

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA**

**FACULTAD DE CIENCIA ECONOMICAS Y  
JURÍDICAS**

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEÓRICAS Y  
TÉCNICAS RECIENTES

**TÍTULO:** *Pluralismo Jurídico. El caso de la Justicia Comunitaria.*

Apellido y nombre del alumno: TORROBA,  
Rodrigo.

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo:  
Derecho Político.

Encargado de curso: Profesor MEDICI, Alejandro.

Año que se realiza el trabajo: 2011.

## **I - Introducción**

Por largo tiempo se ha concebido al Derecho como sinónimo de un único ordenamiento jurídico, que se corresponde con el estatal. Diversos estudios críticos han demostrado que dicha postura, denominada monismo, tiene su origen con el surgimiento de los Estados-Nación. En la actualidad dicho paradigma se encuentra en crisis, lejos está de ser una herramienta útil para describir y comprender la realidad, surgiendo, como contrapartida, doctrinas denominadas pluralistas, que a pesar pretender desplazar al monismo, tampoco son ajenas a serios problemas en su fundamentación teórica.

Más allá de esta última observación, la realidad nos demuestra que existen diversos ordenamientos jurídicos vigentes en un mismo Estado. Esto nos permite analizar un caso particular: el del derecho vigente en las comunidades originarias. Ambos temas, el del pluralismo jurídico y el de la justicia comunitaria serán el objeto de estudio de la presente investigación.

## **II- Pluralismo jurídico**

### **1- Introducción**

Como primera aproximación, podemos decir que el monismo jurídico es aquella corriente que afirma que el ordenamiento jurídico vigente en un territorio es, y debe ser, uno sólo; al mismo tiempo, sostiene, que la fuente, mediata o inmediata, de las normas que forman parte de dicho ordenamiento jurídico es el Estado; y, finalmente, que el ordenamiento jurídico es un sistema coherente, cerrado y completo (en el sentido de que no deja lagunas lógicas) de proposiciones normativas, organizado jerárquicamente, lo que implica que todo aquello que no forma parte de dicho sistema no es Derecho. A grandes rasgos estas son los caracteres distintivos del monismo jurídico.

También, como primera aproximación podemos caracterizar aquello que ha sido llamado pluralismo jurídico, como aquella corriente que afirma que en un mismo espacio-tiempo y sobre los mismos sujetos, se encuentran vigentes una pluralidad de sistemas jurídicos, todos ellos aplicables.

#### **a. Reseña histórica**

Tomando estas definiciones parciales, propongo hacer una pequeña reseña histórica a los efectos de comprender los momentos y las circunstancias en que dichos pensamientos surgieron. Como dije, el monismo ha sido la postura dominante por largo tiempo, tal fue y es su dominio, que para la gran mayoría de los abogados y estudiosos del Derecho de occidente es la única postura concebible, pero no siempre fue así.

La historia de la humanidad demuestra que el surgimiento del monismo jurídico es producto de un momento histórico (la modernidad), de un espacio (Europa) y que se corresponde con el proceso de formación de los Estados-Nación. Pero con anterioridad a dicho momento, la historia europea (utilizo de ejemplo la historia de dicho continente por ser allí donde surge el paradigma monista, de donde se comienza a exportar al resto del planeta con los procesos colonizadores) nos pone de manifiesto que la realidad socio-jurídica ha sido la del pluralismo jurídico. Así, a modo de ejemplo, si nos ubicamos en el imperio romano, encontraremos que a los pueblos conquistados por el imperio se les otorgaban distintos grados de autonomía, se les respetaban algunas de sus costumbres, sus credos y sus instituciones jurídicas, por lo que existía la posibilidad de que coexistan distintos sistemas jurídicos en un mismo territorio (el del imperio y el del pueblo sometido). Este respeto surge de poder diferenciar nación con soberanía, en tal sentido se ha afirmado que *muchas naciones* (con sus propias instituciones jurídicas) *podían coexistir bajo el mismo imperio o reino sin más vínculo entre ellas que el vasallaje a un soberano común.*<sup>1</sup>

Si retrocedemos hasta la edad media, durante el feudalismo en Europa, encontramos uno de los ejemplos históricos más claros y puros de pluralismo jurídico. En aquel tiempo y espacio, podemos encontrar distintos sistemas jurídicos, existía *una notable mezcla de diferentes tipos de derechos e instituciones, ocupando el mismo espacio, a veces contradictorias, a veces complementarias, y típicamente carentes de una jerarquía u organización dominante* (*The mid-to-late medieval period was characterised by a remarkable jumble of different sorts of law and institutions, occupying the same space, sometimes conflicting, sometimes complementary, and*

---

<sup>1</sup>Villoro, Luis. *Estado plural y pluralidad de culturas*. Ed. Paidós, México, 1ª ed., 1998. p 13

*typically lacking any overarching hierarchy or organisation*<sup>2</sup>). La vida social tenía múltiples y superpuestas fuentes jurídicas: era regida por las costumbres locales, el derecho feudal, la *lex mercatoria*, el derecho de las corporaciones y el derecho canónico; también coexistían los juzgados o tribunales (autoridades de aplicación) de dichos sistemas y en numerosas oportunidades se producían conflictos respecto de la jurisdicción competente y de las normas aplicables.<sup>3</sup>

