



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

SOCIOLOGIA GENERAL Y DEL DERECHO

PLURALISMO JURIDICO

**DRA. ELIANA PRIVITERA
2020**

Pluralismo Jurídico

Coexistencia de diversas maneras de regulación de las conductas y prácticas jurídicas.

“... negación del Estado como fuente única y exclusiva de todo derecho. Se trata de una visión antidogmática e interdisciplinaria que aboga por la supremacía de fundamentos ético-sociológicos sobre criterios técnicos-formales. Se minimiza o excluye la producción normativa formal del E y se prioriza la multiforme de contenido concreto generada por instancias, cuerpos o movimientos organizados semi-autónomos que componen la vida social” (Wolkmer, A. Pluralismo jurídico. Fdmtos de una nueva cultura del derecho, 2006)

Antecedentes

Mundo medieval: descentralización territorial y multiplicidad de centros de poder configuraron en cada espacio social un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes.

“En los siglos XII y XIII, en Europa, coexisten jurisdicciones eclesiásticas, los tribunales de cristiandad, y diversas jurisdicciones laicas, la justicia del rey, las justicias señoriales, las de los municipios (de las ciudades), las de las corporaciones, las del comercio.

*La jurisdicción del señor justiciero sólo se ejerce sobre sus vasallos y sobre todo aquellos que residen en sus tierras (ya que los vasallos nobles, los hombres libres no nobles y los siervos están sometidos a reglas diferentes). En los inicios, el rey sólo tiene jurisdicción sobre el territorio real y sólo tiene poder de decisión en los juicios entre sus vasallos directos y los habitantes de sus propios señoríos; pero, **la justicia real poco a poco se va "insinuando" en toda la sociedad.** Aunque no resulte de un propósito, menos aún de un plan, y aunque no sea objeto de ninguna concertación entre quienes se benefician de él, en particular del rey y los juristas, el movimiento de concentración se oriente siempre en una misma dirección, y **se crea un aparato jurídico.**”*

(Bourdieu, P. Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción. 1997)

Norberto Rouland sitúa cuatro manifestaciones legales: un “**derecho señorial**” fundado en la función militar; un “**derecho canónico**” que se basaba en los principios cristianos; un “**derecho burgués**” apoyado en la actividad económica y por fin, un “**derecho real**”, con pretensiones de incorporar a las demás prácticas regulatorias en nombre de la centralización política (ROULAND, N. Anthropologie juridique. París, 1988)

La estatización del Derecho se efectivizará, en Europa, con el surgimiento de la racionalización política centralizadora y la subordinación de la justicia a la voluntad estatal soberana.

Siglos XVII y XVIII, el absolutismo monárquico y la burguesía victoriosa emergente desencadenan el proceso de uniformización burocrática que eliminaría la estructura medieval de las organizaciones corporativas, así como reduciría el pluralismo legal y judicial.

Algunos científicos sociales



- Durkheim Frente a la teoría del contrato social estructurará su explicación del derecho como fenómeno de solidaridad (mecánica y orgánica). Lo jurídico resulta una manifestación de las condiciones sociales existentes.
- Radcliffe-Brown, sin negar la idea de solidaridad durkhemiana, entiende que las normas dependerán de la estructura social; la cual es definida como conjunto de pautas entre individuos y grupos
- Malinowski derecho asociado a la idea de control social, el derecho definido por su función y no por su forma.

La función del derecho es mantener el orden social, el cual puede encontrarse en pautas regularizadas de comportamiento concreto. Así, el derecho son abstracciones de pautas concretas de comportamiento que resultan del orden social. De esta forma el derecho es tan plural como la sociedad misma.

- Eugene Elrich “derecho viviente” surge de la cotidianeidad de una sociedad, el derecho no es sinónimo de centralismo estatal.

El derecho ordena cada tipo de asociación humana y a partir de estas asociaciones se producen normas de control social desde las cuales surge el derecho.

Elrich **distinguió el derecho vivo de aquel contenido en las proposiciones normativas** que resultaban aplicadas por las cortes. El derecho era en cambio la práctica de lo que la sociedad denominaba derecho.

