



Colonialidad del Derecho

Romina Lerussi¹
Romina Anahí Sckmunck²

Resumen:

En el presente artículo ensayamos algunas reflexiones en torno a lo que entendemos por *colonialidad del derecho*. En la primera parte, presentamos esta categoría a partir de la hipótesis de los legados coloniales como retóricas vigentes, término que consideramos útil en la labor socio jurídica crítica. Posteriormente, analizamos una experiencia en la Provincia de Neuquén (Argentina), referida a una Instrucción General, emanada del Ministerio Público Fiscal, de no actuar en determinados casos que involucran a integrantes del Pueblo Originario Mapuce. Esta experiencia, a nuestro juicio, constituye una acción jurídica singular que abre una posibilidad de descolonización del Estado y de devolución -como acto político- de la jurisdicción a un pueblo originario.

Palabras Clave:

Derecho, Colonialidad, Latinoamérica, Pueblo Mapuce.

Abstract:

In this article, we introduce some reflections about what we mean by *coloniality of law*. In the first part, we present this category from the hypothesis of the colonial legacies as a rhetorical concept, a term we deem useful in critical law work. Then, we analyze an experience in the Province of Neuquén (Argentina), referring to a General Instruction issued by the Public Prosecutor not to act in certain cases involving members of the indigenous

¹ Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora asistente en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET) con lugar de trabajo en el Área de Feminismos, Género y Sexualidades (FemGeS), Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Miembro del Proyecto *Zonas grises de la esclavitud femenina*, Facultad de Derecho, Universidad de Granada (España) y del Proyecto *Derecho y Control*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC). Ha obtenido becas doctorales y posdoctorales argentinas y europeas así como ha realizado estancias de investigación en España y Costa Rica. En la actualidad, su área de investigación se sitúa en el pensamiento jurídico feminista. Correo electrónico: rclerussi77@gmail.com.

² Abogada. Master en Estudios Interdisciplinarios de Género (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España). Investigadora externa del Proyecto de Investigación C109: *Colonialidad de Género y Pueblo Originario Mapuce* con sede en la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Comahue. Integrante de la Cátedra Libre de Géneros, Sexualidades y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Comahue, Río Negro – Argentina. Correo electrónico: sckmunck.romina@gmail.com

people Mapuce. This experience, in our view, constitutes a unique legal action that opens a possibility of decolonization of the State and jurisdiction back to the Mapuce people.

Keywords:

Law, Coloniality, Latin America, Mapuce people.

1. PRESENTACIÓN

La justicia y los ordenamientos jurídicos fueron dispositivos fundamentales, no sólo de la colonización española (Poloni-Simard 2003) en América, sino también de los procesos de constitución de los Estados de derecho latinoamericanos que fueron parte de las antiguas colonias españolas. En este sentido, el derecho conformó, junto a otros dispositivos, la matriz colonialista del Estado (Bidaseca 2011).

Si asumimos dicho supuesto, es decir, el de entender al derecho como discurso también de colonialidad, entonces la tarea de analizar y desmenuzar esa matriz se vuelve crucial al menos por dos razones. La primera razón es que, en tanto el fenómeno de la colonización, el derecho “marca la génesis y consolidación de unas formas de conocer occidentales, establecidas como hegemónicas y como parte de la conformación del sistema colonial del capitalismo” (Hernández Castillo 2008, p.89). Es decir, el colonialismo fue una dimensión fundante de la modernidad (Quijano 2000). La segunda razón es que los actuales desplazamientos, las migraciones y la circulación de significados (políticos, económicos, jurídicos, sociales, culturales) entre Latinoamérica y España siguen siendo productivos y continúan generando efectos, no sólo en los antiguos países colonizados, sino en España como país receptor de diásporas de migrantes procedentes de las antiguas colonias³. Por lo tanto, para desactivar la relación colonial como matriz en sus dimensiones socio-jurídicas, hay que desarticular en sus efectos las formas de poder-saber forjadas en y por la colonialidad, que aparecen como emergentes en nuestros días. Dicho en otros términos, la labor descolonial (Mignolo 2008), jurídica en nuestro caso, pasa por confrontar en los textos, las prácticas legales y normativas actuales, los fundamentos epistemológicos y políticos del derecho y del Estado como formaciones discursivas (Foucault 1970) que confirieron sus especificidades a la relación colonial española en América Latina y que hoy, desafortunadamente, parecieran seguir dando frutos.

, En el presente artículo no es nuestra intención abordar historiográficamente el fenómeno de la colonización dentro de los procesos que involucraron a España y Latinoamérica⁴. Más bien, proponemos hacer un uso conceptual/epistémico del término colonialis-

³ Sólo por mencionar un ejemplo, según la Encuesta Nacional de Inmigrantes de España del año 2007, se calcula que un 60% aproximadamente de las personas que trabajan en el sector doméstico y de cuidados son inmigrantes. Luego, en dicho año se registraron 329.791 personas inmigrantes empleadas en el sector doméstico, cifra que representa el 11% del total de inmigrantes que trabaja (sin tener en cuenta el elevado nivel de sub - registro y los problemas con las estadísticas en este campo). La mayor parte de inmigrantes que se emplean en este sector son de origen latinoamericano (60%), sobre todo de Ecuador, Bolivia, Perú y Colombia que suman el 41%. Esta información ha sido tomada de Pérez Orozco (2009), en donde pueden encontrarse datos y referencias de otros sectores laborales (el de la construcción por ejemplo), en donde la presencia de migrantes latinoamericanos en dicho país es relevante.

⁴Es importante decir que el presente artículo es parte de una primera etapa de reflexión conjunta, en la cual las autoras recuperamos parte de nuestros recorridos académicos y activistas. Dentro de ese recorrido se encuentran nuestras reflexiones descoloniales y feministas, y también el haber formado parte (una de

mo bajo la hipótesis de que existen huellas coloniales en los actuales sistemas jurídicos latinoamericanos. Huellas, vale decir, que pueden ser hilos conductores que permitan comprender y deconstruir, desde el presente, tramas más profundas. Y en ese acto, buscamos des-fundar (Marchart 2007) ciertos aspectos del derecho, en tanto que mostrar la constitución política de su base fundacional o naturaleza jurídica. En este sentido, no sería volver a un *ethos* jurídico originario (e imposible), sino más bien visibilizar, en lo conceptual y a partir de abordar una experiencia singular, marcas de distancia – diferencia en el Estado entre la lógica del derecho estatal y la del derecho indígena en su hibridez constitutiva⁵.

Es en esta trama desde donde hablamos de *posibilidad* de descolonización, como un acto político de des-fundación del Estado desde una praxis legal indígena reconocida en y por el mismo. Y, a su vez, es esa misma praxis la que lo reconfigura cada vez. Si entendemos que el concepto de lo colonial implica una cierta idea de Estado, y que ambos son conceptos políticos, no hay razón para suponer que un gesto de descolonialidad no involucra también al Estado, incluso poniendo límites no sólo al derecho indígena sino al propio derecho estatal; inclusive, ambos derechos poniendo límites al Estado⁶. El hecho de que haya límites al mismo derecho indígena no quita valor descolonial a la praxis legal indígena (a no ser que se suponga que existe algo así como “lo colonial” o “lo descolonial” a secas)⁷.