Por el contrario, en el proceso de consolidación de los Estados-Nación, se asimila la noción de Estado con la de Nación. Tal asimilación conlleva a una necesaria homogenización, lo que genera que se comience a producir el paso del pluralismo al monismo, produciéndose una ecuación compuesta por Nación, Estado y Derecho. El aparato estatal, con sus órganos especializados, con la pretensión de tener el monopolio de la fuerza, de a poco comenzó a absorber y eliminar los sistemas jurídicos antes descritos y pretendió tener la exclusividad en la producción y aplicación del Derecho. La expropiación, producida sobre los distintos campos sociales, del derecho a auto normarse implicó la imposición de normas ajenas a las necesidades de dichos campos y con mecanismos de aplicación impropios para poder resolver los conflictos. El Derecho comienza a manifestarse en forma escrita (con anterioridad la vigencia estaba dada por la costumbre de la comunidad, la que era conocida por todos), comienza a tener un contenido desconocido para un sector importante de la población y por último se empeña en utilizar mecanismos para la aplicación del derecho oscuros e inentendibles para el común de los individuos.

---

<sup>2</sup> Tamanaha, Brian Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*. En: SYDNEY LAW REVIEW. p. 377. Dirección: <http://ssrn.com/abstract=1010105>. Fecha de acceso: 10 de noviembre de 2010.

<sup>3</sup> Ibid.

Es importante señalar los beneficios que muchos (no sólo doctrinarios, sino también la clase dirigente y miembros de la burguesía) comenzaron a vislumbrar en el proceso de consolidación del monismo (coincidente con el de consolidación de los Estados-Nación), siendo uno de los más importantes el que se relaciona con la seguridad jurídica. En un momento histórico en que se comienza a producir el paso de una sociedad agraria a una industrial y comercial, con lo influyente que comienza a ser la clase que terminaría siendo la dominante (la burguesía), el valor seguridad jurídica comienza a ser fundamental. Por otro lado, dicho valor, sustentado por la ideología racionalista, comienza a ser sinónimo de progreso, objetivo propuesto por todos los estados. De lo dicho se puede notar la posibilidad de relacionar los conceptos monismo jurídico con los de homogeneidad o uniformidad (mediante los cuales los Estados buscaban la unificación para lograr su consolidación como tales), seguridad jurídica, mercado y burguesía, progreso, razón.<sup>4</sup>

Teniendo en consideración todos estos conceptos, sin duda, uno de los momentos trascendentales del monismo es el proceso de codificación. El mismo, entendido como un proceso de sistematización de normas en un único cuerpo coherente, es obra del racionalismo jurídico. Recordemos que, en el sentido moderno, el primer código dictado fue el prusiano de 1794, pero el más influyente fue el francés de 1804, que fue modelo para el mundo occidental y que incluyó los valores pretendidos por la burguesía (como la autonomía de la voluntad en el sentido más amplio que se ha conocido y la

---

<sup>4</sup> Al respecto, Wolkmer señala, *En realidad, la burguesía mercantil al suplantar a la nobleza y al clero como nueva clase social detentadora de los medios de producción, busca adecuar a sus intereses un orden estatal fortalecido, apto para legitimar un sistema de normatividad. Este orden, basado en la lógica de reglas genéricas, abstractas y racionalizadas, ordena, con seguridad y coherencia, cuestiones de comercio, de la propiedad privada, de la herencia, de los contratos, etc.* Wolkmer, Carlos Antonio. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Sevilla, España. Ed. Mad, 1<sup>º</sup> ed. 2006. p. 56

consiguiente libertad contractual sin límites, el derecho de la propiedad entendido en forma absoluta, etc.) para otorgar seguridad jurídica a las transacciones mercantiles y, en consecuencia, permitir un camino de progreso ininterrumpido e infinito. Por último, cabe destacar la codificación fue tomada como potente mecanismo de unificación (jurídica y social) para aquellos estados que se encontraban fragmentados (argumento esgrimido por Thibaut en apoyo a la codificación en Alemania).

En suma, el Estado-Nación viene a implementar una homogenización que excede la legal: se busca uniformar las leyes, pero también la cultura, la lengua, las costumbres, la religión, etc., *el nuevo estado establece la homogeneidad en una sociedad heterogénea*<sup>5</sup>, a los efectos de lograr una unidad nacional, generándose, en verdad, una confusión entre los conceptos unidad y uniformidad. Pero, durante este período, algunos estados colonialistas, en determinados casos permitieron (o asintieron, sea por debilidad o conveniencia) la aplicación de otros ordenamientos en las colonias, así, en algunas de ellas se autorizó a las comunidades continuar con la aplicación del Derecho propio, por lo que, la realidad demuestra que tampoco se puede caracterizar a éste período como monista en sentido puro y absoluto. Sin embargo estas "autorizaciones" se fueron reduciendo, a las comunidades se les fue imponiendo el sistema jurídico estatal, tomando como modelo a Europa, tornándose sus derechos propios en extralegales y contrarios al derecho estatal.