A partir de las décadas del sesenta y setenta SXX se analiza al derecho desde una perspectiva diferente de la denominada centralismo jurídico.

Boaventura de Sousa Santos

Estado, Derecho y luchas sociales (Bogotá, 1991)



- En las dos últimas décadas (del SXX), la investigación sobre el pluralismo jurídico llamó nuestra atención sobre la existencia de derechos locales en las zonas rurales, en los barrios urbanos marginales, en las iglesias, en las empresas, en el deporte, en las organizaciones profesionales.
- Se trata de formas de derecho infraestatal, informal, no oficial y más o menos consuetudinario. Más recientemente aún, la investigación sobre los intercambios económicos internacionales permitió detectar la emergencia de una nueva *lex mercatoria*, un espacio jurídico internacional en que operan diferentes tipos de agentes económicos cuyo comportamiento es regulado por nuevas reglas internacionales y relaciones contractuales establecidas por las empresas multinacionales, por los bancos internacionales o por asociaciones internacionales dominadas por unas o por otros. El capital transnacional creó, así, un espacio jurídico transnacional, una legalidad supraestatal, un derecho mundial. Este derecho es, en general, muy informal...
- **Estos desarrollos socio-jurídicos revelan pues, la existencia de tres espacios jurídicos diferentes a los que corresponden tres formas diferentes de derecho: el derecho local, el derecho nacional y el derecho mundial.**

SANTI ROMANO



Reconoce la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos que se sitúan junto al ordenamiento estatal y se interrelacionan con él de maneras diversas:

- 1º: El ordenamiento internacional, representado como entidad autónoma que trasciende la esfera de la soberanía estatal,
- 2º El ordenamiento de la Iglesia,
- 3º El ordenamiento de aquellas instituciones que el Estado ignora, así como aquellas que el Estado considera ilícitas y combate por todos los medios y,
- 4º Las instituciones privadas, entes que son reconocidos por el Estado pero que se otorgan a sí mismos un ordenamiento propio, (asociaciones, fundaciones y ordenamientos disciplinarios privados). Si la moderna Teoría del Derecho oscila, entre monismo y pluralismo, la Sociología del Derecho parece inclinarse abiertamente hacia el segundo.

Boaventura de Sousa Santos

El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica. Porto Alegre, 1988



El surgimiento del pluralismo legal reside en dos situaciones concretas, con sus posibles desdoblamientos históricos: a) **“origen colonial”**; b) **“origen no colonial”**. En el primer caso, el pluralismo jurídico se desarrolla en países que fueron dominados económica y políticamente, siendo obligados a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis (colonialismo inglés, español, portugués etc.). Con esto, se impuso, forzosamente, la unificación y administración de la colonia, posibilitando la coexistencia, en un mismo espacio, del “Derecho del Estado colonizador y de los Derechos tradicionales”, autóctonos, convivencia ésta que se volvió, en algunos momentos, factor de “conflictos y de acomodaciones precarias”

“origen no colonial” tres situaciones distintas:

En primer lugar, países con culturas y tradiciones normativas propias, que acaban adoptando el Derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político (Turquía, Etiopía etc.).

Por otro lado, se trata de la hipótesis en que determinados países, después de sufrir el impacto de una revolución política, continúan manteniendo por algún tiempo su antiguo Derecho, a pesar de haber sido abolido por el nuevo Derecho revolucionario (repúblicas islámicas incorporadas por la antigua URSS).