Finalmente y en este marco, hacemos dos indicaciones. Una primera, es la referida a qué se entiende por derecho en este texto. Sostenemos que el derecho conforma todas “las normas jurídicas aplicadas, los argumentos que la gente emplea [respecto de esas normas] y los procesos de razonamiento por medio de los cuales se crean y aplican las normas” (Kennedy 1987, p. 405). Es decir, asumimos que el derecho excede a la norma positiva (y a sus creadores y operadores) en tanto incluye lo que la gente hace/dice con las normas en sentido estricto (o la norma escrita entendida como *norma agendi*)⁸. Lo anterior supone entonces la existencia de una multiplicidad de juridicidades (Santos 2009) que no son sólo las legales - estatales. Es justamente en este plano en donde se despliegan las normas que conforman lo que se denomina derecho indígena y que adquiere particulares características de acuerdo a la comunidad de que se trate y a su contexto. Es decir, entendemos que el derecho estatal es un discurso con autonomía relativa respecto de otros discursos

nosotras) del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI) de Neuquén (Argentina), organización cuyo objetivo principal fue la defensa jurídica y promoción de los derechos del Pueblo Mapuce.

⁵Quizás el término derecho indígena no es el más adecuado. En la actualidad es frecuente el uso de la expresión “derechos humanos de pueblos indígenas”, criticados desde varios sectores y utilizados estratégicamente por otros. Tal vez un término más preciso para nombrar la praxis legal indígena es el de justicia indígena. De momento dejamos planteado este problema.

⁶De lo dicho se infiere la importancia –al menos en este texto y desde las perspectivas en las que nos situamos- de distinguir entre Estado y derecho estatal. De asimilar estos términos, no tendría sentido pensar en una justicia indígena reconocida en y por el Estado. El caso boliviano es paradigmático, allí la organización, participación y las resistencias de los pueblos indígenas han sido en el Estado, reconfigurándolo cada vez.

⁷En este sentido, más que pensar en una interlegalidad, nos parece adecuado hacerlo en los términos del pluralismo jurídico tal como lo plantea Santos (2009).

⁸Vale decir que cuando Kennedy (1987) habla de “los argumentos que la gente emplea”, el término “gente” puede ser entendido al menos de dos formas: a) gente en sentido general, es decir, la comunidad o la sociedad; b) gente “autorizada” para dar argumentos jurídicos, por ejemplo, los/las doctrinarios/as. Por el tono de la entrevista, entendemos que el autor la emplea en el primer sentido, que es el que utilizamos en el presente texto.

sociales, con sus propios mecanismos de creación, aplicación, validación, tecnologías, incluso con su propia gramática. Aún más, es por cierta sublimación de esa autonomía relativa que el derecho estatal ha llegado a transformarse en uno de los dispositivos más poderosos en las sociedades modernas. Pero, a su vez, el derecho estatal convive con otras formas de normativización comunitarias que no están afuera del Estado, sino que conforman parte de lo que, en lenguaje derrideano, se denomina exterior constitutivo⁹. En fin, lo que nos interesa remarcar en la insistencia de ir más allá de la pura legalidad estatal, aunque sin prescindir de ella, es precisamente la *intimidad de alcoba* que existe entre el derecho y la política en la definición de lo que entendemos por una retórica colonial jurídica en el Estado. La segunda indicación es que situamos este texto dentro de los debates poscoloniales posicionadas como activistas e intelectuales feministas¹⁰.

En el presente artículo ensayamos algunas reflexiones en torno a lo que entendemos por *colonialidad del derecho*. En la primera parte presentamos esta categoría a partir de la hipótesis de los legados coloniales como retóricas vigentes, término que consideramos útil en la labor socio-jurídica crítica. Posteriormente, analizamos una experiencia en la Provincia de Neuquén (Argentina), referida a una Instrucción General emanada del Ministerio Público Fiscal de no actuar en determinados casos que involucran a integrantes del Pueblo Originario Mapuce, en el marco del reconocimiento constitucional -vía la reforma de 1994- de derechos de los Pueblos Indígenas. Por el momento basta decir que a nuestro juicio esta experiencia constituye una acción jurídica singular que abre una *posibilidad* de descolonización del Estado y de devolución -como acto político- de la jurisdicción a un pueblo originario.

Como indicación metodológica general, es importante aclarar que entendemos que la experiencia analizada no constituye una generalidad asimilable a otras. Se trata más bien de un caso particular a partir del cual se pueden pensar otros; es decir, un caso que puede abonar argumentos y preguntas para reflexionar sobre otras experiencias en la temática. Esto sigue el tono de los métodos de casos en el campo jurídico en la relación entre teoría y práctica (Goldfarb 1991).

2. COLONIALIDAD DEL DERECHO

La noción de legados coloniales es una fórmula conceptual que se utiliza para “invocar el imaginario de una herencia y para cartografiar las continuidades y discontinuidades entre las prácticas contemporáneas y las heredadas en las viejas formaciones estatales y capitalistas” (Mohanty y Alexander 1997, p.150). Así, se entiende a este legado no como una “herencia congelada sino como modos de pensar y repensar la historia y la historicidad” (Mohanty y Alexander 1997, p. 142); es decir, la historicidad entendida como continuo. Esta clave conceptual nos permite reconsiderar las herencias del colonialismo no solamente en su temporalidad específica, en tanto momento geopolítico del pasado, sino a

⁹ La noción de *exterior constitutivo* acuñada por Derrida es compleja y excede los objetivos de este texto. Sólo vale aclarar que hacemos uso de este término en la recepción del mismo que hace Butler. En sus palabras: “Un exterior constitutivo o relativo está compuesto [...] por una serie de exclusiones que sin embargo, son *interiores* a ese sistema como su propia necesidad no tematizable. Surge dentro del sistema como incoherencia, como desbarajuste, como una amenaza a su propia sistematicidad” (1993, p.71).

¹⁰ Los feminismos en general y poscoloniales en particular no son desarrollados en el presente artículo, tampoco los activismos de las mujeres indígenas organizadas. Explicitamos nuestra posición feminista como un modo (político) de situar nuestra palabra.

través del rastreo de sus huellas sedimentadas. Lo anterior nos posibilita a abordar ciertas relaciones que en el presente tiempo están produciendo nuevas colonialidades. Dicho en otros términos, aunque en sentido estricto los imperios coloniales y sus sistemas políticos no están vigentes, en la actualidad podemos reconocer algunas de sus secuelas en nuevas formas de imperialismo económico y político liderado por capitalistas neoliberales en todo el mundo (Suárez Navaz 2008). Es decir, persisten formas de colonialismo que además de dar cuenta de la realidad pasada, siguen construyéndola en el presente.