El monismo fue ganando adherentes en el ámbito "científico-jurídico", logrando el apoyo de doctrinas encontradas como el iusnaturalismo racionalista y el positivismo jurídico, llegando así a quien, posiblemente, haya logrado la más firme y consistente (en el sentido lógico y abstracto) versión del mismo: Hans Kelsen, quien justamente

---

<sup>5</sup> Villoro, Luis, Op. Cit. p. 25

en su obra *Teoría pura del derecho* tiene como objetivos: elevar a la categoría de ciencia al Derecho mediante una depuración axiológica del mismo, eliminar lógicamente los dualismos dentro de su concepción de Derecho y demostrar lógicamente la existencia de un sólo ordenamiento jurídico (el estatal), coherente, completo y cerrado, llegando a la asimilación de los conceptos Estado y Derecho.<sup>6</sup> No obstante, puede observarse, que tal postura es propia, generalmente, de los estudiosos del Derecho, acostumbrados a estudiar normas abstractas y aisladas (y aislados también los estudiosos) de la realidad social. Por su parte, con anterioridad a la obra de Kelsen, e incluso cuando el monismo era la doctrina dominante, ya desde fines del siglo XIX, desde la sociología y la antropología jurídicas comienzan a surgir corrientes que ponen en duda dicho paradigma. Y no es casualidad que el pluralismo haya surgido de dichos ámbitos, ya que lo que implica el pluralismo jurídico, en verdad, es un cambio, un giro, respecto del objeto de estudio: mientras el jurista tradicional se preocupaba por estudiar y describir normas abstractas, leyes surgidas de los aparatos estatales, no teniendo interés alguno en la realidad social, aquellos defensores del pluralismo enfocan su atención en la realidad social, en los seres humanos en sus relaciones sociales, situación que evidencia una pluralidad de sistemas normativos superpuestos y vigentes, muchos de ellos en conflicto con el derecho estatal, otros complementarios.

Esto lleva a otra reflexión: mientras el monismo jurídico es una teoría, una doctrina o una expresión de deseo (Griffiths lo ha

---

<sup>6</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Eudeba, 4ª edición, 6ª reimpresión, 2006.

caracterizado con adjetivos más severos como mito o ilusión); el pluralismo jurídico, es una realidad social, un hecho<sup>7</sup>.

### **b. Primeras doctrinas pluralistas**

Durante el pasado siglo han existido numerosos pensadores que se ocuparon del tema, propongo hacer una breve descripción de dos de los primeros y más influyentes autores, sin dejar de destacar que con anterioridad a los mismos han existido otros en los que podemos encontrar el germen del pensamiento pluralista, tales como: Kirchmann, Kantorowics (quien habla de un derecho libre que *vive independientemente del derecho del Estado*<sup>8</sup>), Geny y otros que al igual que los siguientes reaccionan, principalmente contra el formalismo legal imperante.

Eugen Ehrlich (1862-1922) es uno de estos autores, considerado uno de los padres fundadores de la sociología del derecho, critica a aquellos que creen que el Estado posee el monopolio en la producción jurídica y afirma: *En nuestro tiempo, como en cualquier otra época, el centro de gravedad del desarrollo del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma.*<sup>9</sup> Por lo tanto, la verdadera ciencia del derecho no puede ser la dogmática jurídica sino que lo es la sociología del derecho, que se ocupa de *conocer y describir lo concreto, no lo abstracto, los hechos, no las palabras, y que tiene por tanto por objeto no sólo el derecho válido para los tribunales y para los órganos*

---

<sup>7</sup> Griffiths, John. *Whats legal pluralism?* p. 4. Dirección: <http://keur.eldoc.ub.rug.nl/FILES/wetenschappers/2/11886/11886.pdf>. Fecha de acceso: 8 de septiembre de 2010.

<sup>8</sup> Treves, Renato. *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Barcelona, España. Ed. Ariel. p. 86

<sup>9</sup> Ibid. p. 86

*dotados de autoridad, sino también y especialmente el Derecho vivo, no formulado en proposiciones jurídicas, pero que regula toda la vida social.*<sup>10</sup> Como vemos, habla de un derecho viviente, que es el que verdaderamente rige las relaciones sociales, además destaca que las normas estatales están dirigidas a los órganos estatales de aplicación y no a la sociedad. Así distingue entre: las normas de decisión dirigidas a las autoridades estatales y que indican cómo deben resolver un conflicto llevado ante ellos, que son las que, según él, son consideradas como derecho por el positivismo jurídico y normas de conducta que son las que verdaderamente regulan las relaciones sociales. Por otro lado, afirma que el derecho estatal siempre está condicionado por la realidad social, ya que para el dictado de una norma que regule una institución, antes debe existir esa institución en la sociedad (como el matrimonio, la propiedad, los contratos, etc.), de modo tal que para la existencia y aplicabilidad de una norma, debe, previamente, existir, en la sociedad, la institución que pretende regularse. Para Ehrlich, el Derecho es *ordenamiento interno de las relaciones sociales o, mejor aún, organización de los grupos sociales. Es decir, un conjunto de reglas que determinan la posición y la función de los miembros del grupo y, más exactamente, la condición de supraordenación y subordinación de los mismos y de las funciones específicas que les corresponden en el ámbito del grupo.*<sup>11</sup>

También considerado uno de los padres de la sociología jurídica, Georges Gurvitch (1894-1965) observa, refiriéndose a las concepciones dogmáticas, que las mismas *fingen así ignorar los hechos bien conocidos del origen y de la subsistencia de las reglamentaciones jurídicas en plena independencia del Estado, así como el hecho no menos indiscutible de los conflictos en el interior de*

---

<sup>10</sup> Ibid. p. 86

<sup>11</sup> Ibid. p. 87

*la misma sociedad entre diferentes ordenamientos jurídicos autónomos. Por otra parte, abusando de ese grano de verdad de que todo derecho sólo recibe la plenitud de su eficacia en el interior de una estructura social y de que las estructuras globales aventajan, de hecho y jurídicamente, a las estructuras sociales parciales, esos juristas concluían, de manera totalmente errónea, que todo derecho presupone una organización estatal.*<sup>12</sup>

