Lo cual produce una serie de consecuencias que afectan considerablemente su capacidad de acceder a la justicia cuando son víctimas del sistema que cercena sus derechos, producido también por la desconfianza que sienten hacia el sistema judicial.

e) Acceso formal y acceso eficaz:

Se pone énfasis en la calidad del servicio de justicia. No se trata solamente de llegar a los tribunales sino de tener la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia que no desvirtúe los derechos que se pretender hacer valer.

Continuando con la línea de análisis propuesto por Robles para abordar el acceso a la justicia se pueden tomar dos enfoques teóricos distintos: el de aquellos que conciben la administración de justicia desde la teoría del consenso y el de quienes la piensan desde la teoría del conflicto. Este último guarda estrecha relación con lo establecido en el capítulo anterior sobre pluralismo jurídico. A continuación se establecen las relaciones entre ambos enfoques.

2.2- Teoría del conflicto y Pluralismo Jurídico

En el modelo del consenso prevalece el orden social. La integración y el equilibrio constituyen simultáneamente el punto de partida y el objetivo a satisfacer. Se prioriza el análisis del todo en detrimento de las partes y el individuo es considerado en sí mismo. Las soluciones se buscan dentro del mismo sistema jurídico formal ya establecido, detectando a lo sumo qué mecanismos deben ser mejorados pero jamás se plantea la posibilidad de que sean completamente sustituidos por otros.

La teoría del conflicto parte de un supuesto diferente: la lucha y el enfrentamiento como resultado de la desigualdad immanente del sistema y de las tensiones permanentes entre los diversos componentes de la sociedad, esto es, individuos, grupos y organizaciones. Para esta teoría el derecho es concebido como un instrumento que puede incentivar la transformación de la sociedad, ya que la normativa formal acrecienta la desigualdad social. Se parte de en que principio el derecho fue creado por la burguesía y por lo tanto constituye la herramienta que ésta tiene para mantener su posición y legitimar sus intereses y aspiraciones económicas. La marginalidad y la pobreza se manifiestan como obstáculos concretos para la aplicación del derecho. Este modelo se plantea como una crítica a lo establecido y en particular a las normas formales impuestas por el Estado.

Desde una perspectiva crítica el tema del acceso a la justicia se aborda desde una visión particular: la de los grupos “marginales” y sus luchas. El tema claramente excede el campo de lo meramente procesal. La contribución de esta corriente

sociológica es justamente la investigación empírica de los obstáculos reales y concretos que las clases populares deben sortear para acceder a la justicia.

No se debe pasar por alto que **las instituciones a través de las cuales el derecho se expresa, fueron delineadas de acuerdo a los intereses de quienes tuvieron el poder para crearlas. O sea que las herramientas que el derecho brinda son inapropiadas para resolver los intereses de los que no fueron tenidos en cuenta para su creación, esto es, los que no tienen acceso a los bienes.**

Finalmente si bien la igualdad formal de todos se encuentra reconocida, también es cierto que bajo este velo teórico de la igualdad el sistema reproduce esta estructura social (personas con acceso a bienes y personas sin acceso a bienes) Desde esta óptica la estructura jurídica no debe ser entendida como algo estático sino como producto de la interacción simbólica, creada y mantenida por ella misma.

Observar la realidad social en términos de acceso y exclusión nos hace ver que **los obstáculos se desarrollan más allá de los límites de las cortes y los tribunales.**

Se debe tener especial consideración a las barreras culturales. El desconocimiento del derecho se erige en el principal obstáculo. ¿Qué sucede con los que no están dentro del sistema? ¿Cómo traducen sus problemas en problemas jurídicos?

El acceso a la justicia debe ser considerado como un acceso a las condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, que posibiliten el reconocimiento y ejercicio efectivo de derechos por parte de todos y todas, ya sea dentro de las organizaciones jurídicas formales como alternativas de acuerdo al interés de quien procura acceder. Es importante entender que el ámbito donde se pueden ejercer y reconocer los derechos puede ser tanto la administración de justicia como a través de los mecanismos informales o alternativos del derecho. Hay situaciones en las cuales es necesario apartarse de las soluciones que ofrece el derecho oficial estatal.

Este es el punto de contacto con lo planteado en el capítulo anterior sobre el denominado pluralismo jurídico ¿A qué clase de justicia se accede? ¿Quiénes y en base a qué valores ha diseñado los mecanismos de justicia? ¿Qué clase de justicia necesitamos para que sean respetados los derechos y valores de cada pueblo?

Dado las reformas que se han dado a partir de los años 90 en la mayoría de los sistemas jurídicos, mediante la implementación de sistemas de mediación, lo cual se hizo justamente con la intención favorecer el acceso a la justicia de las poblaciones más vulnerables, cabe también preguntarse, ¿Son estos sistemas más eficaces? ¿Se

genera en los mismos un espacio más amable para el reconocimiento e incorporación de costumbres y valores no previstos en las leyes estatales?

3- MEDIACIÓN: Una forma de resolver conflictos y de acceder a una justicia restaurativa

Siguiendo con estas reflexiones resulta interesante y necesario abordar ahora los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos.

Es cierto que los instrumentos de Derechos Humanos persiguen establecer un marco jurídico para luchar eficazmente contra la discriminación, pero como se señala en los capítulos precedentes los mismos tienen sus limitaciones por un lado porque desde una perspectiva intercultural, son instrumentos que reproducen los valores de una cultura particular y por otro lado porque los sistemas judiciales tampoco garantizan el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a toda la población.

Para resolver conflictos entre personas o actores de distintas culturas primero no se debe imponer el derecho de una cultura sobre las otras y además se debe tener en especial consideración los distintos modos de resolver disputas dentro de cada una de las culturas (Rodríguez, Vennera: 2016)

Partiendo de la premisa de que dentro los espacios que construye la mediación como sistema de resolución de conflictos se generan ámbitos que son tanto idóneos para el ejercicio de los Derechos Humanos de las personas indígenas y migrantes como para reconocimiento y aplicación de otras normas, costumbres y otras formas de regulación social, a continuación se desarrollan los distintos métodos de mediación analizando cómo pueden ser tomados los conflictos interculturales en los mismos.

La Mediación entendida en sentido amplio es una institución vigente desde siempre en tanto se refiere a la forma de encarar conflictos entre personas o grupos (Suárez: 2002) Por lo tanto, puede aplicarse en cualquier ámbito y por todas aquellas personas que en su quehacer cotidiano trabajen en situaciones en las que se presenten o puedan presentarse conflictos entre personas.

Los aportes de los sistemas de mediación sirven para pensar y abordar de una nueva forma las situaciones conflictivas y las disputas, incrementando el protagonismo de las partes, aún en los casos en los cuales no se aplique un modelo de Mediación en

todos sus pasos. En este sentido es una técnica fundamental para todos los operadores sociales.

Como sistema, en general, los espacios de Mediación se caracterizan por:

- La inclusión de una tercera persona (el mediador) que actúa para ayudar a las otras partes disputantes a alcanzar un acuerdo.
- La creación de un contexto flexible para la conducción de disputas.
- La existencia de un proceso definido, aunque flexible, que se establece por las personas que se enfrentan al conflicto y una tercera persona que es llamada en ayuda. La mayoría de las veces es el mediador quién establece cuál será el proceso a seguir y las partes lo aceptan.
- El proceso es voluntario, nadie puede obligar a otro a elegir esta vía de conducción. Las dos partes deben acordar este camino. Aún cuando se establece la Mediación como camino obligatorio previo al juicio, no es ineludible llegar hasta el final del proceso, las partes pueden abandonarlo en cualquier momento. La decisión de entrar en este tipo de procesos es voluntaria, así como también es voluntaria la decisión de continuar en ellos. Las partes tienen derecho a retirarse en cualquier momento y nadie puede obligarlos a retomarlo.
- El mediador no tiene poder sobre las partes, no puede imponer soluciones.

Lo particularmente interesante de los procesos de mediación es que en los mismos se trata de tener en cuenta no sólo el tema por el que las partes están en conflicto, sino también la relación que hay entre ellas. Si bien estos aspectos están íntimamente ligados, el hecho de tomar en cuenta el aspecto relacional del conflicto y las consecuencias que puede tener para el mantenimiento de la relación, la forma en cómo se solucione el conflicto, puede ser una eficaz ayuda para preservar las relaciones y sacar a las partes del campo de la confrontación. Esto permite que las partes, después de terminada la mediación, puedan continuar teniendo interacciones productivas entre ellas.

Estos beneficios que se han observado en el campo de las relaciones pueden deberse en gran medida al hecho de que en el sistema de Mediación no hay ganadores ni perdedores (Suárez: ob.cit)

Acceder a este tipo de procesos constituye un derecho. El instrumento que se viene²¹ establece que “*Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, **pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad**, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia. En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto. Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, **participación de intérpretes**, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria. La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen”*

3.1- Distintos modelos de Mediación

Existen tres grandes modelos de mediación: el modelo de Harvard, el modelo Transformativo y el modelo Circular-narrativo. La manera en que se toma en cuenta el aspecto relacional del conflicto varía según el modelo de mediación que se adopte.

Modelo de Harvard

Este modelo entiende la mediación como un método de negociación asistida. El mediador es básicamente un facilitador de la comunicación que ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo en el cual se tengan en cuenta las necesidades de ambas.

El mediador utiliza técnicas que tienen como finalidad lograr cuatro puntos básicos:

²¹ 100 Reglas de Brasilia

1. Separar a las personas de los problemas: como la relación tiende a entremezclarse con el problema, este modelo recomienda tratar con el problema y no con las personas;
2. Concentrarse en los intereses, no en las posiciones: significa ayudar a las partes a reconocer el interés detrás de la posición para que abandonen ésta y puedan buscar la solución centrándose en su interés real;
3. Inventar opciones de beneficio mutuo: se busca que las partes puedan construir la solución al problema teniendo en cuenta el interés de la otra;
4. Insistir en utilizar criterios objetivos: se busca que el acuerdo no sea fruto de solo la voluntad de una de las partes, por ello insiste en la búsqueda de criterios objetivos.

Modelo Circular-narrativo:

Este modelo está asociado a la obra de Sara Coob. Se denomina circular porque parte de una concepción circular tanto de la comunicación como de la causalidad; y narrativo porque la categoría de narrativa es central tanto desde el punto de vista analítico como propositivo.

Tiene cuatro elementos esenciales:

1. El aumento de las diferencias: se permite que se manifiesten y aumenten las diferencias (se refiere a la disparidad de intereses y percepciones) para que aparezcan estructuras disipativas que impliquen la posibilidad de alternativas;
2. Legitimación a la personas: durante el proceso de mediación se construye para que cada persona tenga un lugar legítimo dentro de la situación; es tanto un principio de la mediación como una técnica;
3. Cambiar el significado: se busca cambiar la historia material que han construido las partes y que traen a la mediación. Para cada parte “su” historia es “la” historia. Se busca construir una historia alternativa;
4. Creación de contextos: la determinación del contexto de trabajo es primordial.

Modelo Transformativo:

En este modelo el acuerdo no aparece como objetivo inmediato, esencial y último, sino como consecuencia de la mejora de la relación. Parte de la idea de conflicto como una oportunidad de crecimiento. Este crecimiento que se da por la participación de la persona en este tipo de mediaciones se expresa en dos dimensiones: la del

fortalecimiento del yo y la de la superación de los límites para relacionarnos con los otros. Para este modelo lo central y primordial es la mejora de la relación, si además hay acuerdo mejor. Se trabaja fundamentalmente para conseguir la Revalorización (empowerment) y el Reconocimiento.

El **empowerment** puede ser entendido como el potenciamiento del protagonismo, o sea como algo que se da dentro de una relación, por lo cual las personas potencian aquellos recursos que les permite ser un protagonista, al mismo tiempo que “se hacen cargo” de sus acciones (Suarez:1996). Significa el fortalecimiento de las capacidades de las partes para afrontar los problemas de la vida, y el aumento de su confianza y autoestima. Una persona resulta revalorizada en la mediación cuando por un lado, alcanza una comprensión más clara de lo que le importa y por qué, y por otro, comprende más claramente cuáles son sus metas y sus intereses en la situación dada, por qué persigue esas metas y cuáles son importantes y merecen consideración. El empowerment es independiente de cualquier resultado de la mediación. Si una parte ha aprovechado la oportunidad para recomponerse, examinar las opciones, reflexionar y decidir acerca de cierto curso de acción, ha habido empowerment al margen de la concertación de un acuerdo.

El **reconocimiento** implica motivar en las partes la aceptación y la empatía respecto de la situación y reconocimiento de terceros. Se busca lograr el reconocimiento del co-protagonismo del otro. En el ámbito de las relaciones interétnicas esta categoría resulta esencial. El reconocimiento se logra comprometiendo y fortaleciendo la capacidad humana de cada individuo para experimentar y expresar interés y consideración por otros, y especialmente por aquellos cuya situación es distinta de la que uno mismo tiene y se relaciona con el concepto de solidaridad. Una persona concede reconocimiento en la mediación cuando comprende que más allá de poseer la fuerza necesaria para resolver su propia situación, posee la capacidad de reflexionar, considerar y reconocer la situación de la otra, como un impulso de sincero aprecio a la dificultad humana en que se encuentra el otro, y además se siente bastante seguro como para cesar de pensar exclusivamente en su propia situación y concentrarse en lo que está viviendo la otra parte.