Pensar en una episteme colonial a partir de los legados coloniales en el Estado implica deconstruir las estrategias narrativas de poder a través de las cuales el derecho estatal fue instituido como discurso legitimado y legitimante sin igual (Santos 2009) en los procesos de constitución de los Estados latinoamericanos, en nuestro caso¹¹. Luego, esta tarea supone también indagar en torno a los dispositivos que produjeron una juridicidad *occidental* que instauró modalidades e instrumentos (normativos, jurídicos, fiscales, políticos) muy particulares de la relación colonial. Pero a su vez, pensar al Estado desde una episteme colonial, supone reconocer y visibilizar aquellos procesos y mecanismos de negación de otras juridicidades *no occidentales* (Virosta 2011), sencillamente porque “ningún poder se ejerce sin la extracción, la apropiación, la distribución o la retención de un cierto saber” (García 2015, p. 96). Y con esto no queremos decir que exista algo así como *lo uno* y *lo otro* de la juridicidad occidental, o que exista una juridicidad occidental. Lo que queremos insinuar es que en tanto haya reclamos, resistencias y tomas o ejercicios de derechos en el nombre de una justicia indígena situada, se puede inferir una disputa de valores acerca de qué cuenta como justicia y de los modos de ejercerla y garantizarla. Es en ese ejercicio político en donde, a nuestro juicio, emergen ciertas distancias – diferencias entre la lógica del derecho estatal y las del derecho indígena. Retomamos este punto más adelante.

En este marco, qué supone entonces entender al derecho en la matriz colonialista del Estado (Bidaseca 2011) o, dicho en nuestros términos, que implica pensarlo desde la *colonialidad* en la trama conceptual que venimos presentando¹². Pues bien, el concepto de gobernabilidad colonial de Suárez Navaz (2008) nos parece útil para clarificar un poco más algunos aspectos de estas articulaciones conceptuales. Este término refiere al modo en que el colonialismo y sus secuelas, en tanto que instrumento de gobernabilidad, fueron característicos del ejercicio del poder en la era moderna (Hernández Castillo y Suárez Navaz 2008). Dado que entendemos que el derecho estatal es también una tecnología fundamental para cualquier gobernabilidad, entendida en sentido moderno, la estrategia política de la denominada descolonización se sitúa en esa tensión entre derecho-gobierno-gobernabilidad-Estado.

Según Suárez Navaz, “la gobernabilidad colonial [en tanto que régimen de verdad en un sentido foucaultiano] instituyó como lógica de gobierno (como su legitimación) la inferioridad del 'otro' colonizado” (2008, p. 37). Como una de las dimensiones centrales que introduce la autora, respecto del concepto de gobernabilidad colonial en la producción de ese/a otro/a inferior colonizado/a, hay un aspecto en particular que nos parece interesante para pensar en este texto y es el referido a la construcción de sujetos de gobierno.

¹¹ Nos referimos a los, posteriormente, Estados que fueron parte de las antiguas colonias españolas en América.

¹² El término *colonialidad del derecho* es un significante que ha sido desarrollado a partir –y con distancias– de categorías que no abordamos en el presente artículo, a saber: la colonialidad del poder (Quijano 2000); la colonialidad del saber (Lander 2000) y la colonialidad del género (Lugones 2008).

Este término, en el contexto de la narratividad histórica de los Estados modernos, refiere a los sujetos de derecho. A partir de este planteo, hacemos dos comentarios.

Primero, desde un punto de vista antiesencialista y crítico del derecho, la noción de sujeto de derecho no refiere a la ficción que subyace a la repetida fórmula de un sinnúmero de Códigos Civiles que sostienen: “persona es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones porque, justamente, esa expresión ente parecería indicar que hay algo anterior y propio del ser sujeto de derecho que precede al sujeto construido en el cruce de las interpelaciones que provienen de los distintos niveles del discurso jurídico” (Ruiz 2000, p. 14). Los sistemas jurídicos más bien generan los sujetos que luego vienen a regular a través de sus estructuras jurídico-políticas (Foucault 1975). Dicho en otros términos, los sistemas jurídicos producen a los sujetos que más tarde representan. Es decir, la anticipación conjura al objeto/sujeto, “una expectativa que acaba produciendo el fenómeno del que se anticipa” (Butler 1990, p. 19). De lo que se sigue que los sujetos de gobernabilidad colonial que entendemos como sujetos de derecho (estatal), no son sino efectos de esas estructuras jurídico-políticas. Por lo tanto, no hay sujeto de derecho en el contexto latinoamericano -por hacer un recorte- que no sea también, y de algún modo, un efecto de la gobernabilidad colonial. Este sujeto de derecho contiene las operaciones de exclusión (exteriores constitutivos) generadas a partir de su conformación política. Y, al mismo tiempo, hay una administración desigual de las exclusiones (por poner un ejemplo, no es lo mismo ser indígena mujer mapuce que varón gay habitante de un asentamiento urbano empobrecido).

Ahora bien, en segundo lugar, la hipótesis que queremos sugerir en este artículo es que el sujeto de gobernabilidad colonial, en tanto que sujeto de derecho, ya ha sido producido como efecto de la *colonialidad del derecho*. Por lo tanto, el derecho estatal es un efecto que esconde en su aparente racionalidad y coherencia (operación retórico-ideológica), la constitución política de la matriz colonial del Estado. Es decir, no hay Estado latinoamericano que no sea de algún modo un efecto de esa matriz. Pero aún más, este efecto de colonialidad no sólo es parte de la matriz fundacional de los que luego fueron Estados latinoamericanos, sino que reconfiguraron la propia constitución de los Estados colonizadores¹³.

3. UNA EXPERIENCIA SINGULAR DE JUSTICIA MAPUCE

3.1 ANTECEDENTES Y SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL

El reconocimiento de derechos de los Pueblos Indígenas en la Reforma constitucional argentina de 1994 implicó un nuevo paradigma a nivel nacional y provincial, a través del cual el Estado estableció su relación con los mismos, al menos en lo formal y no sin ten-

¹³ El término *colonialidad del derecho* no contiene -ni tampoco debería hacerlo-, la infinidad de resistencias de los pueblos indígenas (incluido el pueblo mapuce) a largo de los últimos quinientos años. Sólo por mencionar un ejemplo contemporáneo, es interesante destacar la experiencia en Bolivia de resistencia, organización y reconocimiento de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas. En su lenguaje podemos encontrar términos como: sistema jurídico indígena, justicia indígena, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario indígena. Para ver con mayor amplitud, puede consultarse: <http://www.bivica.org/upload/sistema-juridico-indigenas.pdf>. Vale decir que el sistema jurídico indígena en Bolivia tiene reconocimiento constitucional en el artículo 30, inciso 14 de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

siones¹⁴. A posteriori, Argentina ratificó, en el año 2000, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); convención dedicada exclusivamente a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas (Berraondo López 2013)¹⁵. Años más tarde, y en los aires de la reforma constitucional, se sancionó la Ley 2.784 que dio lugar al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, sancionado en el 2012 y el cual comenzó a regir en enero de 2014. Allí se introdujeron dos artículos relevantes para el ejemplo que estamos analizando, a saber: art. 19: En los procedimientos se tendrá en cuenta la diversidad étnica y cultural; art. 109: Cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el artículo 9.2 del Convenio 169 de la OIT¹⁶.