Considera que la misma (la sociología jurídica) es en sí *la expresión del pluralismo jurídico, es decir, de la concepción que une el Derecho a la realidad social viva y es incompatible con el positivismo jurídico y con todas aquellas concepciones que hacen depender la positividad del derecho de la voluntad del Estado y que afirman que el Estado es la única fuente del Derecho.*<sup>13</sup> Como vemos, es uno de los primeros autores que habla de pluralismo jurídico y se opone fehacientemente al estatismo jurídico (concepción que atribuye al Estado el monopolio de la creación jurídica). Afirma que *el poder jurídico no reside solamente en el Estado; y que la ley del Estado no es la única ni la principal fuente del Derecho, sino únicamente una de las fuentes y ni siquiera la principal.*<sup>14</sup>

A partir de estos autores, y principalmente a partir de las últimas dos décadas del siglo XX, el pluralismo jurídico pasó a ocupar un lugar central en los estudios jurídicos, sociológicos y antropológicos. Distintas realidades como la globalización, la *lex mercatoria* internacional, el derecho internacional, las ONG, el derecho de las comunidades originarias, las normas de los grupos que viven en lugares periféricos, en fin, las normas impuestas en una infinidad de

---

<sup>12</sup>Gurvitch, Georges, *Problemas de la sociología del derecho*. En: *Tratado de Sociología*. Dirigido por Gurvitch, Georges. Buenos Aires, Argentina. Ed. Kapelusz, 1963. P. 201

<sup>13</sup> Treves, Renato, op. cit. p. 118

<sup>14</sup> Ibid. p. 118

ámbitos y grupos sociales han impulsado el estudio sobre los mismos, designándose como casos de pluralismo jurídico los mecanismos que regulan las conductas de los miembros de dichos grupos aunque dichas normas no provengan del Estado. Sin embargo, a pesar del lugar destacado que comienza a tener, existe un problema central para quienes han pretendido defender dicha postura: el de la definición y alcance del concepto.

## **2- ¿Es posible una definición de pluralismo jurídico? ¿Cuál es el límite del derecho?**

Todos los autores que defienden el pluralismo jurídico coinciden en que el Estado no es la única fuente del derecho ya que el mismo puede surgir de otras fuentes, hasta aquí no existen discrepancias ni dificultades en la doctrina. Las mismas surgen, entre quienes se alistan en esta corriente, cuando se busca definir y determinar el alcance del pluralismo jurídico (es decir, delimitar el campo del derecho de otros campos normativos). Así, todos coinciden que el derecho estatal es derecho, muchos también coinciden con que el derecho de las comunidades originarias lo es, y que también lo es la *lex mercatoria*, el derecho canónico o las normas creadas por grupos sociales excluidos (como el caso de las favelas<sup>15</sup>), pero a medida que se analizan distintos casos comienzan los desacuerdos, entonces, incluso entre los defensores del pluralismo legal se discute si las normas que se aplican dentro de una empresa es derecho o no, si lo son las que se aplican dentro del núcleo familiar, de un club, de una iglesia o de cualquier otro grupo social, pudiendo llegarse al caso

---

<sup>15</sup> Para una descripción del tema, ver: de Sousa Santos, Boaventura, *El discurso y el poder (ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica)*. En: Revista Crítica Jurídica, nº 26, enero-agosto de 2007. Dirección: <http://www.journals.unam.mx/index.php/rcj/article/viewFile/16772/15969>. Fecha de acceso: 5 de diciembre de 2010.

extremo de preguntarse si las normas que regulan los comportamientos de los sujetos que forman parte de un grupo organizado destinado a cometer delitos es derecho o no.

La respuesta a estos interrogantes dependen de lo que se pretende significar con el nombre de *pluralismo jurídico*, para lo cual es necesario determinar, previamente, el significado de *Derecho*. Es decir, el alcance del pluralismo jurídico va a estar determinado por lo que se entienda por *Derecho*, pero en verdad, la definición de Derecho también va a determinar una postura monista o una pluralista, y los distintos alcances de ésta última; en conclusión: todo gira en torno de la definición de Derecho que se acuñe. Pero nos encontramos que a pesar de los numerosos esfuerzos realizados para lograr una definición universal del vocablo *Derecho*, no se ha podido lograr tal cometido, existiendo en la doctrina casi tantas definiciones como doctrinarios que han hecho el intento de lograr tal cometido. Es por ello que Bobbio afirma que en verdad estamos ante un problema semántico, pues las definiciones utilizadas por las distintas disciplinas son convencionales, no son verdaderas ni falsas, sólo más o menos oportunas<sup>16</sup>. Así el monismo se corresponde con una definición de derecho restringida, y a medida que la definición se va ampliando se pueden ir incluyendo en el campo del derecho los ejemplos antes expuestos.