3.2- Mediación Intercultural

La mediación intercultural es un modo de resolución de conflictos a partir del conocimiento y reconocimiento de las particularidades culturales que permite crear un espacio en el cual se resuelvan conflictos marcados por la discriminación teniendo en cuenta las prácticas sociales, la costumbre y el derecho de otras culturas, además que permite (y tiene como finalidad) transformar las relaciones interétnicas.

En primer lugar se debe tener en cuenta que las diferencias socioculturales son tanto fuentes de conflictos como de oportunidades y, por lo tanto, es crucial la interpretación y el manejo social de las diferencias socioculturales. De ese manejo depende que los conflictos se acrecienten o que permitan la creación de órdenes sociales más inclusivos. En segundo lugar, es importante no confundir “interculturalidad” con “interculturalismo”. La palabra “interculturalidad” designa una relación entre personas y/o colectivos culturalmente diferenciados, mientras que el “interculturalismo” designa la orientación de las prácticas de los agentes sociales, en tanto contenido a construir. En tercer lugar, la idea de interculturalidad puede ser una herramienta analítica ya que permite nombrar y hacer visibles las relaciones entre individuos y/o colectivos culturalmente diferenciados. Esto se debe hacer atendiendo a las particularidades y complejidad de cada caso específico. Sólo de este modo es posible buscar modos de acción que aseguren el manejo provechoso de las diferencias. Al estar en foco las relaciones, a las respuestas debemos buscarlas en el diálogo. (Mato: 2007)

Con respecto a la Mediación Intercultural se toma el concepto de Carlos Giménez Romero (2001) que la define como “una modalidad de intervención de tercera partes, en y sobre situaciones sociales de multiculturalidad significativa, orientada hacia la consecución del reconocimiento del Otro y el acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de los conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados”.

La mediación intercultural procura mejorar aquellas relaciones interétnicas marcadas por el desconocimiento, rechazo, discriminación, prejuicio, etc.

El rasgo de partida de la especificidad de la mediación intercultural como modalidad de intervención se encuentra, precisamente, en la diferenciación cultural de las partes involucradas. Un segundo rasgo específico es que esa diferenciación sea relevante, esto es, que influya de forma significativa en la relación, conflicto o problemática de que se trate.

Es necesario ponderar el peso de lo cultural: exagerarlo nos conduce a explicaciones falsas y a generar más división y, minimizarlo, nos lleva a la insensibilidad, a la falta de reconocimiento de las partes y, en definitiva, a practicar una mediación etnocentrista.

Gestión del conflicto intercultural

Como indica Giménez Romero (2002) en los procesos de mediación están presentes multitud de aspectos y circunstancias. La situación y problemática que motiva la acción está envuelta en contextos complejos. Además, en cada una de las partes existen distintas percepciones, emociones e intereses en los cuales pesan sus trayectorias y pautas sociales y culturales. A todo lo cual hay que añadir las variables que afectan al mediador. En este marco, algunas de las categorías centrales de la mediación intercultural deberán ser: diálogo intercultural, opciones de beneficio mutuo, revalorización, reconocimiento, legitimación e historia alternativa.

El énfasis debe ser puesto, entonces, en el establecimiento de una adecuada comunicación y en la mejora de la relación, lo cual redundará en acuerdos más sólidos y duraderos. En esta línea de análisis, es necesario no exagerar las diferencias y no exacerbar el peso de lo cultural, sino que hay que intervenir relacionándolo y ponderándolo con el conjunto de fenómenos y procesos de la realidad humana.

Giménez Romero propone realizar un planteamiento de tipo multifactorial donde lo cultural se deslinde y relacione con los otros elementos intervinientes. Se trata de una metodología que distingue e interrelaciona tres conjuntos de factores: los personales, los situacionales y los culturales.

a) Los **aspectos personales** conforman rasgos, variables o pautas vinculados predominantemente a la idiosincrasia, personalidad e individualidad de los sujetos involucrados en el proceso de mediación. El mediador debe saber detectar y abordar adecuadamente los principales rasgos idiosincrásicos que aparecen en la práctica de la mediación. Estos factores son, por ejemplo, autopercepción, pautas de percepción del otro y de lo ajeno, pautas habituales en el comportamiento, sentimientos y estructura afectiva.

Estas variables pueden haber influido en la génesis de la problemática tratada, influir en la imagen, percepción o actitud hacia la otra parte, condicionar el tono general de la comunicación y discusión y pueden, asimismo, presentar una dificultad y oportunidad para ser tenida en cuenta.

b) Los **factores situacionales** están determinados por aquellos rasgos, variables o características del contexto donde se desenvuelven los individuos, grupos o instituciones participantes en la mediación, teniendo en cuenta la posición que en dichos contextos ocupan esos sujetos. Contexto se refiere a los múltiples niveles, desde los más inmediatos a los más lejanos: la familia, el entorno urbano, la estructura social, el debate ideológico en la sociedad, etc. Los individuos (y en su caso los grupos y las instituciones) adoptan, mantienen o ajustan distintas posiciones. En la dimensión situacional se incluyen los aspectos de estatus y rol. El mediador debe prestar atención a cuáles son las posiciones de dominio y subordinación, de cooperación o competencia, de horizontalidad o verticalidad, etc. Se incluyen también los aspectos económicos, jurídicos, políticos e ideológicos tales como: la estratificación social, su legislación de extranjería, las concepciones de democracia. social; etc.

Estos factores pueden ser la causa del origen del problema; condicionar el comportamiento de las partes durante el proceso de mediación; configurar una determinada relación de igualdad o desigualdad entre las partes, influyendo en las relaciones y percepciones de jerarquías, subordinaciones o desequilibrio, facilitando o dificultando la comunicación entre las partes.

c) Los **factores culturales** son aquellas pautas de conducta y modos de significación de la realidad (normas, valores, creencias, etc.) que el individuo ha adquirido mediante aprendizaje en su proceso de socialización y que comparte con los otros miembros de su mismo grupo étnico, socio-racial o cultural. Para los individuos, los factores culturales son pautas o rasgos que configuran determinados sistemas y mecanismos de identidad y/o identificación así como de pertenencia a dicho grupo y, para las instituciones, los factores culturales se expresan en las microculturas institucionales (ocupacionales, corporativas, organizacionales.)

Algunos factores predominantemente culturales pueden ser: roles y estereotipos de edad o género; sistemas de parentesco; sistemas de jerarquía y autoridad; lengua y pautas de comunicación; creencias y prácticas religiosas; rituales y ciclos festivos.

Los bagajes culturales pueden ser relevantes al configurar, en buena medida, la naturaleza de la comunicación durante el proceso de mediación. Por ejemplo, en los motivos del conflicto, en los discursos, representaciones, narrativas y justificaciones ofrecidas por las partes, en el surgimiento de mal-entendidos entre las partes o entre ellas y el mediador y en las actitudes, oportunidades limitaciones y errores del mediador desde el momento en que también tiene su propio bagaje cultural.

Por último, se deben tener en cuenta las relaciones entre estos tres aspectos. Así, por ejemplo, los rasgos de idiosincrasia y personalidad van ligados y están influidos por la situación vital de la persona, su identidad y pertenencia cultural.

Las culturas no son un todo homogéneo, sino que cada cultura tiene su diversidad interna. Los modos de significación de la realidad que toda cultura implica no es vivido por igual por todos sus miembros, sino que es compartido diferencialmente en función de variables como la edad, el sexo, la región de origen, la ocupación, la clase social, etc.

Por lo tanto, hay que partir de lo que cada persona vive, aplica, piensa, decide y siente.

El mediador es parte del proceso y, por lo tanto, debe evitar caer en casualidades simples, en posiciones etnocentristas o en culturalismos esencialistas.

Desde esta óptica, el mediador debe ser capaz de distinguir los modos en que están presentes los factores personales, situacionales o culturales (de palabra, en lo no verbal, en las conductas de las partes) como, también, el carácter implícito o explícito de los mismos. Asimismo, no deben desestimarse aquellos factores que van emergiendo y las modificaciones que se introducen en los inicialmente presentes a lo largo de todo el proceso de mediación.

El punto neural es la comunicación. Si se pretenden resolver a través de una comunicación en una lengua que una de las partes no domina, también es discriminación. En este sentido, es insoslayable la institucionalización de una “mediación lingüística” que no consiste en una mera traducción sino en la creación de un espacio de comunicación que permita explicitar las percepciones recíprocas de las partes, teniendo en cuenta que las lenguas no son sistemas semióticos equivalentes; son sistemas de conceptualización, de simbolización, y de comunicación compartidos por una comunidad de hablantes y son inherentes a distintas realidades o a distintas concepciones de una misma realidad. (Rodríguez, Martínez: 2012)

¿Qué modelo de mediación conviene utilizar?

El modelo de Harvard presenta fuertes limitaciones desde la perspectiva de la mediación intercultural: su carácter a-histórico, a-crítico, intrapsíquico y la causalidad lineal. Se rescatan y son muy útiles sus aportes con respecto a la comunicación, el

mediador en el ámbito de una mediación intercultural es definitivamente un facilitador de la comunicación.

El enfoque circular-narrativo es muy interesante en contextos de multiculturalidad ya que pone el acento en la comunicación y en la narrativa y las historias. Además con este modelo se vienen desarrollando un amplio repertorio de técnicas todas ellas muy útiles en mediación intercultural.

El modelo transformativo es el que mejor se adapta al caso de las mediaciones interculturales, ya que de lo que se trata en mediación intercultural es ayudar a mejorar aquellas relaciones interétnicas marcadas por el desconocimiento, rechazo, discriminación, prejuicio, etc. Lo étnico es relacional: las identidades étnicas y culturales se configuran dinámicamente en los procesos históricos de relaciones económicas, sociales y políticas (Giménez: 2001)

Para el Modelo Transformativo, el proceso de Mediación contiene un potencial específico de *transformación de las personas*, promueve el crecimiento moral y ayuda al abordaje de las difíciles circunstancias que se presentan con los conflictos.

La mediación Transformadora permite a las partes capitalizar a los conflictos como oportunidades de crecimiento, generándose dos efectos importantes: el “empowerment” (revalorización o empoderamiento) y el “reconocimiento”.

En este orden de ideas, la Mediación Intercultural permite crear un espacio en el cual se resuelvan conflictos marcados por la discriminación teniendo en cuenta las prácticas sociales, la costumbre y el derecho de otras culturas, además que permite (y tiene como finalidad) transformar las relaciones interétnicas.

Desde esta perspectiva, se procura mejorar aquellas relaciones interétnicas marcadas por el desconocimiento, rechazo, discriminación, prejuicio, etc. La mediación intercultural debe incorporar este enfoque **transformativo**, implícito en la idea de Interculturalidad como un “deber ser” acerca de cómo debieran ser las relaciones interétnicas (Giménez Romero, C: op. cit.).

La mediación intercultural debe incorporar este enfoque **transformativo**, implícito en la idea de Interculturalidad como un “deber ser” acerca de cómo debieran ser las relaciones interétnicas.

Para Giménez Romero convivencia es mucho más que coexistencia, ya que la coexistencia se refiere al mero hecho de que varias cosas (en este caso podemos decir culturas) existen al mismo tiempo, y en cambio convivencia supone interacción y en particular relación armoniosa.

Así, mientras la coexistencia está dada, la convivencia debe construirse. Destaca, asimismo, que no debe entenderse a la convivencia como ausencia de conflictividad, pero sí como situación en la cual se requiere regulación o resolución pacífica de conflictos (Giménez, Romero, C: 2005).

¿En qué contexto puede aplicarse el modelo de Mediación Intercultural como método de resolución de conflictos interculturales? Daniel Mato (2007) reflexiona a partir de las experiencias latinoamericanas.

Si bien no todas las experiencias en los Estados Latinoamericanos fueron las mismas, el autor ha encontrado un rasgo común: la generosidad para con los inmigrantes europeos y las actitudes represivas y negadoras de los derechos de indígenas, negros o mestizos. Pero no sólo eso, sino que la supuesta acogida favorable de los europeos no benefició a todos por igual, hubo también diferencias basadas en estatus socioeconómico, orígenes nacionales, filiaciones religiosas y orientaciones políticas. La negación de la condición pluricultural propia de todas las sociedades latinoamericanas constituye un significativo lastre histórico que implica nuestra ignorancia acerca de nosotros mismos. Esta situación afecta también la producción, circulación, apropiación y aplicación de conocimientos. Por tal motivo, cualquiera que sea la vía de solución de conflictos interculturales debe darse a través del diálogo y la colaboración intercultural. Sin colaboración intercultural será imposible comprender los significativos aspectos históricos, jurídicos, políticos, económicos, sociales y culturales de nuestras sociedades.