En este nuevo marco constitucional y legal, el 29 de agosto de 2014 y como resultado de varias deliberaciones y años de demanda del Pueblo Mapuce al Estado Provincial, se estableció la Declaración de Pulmarí en la cual se resolvió que el Ministerio Público Fiscal de Neuquén (MPFN) comenzaba a reconocer la justicia indígena para resolver ciertos conflictos penales. Esta declaración y la decisión de reconocer la justicia indígena, empezaron a ser consensuadas entre los representantes del MPFN, la Corporación Interestadual de Pulmarí¹⁷ y autoridades de las comunidades mapuce de Neuquén, en diversos encuentros durante los tres meses anteriores al surgimiento del acuerdo de Pulmarí. En principio, la medida comprendía el territorio de Pulmarí, habitado por las comunidades

¹⁴*Constitución de la Nación Argentina*, artículo 75 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 comunitaria 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”.

Constitución Provincial de la provincia de Neuquén, artículo 53: “La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, y promoverá acciones positivas a su favor”.

¹⁵ En relación a la posición de los pueblos indígenas frente al discurso de “derechos humanos” cabe decir que no existen lecturas únicas. Aun siendo dicho cuerpo de derechos una creación occidental y moderna (términos que no son absolutos) en un mundo globalizado, diversos pueblos indígenas organizados han apelado a ellos estratégicamente. Esto ha sido parte de los reclamos -en instancias internacionales- a sus “propios” Estados nacionales, del cumplimiento y la real vigencia de sus derechos colectivos y ancestrales, *preexistentes* a la propia conformación como Estados (por ejemplo, para reclamar el reconocimiento de la propiedad comunitaria). Dan cuenta de ello los reclamos realizados en instancias como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la existencia de un relator especial en derechos de pueblos indígenas en el ámbito de Naciones Unidas. Esto no quiere decir que el término “derechos humanos” no sea polémico y no haya sido criticado desde diversos sectores (feminismos, ecologismos, movimientos indígenas, etcétera), tema que excede los objetivos del presente artículo. La literatura al respecto es vastísima; por el momento sugerimos Brown, Jaramillo y Williams (2003).

¹⁶ Art. 9.2 del Convenio 169 de la OIT: Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

¹⁷La Corporación Interestadual Pulmarí (CIP) fue creada en 1987 tras décadas de demandas territoriales de varones y mujeres de las comunidades indígenas de la provincia de Neuquén (Argentina). Los Estados nacional y provincial acordaron la sanción de la Ley 23.612 (nacional) y 1.758 (provincial), mediante las cuales aportaron 67.900 y 45.000 hectáreas respectivamente, para conformar el espacio territorial que comprende las localidades de Aluminé y Villa Pehuenia.

mapuce Currumil, Catalán, Aigo, Puel, Ñorquinco y Hienguihual. Así, en la mencionada declaración se estableció la necesidad de:

Reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los Derechos Humanos y del ordenamiento jurídico vigente; fomentar, a través de actividades conjuntas, el intercambio cultural; rescatar y poner en valor las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas; promover los métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y en el respeto mutuo; coordinar acciones en conjunto para articular el abordaje de los conflictos (Declaración de Pulmarí).

Según las pautas consensuadas por quienes impulsaron la iniciativa, para aplicar este reconocimiento en las comunidades se debían tener en cuenta los siguientes requisitos: 1) que el conflicto involucre sólo a miembros de comunidades indígenas reconocidas como tales por el Estado; 2) que el conflicto haya ocurrido únicamente en territorio reconocido de las comunidades; 3) que el caso no afecte gravemente el interés público (un homicidio o delitos contra la integridad sexual, por ejemplo, quedarán excluidos); 4) que la sanción respete los derechos humanos y, finalmente, 5) que el conflicto sea resuelto por una autoridad legitimada por las comunidades.

Días más tarde de la Declaración de Pulmarí se dictó una Instrucción General N° 6 del Fiscal General de la Provincia de Neuquén, específicamente el día 2 de septiembre de 2014. En la misma, se decidió hacer extensivo el contenido de la mencionada declaración a todo el territorio provincial de Neuquén. Así en su artículo segundo el Ministerio Público Fiscal indicó que:

... a los fines de respetar las costumbres y los métodos utilizados por los pueblos indígenas neuquinos para resolver sus conflictos, los/las fiscales podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla, en los términos de los artículos 106, inciso 1, segundo supuesto e inciso 5 y 109 del Código Procesal Penal, cuando se den los siguientes requisitos: 1) debe tratarse de un conflicto que interese al derecho penal; 2) que involucre sólo a miembros de comunidades indígenas reconocidas por el Estado; 3) que haya ocurrido únicamente en territorio reconocido de las comunidades indígenas; 4) que el hecho no afecte gravemente el interés público o que no involucre un interés público prevalente; 5) de aplicarse una sanción, que la misma respete los derechos humanos y, 6) que el conflicto sea resuelto o avalado por una autoridad legitimada por las comunidades indígenas (Instrucción General N° 6).

Una vez emitida la Declaración de Pulmarí y la Instrucción General N° 6 del 2014, el Ministerio Público Fiscal convocó a un equipo de investigación a fin de relevar el ejercicio de la Justicia Mapuce¹⁸. En el siguiente apartado presentamos los puntos centrales de este proceso, a partir de una entrevista realizada a una de las integrantes del mencionado equipo. Luego, introducimos algunas reflexiones, retomando las claves teóricas expuestas.

3.2 UNA ENTREVISTA

¹⁸ El equipo convocado tuvo carácter intercultural, conformado por profesionales del derecho, mediadores que son parte del Ministerio Público Fiscal de Neuquén (MPFN), participó un fiscal y la abogada Micaela Gomiz como especialista de derecho indígena. Se contó con un equipo de apoyo local indígena, quienes facilitaron las acciones en las comunidades y articularon ese trabajo en terreno. Además, se conformó un equipo audiovisual que registró el proceso y desarrolló un documental sobre la Declaración y la Instrucción General Nro. 6.

Para pensar el ejemplo singular que estamos introduciendo, entrevistamos a Micaela Gomiz, integrante del Equipo de Investigación convocado por el Ministerio Público Fiscal de Neuquén (MPFN), abogada especialista en derecho indígena y abogada de las comunidades mapuce de Neuquén, a fin de conocer en qué consistió el proceso y cuál fue la situación relevada¹⁹.

Vale aclarar que hemos decidido, en este apartado y dada la calidad de las apreciaciones, presentar literalmente extractos de la entrevista, siguiendo el estilo del análisis de casos en el campo jurídico (método de casos). Esta decisión metodológica, además, tiene el sentido de no sobre interpretar lo expresado por la entrevistada, agregando sólo algunas consideraciones aclaratorias y/o introductorias. En el siguiente apartado, nos dedicamos a reflexionar y articular esta experiencia singular a partir de las consideraciones conceptuales del texto presentadas anteriormente.