Más allá de lo afirmado por Bobbio, resulta claro que hay definiciones que por su excesiva amplitud o estrechez chocan con lo que el sentido común nos indica, resultan alejadas de la realidad social y el científico social debe preocuparse por estudiar y describir dicha realidad. Un concepto restringido, como el utilizado por el estatalismo

---

<sup>16</sup> Sánchez-Catañeda, Alfredo, *Los orígenes del pluralismo jurídico*. En: Alba S., Oscar; Castro, Sergio S. (coords.), *Pluralismo jurídico e interculturalidad*. Ed. Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente. Sucre, Bolivia. p. 23. Dirección: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/9001.pdf>. Fecha de acceso: 5 de noviembre de 2010.

legal, va en contra de la realidad, pero considero que también lo hace un concepto excesivamente expansivo. Por ello, no hay que confundir ley o derecho con norma, error en que incurren muchos autores que utilizan indistintamente los conceptos *pluralismo normativo* y *pluralismo legal*. Todo grupo, espacio o campo social, tiene sus propias normas: las tienen incluso los grupos más reducidos, como las familias, las empresas, los grupos de amigos, e incluso sobre un mismo grupo tienen influencia diversos sistemas normativos como lo pueden ser las normas estatales, las costumbres, la moral, los acuerdos de las partes, etc., pero no todas esas normas son *Derecho*. Así, es de vital importancia distinguir *normatividad social* de *Derecho*: que existan una pluralidad de sistemas normativos que rigen las relaciones humanas (derecho, costumbre, moral, religión) que influyen sobre un mismo y distintos espacios sociales, no implica que todos estos sistemas normativos deban ser considerados jurídicos, el Derecho no es más que uno de los tantos sistemas normativos que rigen los comportamientos dentro de una sociedad. Esto parece importante, pues si vamos a confundir normatividad con derecho, pareciera que dicho concepto pierde toda utilidad y ya no tendría demasiado sentido hablar de pluralismo jurídico, sino que la cuestión podría simplificarse y hablar de pluralidad normativa.

Sin embargo, esta distinción, que puede ser clara en el mundo occidental, puede no serlo tanto en otras culturas. De hecho cada cultura posee mecanismos de prevención y resolución de conflictos muy diversos, en algunas la religión, la moral, las costumbres y el derecho se encuentran completamente confundidos. Es más, la pretensión de demarcar con precisión el campo de influencia de los distintos mecanismos de resolución de conflictos es producto de la cultura eurocéntrica. Nuevamente, el momento culminante, en lo que al desarrollo teórico refiere, lo encontramos en la obra de Kelsen, quien pretende depurar al derecho de todo valor y demarcar las

fronteras del mismo con las de la moral y la religión. No pretendo llegar a la misma conclusión, sino a la contraria, además de aceptar la existencia de un contenido axiológico en el derecho, considero que existen distintos niveles que pueden variar de una mayor a una menor fusión de mecanismos de regulación de las conductas humanas en sociedad; no siendo posible un grado de diferenciación de sistemas normativos absoluta en ninguna sociedad. Así, las fronteras de los distintos sistemas de normatividad social nunca son del todo claras, son permeables en mayor o menor medida dependiendo de la sociedad, con esta afirmación se llega a la conclusión de que es equivocada la aseveración realizada por algunos doctrinarios por la cual aquellas comunidades que han sido consideradas por muchos “menos desarrolladas” o “primitivas” o “poco civilizadas” no poseen Derecho por no encontrarse el mismo separado de otros mecanismos sociales de resolución de conflictos.

Ante las dificultades planteadas muchos doctrinarios optan, justamente, por hablar de pluralidad de normas y no de pluralismo jurídico, otros utilizan estos conceptos de modo indistinto. Entonces ¿el concepto *pluralismo jurídico*, es inútil? Considero que la respuesta es un rotundo *no*, pero es necesario cuidar de no expandir excesivamente el campo del derecho. ¿Por qué considero que el pluralismo legal sigue siendo un concepto necesario para comprender, describir y explicar la realidad social?, la contestación es simple y responde a dos motivos. En primer lugar, más allá de las leyes dictadas por el Estado, existen otras normas que amplios grupos sociales consideran que son *Derecho* y que cumplen con las funciones atribuidas al derecho, más allá de que puedan asimilarse a otros tipos de normatividad social. Un ejemplo puede aclarar la afirmación: muchas comunidades originarias, por siglos se rigieron por su propio *Derecho*, claro, el mismo no podía ser tomado como tal según el monismo, pues el derecho surge sólo del Estado, estas

situaciones eran (y son todavía en muchos de los casos) extralegales, e incluso ilegales (muchas autoridades fueron perseguidas penalmente por usurpación de funciones públicas, privación ilegítima de la libertad y otros delitos por aplicar su propio derecho). Pero resulta claro que si toda una comunidad le atribuye un cierto contenido jurídico a sus modos de resolución de conflictos, ¿por qué no llamarlo Derecho?, tal actitud es, sin duda, una arbitrariedad basada en una concepción discriminatoria.

Así, algunos autores afirman que el derecho es aquello rotulado como tal por un determinado grupo. Por mi parte, comparto parcialmente dicha postura: pues cuando digo que un grupo social considera *Derecho* a determinadas normas destinadas a regir sus conductas, no quiero decir que necesariamente deben designar dicha normatividad con el vocablo *Derecho* (o con un equivalente), sino que dichas normas cumplan las funciones y tengan determinadas características que se les atribuyen al Derecho. Así, deben estar destinadas a regir los comportamientos de los miembros del grupo con el objeto de prevenir y solucionar disputas, debe existir cierta legitimidad respecto del contenido de las normas o de la autoridad de la cual emanan, debe suceder lo mismo con la autoridad que lo aplica (que normalmente es un tercero) y el modo de hacerlo, debe existir algún mecanismo para lograr su aplicación incluso en contra de la voluntad de alguno de los miembros del grupo (nótese que en el derecho estatal el modo más normal es el de la utilización de la fuerza legítima por parte del Estado, pero existen otros mecanismos como la exclusión de un miembro de un determinado grupo, o la estigmatización grupal, así como también la pérdida de un status), debe existir un grado mínimo de acatamiento (eficacia) de las normas, etc. (puede que esta enumeración no sea exhaustiva, e incluso para muchos puede no ser correcta, ya sea por ser demasiado amplia, para algunos, o restringida, para otros, pero el tema para ser