Finalmente, aquella situación en que poblaciones indígenas o nativas no totalmente exterminadas o sometidas a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de mantener y conservar su Derecho tradicional (poblaciones autóctonas de América del Norte y de Oceanía)

“...la experiencia jurídica contemporánea muestra la coexistencia y superposición, tanto en un mismo espacio geopolítico como en varios espacios jurídicos entremezclados, de varios órdenes jurídicos autónomos y relativamente autónomos. Se trata de formas porosas de Derecho constituidas por una multiplicidad de redes o mallas de órdenes jurídicos en continuo cambio y adaptación a las contingencias de la vida social y de los grupos y comunidades sociales. De tal manera que el sistema jurídico (nacional e internacional) adquiere la conformación interna poli-sistema jurídico, de conformación altamente heterogénea y fragmentada, como corresponde a las sociedades complejas, en su interior, y en un medio ambiente externo (sólo en sentido metafórico) de la sociedad de la globalización donde se interpenetran y articulan, de modo formal e informal, distintos órdenes jurídicos potencial o realmente autónomos.”

(José Luis Pérez Monereo, "Estudio preliminar. Pluralismo jurídico y derecho social: La Sociología del Derecho de Gurvith" en *Elementos de Sociología Jurídica* (Granada: Comares, 2001)

Desde la Antropología Jurídica

Pluralismo jurídico clásico: referido a los análisis de los procesos de colonización europea.

Nuevo pluralismo jurídico: los ordenamientos normativos plurales se encuentran prácticamente en todas las sociedades, se interesa por la **relación entre el sistema jurídico oficial y otras formas de ordenamiento de la conducta con las que se conecta**, pero que son dependientes y están separadas de él al mismo tiempo. El nuevo pluralismo jurídico intenta conceptualizar una relación más compleja e interactiva entre las formas oficiales y no oficiales de ordenación. Contempla formas plurales de ordenación que participan en el mismo campo social.



- En el contexto latinoamericano, los estudios sobre pluralismo jurídico desde la perspectiva de la Antropología Jurídica refieren a las prácticas jurídicas de pueblos indígenas, comunidades campesinas y comunidades negras.
- Se investiga la pluralidad cultural en los centros urbanos, en particular en los “barrios marginales”.

Hoekema ("Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario")



- Distingue dos formas de pluralismo jurídico interno:
- **Pluralismo jurídico social**, se presenta cuando el derecho oficial no ha reconocido los distintos ordenamientos socialmente presentes,
- **Pluralismo jurídico formal**, que surge en aquellos casos en los que el Estado reconoce la existencia de distintos sistemas jurídicos.

Pluralismo jurídico, POSICIONES



Griffiths, Afirma que el pluralismo jurídico es una propiedad de un campo social y no de un sistema jurídico concreto; los campos sociales semi-autónomos son los lugares en que se verifica la producción jurídica: un mismo sistema jurídico no puede ser plural.

Así, el pluralismo jurídico en sentido fuerte, es decir, el auténtico pluralismo jurídico, se genera cuando se puede verificar la presencia dentro de un grupo social de múltiples órdenes legales, en donde la existencia de un orden legal separado conlleva a la existencia de una regla de reconocimiento distinta: esto es, los órdenes legales separados no son reducibles uno al otro.

Cuando dentro de un mismo sistema se incluyen normas pertenecientes a otro - como el caso del reconocimiento en contextos coloniales o postcoloniales-, se está en presencia de un pluralismo jurídico en sentido débil, el cual no es otra cosa que el ajuste de un sistema cuya ideología básica es el monismo jurídico

Arnaud, distingue dos tipos de pluralismo jurídico. El primero de ellos puede ser denominado pluralismo jurídico interno, y se presenta cuando dentro de un único sistema jurídico se pueden aplicar diferentes reglas a una misma situación. El segundo podría ser considerado como un pluralismo jurídico de tipo externo, en el que coexiste una pluralidad de diferentes órdenes legales con vínculos entre ellos.

Bonfil Batalla (Implicaciones éticas del sistema de control cultural)



En tanto que reconozcamos que en la actualidad, y seguramente durante un largo trecho en la historia, no hay grupos aislados, siempre vamos a encontrar situaciones de contacto, de relación entre grupos que tienen patrimonios culturales, identidades, culturas diferentes; pero que están relacionadas, bien sea de manera permanente por vecindad, por otras formas de articulación, bien sea incluso de manera temporal. *En situación de contacto cada grupo reclama el derecho* ... a tomar decisiones propias sobre los elementos culturales que forman parte de su patrimonio; adoptan la idea de que son ellos y solamente ellos los que tienen derecho a decidir cómo se usan los elementos integrantes del patrimonio cultural ... En la situación de contacto se presentan condiciones conflictivas...