En primer lugar, en la entrevista se aclaró que el trabajo realizado fue convocado por el Ministerio Público Fiscal en conjunto con el Consejo Zonal Pehuenche y la Corporación Interestadual Pulmarí para hacer un proyecto de investigación situado en la zona Pehuenche, no en toda la provincia, con el fin de relevar, documentar y sistematizar la situación actual. Respecto a los objetivos de la investigación se destacó que, centralmente, la labor se abocó a:

Poner en ejercicio, fortalecer, visibilizar y a su vez lograr que los/las propios funcionarios/as judiciales comprendan de qué se trata y saber cuándo se está en frente al ejercicio de la justicia indígena. Entonces saber cuándo poder abstenerse de actuar y a su vez, buscar algunos elementos o instrumentos que les permitan articular esas dos justicias. La actuación de esa justicia autónoma propia y la intervención de la justicia ordinaria, sin que sea una intervención dañina, sino que logren articular soluciones de justicia.

El equipo trabajó con la modalidad de investigación - acción, en tareas de contextualización y conceptualización en gabinete y en talleres, se llevaron adelante abordajes en territorio donde participaron las comunidades y se realizaron entrevistas colectivas e individuales a personas claves. Algunas entrevistas se hicieron en la zona de Aluminé y Pehuenche, a diversos actores, incluso no mapuce, y a instituciones, colaboradores y gente que está vinculada con las comunidades.

La duración del trabajo en territorio fue de tres meses. Se elaboró un documento final que el equipo entiende como preliminar, ya que se trabajó solo con cinco comunidades de la zona de Pulmarí. En los términos de la entrevistada: “Este proyecto de investigación lo tomamos como un momento intermedio en un proceso más largo. El proceso no se inicia con el proyecto de investigación, sino que se inicia antes, en ese diálogo que se había dado entre el Ministerio Público Fiscal de Neuquén (MPFN), la Corporación Interestadual Pulmarí (CIP) y el Consejo Zonal Pehuenche”.

¹⁹Entrevista semiestructurada realizada en la ciudad de Neuquén el día 6 de julio de 2016, con una duración de 2 (dos) horas. Es dable destacar que la entrevistada fue parte del equipo jurídico del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI), a cuya labor se hizo referencia en un comienzo; participación que sin lugar a dudas influyó/aportó a producir reformas a nivel procesal, inclusivas de la cosmovisión del Pueblo Mapuce en la Provincia de Neuquén, Argentina. Finalmente, vale aclarar que a lo largo del presente apartado las citas textuales de la entrevista están indicadas entre comillas. Se ha respetado la escritura de las palabras referidas en *mapuzugun* -idioma del pueblo mapuce- con el Grafemario Ragileo. Luego, para un uso no sexista del lenguaje, hemos introducido algunas marcas en femenino en las transcripciones, por ejemplo: los/las funcionarios/as.

En cuanto a las conclusiones sobre la experiencia llevada adelante por el equipo, la abogada destacó centralmente dos: “La primera conclusión que nosotros sacamos como equipo (siempre pensando en esto que es preliminar), es que efectivamente existe ejercicio de justicia indígena en Pulmarí. Luego, no se puede entender el ejercicio de la justicia mapuce, (...) si no lo hacemos desde la cosmovisión mapuce. Esa es la segunda conclusión”.

En este sentido, la entrevistada desarrolló estas dos conclusiones explicitando las preguntas centrales del proceso de investigación - acción llevado adelante por los/las juristas junto con el resto de participantes y colaborador/as. En sus términos:

Sí o sí tenemos que tratar de conceptualizarlo desde la cosmovisión, para entender que eso es justicia mapuce y no tratar de trabajar con nuestra cabeza occidental de justicia. Porque si no, tenemos tanto concepto y sobre todo los/las abogados/as (en el equipo de investigación éramos los/las cuatro abogados/as)- que a lo mejor buscamos algunos elementos en esas conversaciones, en esos talleres, de nuestra justicia para poder identificar que estamos ante una justicia propiamente dicha, como nosotros la conocemos. Entonces, un primer trabajo, bastante importante para nosotros, es tratar de liberarnos de esos conceptos, sino, no vamos a encontrar la justicia que buscamos. A partir de ahí, de que identificamos que efectivamente hay ejercicio de justicia mapuce, empezamos a buscar cómo se compone, cuáles son los elementos sobresalientes de la justicia mapuce. Porque aparte es una justicia en particular. Evidentemente cada cultura tiene una forma de ejercicio de justicia diferente, tiene un concepto de justicia diferente. Entonces lo primero que decíamos nosotros, es ¿cuál es el fin? ¿cuál es el objetivo que tienen ellos/as cuando aplican justicia? ¿para qué lo hacen? Y lo que nosotros vimos es que lo hacen para restablecer el orden que fue quebrantado, con la idea del equilibrio que está muy presente en toda la cosmovisión mapuce. Tiene que existir un equilibrio. Entonces, cuando alguien comete una falta, lo que se rompe es el equilibrio; ellos/as lo que intentan es restablecer ese equilibrio, porque tienen como valor principal el *nor feleal*²⁰. El *nor feleal* que algunas personas consideran que es el órgano de justicia mapuce, en realidad es un valor. Es el valor de tener la vida ordenada. Entonces, eso es lo que intentan restablecer con la justicia.

Como segunda cuestión nos preguntamos, ¿cuál es el método que utilizan? Es así como pensamos nosotros/as desde un punto de vista procesal. Lo que surge es que no hay un método rígido. Justamente, la característica es que es flexible y oral, a diferencia de la mayoría de los procesos estatales occidentales. Entonces, no podemos hablar de proceso, eso nosotros/as lo destacamos, en todo caso podemos hablar de prácticas y de valores. La idea de proceso nos remite a actos concatenados, sistemáticos, que tienen un orden. En este caso no se trata de actos que de manera predeterminada sabemos cómo se van a desarrollar, sino que hay diferentes prácticas y valores, que ellos van conjugando dependiendo el caso concreto. A veces utilizan una práctica u otra, y esas prácticas están agarradas a valores mapuce muy fuertes. Esto de las prácticas y los valores, a ¿qué me estoy refiriendo? A qué dependiendo la situación recurren a autoridades comunitarias, o van y charlan (léase: conversan) con los involucrados cuando ocurrió un hecho, o hacen una charla conjunta, o van a ver a sus familias, buscan a veces la ayuda de los mayores.

¿Ante quién recurren las personas que quieren solicitar justicia indígena? En general, en todos los casos van a la Comisión directiva de la Comunidad directamente. No hay un

²⁰El *Nor Feleal* es conjunto de normas que regulan la vida social, política y religiosa del Pueblo Mapuce. Organiza los derechos, las facultades, las responsabilidades naturales que cada mapuce posee y la rectitud con que debe llevar su vida. Este otorga los perfiles y términos de referencia para asignar diversos roles en la vida comunitaria (Equipo Interdisciplinar e Intercultural 2010).

órgano diferente, el mismo órgano que ejerce los roles políticos, ejerce los roles de justicia, hoy es así. En otras épocas ha habido un órgano más específico, o algunos mayores o alguna *Pijañ Kuse*²¹, pero en general es el mismo *Logko*²² y su comisión directiva. Van a las casas, dialogan mucho, buscan la palabra, la reflexión, buscan en la historia de sus familias, buscan las cosas en común que tienen para intentar resolver el problema, buscan la asunción de la responsabilidad, no tanto el pedir perdón, sino el asumir que fueron responsables de los hechos, eso es muy importante para poder hacer acuerdos, el respeto de la palabra, del diálogo, de la conversación, la comunicación y, a veces, también la compensación del daño sufrido.