tratado correctamente, requiere de más amplio análisis y, así y todo, parece imposible llegar a un acuerdo sobre el mismo). Esta reflexión nos permite aceptar que aquellas comunidades que gozan de mecanismos de resolución de conflictos, al cual no llaman *Derecho*, pero que están compuestos por una compleja amalgama de aspectos jurídicos, religiosos, morales y consuetudinarios, poseen igualmente *Derecho*.

Existe otro motivo por el que puede justificarse la utilización del pluralismo jurídico, que es el siguiente: mas allá de las dificultades y de los interrogantes que plantea el pluralismo jurídico (muchos de ellos todavía no han sido resueltos y posiblemente nunca lo sean), más allá de los espacios grises que deja dicha concepción, es una herramienta mucho más útil para explicar la realidad que el monismo jurídico. Éste último, independientemente de las certezas y la claridad que pueda aportar, se encuentra alejado y en contradicción con la realidad socio-jurídica.

### **3- Los fundamentos del pluralismo jurídico**

Los fundamentos del monismo jurídico, ya expuestos, son claros y hasta pueden sonar convincentes. Ahora bien, ¿qué argumentos podemos esgrimir para sostener, para apoyar, al pluralismo jurídico? ¿Por qué no resignarse y aceptar lo defendido por el monismo jurídico? Trataré de enunciar algunos, para lo cual distingo fundamentos prácticos, axiológicos y procedimentales:

- Fundamentos prácticos: afirmo que se habla de fundamentos prácticos cuando se toma al pluralismo como un medio para hacer frente a una situación. Así, puede ser una herramienta útil en una realidad en que el Estado, y su derecho, está lejos de cumplir con las expectativas en lo que a la resolución de conflictos respecta. Ello por diversos motivos: porque el aparato

estatal no llega a determinados lugares o porque el derecho estatal tiene un contenido o un modo de aplicación inadecuado para cumplir con su cometido, esta falta de adecuación genera una crisis de legitimación del sistema, lo que lleva a que los grupos busquen otros medios para resolver sus diferendos (como el caso de las favelas o algunas comunidades originarias, o el de empresas que ven al aparato jurisdiccional estatal como lento, costoso y por lo tanto contrario a sus intereses). En estos casos la pluralidad de derechos funcionarían como un modo de ocupar espacios vacíos dejados por los Estados o de suplir las deficiencias que surgen como consecuencia de una crisis sistémica.<sup>17</sup>

- Fundamentos axiológicos: estos tipos de fundamentos se corresponden con una noción de pluralismo como un fin en sí mismo. Esto se relaciona, principalmente con las corrientes multiculturalistas, con el reconocimiento de que en un mismo Estado, en la gran mayoría de los casos, conviven una pluralidad de Naciones, de pueblos, de culturas, situación que requiere un tratamiento especial (que no cumple el monismo jurídico) guiado por valores como la igualdad y la tolerancia. Se destaca que en un mundo en que prima la diversidad es necesario respetar las diferencias (o por lo menos algunas). Muchos se han preocupado por destacar los que he llamado fundamentos prácticos, pero considero que no deben perderse de vista los axiológicos.

---

<sup>17</sup> Este tipo de fundamentación lo podemos encontrar en numerosos autores, por ejemplo en Wolkmer, quien señala, entre otras cosas: *El carácter obsoleto, estático y excluyente de las instituciones normativas oficiales (tanto en el ámbito de la legislación positiva, como del poder judicial), que causa la precaria eficacia de la legalidad dominante y la profunda crisis de legitimidad, abre espacios para los movimientos sociales de marginados y desposeídos- los "sin techo" y los "sin tierra"- que, sin acceso a la justicia oficial (vía lenta y onerosa), utilizan prácticas jurídicas paralelas y alternativas consideradas "ilegales"*. Wolkmer, Carlos Antonio. Op. Cit. p. 105

- Fundamentos procedimentales: dentro de este modo de fundamentar al pluralismo jurídico, que puede corresponderse con una forma de pluralismo emancipatorio en un proceso de globalización desde abajo, pueden ser incluidos los mecanismos de diálogo intercultural para establecer parámetros mínimos exigibles de respeto de la dignidad humana (dicho mecanismo será explicado y utilizado en la segunda parte del presente trabajo para analizar el caso de la justicia comunitaria). Cabe destacar que un fundamento procedimental se encuentra muy ligado a los fundamentos axiológicos, pues el diálogo intercultural debe estar guiado por valores como la igualdad, la tolerancia, la libertad (en el sentido de ausencia de coacciones), etc.