Cabe recordar que la “interculturalidad” en América Latina obedece, a los procesos de conquista y colonización de los denominados pueblos originarios del continente americano. Pero también es cierto que desde los años 80's, con la recuperación de la democracia y el Estado de Derecho, en casi todos los países de la región, los movimientos ciudadanos y jurídicos críticos a favor de los Derechos Humanos participaron en la recuperación de la dignidad y el reconocimiento de los pueblos originarios, proceso que se ha ido fortaleciendo luego del período neoliberal de los 90's, con la asunción de representantes de movimientos populares y nacionales, siendo un caso emblemático el de Evo Morales en Bolivia. (Rodríguez, Martínez: ob. cit)

CAPÍTULO 3

Análisis de los Sistemas Jurídicos y de Mediación de la ciudad de Rosario

El objetivo de este capítulo es analizar principalmente de qué manera han sido tomados los conflictos en los cuales hayan sido partícipes personas pertenecientes a comunidades indígenas o migrantes tanto en el ámbito judicial como el de la mediación en la ciudad de Rosario.

Para ello se describe el funcionamiento del sistema judicial de los tribunales provinciales en la ciudad y de los distintos centros de mediación de la misma.

El monopolio de la solución de conflictos y controversias siempre ha estado en manos del Estado.

La máxima elaboración teórico-práctica sobre cómo resolver los conflictos o disputas la ha alcanzado el positivismo decimonónico a través de la idea de la división de poderes -tomada del iusnaturalismo racionalista-. Así, el poder judicial, uno de los tres poderes del Estado, se ha consolidado como sistema institucional capaz de resolver los conflictos emergentes tanto entre particulares como entre un particular y el Estado. (Rodríguez, Martínez: 2012)

La provincia de Santa Fe ordena sus juzgado en virtud de lo establecido en la Ley N° 10.160.

En el año 2010 se sanciona la Ley N° 13.151 que instituye la mediación como instancia previa y obligatoria a la iniciación del proceso judicial, para lo cual crea un sistema nuevo y específico a tales fines, imponiendo además una serie de requisitos para ser mediador, co-mediador, para el establecimiento de centros de mediación en la ciudad y para las instituciones formadoras de mediadores. De esta manera, y para los casos establecidos en la ley, es un requisito para la interposición de la demanda judicial acompañar el acta de mediación finalizada sin acuerdo. Importa aclarar que sólo las actas que hayan sido realizadas en virtud del sistema creado por la ley son las únicas que habilitan la instancia judicial. Teniendo por lo tanto, el acuerdo o la falta de acuerdo distintos efectos jurídicos según el centro de mediación en el que se haya mediado.

Metodologías y aproximación al campo

Las metodologías a través de las cuales se ha llevado adelante esta investigación son las siguientes:

1. Una metodología cualitativa que contempla el trabajo de campo con sus variadas técnicas de obtención, registro e interpretación de la información (observación, entrevistas en sus diversas modalidades y confección de matrices de datos en función de variables y otros indicadores de análisis) y posterior elaboración de un *mapa conceptual* de los registros obtenidos a través de las entrevistas para posibilitar la segmentación, codificación y reducción de datos.
2. Análisis e interpretación de la casuística disponible sobre los espacios y prácticas de producción normativa desde una visión plural de la sociedad y del derecho.
3. Descripción y geolocalización de los sistemas jurídicos y de mediación de la ciudad.

La investigación empírica se inicia con entrevistas semi-estructuradas a mediadores inscriptos en el sistema de mediación prejudicial implementado por el Ministerio de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

Se destaca que la entrevista es una técnica utilizada muy a menudo por las ciencias sociales y que resulta aplicable a los estudios socio-jurídicos.

Mi carácter de abogada y mediadora me ha facilitado el inicio del diálogo con mediadores que trabajan como tales en virtud del mencionado sistema de manera privada.

El acceso a mediadores que trabajan en instituciones estatales ha sido más difícil. Para llegar a ellos fue necesario la presentación formal de una nota firmada por la Directora del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la Universidad Nacional de Rosario en la cual se solicitaba la realización de entrevistas como parte de mi trabajo de campo. De esta manera he podido entrevistar a la Vicedirectora de la Agem y a uno de los empleados de la misma, a 2 (dos) mediadoras del Centro de Mediación de la Corte Suprema de Justicia de la provincia, a 2 (dos) mediadores del Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Rosario, a 3 (tres) mediadores del Centro de Mediación de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe y he mantenido una charla informativa con el equipo de mediadoras de la Municipalidad de Rosario.

Lograr entrevistas con los jueces ha sido aún más difícil. La llave de acceso a los mismos fue a través del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, que a su vez es miembro de la Comisión Académica de la Maestría en Derechos Humanos, quien me ha pautado entrevistas con 5 (cinco) jueces uno por cada fuero, es decir: un juez que se desempeña en un juzgado Laboral, uno en lo Penal, uno en materia Civil y Comercial, otro de Familia y finalmente uno de los juzgados de Responsabilidad Extracontractual.

1- El Sistema Judicial en Rosario

Los tribunales provinciales en Rosario se encuentran en la manzana que se delimita por las calles Moreno-Montevideo-Balcarce-Pellegrini. Allí mismo funcionan todos los fueros: Civil y Comercial, Laboral, Familia, Penal y Responsabilidad Extracontractual. En el mismo edificio se encuentran así mismo las Cámaras de Apelaciones y la Corte Suprema de la Provincia. Cabe aclarar que en virtud de la Ley 12.734 (nuevo Código Procesal Penal de la Provincia) al instaurarse los juicios orales en materia penal, quienes se desempeñan en el nuevo sistema se trasladarán a otro edificio que cumplirá con los requisitos necesarios para la implementación del sistema. Salvo esta excepción todos los demás trámites se realizan por escrito. Si bien es cierto que los procedimientos prevén “audiencias” lo cierto es que las mismas se celebran mucho tiempo (incluso años) después de iniciados los procesos y que además en las mismas se dirimen cuestiones que han sido previamente planteadas por escrito en las primeras instancias del juicio. Es decir que el primer contacto con el sistema de justicia es por escrito, ya sea a través de la interposición de la demanda, en el caso de ser quien inicia el mismo, o través de la recepción de una notificación en el domicilio si se está en el carácter de imputado o demandado.

Vale preguntarse en este contexto, ¿Cómo accede al sistema, o cómo se defiende quien no domina el idioma oficial?

Es cierto que existe en los tribunales un listado de intérpretes oficiales, pero los mismos se consideran “peritos intérpretes” los cuales intervienen en determinados momentos del proceso y a pedido de parte o por orden de juez interviniente. Para ser perito intérprete hay que demostrar idoneidad para el cargo. Esta situación complica

la comunicación entre los operadores judiciales y las personas indígenas y migrantes que necesitan traducir sus demandas y necesidades en el sistema.

1.1- Los Jueces dicen

Como ya se adelantaba en el marco de la presente investigación han sido entrevistados cinco jueces, uno por cada fuero.

Interesa destacar que todos ellos son hombres de entre 50 y 60 años aproximadamente y que llevan alrededor de 10 años trabajando como jueces, salvo el juez penal que ha asumido como consecuencia de la última reforma del código procesal penal de la provincia.

Lo primero que llama la atención es el fuerte compromiso que los magistrados manifiestan con respecto al tema de la defensa de los Derechos Humanos y a la aplicación de la normativa internacional referida al tema. En particular denotan gran conocimiento y estudio sobre las 100 Reglas de Brasilia.

Sin embargo, ninguno conoce los instrumentos internacionales que se refieren específicamente a los derechos de las comunidades indígenas o migrantes al mismo tiempo que justifican tal desconocimiento en que no han tenido casos en los que hayan participado miembros de dichas comunidades.

De la misma manera todos creen fuertemente en la aplicación universal de los Derechos Humanos, no tomando ninguna perspectiva crítica sobre los instrumentos jurídicos, lo cual denota una fuerte influencia de las teorías iusnaturalistas y positivistas sobre el derecho en su accionar como funcionarios judiciales.

Con respecto a la supuesta neutralidad que deben llevar en su labor reconocen que muchas sentencias se basan en prejuicios. En este punto vale aclarar que no se refieren a sus propias sentencias sino a lo que sucede en general dentro de la órbita del poder judicial.

Resulta interesante asimismo destacar que ha sido la casuística lo que ha llevado a los jueces a investigar e interesarse por temas que podrían definirse de manera muy amplia como “sociales”, como por ejemplo los vinculados al derecho a la salud, específicamente a la salud mental, los derechos de la comunidad LGBTI, y temas vinculados al medio ambiente, que por lo general no están previstos ni en la currícula de la carrera de abogacía ni en cursos más clásicos de posgrado.

Todos los jueces conocen la presencia de comunidades indígenas en la ciudad, se refieren “a los tobas” e incluso mencionan “la escuela de Travesía”. Así mismo son conscientes también de la cantidad de personas migrantes que viven en la ciudad, se refieren a “los chinos” por ejemplo. Pero no llama en absoluto la atención de ninguno de ellos que no hayan tenido casi casos en los que las mencionadas comunidades hayan sido parte.

Resulta interesante que todos también coinciden en la necesidad de una formación más interdisciplinaria en las carreras de derecho, incluso en la necesidad de conocer “algo de antropología” para comprender mejor las disputas y tener mejores herramientas a la hora de resolver. Ninguno conoce el concepto de “pluralismo jurídico” y entienden que la ley se le debe aplicar a todos por igual, de lo cual se puede inferir una muy fuerte formación y visión positivista.

Con respecto al tema de la mediación, hay una muy fuerte vinculación de la mediación con el sistema de mediación prejudicial obligatoria instituido por la Ley N° 13.151, aunque como se desarrolla más adelante no es el único sistema de mediación de la ciudad, y de hecho es el más reciente. Quizás esto se deba al contacto que la misma tiene con el sistema judicial o a la gran difusión que ha tenido en los medios y entre los abogados.

Ninguno ha notado una menor cantidad de expedientes iniciados desde que se implementó el sistema de mediación prejudicial obligatoria, y sólo el juez de Familia ha derivado casos al sistema de Mediación de la Corte Suprema.

Pueden verse dos posturas: a favor de la mediación, compartida por los jueces Penal y de Familia y de manera más entusiasta por el juez Laboral, y en contra de la mediación, compartida por los otros dos magistrados entrevistados.

Es interesante como los jueces que atienden causas en las cuales los conflictos versan sobre cuestiones más de índole personal, donde afloran más los sentimientos son los que tienen una mejor visión sobre la mediación. Los jueces que atienden causas que versan más sobre responsabilidades civiles y cuestiones pecuniarias no la consideran una buena vía de resolución de conflictos.

El sistema de mediación no sirve

“la gente muchas veces quieren que se declare un culpable, no quieren conciliar, es como una reivindicación de lo que pasó”
“no es lo mismo la intervención de un mediador que la intervención de un juez, el juez es el representante de uno de los tres poderes, no es lo mismo la palabra de un juez que la de un mediador, no por la capacidad sino por el rol”
“hay resultados con acuerdo y resultados sin acuerdo”
“El resultado con acuerdo puede ser exitoso o no. Si el acuerdo no se cumple, la mediación sirvió de algo pero no de mucho. Y en muchos casos donde no hay acuerdo la mediación quizás haya servido para empezar a limar la situación”
“un 15% de acuerdo no puede considerarse exitoso”

Idea de que las personas se sienten más tranquilas si interviene el Poder Judicial
Idea de que en la mediación sucede lo mismo que en un juicio pero de manera más flexible y rápida pero con la dificultad de rol “débil” de mediador
Creencia de que es el mediador quién debe llegar al acuerdo: confusión con la conciliación.

El sistema de mediación sirve

“las personas son la dueñas del conflicto y son ellas las que tienen el poder de resolverlo”
“que el estado sea el único que resuelva los conflictos, yo a eso no lo encuentro en ninguna disposición legal”
“hay que tener ámbitos donde las personas puedan encontrarse, tratar sus temas, escucharse, y tratar de solucionar satisfactoriamente sus conflictos. Las sentencias no solucionan los conflictos”

1.2- Conflictos Interculturales en la Justicia rosarina

Con respecto a la participación de personas pertenecientes a comunidades indígenas o migrantes en sus juzgados sólo los jueces de Familia y Penal han tenido alguna experiencia.