En cuanto a las modalidades internas de administración de la justicia, se destacó:

La autoridad que administra es la comisión directiva o el *Kvme Feleal*²³. Se trata de un sistema holístico que no se divide en fueros; a veces hay un conflicto que tiene más de lo que nosotros dividiríamos en fueros. Hay casos que han involucrado cuestiones patrimoniales, y hay cuestiones más contractuales y de delitos (...). Se ve el conflicto en su conjunto. La denominación que utilizan es la de conflicto y no la de delito. No hay un catálogo de hechos típicos, sino que es respecto del caso concreto. Tiene más carácter preventivo que represivo: la idea es poder prevenir y evitar que el conflicto pase a mayores. Eso, en general, es parte del fin que buscan. Las sanciones son de modo residual (...) no son de aplicar sanciones, sino lo que se busca es que la cuestión no pase a mayores, hacer reflexionar a las personas, restablecer el orden, buscar el equilibrio, compensar el daño en su caso y punto. Los casos más recurrentes de conflicto tienen que ver con la sustracción de ganado, conflictos territoriales de límites, de uso de espacios (...) eso en general lo resuelve el *Logko* y la Comisión directiva. Lo que es peleas y daños, esos son los casos que más se resuelven a través de la Justicia Indígena. ¿Cuáles son los límites que ellos/as encuentran a su propia jurisdicción? Son los casos de abusos (sexuales), las lesiones físicas graves, cuando ya hay apuñalados, algún disparo o la muerte, en esos casos hacen la denuncia y actúa la justicia ordinaria”.

Respecto a dichos límites -al menos los explicitados- de la justicia indígena mapuce, se consultó si en el proceso de la investigación-acción se visualizaron tensiones y/o diferencias sustanciales en lo referido a las violaciones de los derechos de las mujeres en esos espacios comunitarios. En sus términos:

Lo que aparece un poco es la preocupación que hay en algunas comunidades en relación a la violencia de género intrafamiliar, en las casas. Hay una preocupación, lo que se expresa es la falta de herramientas para poder abordar esas situaciones en las comunidades. Los casos de abusos a mujeres, niñas, etcétera, ellos/as claramente ven que están limitados para actuar y denuncian. No se sienten en las condiciones de poder abordar eso. Además, tanto en la Declaración (léase: de Pulmarí) como en la Instrucción General N° 6 del (léase: del Ministerio Público Fiscal de Neuquén), los casos que son graves, no son casos donde los fiscales puedan inhibirse de actuar, todo lo contrario, tienen que intervenir (...). Sí hay situaciones de este tipo que se abordan con otros actores, como

²¹*Pijañ kuse*: hermana dotada de conocimientos sobre la cultura, la espiritualidad, biodiversidad y medicina, que ejerce funciones en determinadas ceremonias y eventos (Equipo Interdisciplinar e Intercultural 2010).

²²*Logko*: mujer o varón, autoridad máxima del *Lof* (forma básica de organización social, consistente en un clan familiar o linaje). Es la/el encargada/o de orientar y guiar la vida comunitaria mapuce. Todos/as los/las integrantes de la comunidad pueden ejercer la función de *Logko* (Equipo Interdisciplinar e Intercultural 2010).

²³*Kvme Feleal*: Consejo de Autoridades (Autoridad Originaria Mapuce) (Equipo Interdisciplinar e Intercultural 2010).

agentes sanitarios, pero en algunas comunidades se asume que el tema de violencia de género a ellos/as les preocupa para abordar, pero no tienen las herramientas.”²⁴

En cuanto a las condiciones institucionales de legitimidad referidas al ejercicio de la justicia indígena, la entrevistada indicó:

Si hay o no fortaleza identitaria en una comunidad, eso afecta directamente el ejercicio de la justicia indígena. Cuanto más fortalecida está una comunidad desde el punto de vista identitario, más posibilidades de ejercer la justicia indígena tiene, porque todos los procesos de colonización y de aculturación, respecto a estos valores que mencionaba y que son parte de la justicia, si no están, inciden en ese ejercicio. Por eso es muy importante la recuperación identitaria o el rescate cultural, así como es clave que existan todavía autoridades espirituales y filosóficas que ayuden en esos procesos. Lo mismo la fortaleza institucional, no solo identitaria, sino institucional, por las condiciones de legitimidad que necesitan las autoridades para intervenir. El *Logko*, el *Werken*²⁵, si no tienen una legitimidad importante en la comunidad, no va a poder surtir efecto la decisión que se tome en el caso concreto.

Se puntualizó también que uno de los ejes centrales para el ejercicio de justicia indígena, ligada al sentido de comunidad, es el vinculado con los asuntos de territorio, es decir, su relación con la tierra. En sus palabras:

La otra cuestión es la situación territorial. Es determinante del ejercicio de la justicia. Porque hoy hay muchas comunidades que tienen falta de control territorial, por lo tanto, el no tener control total sobre su territorio, hace que haya terceros que se entrometen en las comunidades. Hay muchos hechos que nosotros podemos considerar delictivos y que podrían estar dentro de la Declaración de Pulmarí y la Instrucción General N° 6, que a veces no se sabe si son cometidos por miembros de la comunidad o por terceros. Ahí la autoridad del *Logko* pierde fuerza, merma (...). Y, a veces, la escasez de tierra. Es el caso de la Comunidad Aigo, de Ruca Choroy, la cantidad de familias que se van sumando año a año, va a haciendo que la tierra se haga escasa, van siendo más familias para una misma cantidad de tierra. Eso por un lado acentúa problemas de límites internos, pero por otro también genera mayor desocupación, y como sabemos la mayor desocupación genera mayor ejercicio de violencia dentro de las comunidades. También eso condiciona el ejercicio de la justicia indígena”.

En las consideraciones de cierre, la entrevistada compartió una breve evaluación de la investigación desde el punto de vista de los aportes para los procesos de justicia indígena, y en la relación con el derecho estatal y con el Estado en su conjunto:

Todo este proyecto, para mí, tuvo por un lado efecto visibilizador de la justicia mapuce, un efecto legitimador de las prácticas, porque se revisó colectivamente el ejercicio, reconocerse, revisar esas prácticas, en esto que ya venían haciendo y que no es nuevo para ellos. Para mí, además, se inició un fortalecimiento de la institucionalidad indígena y se inició un proceso de articulación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria estatal.

²⁴Las violencias en los contextos familiares (hacia las mujeres, hacia niños/as, ancianos/as, discapacitados/as; personas con identificaciones sexo-genéricas no hegemónicas) es necesario abordarlas en profundidad. Por el momento, dejamos planteado este tema como parte de los límites que establece la propia comunidad en la resolución de estos conflictos en la justicia mapuce.

²⁵*Werken*: varón o mujer, preferentemente joven. Tienen la facultad de representar y transmitir el *zugu* (palabra), *rakizuam* (pensamiento), al interior de su propio *Lof* y con las instituciones del Estado (Equipo Interdisciplinar e Intercultural 2010).