#### **4- Dos tipos de pluralismo**

Puede caerse en el error de considerar al pluralismo como algo bueno en sí mismo, como algo deseable de cualquier modo que se dé. Es importante no incurrir en dicha inexactitud, pues como afirma Boaventura de Sousa Santos, *en mi opinión, no hay nada inherentemente bueno, progresista o emancipatorio acerca del "pluralismo jurídico". De hecho, hay ejemplos de pluralismo jurídico que son bastante reaccionarios*<sup>18</sup>. Evitar tal yerro es el motivo por el cual ensayo esta distinción, así, considero que existen diversas realidades que reflejan una situación de pluralismo legal, sin embargo, considero que pueden calificarse las distintas realidades, teniendo en cuenta los orígenes de las mismas en dos:

---

<sup>18</sup> de Sousa Santos, Boaventura. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y de la emancipación*. Trad. Rodríguez, César. Colombia. Ed. ILSA, 1998. p. 24

- En primer lugar, existen sistemas legales alternativos en las formas, pero no en el contenido, o mejor dicho, no en los fundamentos y fines de dichos contenidos. Estos sistemas no pueden llamarse alternativos en un sentido estricto, ya que en verdad no dejan de ser derecho oficial por responder al orden hegemónico impuesto y a su estructura axiológica. Así, a modo de ejemplo, la *lex mercatoria* (se trata de *una forma jurídica que adopta ese nombre por analogía el derecho construido en el pasaje de la edad media a la edad moderna por las prácticas comerciales de los mercaderes que trascendían la unidad económica de los feudos*<sup>19</sup>; en la actualidad se la puede caracterizar como una *regulación flexible y difusa que reposa sobre redes complejas y móviles de acuerdos y de asociaciones establecidos en el seno de los medios económicos, independientemente de los sistemas jurídicos oficiales, nacionales e internacionales*<sup>20</sup>) no deja de tener sus principios, valores, fines e intereses en aquellos que han dado origen a la mayoría de los derechos oficiales y que, al mismo tiempo, se relacionan con los grupos dominantes en el modo de producción capitalista en un mundo globalizado. De hecho, *La lógica del desarrollo de la lex mercatoria, favorece estructuralmente a los actores más poderosos con más capacidad de negociación, de desplazamiento de actividades en función de la reducción y externalización de costos sociales, fiscales y ambientales.*<sup>21</sup> En suma dicho sistema, y otros también, si no nacen oficiales

---

<sup>19</sup> Medici, Alejandro M. *Globalización y crisis del estado de derecho*. Ponencia al III Congreso Nacional de Derecho Político. Córdoba, 28 y 29 de septiembre de 2010, p. 6

<sup>20</sup> Ost, François. *Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza*. p. 479. Dirección: <http://revistas.ucm.es/der/02120364/articulos/ANDH0202110453A.PDF>

<sup>21</sup> Medici, Alejandro M. Op. Cit. p. 13

tienden a oficializarse, así *crea diferentes formas de inmunidad, sea en relación al derecho nacional estatal, sea en relación al derecho internacional público y, en este sentido, crea su propia oficialidad*<sup>22</sup>. Todo esto nos permite concluir, que existen casos de pluralismo jurídico que surgen como mecanismos de los grandes centros de poder para preservar sus intereses, incluso en perjuicio de los derechos más fundamentales de las personas, por lo que *la protección internacional de los derechos humanos (y de cualquier otra concepción de dignidad humana) encuentra sus límites y contradicciones en el contexto del pluralismo jurídico global.*<sup>23</sup>

- Por otro lado existen verdaderos sistemas legales alternativos (como el derecho de las comunidades originarias, o el de las diversas Naciones que forman parte de un Estado como consecuencia de los procesos coloniales; o el derecho vigente en grupos marginados del sistema, como los barrios marginales), cuyo contenido, así como los fundamentos, valores y principios que dan sustento al mismo, son diferentes al derecho oficial, incluso, en oportunidades contrarios al mismo; a los mismos los podemos calificar como no oficiales o contrahegemónicos. Este tipo de realidades son de vital importancia en un marco de emancipación, en que se pretende romper con las relaciones de colonialidad vigentes hace siglos. En este sentido, se encuentran entrelazados el pluralismo jurídico con el proceso de descolonización que se pretende llevar adelante en muchas partes del mundo en general y en América Latina en particular. Por lo cual el pluralismo jurídico

---

<sup>22</sup> de Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. España. Ed. Desclée de Brouwer. 2003. p. 118. Dirección de acceso: [http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/critica\\_de\\_la\\_razon\\_indolente.pdf](http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/critica_de_la_razon_indolente.pdf). Fecha de acceso: 15 de septiembre de 2010. p.234

<sup>23</sup> Medici, Alejandro M. Op. Cit. p. 14

nos plantea el desafío de detectar y alentar aquellas prácticas alternativas que permitan el desarrollo de concepciones alternativas que nos lleven a un mundo más justo, en que cual la dignidad humana (en una concepción intercultural de la misma) tenga un protagonismo central.

### III- La Justicia Comunitaria

#### 1- Noción y características

Uno de los ejemplos más importantes de pluralismo jurídico emancipatorio en América Latina, es el caso de lo que se ha denominado *justicia comunitaria, derecho indígena, costumbre*, entre otros. El derecho indígena comprende *los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades y pueblos indígenas, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses.*<sup>24</sup>

El derecho a dictar y a aplicar las propias normas destinadas a regir las relaciones comunitarias es una de las más significativas reivindicaciones de las comunidades originarias desde el momento mismo de la colonización. Aunque al inicio del proceso colonizador se permitieron a algunas comunidades aplicar su propio derecho, el permiso sólo incluía a los delitos menores (el tratamiento de los delitos más graves se los reservaba la jurisdicción de los colonizadores), permiso que con el tiempo se fue restringiendo hasta eliminarse, generándose con posterioridad una *criminalización de las prácticas culturales opuestas a las consagradas legalmente (como uniones conyugales tempranas calificadas de estupro-, uso o manejo de plantas prohibidas en leyes antinarcoóticos, prácticas religiosas y culturales llamadas "brujería", etc.)*. Igualmente, se ha reprimido a las autoridades de los otros sistemas por *usurpación de funciones (por actuar como jueces sin serlo), abuso de autoridad, encubrimiento de*

---

<sup>24</sup> Baltazar Yucailla, Rosa Cecilia. *La justicia indígena en Ecuador*, p. 452. En: Espinosa Gallegos, Carlos; Caicedo Tapia, Danilo, eds.. *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., 2009.