El juez de Familia comenta que sólo tuvo un caso en el cual participaron personas de la comunidad Qom. Al respecto dice: *“Entiendo, en una interpretación infundada digamos, que tiene que ver con que en gran parte son comunidades de autocomposición de litigios con su propio derecho. El caso que llegó acá era una disputa encuadrada en la ley de violencia pero que en realidad se trataba de una diferencia de criterios en el seno de una misma familia. Era una familia toba, jefe de familia que tenía una hija de 17 años que estaba casada con un muchacho de la misma comunidad y querían tener un hijo, y el hombre este, que había sido policía, o sea que no son familias recién llegadas a Rosario, sino que son familias con muchos años de estar acá, hablaba perfectamente el castellano, la esposa de él casi no hablaba castellano, yo creo que lo entendía muy bien.*

Esto último lo argumenta en que cuando él le preguntaba algo ella le contestaba, *“en su idioma, pero me contestaba, la dificultad estaba evidentemente en hablar”*. En este caso fue el marido quien la traducía. *“desde una perspectiva procesal estricta yo tendría que haber tenido un traductor, porque eran partes. Ahora hay una perspectiva de violencia familiar y en familia que va más allá de si hay un traductor o no. Todas las demás personas que estaban acá sabían el idioma, los únicos que no sabíamos éramos yo y las defensoras generales, con lo cual si el marido al traducirme lo que su mujer decía, si me decía una cosa distinta (que además no tengo por qué pensar que va a hacer eso), la hija que era la otra parte me lo hubiera hecho saber. Si vos me decís que este conflicto se hubiese dado en lo civil y comercial, al ser otros los temas, quizás tenían tiempo de llamar a un traductor”*

El conflicto al cual se refiere fue en el año 2008 o 2009, no recuerda con exactitud, entre el padre y la hija. *“A mi me viene a ver la gente de violencia y me dicen “mirá hay una chica que pide el reingreso a su casa, tiene un bebé” y parecía una cuestión bastante cotidiana, y la chica me dice “la verdad no le entiendo mucho porque es una familia toba” y estaban todos, la hija, el marido de la hija, el padre que era el dueño de casa con la madre, y creo que había alguien más acompañando. Entramos todos,*

llamé a una defensora porque habían venido sin abogados, como para tener un punto más de referencia. Y había habido una pelea. Ella era una mamá de 17 años, era mamá pero tenía 17 años. Y se había dado una disputa con el papá por el tema del uso del celular.

El disparador del problema no era una situación de violencia física, sino que era una discordancia entre ellos dos, al punto tal que ella se había ido de la puerta para afuera. Ella estaba sentada en la puerta de la casa. Ella cuando decía "yo me fui de mi casa" no que se había ido a la casa de otra persona, era que se había sentado de la puerta de la casa para afuera, estaba ahí. O sea que lo único que tenía que hacer era entrar. Y nos pusimos a charlar un rato, con ella, la mamá, yo no sabía que el chico que estaba ahí era el papá de la criatura, y le digo "¿Ud quién es?" y me dice "soy el marido de ella" y le preguntó "y quién tiene razón?" "él" y señala al suegro, evidentemente era un problema que yo puedo tener con mi hijo de 17 años por el uso de un celular. No había mucho más que eso. Nos pusimos a charlar sobre la familia, sobre la importancia que estaban viviendo todos juntos y que esto era algo que podían charlar y nos terminamos yendo todos abrazados hasta la puerta del tribunal, la chico también lo abrazó al papá. Yo creo que no es representativo el caso. Es lindo porque terminó lindo, porque después de una hora de charla se pusieron ellos mismos a hablar sobre sus conflictos, y desde el punto de vista de un tercero parecía una cosa no "importante", pero desde el punto de vista de esta familia, ese había sido un detonante de algún otro inconveniente que seguramente había. La intervención nuestra fue una intervención de urgencia. Nosotros podemos tomar medidas por ejemplo excluir, prohibir, pero no hacemos tratamientos, no es nuestra área. El área del tratamiento está en el poder ejecutivo y las ONG, no en el poder judicial, no recuerdo a quién derivé la situación de esta familia, porque la prioridad era recomponer la situación que se podía recomponer.

Hicimos un "actita" donde todos nos pusimos de acuerdo y el consejo a la chica fue "abrí la puerta y volvé a entrar"

Ella lo único que quería era usar su celular. Ahora esa es la anécdota en el fondo tiene que haber una situación que la llevó a esa disputa, en un momento donde uno tiene que tomar una decisión en minutos en ese fondo del asunto no puedo intervenir porque además no me compete. Quien tiene que tratar de por qué se dio el problema con el celular son gente que tiene que trabajar el tema de violencia familiar, porque por más que nosotros no lo veamos ahí había una situación de tensión y de conflicto,

vaya uno a saber en esa familia cómo funcionaban las cosas, pero cómo acercamiento a un tema, porque no es posible que no existan problemas entre familias de comunidades aborígenes porque las hay, para mí tienen un grado de autocomposición del conflicto donde llegar al tribunal ya es más complicado, y en general por la poca experiencia que acá en los tribunales por lo que he hablado, la judicialización de estos conflictos se da con gente que hace mucho tiempo que está viviendo en la ciudad de Rosario, donde los valores culturales se han empezado a atravesar con nuestra forma de ver las cosas. Hubo un viejo caso, no te lo quiero relatar en hechos concretos porque no fue mío el caso, yo no era juez, donde una familia muere, se cae un muro y queda una nena y había ahí una disputa cultural, entre las dos abuelas, y era una disputa cultural. Quizás si esto se hubiera dado sin una "rosarinización" del tema quizás no se hubiera resuelto como se resolvió. Esta demanda por el derecho argentino, el derecho civil, fue más allá del derecho de la propia comunidad, no sé si estos son los términos más correctos para decirlo. Mirá en Familia, acá una gran porción de lo que estamos acá somos egresados del posgrado de Familia, y en el posgrado de Familia se ve antropología, o sea que hay una perspectiva cultural de las comunidades que despega un poquito de lo que es el derecho positivo vigente. Yo lo que no veo es posibilidad de aplicación porque no llegan los casos. Lo que yo pienso es que no llegan, porque existir tienen que existir en cualquier comunidad hay conflictos, y si no llegan es porque de alguna manera se autocomponen.

Por su parte el Juez Penal cuenta "Tuve un caso de abuso sexual donde había una familia toba. El imputado era el hijo de la familia, el chico tendría 22 o 23 años. Y sí me llamó la atención que el chico en todo momento trataba de explicarme que eso que nosotros veíamos mal, que era abusar de una hermana, era algo que en su ámbito no estaba mal visto. Tenía otro parámetro cultural, el quería explicarme y me lo quería explicar el abogado después "esto que uds. ven como algo tan terrible, no está mal, no es visto como una actitud delictiva, en algunos ámbitos que un chico tenga relaciones con la hermana. La fiscalía trajo el caso... estoy tratando de recordar, me parece, fue este año. El chico, yo creo que el chico comprendía que estaba mal lo que hizo y que por eso tenía algunas actitudes, pero la defensa en todo momento trataba de explicarme en todo momento que eso estaba bien, que nuestra cultura, que es la que maneja en definitiva qué está bien y qué está mal, a través de sus legisladores reprimía esas conductas, pero que había que entender también el ámbito

donde se desarrollaba la vida de este chico, donde era común que el tuviera relaciones con una nena de 13 años que era su hermana y con su sobrina. Pero te vuelvo a decir yo tampoco tengo estudiado si en la comunidad toba eso es así o no". Cuenta que no se acompañó ninguna pericia antropológica. "Igual terminó con una condena este chico, fue un juicio abreviado y no me acuerdo cuánto fue la pena, pero no viene al caso. Pero, más que alegada, más que un alegato sin ninguna prueba, yo no podía valorarlo seriamente"

Frente a la pregunta de cómo cree que debería intervenir el poder judicial frente a un "choque" entre valores culturales, responde: *"Zaffaroni habla de eso. Cuando habla de la culpabilidad dice bueno, hay que tener en cuenta para pedir la culpabilidad los parámetros en los que vive cada uno, no es lo mismo las pautas que tengo yo, que las pautas que tiene una comunidad indígena que se rige ya por sus propias pautas y a veces hasta aplican sanciones dentro de sus mismo hábitat. Entonces esas sanciones, dice Zaffaroni, que ya se le aplican deben restárseles de la pena. No dice que no hay que aplicar sanción, pero sí que hay que tener en cuenta que ya se aplicó en su ámbito"*

2- Los Sistemas de Mediación en Rosario

La mediación en la ciudad de Rosario ha sido implementada en principio por el Poder Judicial de la provincia de Santa Fe, la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, el Colegio de Abogados de Rosario, centros de mediación privados y la Municipalidad de Rosario.

Para la presente han sido entrevistados un total de quince mediadores: cinco mediadoras que se desempeñan como tales en virtud de la Ley N° 13.151 y a dos mediadores que trabajan dentro de la Agencia de Gestión en Mediación; dos mediadoras del Centro de Mediación de la Corte Suprema de Justicia de la provincia; dos mediadores del Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Rosario; tres mediadores del Centro de Mediación de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe, y se mantuvo una entrevista conjunta con todo el equipo de mediadoras de la Municipalidad de Rosario, aunque ésta última no ha sido grabada por el marco de informalidad en la cual la misma se llevó adelante, ya que he sido recibida por poco tiempo durante una reunión de trabajo por el equipo.

Centros de mediación creados en virtud de la Ley N° 13.151 (señalados con el color verde en el mapa)

En el año 2010 la provincia de Santa Fe sanciona la Ley 13.151. La misma declara en su art. 1 “de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de métodos no adversariales y desjudicializados de resolución de conflictos”. Asimismo, en virtud de su art. 2 instituye “la Mediación en todo el ámbito de la Provincia, con carácter de instancia previa obligatoria a la iniciación del proceso judicial”.

El sistema se articula a través de la Agencia de Mediación (Agem) que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La misma cuenta con tres oficinas: 1) Oficina de Registro de mediadores y co-mediadores; 2) Oficina de Gestión y 3) Oficina de Protocolización de acuerdos y Registro de actas. Estas agencias se replicarán en los cinco Nodos de la provincia (Reconquista, Rafaela, Santa Fe, Rosario y Venado Tuerto), y son las que se encargan de registrar y sortear a los mediadores que actuarán en los casos que correspondan.

La puesta en marcha de la mediación es progresiva, comenzando por Rosario y Santa FE y en materia civil y comercial.

Es importante aclarar que en virtud de la ley citada para ser mediador es necesario tener el título de abogado y por lo menos tres años de ejercicio de la profesión y para ser co-mediador poseer título de alguna carrera que también esté colegiada. Actualmente se encuentran registrados 17 centros de mediación habilitados por la Dirección Provincial de Desjudicialización de la Solución de Conflictos Interpersonales; se encuentran inscriptos 576 mediadores, 457 mujeres y 119 hombres y 8 co-mediadores, 1 hombre y 7 mujeres, siendo 3 psicólogas, 2 arquitectos, 2 contadores público, 1 ingeniero civil y 1 traductor.

Los mediadores al momento de inscribirse deben declarar en qué centro de mediación ejercerán como mediadores pudiendo optar por hacerlo en la sala del Colegio de Abogados por un convenio con la Agem, cuyo alquiler es abonado por sesión por el mediador.

Centros de Mediación de la Municipalidad de Rosario: (señalados con el color naranja en el mapa)

En realidad no es que exista un centro de mediación dentro de la municipalidad, sino que es un servicio que se ofrece en los seis Centros Municipales de Distritos (CMD) a través de un equipo de mediadoras que dividen sus tareas en los mismos, prestando sus servicios una o dos veces por semana en cada uno. CMD Centro Antonio Berni: Ubicado en calle Av. Wheelwright 1846, donde atienden los días lunes y jueves de 9 a 12 hs; CMD Norte Villa Hortensia: en calle Ignacio Warnes, allí atienden los días Martes de 9 a 12 hs; CMD Noroeste Olga y Leticia Cossetttini: en calle Av. Provincias Unidas 150 bis, los días Viernes de 9 a 12 hs; CMD Oeste Felipe Moré: en calle Presidente Juan Domingo Perón 4602, donde se media los días Jueves de 9 a 12 hs; CMD Sudoeste Emilia Bertolé: en calle Av. Francia 4435 los días Viernes de 9 a 12 hs; y el CMD Sur Rosa Ziperovich: en calle Av. Uriburu 601, los días lunes y martes de 9 a 12 hs.

Es de destacar que este equipo de mediadoras mantiene reuniones semanales y que consideran que la mediación debe ser un servicio público gratuito. Los conflictos más frecuentes están relacionados con: humedad en viviendas; medianeras; obras; rajaduras y fisuras; ruidos molestos; contaminación; limpieza y desmalezamiento de terrenos; uso de terrenos; ubicación y ruido de equipos de aire acondicionado.

La intervención puede ser a pedido de alguno de los involucrados en el conflicto o por derivación de otras oficinas municipales.

Ante todo se debe ingresar el pedido en la oficina de Atención al Vecino del Centro Municipal de Distrito correspondiente, detallando los datos personales del solicitante y de la contraparte a convocar.

De acuerdo al tipo de inconveniente, se derivará al área de Inspección correspondiente y luego al sistema de mediación.