Latinoamérica: exigencias del reconocimiento de las identidades culturales de comunidades indígenas, negras, campesinas y los pobladores urbanos marginados (movimientos sociales)



.. ese riquísimo e innegable pluralismo cultural de América Latina ha sido sistemáticamente ignorado en el diseño de los proyectos nacionales. Además, percepción y acción se entrelazan ya que como en muchos casos no ha sido ignorado, sino que ha sido percibido y calificado como un obstáculo, y por tanto, la diversidad cultural ha sido deliberadamente ocultada, reprimida y fracturada ... Los movimientos de resistencia y de reivindicación étnica por doquier y la revelación de lo frágil de las llamadas culturas nacionales, tan afanosamente montadas por la burguesía latinoamericana sobre bases ampliamente imaginarias, son solamente las expresiones más llamativas del hecho de que la diversidad cultural dista de ser algo obvio e incontrovertido (Esteban Krotz, "Visiones alteradas: ensayo cognitivo sobre vínculos entre aspectos éticos y cognitivos en las ciencias antropológicas" en Ética y diversidad cultural, comp. León Olivé México FCE 1997)

BOBBIO, Norberto

(Contribución a la Teoría del Derecho, 1980)



...la propuesta teórica del pluralismo puede ocultar tanto una **ideología revolucionaria** inserta en un orden que contribuye para la “progresiva liberación de los individuos y de los grupos oprimidos por el poder del Estado”, como una **ideología reaccionaria** interpretada como “un episodio de la desagregación o de la sustitución del Estado y, por lo tanto, como síntoma de una eminente e incomparable anarquía”...

Diversidad cultural, enfoques:



- Multiculturalismo: convivencia de múltiples cosmovisiones en el espacio, ppio y valor liberal que debe ser implementado por los E democráticos. (Taylor)
- Pluralismo cultural progresista, aboga por el **reconocimiento de las culturas y por mantener la reproducción de los grupos étnicos que se encuentran en situación de marginalidad socioeconómica**. Su crítica al multiculturalismo radica en que se reconoce la diversidad cultural con el fin de incorporarla a las dinámicas predominantes del mercado y al consumo (cultura = mercancía); desconoce la marginalidad de pueblos, fomenta la desigualdad y pobreza.

Interés por la diversidad cultural surgió en EEUU

Dos limitaciones:

1º Centrar su investigación en las características y dinámicas de Norteamérica y Europa occidental.
(soslayando América del Sur, Asia, África).

2º Su frontera teórica se definió por la filosofía política hegemónica de la época: el liberalismo.

(Bonilla Maldonado, *La constitución multicultural*)

Cristalización normativa



Fin siglo XX emerge el horizonte pluralista como un nuevo modelo de gestión de la multiculturalidad. Se da en el contexto del cuestionamiento a los quinientos años del (Descubrimiento/invasión), la adopción del **Convenio 169 de la OIT**, los movimientos de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas, y las reformas constitucionales en más de una quincena de países en Latinoamérica ... El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el **reconocimiento** del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la nación... Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como el reconocimiento de derechos indígenas específicos. **El verbo que utilizan las constituciones es reconocer**, en la medida que el texto constitucional no está creando la situación de diversidad cultural sino reconociendo la misma. Lo mismo al asumir oficialmente la preexistencia de los pueblos indígenas, con lo cual se salva una negación histórica, reconoce sus derechos precedentes y abre las posibilidades de convivencia y participación democrática. (Raquel Yrigoyen Fajardo, "Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos", *El otro Derecho*, núm. 30, 2003)

Argentina, CN



Art. 75: “Corresponde al Congreso... Inciso 17: **Reconocer** la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer *concurrentemente* estas atribuciones”.