El Estado lo que logra con estas acciones es fortalecer la justicia indígena, porque efectivamente lo que logra es que no se meta la justicia estatal ordinaria cuando eso está funcionando bien, y de hecho se viene aplicando. Cuando llega a conocimiento de la policía o la fiscalía, hablan con el *Logko* y ven si efectivamente ya está resuelto por la justicia mapuce; las partes están de acuerdo y no hay ningún tipo de intervención. Eso también da otro tipo de relación con los jueces de paz, con la policía local, incluso con muchas personas que van a denunciar y en la comisaría le preguntan: ¿lo hablo con el *Logko*?”.

4. UN GESTO DE DESCOLONIZACIÓN JURÍDICA: DE RECONOCIMIENTOS Y RESISTENCIAS

En lo atinente a los pueblos originarios y, en particular, al pueblo mapuce, la reforma constitucional argentina de 1994, el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, la Declaración de Pulmarí, la Instrucción General N° 6 del Ministerio Público Fiscal de dicha provincia y la labor del equipo de investigación de la Justicia Mapuce, constituyeron actos políticos de reconocimiento de derechos.

Esta operación tuvo al menos dos implicancias. En primer lugar, la de reconocer un conjunto de derechos para poder tomarlos, reclamarlos, ejercerlos. Pero también la de reconocer una existencia jurídica, un acto de institución. El reconocimiento de derechos por parte del Estado argentino y de las acciones que le siguieron, recreó –de algún modo– a los denominados pueblos indígenas, al mapuce en este caso. Y esto no quiere decir que no hayan existido; existían, pero no para el Estado (o al menos no en estas nuevas formas jurídicas). Los pueblos indígenas conformaban –tal como indicáramos con anterioridad– parte de su exterior constitutivo, noción que refiere precisamente a esas exclusiones –excluidos/as *interiores* al sistema.

Sin embargo y al mismo tiempo, a esta hipótesis productiva del poder donde el Estado reconoce e instituye una existencia jurídica al pueblo mapuce, no la podemos pensar sólo en términos estatales. Ha sido la propia resistencia del Pueblo Mapuce, al disputar desde su cosmovisión todo un régimen de verdad jurídico (occidental, blanco, etcétera), el que no sólo ha interpelado y modificado su relación con el Estado, sino que ha recreado al Estado argentino.

De lo anterior se sigue que, tanto lo que se entiende por derecho estatal como por derecho indígena, no son sino parte de ese contradictorio ensamble que conforma al Estado²⁶. Por eso, reclamar un derecho a la autonomía es hacerlo en esa contradicción que es constitutiva y fundacional. Es el Estado el que responde al reclamo por la autonomía reconociéndola y es, al mismo tiempo, el que garantiza el respeto por esa autonomía. Y con esto no queremos decir que los principios de justicia del derecho estatal y del derecho indígena sean los mismos. Justamente el meollo de la cuestión reside en que se trata de dos juridicidades que, al tiempo que están articuladas en la experiencia mapuce (de manera aún incipiente), se diferencian – distancian en sus fundamentos jurídicos que no son sino fundamentos socioculturales. Es decir, como bien indicó la entrevistada, hay y siempre hubo justicia indígena mapuce, con sus propias autoridades y esto tiene que ver con la relación íntima entre identidad- territorio – justicia.

²⁶ En este punto nos distanciamos de posturas como las de Segato (2011) que ven esta contradicción como un problema. A nuestro juicio no es un problema *per se* sino más bien una tensión constitutiva de la noción de Estado, dentro del cual se despliegan hoy la juridicidad estatal e indígena.

Ahora bien, dado que en el derecho como discurso político hay diferencia, resistencias y hegemonía, entender la justicia mapuce supone no sólo ese intenso proceso de interpretación conjunta e intercultural de valores, modos, prácticas, elementos, causas y fines singulares, sino de sus límites. Es en los límites en donde aparece con claridad la tensión entre la expectativa de vida ordenada y equilibrada del *ethos* mapuce, y la sociabilidad en el actual Estado frente a ciertas situaciones de conflicto. Y no son sólo los límites acordados por las normas mencionadas (Declaración e Instrucción) sino, tal como se aclara, los que la misma comunidad mapuce encuentra como límites de su propia jurisdicción; así, se enuncian en la investigación: las situaciones de violencia de género intrafamiliar y los casos de lesiones físicas graves. Pero también, son límites al ejercicio de la justicia mapuce aquellos enunciados como condiciones determinantes: la fortaleza identitaria y el control territorial. Donde no hay fortaleza identitaria, difícilmente pueda avanzarse en la intervención de la justicia mapuce, pues no hay legitimación ni respeto a las autoridades comunitarias (*Logko* y demás miembros de comisión directiva). Lo mismo sucede en relación al control territorial: si se entrometen terceras personas ajenas al espacio comunitario y el Estado no garantiza derechos, la autoridad comunitaria pierde legitimidad y se vulneran derechos reconocidos.²⁷

5. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del presente texto presentamos en primer lugar la noción de *colonialidad del derecho* como un concepto útil para pensar en las huellas coloniales vigentes y productivas presentes en nuestros sistemas jurídicos. Pero también útil para abordar no sólo estas huellas desde la productividad del Estado y las formas jurídicas estatales sino a su vez, para visibilizar en lo conceptual y en sus efectos prácticos, formas de resistencia política y jurídica como las llevadas adelante por el Pueblo Mapuce en la provincia argentina de Neuquén.

En el abordaje singular de la justicia mapuce en Neuquén vimos, por un lado, que los marcos de las reformas constitucionales nacional y provincial, la Declaración de Pulmarí, la Instrucción General N° 6 y la investigación del Ministerio Fiscal Público, fueron centrales para el mayor reconocimiento de una juridicidad mapuce, adquiriendo validez jurídica en la resolución de determinados asuntos de órbita penal. Por otro lado, observamos que tantos los instrumentos jurídicos como los actos de relevamiento del ejercicio de la justicia mapuce, su documentación y sistematización -incluso a través de vías participativas-, como procedimientos de construcción de formas jurídicas (Foucault, 1973) propias del derecho estatal, implicaron de algún modo un acto de creación de aquella. Y con esto no queremos decir que no haya habido efectivamente un proceso de fortalecimiento de la justicia indígena. Lo que afirmamos es que estas operaciones e instrumentos supusieron una potencia, desde el punto de vista de la progresiva institucionalización de “su” justicia en el Estado. Y, al mismo tiempo, implican un riesgo desde el punto de vista de las formas jurídicas, incluso en la mejor articulación de soluciones de justicia entre el derecho estatal e indígena. Es decir, sólo por poner un ejemplo, lo que la justicia mapuce entiende

²⁷En materia de posesión y propiedad comunitarias, en el ámbito provincial ocurre igual que en el ámbito federal. Ninguna norma provincial reglamenta las vías de reconocimiento de la ocupación tradicional indígena y la titulación de tierras a nombre de las comunidades (Informe ODHPI 2013). Esa falta de reconocimiento conlleva, no sólo la posibilidad de quedar sujetos a acciones judiciales como causas por desalojo o usurpación en el ámbito penal, sino la intromisión de terceros sobre quienes no procede la justicia indígena.

como conflicto, la justicia ordinaria entiende –de darse el tipo penal– como delito; para delimitar el accionar de la justicia mapuce se excluyeron situaciones delictivas en los términos del derecho estatal cuya resolución compete a éste.