Centro de Mediación de la Defensoría del Pueblo: (señalado con el color azul en el mapa)

La Defensoría del Pueblo de Santa Fe ha tenido durante 25 años su sede en Rosario en calle Pasaje Álvarez 1516, estando actualmente y de manera provisoria en calle Tucumán 1681. Allí funciona el Centro de Mediación “Dr. Pablo Benetti”, en el cual se abordan conflictos de distinta índole, siendo el procedimiento completamente gratuito. Según el informe anual de la institución durante el año 2015 se han realizado intervenciones en materia comunitaria, comercial, familia, penal, salud, por defensa

del consumidor y por daños y perjuicios. De un total de 156 mediaciones se ha llegado a acuerdo en el 62% de los casos (97 casos) y no han llegado a acuerdo el 38% (59 casos).

El trámite de mediación se inicia con el “quejoso”, término que utiliza la institución para designar a quién va a realizar algún reclamo, y a quién según el caso se le ofrece la posibilidad de comenzar una instancia de mediación. Otras veces ocurre que las personas van a solicitar directamente la mediación. Luego se la invita a la otra parte a participar de la mediación.

Los operadores de este sistema atribuyen el alto porcentaje de acuerdos al carácter voluntario de esta instancia, porque consideran que quién va a la mediación ya tiene intenciones de arreglar.

Centro de Mediación del Colegio de Abogados: (señalado con el color amarillo en el mapa)

Ubicado en la planta alta de calle Av. Pellegrini 2015. Espacio en el cual siempre se han realizado las llamadas mediaciones “privadas”, es decir aquellas que se dan fuera del contexto de un juicio y cuyo acuerdo tiene para las partes el mismo valor que cualquier contrato. Estas mediaciones se llevan adelante a través de los mediadores inscriptos en el mismo. El trámite se inicia con el pedido de alguna persona de iniciar una instancia de mediación, quien a su vez tiene la opción de elegir al mediador, el puede o no ser confirmado por la otra parte. En estos casos los honorarios del mediador también puede ser objeto del acuerdo, en cuanto a quien los paga y cómo. Desde la sanción de la Ley 13.151 y a través de un acuerdo con la Agem, en este centro también se realizan las mediaciones por ella establecidas.

Centros de Mediación de la ciudad de Rosario

Centros de Mediación creados en virtud de la Ley 13.151

-  Balcarce 462
-  Maipú 1344
-  Ríoja 1269
-  Italia 353
-  Dorrego 558
-  Cochabamba 1676
-  Mitre 959
-  Mitre 2179
-  Maipú 1095
-  Ríoja 1474
-  Montevideo 1859
-  Tucumán 2271
-  Italia 1828
-  Riccheri 1440
-  Mariano Moreno 1427
-  Mariano Moreno 1739
-  Balcarce 1589

Centros de Mediación de la Municipalidad de Rosario

-  CMD Villa Hortensia
-  Centro Municipal De Distrito Sudoeste
-  Centro Municipal Distrito Centro Antonio Berni
-  Centro Municipal Distrito Noroeste
-  Centro Municipal Distrito Oeste Felipe Moré
-  Centro Municipal Distrito Sur "Rosa Ziperovich"

Centro de Mediación del Colegio de Abogados

-  Colegio de Abogados Casa del Foro

Centro de Mediación Defensoria del Pueblo Santa Fe

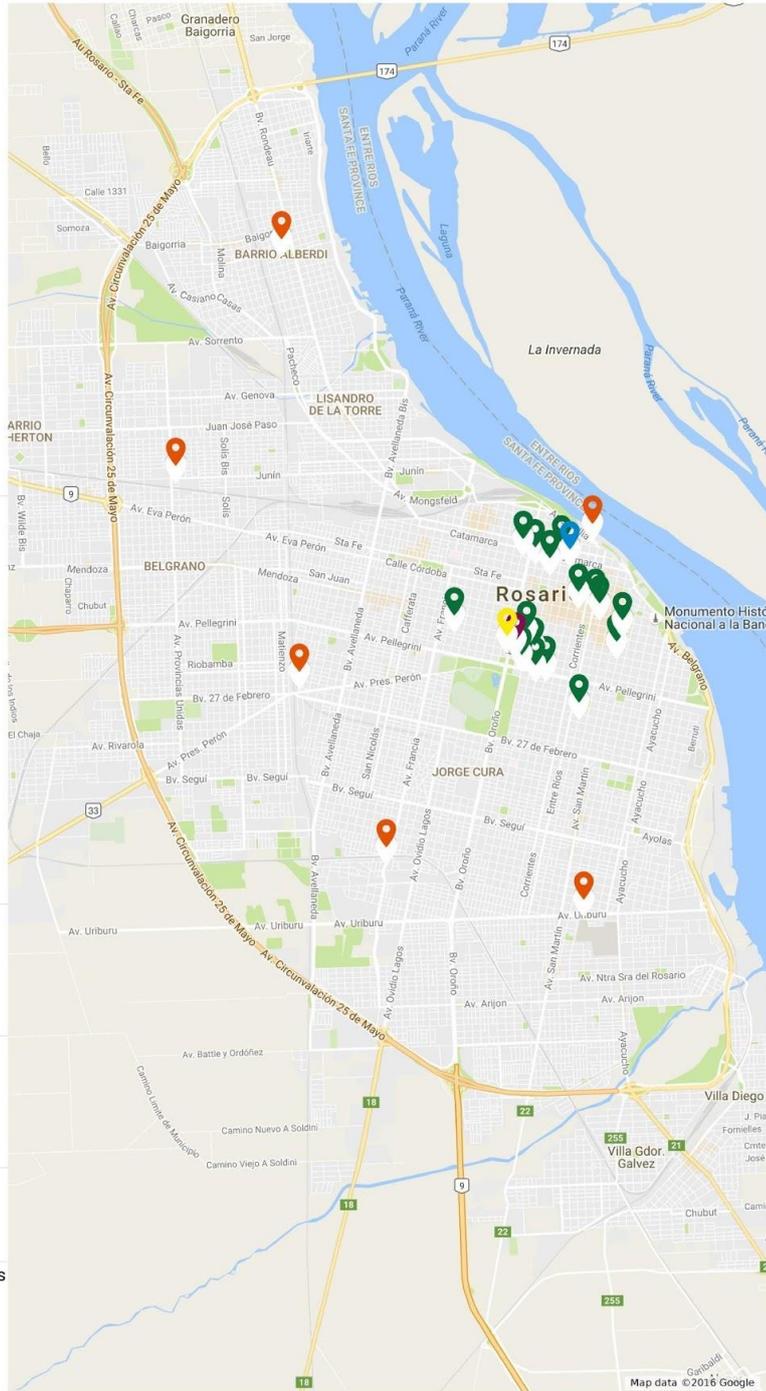
-  Defensoria del Pueblo de la provincia de Santa Fe

Centro de Mediación de la Corte Suprema Justicia Santa Fe

-  Corte Suprema

Geolocalización de los centros de mediación de la ciudad de Rosario

Fuente: elaboración propia



Centro de Mediación de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe (En el mapa en color violeta)

El Poder Judicial tiene en funcionamiento su propio sistema de mediación desde el 01 de febrero del año 1999. Este centro de mediación se encuentra ubicado en el tercer piso del Palacio de la Justicia, de los Tribunales Provinciales, en calle Balcarce 1651. En el mismo se realizan las llamadas “mediaciones judiciales” que son las que se llevan a cabo en el marco de un juicio, es decir ya hay un juicio iniciado por alguna de las partes y en determinado momento del proceso, el caso es derivado a mediación. Esto mismo puede suceder por derivación judicial o a pedido de parte. Es de destacar que esto no es una regla estricta ya que este centro de mediación tiene la competencia para recibir casos de la comunidad en general aún sin que haya un juicio iniciado. Las mediaciones que se llevan a cabo en este centro son de carácter gratuito, es decir no generan ningún costo extra a las partes quienes según el caso sólo deben honorarios profesionales a quienes las representan y/o patrocinan durante el trámite del juicio. Los mediadores son empleados del Poder Judicial. En tal sentido, cabe aclarar que existe un pequeño grupo de empleados que se dedican sólo a mediar, pero que también pueden ser designados para mediar en algún caso concreto cualquier otro empleado de los tribunales capacitada en mediación. Cuando se fija una mediación por lo general se designa un mediador abogado y otro mediador de otra profesión. Dentro del tribunal están formados en mediación licenciados en trabajo social, psicólogos y, además, otros operadores que quizás no tienen título universitario pero que han avanzado en la carrera judicial, por su experiencia tribunalicia.

2.1- Los Mediadores dice

De las entrevistas realizadas llama la atención cómo la totalidad de los mediadores entrevistados ponen el eje y el énfasis de la mediación en el tema de la comunicación entre las partes y el mediador. En este punto denotan gran análisis e investigación.



Implica: Diferencias idioma de lenguaje, lenguas, restablecer el diálogo, prestar atención al lenguaje corporal, escucha activa, discurso pacificador, manejo de la forma de hablar de la gente, no justificar, ayuda, tiempo para decir, respeto, manejo del tiempo.

También hay coincidencia entre todos en la importancia de que las personas puedan hablar de sus emociones. Se transcriben las respuestas a la siguiente pregunta que se ha realizado a todos los entrevistados ya que las mismas hablan por sí mismas: ¿Qué pasa en una mediación que no pasa en un juicio?

➤ *“Suceden muchas cosas que no pueden ocurrir en un juicio dadas las grandes diferencias entre ellos. Una de ellas es la inmediatez. Al encontrarse las partes cara a cara, lo que no ocurre en juicio a menos que se llegue a una audiencia luego de años de proceso escrito, es posible descubrir conflictos subyacentes que tal vez han llevado a la situación que los convoca. Una vez descubierto ese problema todo empieza a desenvolverse como por arte de magia”.*

➤ *“Todo es absolutamente diferente. En la mediación las personas están frente a frente con sus necesidades e intereses y las reglas son totalmente distintas, hay inmediatez. El procedimiento es otro. Desde el comienzo las partes saben que son ellas quienes intentarán solucionar su conflicto”*

➤ *“es un ámbito totalmente desestructurado e informal. Ello conlleva a que se abran al diálogo y así al acuerdo”*

➤ *.Abrazos, disculpas, risas, aclaraciones. Se aclaran muchas cosas. (...) Se produce una situación de esclarecimiento que en el juicio no se da. Muchas veces advierto que por lo general las partes quieren una disculpa. Creo que hablamos de relaciones que se rompen pero también usan el espacio para decir que se sienten desdibujadas como sujeto, entonces es hacer aparecer la mirada del otro, duele mucho. Entonces que le digan "mirá perdoname, no pensé que esto te iba a hacer mal, no fue mi intención, no lo quise hacer, las cosas se me fueron de las manos" o "no pensé que te molestaba", "no pensé que era importante", "ahora te entiendo". El reconocimiento al otro. Que son como ideas narcisistas que enojan a la gente y que las llevan a hacer un juicio, un reclamo, una queja. Entonces cuando se produce ese pedido de disculpas, ese esclarecimiento, es como que una llave abre y cambia el escenario, entrás como en los dibujitos a un país mágico y divino donde la gente está bárbara. La gente se relaja. Hay muchos abogados que respecto de la mediación*

sienten que es un obstáculo más al inicio del proceso judicial.