- Ley 17.722. Aprobación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, NY -EE.UU (1968). ○
- Ley n° 23.302. Ley sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes. Creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Adjudicación de Tierras. Planes de educación, salud y vivienda, 1985
- Ley 24.071. Aprobación del Convenio n° 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, 1992
- Ley **26.160**. Declaración de la emergencia por el término de cuatro años en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país. Suspensión de la ejecución de sentencias y actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras en cuestión. Relevamiento técnico-jurídico-catastral de las tierras ocupadas. Creación de un Fondo Especial para la asistencia de las comunidades indígenas, asignado al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Ley de orden público, 2006

- **Ley 26.331.** Protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos. Respeto de los derechos de las comunidades indígenas originarias del país. Uso de recursos naturales para su supervivencia. Sancionada 28 noviembre 2007. Promulgada de hecho, 19 diciembre 2007.
- **Ley 26.994. Aprobación del CCC de la Nación.**
Artículo 18: **Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano** según lo establezca la ley, sg art. 75 inc 17 CN.
- **Ley 27.400.** Prórroga hasta el 23 de noviembre de 2021 plazos establecidos en la Ley n° 26.160 que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras ocupadas por comunidades indígenas originarias, 2017

SANTA FE

- Ley 5.487. Creación de la Dirección Provincial del Aborigen, 1961
- Ley 10.375 (Adhesión Ley Nacional 23.302, 1989)
- Ley 11.078. Regulación de las relaciones colectivas e individuales de las comunidades. Creación del Instituto Provincial de Aborígenes Santafesinos, 1993
- Decreto 1.719, Reglamento para la organización y funcionamiento de las Escuelas de Educación Intercultural Bilingüe. (2005).
- Decreto 2.204/2005. Reglamentación parcial de Ley n° 11.078. Designación de miembros de la Asamblea Provincial Indígena.
- Ley 13.548. Declaración de Colonia Dolores como primera comuna de pueblos originarios, 2016.

Jurisprudencia.



- Corte Int. Ds Hs “...si es verosímil el derecho a una posesión comunitaria también lo es el derecho a exigir del Estado "medidas de cualquier índole" necesarias para asegurar los recursos de los respectivos territorios con la participación debida...”
(15/06/2005)

Sup. Trib Salta- 29/09/2006 - Causa R.J.F.



- Se abordó el **procesamiento penal de un integrante de la comunidad “Misión Wichi” de la provincia de Salta, que resultara acusado por la violación de la hija de su concubina, de 9 años.**
- El tribunal decidió por mayoría que la Cámara (tribunal de apelaciones) no había hecho mérito suficiente de la identidad cultural del imputado en relación a la acción tipificante del delito contenido en art. 72 del Código Penal
- En el voto mayoritario se expresó: El deber de motivación de las resoluciones judiciales exige que el juez efectúe una evaluación completa de la multiplicidad de datos existentes en la causa acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado. El procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo de los que hacen a su tipicidad. Los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, **lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta**”. (Del voto de los Dres. Silisque, Ayala, Posadas).

Disidencia, Dra. Garros Martínez, argumentos:

... la demandada no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso.

- El acceso carnal a menores, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuestos consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCR, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no deben dejar de aplicarse por la circunstancia de que **ambos -víctima y procesado- pertenecen a la etnia wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes** (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Int Ds Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación, y 16 de la C.N. y C.P.).
- La atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional, sin embargo, la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Si bien es importante la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, debe rechazarse con firmeza las distorsiones del llamado “Relativismo Cultural.” *La no aplicación de esta norma –art. 72 del CP- no implicaría el respeto a su cultura sino, por el contrario, la desvalorización discriminatoria de la misma al constituir un modo de impedimento al acceso a condiciones de progreso del grupo al que pertenece, única finalidad que podría justificar el reconocimiento de un “derecho distinto”* (art. 1.4 de la Convención citada). No resulta procedente la alegación de inimputabilidad si el acusado integra una comunidad que tiene una fluida comunicación con la cultura que la circunda y, además, el imputado durante parte de su vida se ha integrado al sistema educativo de esa cultura.