



XX

JORNADAS DE
COMUNICACIONES CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS - UNNE



2024

*2 décadas de ciencia compartida:
raíces hacia nuevos horizontes*



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS



XX Jornadas de
Comunicaciones
Científicas de la Facultad
de Derecho y Ciencias
Sociales y Políticas

UNNE

2024

Dos décadas de ciencia compartida:
raíces hacia nuevos horizontes

Corrientes - Argentina



Dirección General
Dr. Mario R. Villegas

Dirección Editorial
Dra. Lorena Gallardo

Coordinación editorial y compilación
Esp. Martín M. Chalup
Abg. M. Benjamin Gamarra

Asistentes – Colaboradores
Lic. Agustina M. Bergadá

Edición
Secretaría de Ciencia y Transferencia
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas
Universidad Nacional del Nordeste
Salta 459 • C.P. 3400
Corrientes • Argentina

Villegas, Mario R.

XX Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE / Mario R. Villegas ; Lorena Gallardo ; Martín Miguel Chalup ; compilación de Martín Miguel Chalup ; Mauro Benjamín Gamarra ; coordinación general de Lorena Gallardo ; director Mario R. Villegas ; Lorena Gallardo ; prólogo de Claudia Diaz. - 1a edición especial - Corrientes : Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, 2024.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-631-6623-05-8

1. Legislación. 2. Normas. 3. Regulación. I. Chalup, Martín Miguel, comp. II. Gamarra, Mauro Benjamín, comp. III. Gallardo, Lorena, coord. IV. Villegas, Mario R., dir. V. Gallardo, Lorena, dir. VI. Diaz, Claudia, prolog. VII. Título.

CDD 340

EL VALOR DE LOS USOS COSTUMBRES Y EL DERECHO TRADICIONAL INDÍGENA

López Pereyra, Sergio J.

grupofilosofiaid@gmail.com

RESUMEN

Este trabajo busca hacer una comparación entre derechos tradicionales no escritos y costumbres no escritas. En el caso de las costumbres las caracteriza aquí como prácticas que se han convertido en fuente del derecho, en el caso de los derechos tradicionales indígenas se tratarán en su carácter de derechos reconocidos constitucionalmente a partir de 1994 en Argentina y agregados como derechos internacionales humanos por parte de tratados internacionales (art. 75 inc. 17 y 22 CN)

PALABRAS CLAVE

Prácticas, fuentes del derecho, constitución

INTRODUCCIÓN

Este trabajo busca hacer una comparación entre derechos tradicionales no escritos y costumbres no escritas. En el caso de los primeros, me refiero al derecho tradicional indígena reconocido constitucionalmente a partir de 1994 en Argentina, Convenio 169 OIT. Luego, me refiero a la costumbre como fuente de derecho a la que la doctrina unánimemente define como observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica (Del Carril, 1974).

MÉTODOS

He trabajado con el método comparativo y el análisis doctrinario y normativo con la perspectiva del análisis del discurso. En este sentido se entiende al Derecho como un sistema de enunciación global, donde todos los elementos que concurren al proceso de significación pertenecen al conjunto significativo (discurso) (Fontanille, 2001)

RESULTADOS y DISCUSIÓN

En el caso de las costumbres, tradicionalmente se las definió como una práctica repetida al seno de un grupo social, que ha tomado carácter de obligatorio a través del uso sostenido en el tiempo de esta práctica. En general cuando se habla de costumbres se piensa en fuentes clásicas del derecho y se la asocia a prácticas del derecho colonial o europeo.

Más allá de estas ideas mínimas, se advierte a primera vista que la definición de costumbre como fuente del derecho es vaga. Por múltiples razones: a) es imposible precisar la duración en el tiempo del uso de una práctica, b) es muy difícil establecer la cantidad de repeticiones de la práctica, c) es indefinida la talla del grupo social que usa esa práctica, d) es imprecisa la naturaleza o el sentimiento de obligación, e) no es objetivable la manera en que este sentimiento se presenta. Todo esto sin tener en cuenta la discusión referida a si las costumbres pueden o no ser fuente de derecho.

Desde el punto de vista ideológico podemos contrastar

comparativamente las ventajas y desventajas de las tradiciones a la ley. Los defensores de las costumbres como fuente del derecho sostienen que las leyes se imponen de manera unilateral, que expresan la voluntad y las preferencias del legislador mientras que la costumbre es una práctica espontánea, fruto de la experiencia y que por consecuencia se corresponde mejor con las necesidades del grupo social que las siguen. Se podrían considerar en este sentido como la expresión de su "conciencia colectiva".

En el caso de los derechos tradicionales indígenas, en Argentina la inserción del Art. 75, inc 17 en la Constitución Nacional establece

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, 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.

La obligación de adoptar medidas especiales y específicas de protección es inherente al Convenio 169 de la OIT; la CIDH ha resaltado que sus Estados Partes deben "adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como incluir medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones" (Convenio 169 OIT, 1989)

El Relator Especial de la ONU ha señalado la inconsistencia entre las normas internacionales en materia de derechos humanos indígenas y la legislación interna de los Estados como uno de los obstáculos para la implementación de las disposiciones jurídicas que protegen a los pueblos indígenas: "Se ha señalado que en muchos países existe una brecha entre las normas y principios internacionales en materia de derechos humanos indígenas y la legislación doméstica. Las normas internacionales no siempre pasan automáticamente a formar parte de la legislación nacional, aun cuando hayan sido ratificadas. En ocasiones son ignoradas por funcionarios públicos, así como en la jurisprudencia de los tribunales." ONU - Comisión de Derechos Humanos - Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU E/CN.4/2006/78, párr. 18

Con esto quiero demostrar que las costumbres son consideradas fuentes de derecho, y posteriormente a la creación de los Estado-Nación modernos, su rol como fuente de derecho ha sido restringido por las nuevas repúblicas. Así por ejemplo en Francia las costumbres era no solo fuente de derecho sino el derecho mismo para comunidades como la bretona, después de la Revolución Francesa, entre los contrarrevolucionarios, así como entre los que al siglo XIX vieron en la costumbre el instrumento del pueblo que toma un derecho autónomo para así sustraerse al imperio de la ley, expresión de la nueva clase dominante. El rol de la costumbre así fue y es todavía tomado por los antropólogos del derecho cuando quieren demostrar que el derecho es un fenómeno universal presente en todas las sociedades, incluso aquellas sin escritura. Pero más allá de que la costumbre se tenga en cuenta cuando se estudia o trabaja con fuentes del derecho o cuando se hace historia del derecho su valor actual es inferior al rol que se le ha dado en el último tiempo a los derechos tradicionales no escritos que forman el conjunto de normas de los pueblos indígenas. En este último caso, existen dos categorías que podrían enmarcarlos: derechos tradicionales de jerarquía constitucional o derechos tradicionales como derechos humanos de los pueblos indígenas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Del Carril, E., & Gagliardo, M. (1974). La costumbre como fuente del derecho. *E.D.*, 26, (citando Roberto De Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, 80, 4º ed., 1929).
- Fontanille, J. (2001). *Semiótica del discurso*. Lima: F.C.E. y Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1989, 27 de junio). *Convenio (nº 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Disponible en

<https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2019). *Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo*. Ginebra: OIT. Recuperado el 8 de julio de 2024, de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_735627.pdf

EJE TEMÁTICO DE LA COMUNICACIÓN

Derechos Humanos / Sujetos Vulnerables

FILIACIÓN

AUTOR 1: Director/a - PI 20G002 SGCyT-UNNE