➤ *“Poder hablar y ser oídos con toda la tranquilidad y el tiempo que necesiten y que nadie los apure para que tomen ninguna decisión. Ni que firmen nada que no estén de acuerdo.(...) Se trata de que cada uno tenga el tiempo necesario, es difícil, porque al comienzo siempre se empieza con una cosa muy tensa, pero se trata en lo posible que se escuchen. Muchas veces una vez que se ven la tensión, y se prestan a escuchar lo que le pasa al otro, ya ahí ya está. Ya hay un paso a que puedan por lo menos acordar algo. Fundamentalmente eso, que está en mano de cada uno y de los dos al mismo tiempo el resolverlo o no resolverlo. El poder decir todo lo que les pasa por adentro. En un juicio eso no lo tenés. La víctima generalmente de cualquier situación a veces ni lo vuelve a ver a quien lo agredió. No le puede decir en la cara: "vos me lastimaste, me pasó esto" y a veces es re importante. Desde lo humano no”.*

➤ *“La mediación en principio parecería un poquito más informal, hay más diálogo, y la diferencia que tiene, es que en la mediación se puede solucionar no solo el conflicto en particular sino las relaciones entre las personas que en cierto modo están rotas y también se pueden restaurar en la mediación, y en el pleito judicial por ahí no tanto”.*

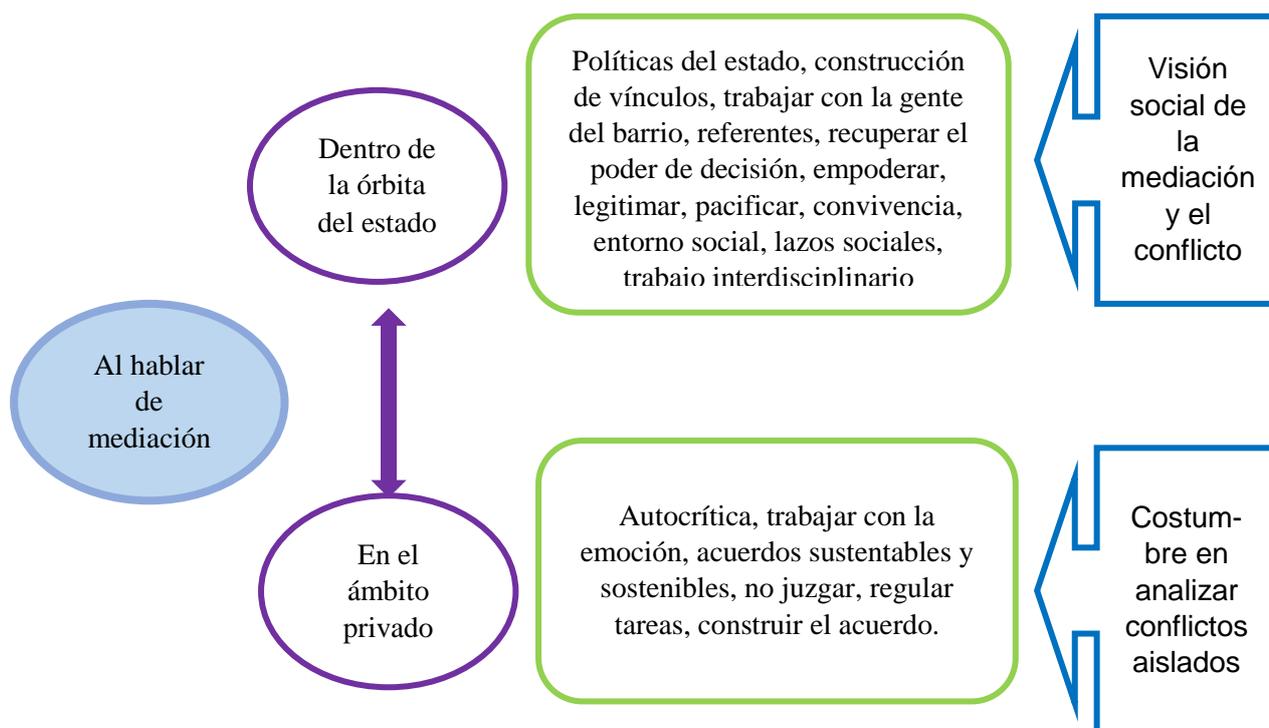
➤ *“una de las diferencias fundamentales, el tema de la escucha, de la forma de la escucha. La escucha en ese nivel integral que no es nada más una cuestión discursiva sino también toda esto que abarca lo gestual, lo emotivo, todo lo que la persona pasando en su integralidad, creo que es más integral”*

➤ *“Ver dos partes que entraron tratándose de "este señor" o "esta señora" y estar casi de espaldas, y cuando va avanzando la mediación empiezan a girar el cuerpo y ya se empiezan a tratar de la forma que se habían tratado toda la vida. Por ejemplo tuvimos una mediación donde dos vecinos vinieron que llevaban 10 años sin hablarse y volvieron juntos en el mismo taxi. Entonces, ese es el tipo de transformación de conductas que más nos impacta”.*

➤ *“Lo primero es que la gente se encuentra. Y se encuentra en vivo y en directo, no a través de un representante legal o en una audiencia. Todo cambia, la gente se encuentra en un espacio que ya tiene diferencias. En mediación trabajamos mucho desde el espacio. El espacio es un espacio que invita a la reflexión, que invita al diálogo. El mediador hace el encuadre del trabajo en donde explica que la mediación que para que su trabajo sea útil, él tiene que trabajar en un clima de respeto, un clima en el cual uno tenga la libertad de expresarse, de poder escuchar a otro, y además dejando en claro a la gente que no somos jueces y que tampoco somos consultores, que no damos consejos. Nuestra función es tender un puente de comunicación donde la comunicación fue interrumpida y brindar un espacio de reflexión acerca de la*

situación. Muchas veces las personas en situación de conflicto están tan encerradas y ven el conflicto, como te decía desde una ventana muy limitada. Uno los invita a ver el conflicto desde una ventana más amplia y el paisaje cambia”.

Así mismo se puede dar cuenta cómo la experiencia de los mediadores ha influido en sus concepciones. En este sentido es interesante ver cómo cambia el sentido mismo que le dan al concepto de mediación según se desempeñen dentro de alguna área del estado o en el ámbito privado.



Con respecto a esto son ejemplificadoras las posturas de las mediadoras del Centro de Mediación de la Corte. Una de ellas destaca que la mediación resulta interesante por el hecho de que las dos partes pueden enfrentarse y tener voz y poder, que ellas mismas pueden resolver ya que en la mayoría de los casos la víctima queda *“como invisibilizada”*. Asimismo, considera que como profesional, en el ámbito de la mediación se siente más útil. *“En la mediación vos ves muy rápidamente que podés ser útil, que podés dar una mano para que algo pueda modificarse. Es algo más personal, es como uno se puede sentir con el laburo... hay que hacer un trabajo con uno mismo, tremendo de no juzgar y de tratar de tranquilizarse y no emitir juicios internamente”*. Considera que *“con la interdisciplina tenés menos posibilidades de*

cometer errores, porque tenés otra mirada de otro que tiene otra formación, es lo ideal” Asimismo, trabajar de forma coordinada con otros funcionarios, con otros ministerios es fundamental. Y en mediación igual”

La otra cree que la causa de la no resolución de los conflictos tiene que ver con la falta de espacios adecuados donde poder canalizar las emociones. *“Lo que pasa es que en la escuela a veces tiene deficiencia en cuanto a alfabetización emocional. Entonces uno sale de la escuela sabiendo las capitales del mundo y los ríos, mucha información, pero no termina de reconocer las emociones que tiene y qué se hace con esa emoción. Fundamentalmente que entiendan que está en mano de cada uno y de los dos al mismo tiempo el resolverlo o no resolverlo. El poder decir todo lo que les pasa por adentro. En un juicio eso no lo tenés. La víctima generalmente de cualquier situación a veces ni lo vuelve a ver a quien lo agredió. No le puede decir en la cara: “vos me lastimaste, me pasó esto” y a veces es re importante”. Por su parte señala “Nosotros tenemos la postura de que la mediación debe ser interdisciplinaria y lo practicamos a rajatabla y lo defendemos a rajatabla”. La mediación comunitaria trabaja el tema de los lazos sociales, del apoyo, de la tolerancia, de entender el dolor del otro, de entenderlo, de aceptarlo, de no molestar, de que hay límites. Lo que genera para el mediador un esfuerzo emocional de contener a las partes, de ayudar a las partes, de mantener una equidistancia con ambos, de tener los valores y los prejuicios en el lugar adecuado. Todo eso lleva un esfuerzo emocional para el mediador, no toda la gente está formada para eso, o lo hace bien. Entonces bueno, no todos podemos hacer todas las profesiones, no cualquiera es mediador. Y creo que se definiría como una profesión exclusiva”.*

Ambas coinciden que hay muchísima resistencia a la mediación. *“Por eso en el centro plantean el tema de la **justicia restaurativa** y **auto-compositiva**, la cuestión es sentarse y conversar que puede hacer uno por el otro”.*

De la misma manera quienes han intervenido en casos en los que alguna de las partes pertenecía a otra etnia o se han formado en mediación intercultural manejan una noción de conflicto intercultural distinta y más compleja a quienes no han tenido este tipo de caso o formación.

Noción de Interculturalidad

Sin experiencia o formación en mediación intercultural

Sería una mediación como cualquier otra, con manejar las técnicas que aporta la mediación es suficiente, todas las mediaciones tienen un componente cultural, no hay técnicas específicas, trabajar con la comunicación, se podría incorporar un intérprete sin problemas.

Sin experiencia o formación en mediación intercultural

Diálogo intercultural, sentido de pertenencia, convivencia, trabajar con los prejuicios, cosmovisión, buscar valores compartidos, sentirse atacado por el idioma, reconocimiento del otro, discriminación, empoderar, reconocer distintas escalas de valores, legitimar, facilitar, articular con otros sectores del gobierno, nivel territorial, sociedad envolvente, necesidad de reuniones previas, conciencia del desequilibrio social, construcción de terceridad para llevar a delante procesos de integración

Casos de Mediaciones “Interculturales” en Rosario

Según la información recaba han habido cuatro casos de “mediaciones interculturales” en la ciudad.

Caso 1

Uno de ellos fue en el ámbito de la Defensoría del Pueblo. El mediador recuerda que estaban involucradas personas pertenecientes a la comunidad Q’óm y que la mediación terminó sin acuerdo, que fue por un tema de convivencia, un problema entre vecinos. Pero, lamentablemente no recuerda cuál fue el eje del conflicto ni por qué no se pudo llegar a un acuerdo.

Caso 2

Este caso fue atendido hace varios años (la mediadora no recuerda bien en qué año fue) por la Fundación Fraternitas y resume esa experiencia de la siguiente manera: “*Cáritas les iba a sacar la copa de leche a un comedor comunitario porque había*

habido piñas entre tobas y mocovíes, ya habían estado presos. Entonces nosotros dijimos no se la saquen todavía y déjennos intervenir. Así que fuimos, 5 mediadores de distintas disciplinas... porque los únicos habilitados que quieren que sea sólo para abogados son los de esta provincia porque los contadores se llevaron las quiebras entonces los abogados se quieren quedar con la mediación, pero no se quedan con nada porque la mediación tiene vida propia, no es una cuestión de incumbencia. Entonces en ese momento había un arquitecto, una psicóloga y otros profesionales. Igual dijimos no se puede atender a nadie que no venga con un abogado, y por supuesto los mocovíes fueron con un abogado y eran dos o tres. También trabajamos con antropólogos antes que esto e hicimos varias reuniones. Y sabíamos que los mocovíes iban a ir dos o tres y que los tobas iban a ser treinta, cuarenta. En el caso de los mocovíes elegían varones y en el caso de los tobas elegían mujeres. Nos dijeron también les va a costar ganarse la confianza, y claro si los blancos los han cagado toda la vida. Conclusión: la mujer del comedor a los mocovíes no les cobraba y al resto si les cobraba por ir al comedor, es decir a los tobas. Y también les cobraba a los hijos de criollos y a los pilagá. Y bueno, nos reunimos con unos con otros, con unos con otros, hasta que finalmente llegamos a un acuerdo. Y la mujer, que era mocoví, dijo vamos a ver cuántos mocovíes tienen que venir por día, cuántos pilagá... en mediación es la distancia inversa a la de un fulano que cree tener la razón, vos tenés ideología, pero un poco te la guardas porque sabés que trabajas con los prejuicios y que los tenés que trabajar, y si te invaden te tenés que ir. Creo que la mayor dificultad para un mediador o facilitador son sus propios prejuicios y sus propias ansiedades”

Caso 3

Los otros dos casos fueron en el ámbito del Centro de Mediación de la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe.

Frente a uno de ellos la mediadora considera que tenía más conocimientos sobre los indígenas que de la práctica de mediación en sí misma porque vivió durante 20 años en Formosa y trabajaba con comunidades de etnia Qom, considera que sabe cómo piensan, qué circunstancias les complican, cuáles les duelen y qué los une. El conflicto se inició con dos niños que se golpearon, sumándose luego los hermanos y por último los padres, frente a lo cual alguien llama a la policía y estos últimos terminaron en una comisaría donde pasaron la noche sin hablarse.

Cuenta que se presentan “*dos muchachos muy serios y muy cerrados que ni siquiera se saludaron*”. Ambos vivían en el mismo barrio. A instancia de las preguntas de la mediadora comenzaron a hablar acerca del conflicto.

“El problema fue entre dos niños que se golpearon y uno le tiró un ladrillo al otro y le partió la cabeza y le tuvieron que hacer puntos. Entonces después el hermano mayor adolescente del lastimado lo golpeó al que lo había agredido y después entre los padres se golpearon a la noche y alguien llama a la policía. Entonces los llevaron presos y los metieron a los dos juntos en el mismo calabozo. Y ellos no hicieron nada. Se quedaron ahí. Pasaron la noche presos los dos. Ni se hablaron y bueno después lo pasaron a mediación”.

Cuando el caso llega a mediación la mediadora advierte que estaban muy resentidos el uno con el otro. Ellos cuentan lo que había pasado y la mediadora interviene preguntando: “*¿Uds. se conocían de antes? ¿Cómo es? ¿Uds. son vecinos? ¿Son tobos? ¿De dónde son?*”

“Resultó que los dos eran del Chaco del mismo lugar, de la misma zona no de la misma comunidad”. La mediadora por su experiencia sabe que viven en comunidades cercanas pero hermanas, que son de la misma etnia, y además resultó que estaban emparentados, que “*eran medio parientes*”. Entonces al conocer ese dato continuó preguntando: “*¿Vinieron al mismo tiempo?*” Y supo que no, que primero vino uno y a los años vino el otro con la familia, y se instalaron en el mismo barrio.