Este horizonte jurídico posible y presente no deja de ser un sitio insistente de resistencia, de creación y de disputa.

Por último, vimos que el análisis de la justicia indígena no puede hacerse solo observando el accionar productivo del Estado, en tanto ha sido el Pueblo Mapuce como sujeto vivo, como vector de la historia y agente colectivo de un proyecto histórico (Segato 2011), el que ha disputado ese lugar de reconocimiento al Estado argentino y en ese acto también lo ha recreado.

En fin, entendemos que el proceso socio-jurídico del caso mapuce en Neuquén supone no sólo la visibilización, legitimación y el fortalecimiento de la justicia mapuce; no solamente una iniciativa colectiva de articulación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria estatal en los términos planteados. Constituyó, a nuestro juicio, un efectivo *gesto* de descolonización del Estado.

Referencias

- Berraondo López, M., 2013. *Entre los reconocimientos de papel y garantía de un derecho. Territorios Indígenas*. Madrid: IPES Elkartea.
- Bidaseca, K., 2011. Mujeres blancas buscando salvar a las mujeres de color café de los hombres color café. O reflexiones sobre desigualdad y colonialismo jurídico desde el feminismo poscolonial. *En*: K. Bidaseca y V. Vázquez Laba, comps., *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina*. Buenos Aires: Godot, pp. 95-118.
- Brown, W., Jaramillo, I. y Williams, P., 2003. *La crítica de los derechos*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Butler, J., 1990. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós (ed. 2007).
- Butler, J., 1993. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*. Buenos Aires: Paidós (ed. 2008).
- Foucault, M., 1970. *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets (ed. 2005).
- Foucault, M., 1973. *La verdad y las formas jurídicas*. Buenos Aires: Gedisa (ed. 2008).
- Foucault, M., 1975. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI (ed. 1989).
- García Romanutti, H., 2015. El derecho entre dominación y resistencia. Una concepción estratégica de lo jurídico a partir de Michel Foucault. *En*: M. Benente, comp. *Michel Foucault. Derecho y Poder*. Buenos Aires: Didot, pp. 91–112.

- Goldfarb, P. 1991. Una espiral entre teoría y práctica. La ética del feminismo y la educación práctica. *Academia*, 3(6), pp. 67-156.
- Hernández Castillo, R., 2008. Feminismos postcoloniales: reflexiones desde el sur del río Bravo. En: R. Hernández Castillo y L. Suárez Navaz, eds., *Descolonizando el feminismo*. Madrid: Cátedra, pp. 75-113.
- Hernández Castillo, R. y Suárez Navaz, L., eds., 2008. *Descolonizando el feminismo*. Madrid: Cátedra.
- Kennedy, D., 1987. ¿Son los abogados realmente necesarios. *Barrister*, 16, pp. 403-418.
- Lander, E., comp., 2000. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Lugones, M., 2008. Colonialidad y género: Hacia un feminismo descolonial. En: W. Mignolo, comp., *Género y descolonialidad*. Buenos Aires: Ediciones Del Signo, pp. 13-42.
- Marchart, O., 2007. *El pensamiento político postfundacional. La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*. Buenos Aires: Fondo Cultura Económica (ed. 2009).
- Mignolo, W., comp., 2008. *Género y descolonialidad*. Buenos Aires: Ediciones Del Signo.
- Mohanty, C. T. y Alexander, J., 1997. Genealogías, legados y movimientos. En: G. Anzaldúa, et al., *Otras inapropiables. Feminismos desde las fronteras*. Madrid: Traficantes de sueños (ed. 2004), pp. 137-184.
- Pérez Orozco, A., coord., 2009. *La reforma del régimen especial del empleo de hogar: cruces con la migración y un debate de fondo. ¿Cómo reorganizar los cuidados?* Madrid: UN – INSTRAW.
- Poloni-Simard, J., 2003. La América española: una colonización del Antiguo Régimen. En: M. Ferro, ed., *El libro negro del colonialismo*. Madrid: La esfera de los libros (ed. 2005), pp. 215-246.
- Quijano, A., 2000. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En: E. Lander, comp., *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, pp. 225-242.
- Ruiz, A., comp., 2000. *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos.
- Santos, B. de S., 2009. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Segato, R., 2011. Género y colonialidad: en busca de claves de lectura, y de un vocabulario estratégico descolonial. En: K. Bidaseca y V. Vazquez Laba, comps., *Feminismos y poscolonialidad*. Buenos Aires: Godot, pp. 17-47.

Spivak, G., 1999. *Crítica de la razón postcolonial. Hacia una historia del presente evanescente*. Madrid: Akal (ed. 2010).

Suárez Navaz, L., 2008. Colonialismo, gobernabilidad y feminismos poscoloniales. En: R. Hernández Castillo y L. Suárez Navaz, comps., *Descolonizando el feminismo*. Madrid: Cátedra, pp. 31-73.

Virosta, L., 2011. El poder judicial como reproductor de subalternizaciones. Prácticas y representaciones en torno a la mujer indígena / interculturalidad. En: K. Bidaseca y V. Vázquez Laba, comps., *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina*. Buenos Aires: Godot, pp. 327-335.

Otras fuentes:

Constitución Nacional Argentina (CN), 1853; 1994. Disponible en: <http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf> [consultada 20 de junio 2016].

Constitución Provincial de Neuquén. Disponible en: http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/constituciones/constitucion_nqn/cnqn_aindice.htm [consultada 20 de junio 2016].

Convenio 168 Sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf [consultado 20 de junio 2016].

Declaración de Pulmarí. Disponible en: www.mpfneuquen.gob.ar [consultada 20 de junio 2016].

Defensor del Pueblo. República de Bolivia. Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, Originarios y Comunidades campesinas en Bolivia. Disponible en: <http://www.bivica.org/upload/sistema-juridico-indigenas.pdf> [consultado 25 de octubre 2016].

Entrevista a Micaela Gomiz, integrante del Equipo de Investigación convocado por el Ministerio Público Fiscal de Neuquén. Abogada especialista en Derecho Indígena y abogada de las comunidades mapuce de Neuquén. Ciudad de Neuquén (Argentina), 6 de julio de 2016. Duración de la entrevista: 2 (dos) horas, transcripción mimeografiada.

Equipo Interdisciplinar e Intercultural, 2010. Propuesta para un *Kvme Felen Mapuce*. Neuquén, Argentina, mimeografiado (aporte del grupo emisor).

Ley 2.784. Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén (sanción enero de 2012; entrada en vigencia enero 2014). *Boletín Oficial Anexo Provincia del Neuquén*, 3280, año XC, 13 de Enero de 2012.

Ministerio Público Fiscal de la provincia de Neuquén, 2014. Instrucción General N° 6. Disponible en: www.mpfneuquen.gob.ar [consultado 20 de junio 2016].

Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009. La Paz: U.P.S Editorial S.R.L.

Observatorio de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas (ODHPI), 2013. Informe de Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Patagonia. Neuquén, Argentina, mimeografiado (aporte del grupo emisor).

Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx> [consultado 20 de octubre 2016].