Ella explica que hizo esa pregunta porque “*a veces ocurre que hay comunidades que están históricamente enfrentadas, por cuestiones de territorio o de alguna situación allá a lo lejos y queda la sensibilidad por años y a lo mejor salta por cualquier cosa. Pero no era este el caso. Eran de la misma etnia y vinieron acá por cuestiones laborales*”. Sobre eso también realizó las siguientes preguntas: “*¿En qué circunstancias se vinieron?, ¿Por qué habían tomado la decisión de venirse? Los dos vinieron porque allá se quedaron sin sus tierras*”.

Uno era pastor de la iglesia evangélica y el otro era el que tocaba la guitarra en la iglesia. La mediadora advierte que “*eso es algo muy sentido*”. Explica que “*el hecho de pertenencia, o sea, la cuestión de la pertenencia en un indígena, bueno, para todos, a todos nos pasa, pero ellos que están tan vulnerabilizados, la cuestión de la pertenencia, porque no se respeta ni el espacio físico, ni la cultura, ni el idioma, ellos se ven atacados constantemente, en esto de no poder ser como son tal cual son. Muchas veces para conseguir un trabajo dicen que son criollos, no dicen que son*

indios, porque sino no consiguen el trabajo, o sea, los hijos cuando vienen a vivir acá ya no hablan el idioma, hablan castellano, ya no les enseñan ni les transmiten la cultura y es una cuestión de supervivencia. Entonces todo lo que se juega en la cuestión de pertenecer, de seguir perteneciendo en lo social tiene mucho peso. Y a veces las iglesias lo que dan es esto. En el norte es otra la realidad. Las iglesias son una continuidad de la sociedad autóctona. Sigue existiendo el chamanismo, siguen existiendo un montón de cosas y la iglesia lo que les da es una pantalla para no ser excluidos, para que la gente no les tenga miedo. Acá lo que les da la iglesia es pertenencia. Ya pertenecen a un grupo y son respetados, tienen un lugar un espacio. El pastor con más razón. Y el que toca la guitarra también, es otro líder, es otra figura. Y ahí se veían afectados los dos en ese conflicto. ¿Cómo un pastor va a resolver sus conflicto a las piñas y termina preso? No puede ser. ¿Qué va a decir después en el culto a los demás? El tipo se veía afectado. Y el otro había empezado a ser mal visto, el que tocaba la guitarra, y fue el expulsado de la iglesia. Había sido expulsado. Era el que se llevaba la peor parte” La mediadora decide profundizar en este tema y pregunta: “¿Qué pasa con la sociedad envolvente en Rosario? ¿Cómo vivían? ¿Cómo sentían esto de ser mirados con desconfianza? ¿Qué les pasaba a ellos de tener una fuerza de estar juntos en esto, de poder sostenerse?. Y entonces te das cuenta como ambos se veían afectados en esto, el ser cuestionados por el entorno, esa fue una perlita a favor de que la cosa se resolviera de otra manera.

El resultado fue que terminaron pidiéndose disculpas mutuamente y dijeron que eso lo querían hablar en el culto. Por lo tanto, el sábado siguiente iban a tener una celebración religiosa, las celebraciones religiosas entre los indígenas son muy interesantes –explica la mediadora- son muy fuertes. Y ellos iban a hablar sobre esto de resolver los conflicto hablando y evitando la violencia”.

En palabras de la mediadora “Lo interesante es que en la mediación también pudieron reflexionar en lo que pudo haber surgido del conflicto en sí. ¿Qué los llevó a los chicos a estallar de esa manera? Y se llegó a la conclusión que es la incomodidad. Están acostumbrados a una cosa y acá se tienen que ajustarse a otra completamente diferente. Desde el espacio físico de no tener, de venir del monte, del espacio amplio, a tener que vivir en una casa, con un vecino próximo. Desde eso, hasta tener que lidiar con el ser mal visto, la mirada del otro, la discriminación. Todo eso torna la vida de la gente de manera muy jodida. Los chicos van tomando también otro modo. Otros modos que no son propios de la cultura, del modo de tratarse y de vivir”.

La mediadora explica que en las comunidades del monte no hay violencia, no existe la violencia, *“se notan esos desajustes de violencia e incluso de consumo de alcohol sobre todo, no tanto de droga, pero sí de alcohol, de alcoholismo, en las comunidades muy cerca de las ciudades, por ejemplo de la ciudad de Formosa, ahí sí ves en los pibes jóvenes alcoholismo y mucho. Tienen un montón de tentaciones en la ciudad a las cuales ellos no pueden acceder, ni siquiera en la educación, muchas veces porque no tienen cómo, recién ahora hay unos pocos que han podido terminar la facultad, pero contados. Muchos no llegan, no terminan el secundario directamente. Generalmente abandonan en los primeros años del secundario, terminan el primario, hacen primero, segundo año y ahí abandonan. Y después todo lo que tenga que ver con el esparcimiento. Se están haciendo cosas en algunos lugares. Alternativas para que los chicos puedan tener un lugar donde escuchar música, bailar, conocerse. Porque no los dejan llegar a un bar, a un boliche, a un baile, no los dejan entrar. Y todo eso suma violencia. Y acá pasa lo mismo. Ven un montón de cosas que no son accesibles. Ni de comprarse lo que necesitan, ni de estudiar, ni de desarrollar una actividad que quieran. Es la nada de la nada”*.

La mediadora considera que todo tiene que ver con el tema de la pertenencia. La necesidad de pertenecer a un grupo social, es una necesidad básica más o menos: *“Para estos chicos es distinto. Los que viven en las periferias de las ciudades con los que todavía siguen conservando su cultura no tiene nada que ver. Es otra lógica, es otra cabeza. Vos ves que la gente es mucho más sana en las comunidades de monte, en las que siguen todavía perteneciendo a su grupo, es todo mucho más saludable”*

También explica que en las comunidades del monte los roles son distintos a los nuestros en todo, son roles bien definidos. *“El rol de la mujer es el de transmitir la cultura, muchas de las mujeres no hablan castellano, pero tienen muy fuerte el transmitir la cultura, el idioma y todas las costumbres a los chicos. El hombre es el que tiene la relación hacia afuera y se les da mucho valor a los ancianos. Los ancianos son lo que tienen la palabra. Cuando se hacían las asambleas cuando se estaban logrando los títulos de las tierras, parecía que la mujer tenía un rol inferior porque los que hablaban eran los hombres, pero cuando se estaba debatiendo algo importante, vos escuchabas una vieja por ahí hablar en su idioma, que no entendías lo que estaba diciendo, y se hacía todo un silencio, hablaba la vieja nada más y la cosa cambiaba. La palabra del anciano es muy importante. Los conflictos generalmente se resuelven entre los ancianos. Los ancianos por lo general son dos o tres familias, son clanes*

que conviven en la misma comunidad y cada grupo tiene sus líderes, jóvenes y ancianos, los ancianos o tienen un rol de chamanes o caciques, tienen roles importantes los viejos, los jóvenes son lo que más tienen contacto con el hombre blanco, son los que van a hacer los trámites al ministerio y ese tipo de cosas, son los que saben leer y escribir, entonces por lo general tienen otros roles, pero ellos escuchan primero lo que dicen los viejos.

Y toda esa estructura en la ciudad desaparece. Además las comunidades que están en las periferias, la gente dice "barrio toba" pero vienen de Formosa, de Chaco, no se conocen entre sí. Incluso hay Pilagá que es otra etnia que no tiene nada que ver, que es otro idioma, otra cultura. También hay mocovíes, que son todos de la misma rama lingüística, son todos Qom, pero hay diferencias.

Con respecto al espacio de mediación como ámbito más flexible y permeable para la incorporación de otros valores para resolver conflictos la mediadora cree que *“el tema es que hay que conocer, cualquier mediador no puede intervenir. El mediador si está bien formado puede con cualquier clase de mediación, pero no si es necesaria una formación especial, pero quizás sí un conocimiento específico... no se... el idioma, no cualquiera sabe que el tema de la religión es fundamental... En un conflicto intercultural el desafío que significa para el mediador es poder entender que es otra cosmovisión, más allá de los prejuicios, cómo saber dónde está lo importante, cómo poder detectar datos importantes”.*

Desde la perspectiva de la mediadora *“las barreras del idioma y de lo cultural”* son las más fuertes ya que es un modo diferente de ver el mundo, de ver las cosas. Es muy necesario por parte del mediador el ejercicio de despojarse de sus propias ideas y poder indagar. En el cierre de la entrevista remarca la necesidad fundamental que el mediador haga mucho trabajo consigo mismo: *“Yo creo que hay que hacer mucho trabajo con uno mismo. Muchas veces metes la pata”.*

Caso 4

Este caso involucró a la comunidad toba y se inició por un reclamo a través de la ley 10.000. La Cámara de apelaciones debía dirimir si era o no pertinente la aplicación de la ley 10.000 y derivó el caso a mediación.

Al realizar la mediación fueron todos los involucrados lo que llamó la atención de la mediadora. Destaca que *“Los chicos no hicieron berrinches, no hicieron ruido, no hicieron lío, no quedó nada sucio, no quedó nada destrozado, no quedaron chicles*

pegados en la butacas, nadie salió gritando mamá quiero algo, típico de nuestra cultura. Estuvieron impecables realmente, cosa que nos causó admiración”.

Estuvieron hasta las nueve de la noche, redactaron un acta acuerdo que el Fiscal se comprometió a llevar y leer, y se fijó una fecha en secretaría judicial.

El caso fue por una intoxicación por una comida en mal estado. La mediadora consideró su intervención como una buena experiencia y expresó:

“se trataron muchos otros temas, estuvo muy buena. A mí me hubiera gustada llegar un poco más lejos, no me acompañaron en la idea, era justo un año electoral, surgieron muchas necesidades de parte de la comunidad, plantearon puntualmente la situación de discriminación que padecían”

Fueron muchas personas las intoxicadas pero inicialmente no hubo reclamos, hubo un primer grupo que reclamó y que fue indemnizado, y un segundo grupo decidió acudir al servicio de mediación. La mediadora comenta que en la mediación ellos pudieron contar la situación que habían vivido y pudieron plantear otras situaciones. Por ejemplo, el haberse intoxicado trajo a la luz el tema de la comida. Ellos decían que sus hijos eran alimentados con comida que a los chicos no les gustaba porque era una comida diferente a su dieta habitual. Y que esa comida estaba realizada por una "criolla". Explica que les costó mucho utilizar ese término, *“les costó mucho sacar la palabrita”*. Y también surgió el tema de que en los dispensarios tenían como otra lista de pacientes, como si fuera un cupo para ser atendidos. La mediadora no queda del todo conforme con el resultado de la mediación *“no llegamos a ese plano que me hubiese gustado llevarlo, porque tendríamos que haber llegado al municipio”* pero sí resalta que si bien en la mediación no se llegó a un acuerdo sí sirvió para *“trasladar todas esas inquietudes”*. Hubo una propuesta y una reparación. La Fiscalía terminó proponiendo algo. Al respecto la mediadora expresa: *“Sé que hubo una reparación mínima y no les exigieron la cuestión probatoria, porque no había pruebas de la intoxicación total”*.

Con respecto al idioma cuenta que fue muy particular, porque *“al principio la voz cantante era de un hombre, él era el que más interactuaba con ellos, y después empezaron a hablar las mujeres, empezaron a tener voz y cuando él se movía o quería decir algo ellas quería hablar”*.

Finalmente, comenta un hecho más que anecdótico: *“ocurrió algo muy particular, en un momento habló un hombre y todos empezaron a gritarle cosas, a esa persona en el idioma de ellos. Yo realmente no entendía y se armó como una discusión. Y resultó*

que esa persona era mocoví. Era como un "infiltrado" y se enojaron porque ellos no lo consideraban un vocero, porque este hombre dijo: "lo que ellos en realidad quieren decir..." se presentó como un "traductor" y causó mucho enojo. Después me enteré que era mocoví, que era de otra comunidad. Entonces no lo consideraban idóneo para plasmar sus problemas".

Palabras finales: abriendo paso a futuras reflexiones

Fue la intención de esta tesis plantear y desarrollar los desafíos que el reconocimiento de distintos focos de juridicidad implica en el mundo del derecho y en la problemática del acceso a la justicia.

Para ello, en el primer capítulo se ha interpelado al discurso hegemónico sobre los Derechos Humanos desde una perspectiva crítica e intercultural, estableciendo cuáles son los límites de los Derechos Humanos al momento de resolver disputas y conflictos que pueden denominarse “interculturales”. Se han analizado los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que significan un avance en el tema y que sirven como herramienta de interpretación para el reconocimiento de los derechos de las personas y pueblos indígenas y migrantes.

En este sentido se ha sostenido la necesidad de adoptar una perspectiva crítica e interdisciplinaria para abordar la problemática que manera que se pueda realizar un análisis científico de la misma.

Se ha tomado distancia de las concepciones positivistas e iunaturalistas y se han definido a los Derechos Humanos como procesos culturales inacabados. Se ha presentado el cambio de paradigma en el mundo jurídico y se ha utilizado el concepto de pluralismo jurídico como herramienta analítica puesta al servicio tanto del análisis de la sociedad como punto de anclaje para la construcción de diálogos interculturales.

En el segundo capítulo se ha establecido primeramente que el acceso a la justicia es un derecho humano y las implicancias que significa su reconocimiento como tal.

Asimismo, se han desarrollado las implicancias y problemáticas del acceso a la justicia de las personas y pueblos indígenas y migrantes, estableciéndose cuales son los nuevos desafíos que deberá asumir la justicia.

De esta manera se ha planteado la hipótesis de que los sistemas de mediación generan espacios de diálogo donde resulta más permeable el reconocimiento y ejercicio de los derechos culturales. En este sentido se han desarrollado los distintos modelos de mediación existentes profundizándose en el modelo transformativo ya que es el que se considera más idóneo al momento de gestionarse conflictos interculturales.

Finalmente en el tercer capítulo se analizan, a la luz de los conceptos desarrollados en los capítulos anteriores, los servicios de justicia y de mediación en la ciudad de Rosario a través de un registro etnográfico de los mismos.

De esta tesis surge que en principio es muy escaso el contacto entre los servicios de justicia y las comunidades indígenas y migrantes que viven en la ciudad.

De los relatos de los jueces se puede entender que hay un déficit en la formación sobre temas vinculados con interculturalidad y derecho en las carreras de grado, al mismo tiempo que la justicia no está organizada como para poder garantizar traductores u otros actores sociales en los juicios tradicionales.

De la misma manera dichos relatos dan cuenta de la desconfianza que existe en los ámbitos judiciales con otras formas de resolución de conflictos o disputas.

Con respecto a los sistemas de mediación lo primero que salta a la vista es la existencia de una gran concentración de los mismos en el centro de la ciudad.

Como se desprende del mapa de geolocalización, sólo existen cinco espacios donde mediar cerca de las periferias de la ciudad, que funcionan dentro de los centros municipales de distrito, y el servicio se presta una o dos veces por semana.

Además, en principio no está prevista la mediación en territorio, lo cual es altamente preocupante

Si bien es cierto que la flexibilidad que la mediación en sí misma supone habilitaría la posibilidad del trabajo en territorio, las mediaciones en principio se inician a pedido de los particulares y los mediadores, en principio, trabajan en y desde sus propios centros de mediación, lo cual implica el traslado de las personas hacia los mismos. Preocupa además, que tampoco exista un trabajo en red entre los distintos centros de mediación y otras áreas del estado para abrir la posibilidad de responder con políticas públicas frente conflictos sociales que se ven atravesados por múltiples factores.

Al considerarse la mediación como un espacio para la generación de diálogos a través de los cuales se puedan reconocer e incorporar costumbres y derechos de las distintas comunidades al momento de resolverse un conflicto en el cual se vean involucrados, resulta interesante la conformación de un equipo que se avoque al trabajo en territorio, que pueda tejer redes con el estado y que esté así mismo compuesto tanto por profesionales como por referentes zonales y territoriales, a los fines de dar respuestas integrales a los distintos conflictos que pudieran surgir.

En este punto resulta necesario retomar a Daniel Mato (2007) que explica que la negación de la condición pluricultural propia de todas las sociedades latinoamericanas constituye un significativo lastre histórico que implica nuestra ignorancia acerca de nosotros mismos.

Esta situación afecta también la producción, circulación, apropiación y aplicación de conocimientos. Por tal motivo, cualquiera que sea la vía de solución de conflictos interculturales debe darse a través del diálogo y la colaboración intercultural. Sin colaboración intercultural será imposible comprender los significativos aspectos históricos, jurídicos, políticos, económicos, sociales y culturales de nuestras sociedades.

Para incorporar un sistema de mediación intercultural en la ciudad sería interesante valorar tanto las costumbres de las comunidades indígenas y migrantes como las percepciones que ellas tienen sobre el derecho estatal.

Ambas consideraciones deben contemplar la importancia de la lengua materna en los procesos de socialización y construcción de sentidos de pertenencia endogrupales como, también, la importancia de los ancianos, pastores evangélicos y otros actores sociales en los procesos de resolución de conflictos intraétnicos. (Rodríguez, Vennera, Gómez: Ob. Cit)

En el ámbito de la resolución de conflictos, las leyes escritas en los códigos del derecho estatal no se perciben como garantía de protección de sus derechos. En tal sentido, los modos de pensar de la tradición oral otorgan un gran poder a la “palabra hablada”. Para las sociedades orales el lenguaje es acción, hecho, acontecimiento. Por tal motivo, cuando los conflictos involucran segmentos de la sociedad regional que no pertenecen a la comunidad **-conflictos interétnicos o interculturales-**, la práctica de la mediación intercultural posibilita instaurar un espacio de diálogo debido, precisamente, al peso sustantivo de la oralidad en las mencionadas instancias de regulación intracomunitaria.

En el horizonte de la interculturalidad la mediación lingüística-cultural propone desafíos adicionales. En este marco, la mediación va más allá del ejercicio de traducción de palabras, debe abrirse a los ámbitos de la comunicación no verbal donde cobran significados los silencios, el lenguaje gestual y las posiciones de los cuerpos. La capacidad del mediador para desarrollar una actividad de traducción e interpretación cultural es clave para facilitar la interacción comunicativa. (Rodríguez, Martínez: Ob. Cit.)

Considero que la investigación realizada puede contribuir a instaurar vínculos entre los distintos órganos del estado, los servicios de mediación y el poder judicial de la provincia de Santa Fe a los fines de resolver conflictos interculturales, que a su vez pueden ser objeto de futuros análisis. ¿Cómo debe ser dicha articulación para acercar la justicia a las comunidades que se analizan y vice-versa?

Los asentamientos indígenas y migrantes en Rosario demandan políticas públicas que contemplen y respeten sus particularidades socio-culturales. En este orden de ideas la construcción del derecho al acceso a la justicia requiere de la participación de las comunidades indígenas en las instancias de toma de decisiones políticas: facilitar el diálogo intercultural redundaría en beneficio de las comunidades indígenas. Además, los resultados de las investigaciones provenientes del campo científico pueden servir como autoevaluación de las políticas implementadas. En tal sentido, un diálogo intercultural más fluido entre abogados, jueces, mediadores y miembros de estas comunidades facilitaría no sólo un mejor conocimiento de su derecho consuetudinario sino también de sus reclamos por distintos derechos sociales, reclamos compartidos por otros segmentos sociales vulnerables de la ciudad.

Bibliografía

- AAVV (1998): **Mediación en la Escuela. Resolución de Conflictos en el ámbito educativo adolescente.** Editorial Aique.
- Gardella, Juan Carlos. “Sobre la epistemología jurídica” en **Introducción a la epistemología del Derecho.** (1988). Universidad Nacional de Rosario. Dirección de Publicaciones UNR:
- Gardella, Juan Carlos. “Sobre la teoría de la argumentación” en **Introducción a la epistemología del Derecho.** (1988). Universidad Nacional de Rosario. Dirección de Publicaciones UNR:
- Gardella, Juan Carlos “Epistemología Jurídica y Derechos Humanos” en **Introducción a la epistemología del Derecho.** (1988). Universidad Nacional de Rosario. Dirección de Publicaciones UNR:
- Giménez Romero, Carlos (2001). “Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural” en **Revista Migraciones** N° 10. Universidad Pontificia de Comillas. España
- Giménez Romero, Carlos (2002). **Planteamiento multifactorial para la mediación e intervención en Contextos multiculturales. Una propuesta metodológica de superación del culturalismo.** Publicado para el III Congreso sobre la Inmigración en España. Granada.
- Giménez Romero, Carlos (2005). “Convivencia: Conceptualizaciones y sugerencias para la praxis” en **Puntos de Vista: Cuadernos del Observatorio de las Migraciones y de la Convivencia de la Ciudad de Madrid.** N°1. Año I. (pp.5-31).
- Kelsen, Hans. **Teoría Pura del Derecho.** Eudeba. 4° Ed. 3° Reimpresión. Marzo 2005. 1° Ed. 2005.
- Kunz, Ana y Cardinaux, Nancy. **Investigar en Derecho.** (2016). Eudeba. 1° Ed, 1° Reimpresión marzo 2016. 1° Ed. 2015.
- Lista, Carlos A. “Prólogo” en **Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas.** (2010) Compiladoras: Haydée Birgin y Beatriz Kohen. 1° Edición. Editorial Biblos. Buenos Aires.
- Mato, Daniel (2007). “Valoración de la diversidad y diálogos de saberes par la construcción de sociedades más gratificantes: Una mirada desde América

Latina” en **Puntos de Vista: Cuadernos del Observatorio de las Migraciones y de la Convivencia de la Ciudad de Madrid**. N° 12. Año III. (pp.5-24).

- Robles, Diego Américo. “El concepto de Acceso a la Justicia: Evolución, Vigencia y Actualidad” en **Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas**. (2010) Compiladoras: Haydée Birgin y Beatriz Kohen. 1º Edición. Editorial Biblos. Buenos Aires.
- Rodríguez, Graciela. (2015) “El pluralismo jurídico: debates y contextos” en **Policromias da direnca. Inovacoes sobre Pluralismo, Direto e Intetculturalidade**. Juruá editora. André Leonardo Copetti Santos, Nole Bernardo Hahn, Rosangela Angelin coordinadores. Curitiba.
- Rodríguez, Graciela. (2015) “Perspectivas socio-antropológicas sobre el campo del derecho y la justicia” en **Revista Direitos Culturais - RDC**. Vol. 10 - nº 22/2015 - p. 64-80.
- Rodríguez, Graciela. (2015) “Del “Crisol de razas” al Pluralismo Cultural el giro Discursivo y Político del Estado Argentino y su Impacto en los Pueblos Originarios” en **Revista Direitos Humanos E Democracia**. Editora Unijuí. Año 6 nº 6. p. 51/71
- Rodríguez, Graciela. Martínez, Ruben. (2010) “Una mirada socio-jurídica en torno a los derechos consuetudinarios de los aborígenes” en **Libro homenaje a Juan Carlos Gardella**. Editorial librería Juris. Rosario.
- Rodríguez, Graciela (2006): “Notas sobre el pluralismo jurídico desde la antropología y sociología jurídicas” en **Papeles de Trabajo**, Nro. 14. Entidad Editora: Centro Interdisciplinario de Ciencias Etnolingüísticas y Antropológico-Sociales. CICEA. Universidad Nacional de Rosario (pp. 207-222).
- Rodríguez, Graciela y Martínez, Rubén: (2012) “La práctica de los Derechos Humanos a través de las instancias de mediación”. Ponencia presentada en el XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica: “Debates socio-jurídicos en torno a los cambios sociales en Latinoamérica”. Viedma, Universidad Nacional de Río Negro -Sede Atlántica- y SASJU, del 8 al 10 de octubre de 2012.
- Rodríguez, Graciela; Vennera, Julia y Gómez, Matías (2011): “La Mediación Intercultural: un espacio de interpelación a los Derechos Humanos. Reflexiones a partir de estudios con comunidades indígenas en la ciudad de Rosario”.

Ponencia presentada en el XII Congreso de Sociología Jurídica y II Latinoamericano de Sociología Jurídica. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. Universidad Nacional de La Pampa y Sociedad Argentina de Sociología Jurídica -SASJU-, 3, 4 y 5 de noviembre de 2011

- Sanchez Morales, Julieta. Derechos de los Migrantes en el Sistema Interamericano de DDHH. **Colección Sistema Interamericano de DDHH.** Comisión Nacional de DDHH. México.
- Sousa Santos, Boaventura de. (1998) **La Globalización del Derecho.** Traducción Cesar Rodríguez. 1º Edición. Editorial ILSA. Bogotá. Colombia.
- Sousa Santos, B. (2006): **De la mano de Alicia**, Editorial Uniandes, Argentina.
- Sousa Santos, B. (2010): **Para descolonizar Occidente**, Editorial CLACSO, Argentina.
- Suárez. Marinés (1996): **Mediación. Conducción de disputas, Comunicación y Técnicas.** Buenos Aires, Editorial Paidós.
- García, Marina. (2011) **Pensando las migraciones desde el Sur. Reflexiones, detalles y estrategias sobre la experiencia migratoria reciente en la región de América del Sur. Red de Posgrados.** Número 11. CLACSO. Buenos Aires. 2011.
- Wlasic, Juan Carlos. (2011) **Manual Crítico de Derechos Humanos.** Segunda Edición. La Ley. Buenos Aires.
- Wolkmer, Antonio Carlos. (2008) **Pluralismo jurídico: la semilla cosmopolita en el pensamiento crítico iberoamericano. ¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos.** 1º Edición. Editorial DYKINSON, España.
- Wolkmer, Antonio Carlos. (2003) **Introducción al pensamiento jurídico crítico.** 1º Edición. Editorial ILSA, Colombia.