*delito, secuestro, lesiones, coacciones, etc. (por detener, juzgar, aplicar sanciones, etc.).*<sup>25</sup> La cuestión discutida no es menor, los diversos mecanismos de resolución de conflictos son elementos configurativos de cada cultura, con lo cual, preservar el derecho propio conlleva conservar un aspecto fundamental de la propia cultura, evitando así la comisión de un genocidio cultural.

Siglos de dominación no han logrado erradicar definitivamente la cultura de dichas comunidades, y pareciera que estamos en presencia de un proceso en que las reivindicaciones comienzan a dar sus frutos, pudiéndose observar una etapa en que se inicia un reconocimiento de los derechos que han sido expropiados durante el proceso de colonización. Se puede percibir que en las últimas reformas constitucionales en América Latina, en el dictado de leyes, así como también en la incorporación de normas internacionales, se reconoce el derecho a las comunidades indígenas a autonormarse (entre otros).

Haciendo un repaso de algunas de las normas vigentes en estados latinoamericanos, y a modo de ejemplo, podemos citar a:

La constitución de Ecuador dispone:

*Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:*

---

<sup>25</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack. 1999. p. 9. Dirección de acceso: [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/1\\_RYF\\_Pautas\\_Coordinacion.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/1_RYF_Pautas_Coordinacion.pdf). (Consulta: 5 de noviembre de 2010)

*10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.*

*Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.*

La constitución de Bolivia establece:

*Art. 30- II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:*

*14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.*

*Art. 190.- I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.*

*II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.*

La constitución de Colombia preceptúa:

*Art. 246.- Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que*

*no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*

En el ámbito de los convenios internacionales, en lo que hace al derecho de las comunidades indígenas, posiblemente uno de los más influyentes ha sido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que en la materia que está siendo analizada ordena:

*Art. 9. 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

Otro texto de gran importancia es la Declaración de Las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en que se reconocen una gran variedad de derechos, siendo uno de ellos el derecho a conservar las instituciones políticas y jurídicas (arts. 5 y 34).

Sin embargo, y a pesar de los reconocimientos que se van dando en diversos ámbitos, la materia objeto de estudio está generando controversias. Lo que procuraré es conciliar los distintos valores en juego y que han sido utilizados para tomar parte por una u otra postura dentro de la disputa en cuestión. Para lograr tal cometido pretendo realizar un análisis de la JC utilizando un método de interpretación que ha sido denominado por Boaventura de Sousa Santos como *hermenéutica diatópica*.<sup>26</sup> Pretendo, no sólo hacer una

---

<sup>26</sup> de Sousa Santos, Boaventura, *Hacia una concepción multicultural de los derecho humanos*. En: EL OTRO DERECHO, número 28. Julio de 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. Dirección de acceso: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-03.pdf>. Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2010.

descripción de los patrones generales de la JC, sino también desentrañar sus valores fundantes y, por lo tanto, los de las comunidades, así como también hacer un ejercicio mental que permita analizar la posible compatibilidad o incompatibilidad de la JC con una concepción multicultural de los derechos humanos. Como todo ejercicio mental está sujeto a error y a parcialidades, pero más allá de las aproximaciones que puedan llevarse adelante en los ámbitos académicos, resulta imperioso que se inicie en la realidad un proceso de diálogo intercultural que permita llegar a un consenso respecto de una concepción mínima de dignidad humana que deba ser respetada por todos los Estados, comunidades, grupos, etc.

Este proceso no debe ser llevado adelante únicamente en espacios de diálogo formados y dirigidos por los Estados, urge conformar un conjunto variable de *auditorios globales* con los distintos actores de la sociedad civil nacional e internacional. Esto permitirá generar una concepción de dignidad humana que sea una verdadera fotografía (o por lo menos una copia aproximada) de la realidad axiológica fundamental de los diversos grupos sociales. Este tipo de participación en la creación normativa conformaría lo que ha sido llamado *globalización desde abajo*, generando un derecho contrahegemónico. Es claro que en un espacio de diálogo dominado por los Estados permite, también, un diálogo intercultural, ya que en el plano global, los diversos estados representan las más variadas culturas. Pero, como ya ha sido explicado, un Estado está muy lejos de representar a la totalidad de las variables culturales existentes en el mismo, ya que representa a una versión oficial de una cultura, quedando las otras culturas vivientes en dicho estado silenciadas, y quedando también, grupos que forman parte de la misma cultura que la estatal no representados por tener una visión crítica o alternativa de la cultura de la que forman parte (por ejemplo, en algunas comunidades indígenas han surgido grupos feministas que se oponen

a un modo de estructuración social que acusan de machista, lo mismo está sucediendo en el mundo musulmán).

Antes de destacar algunas de exigencias previas para que pueda existir un verdadero diálogo intercultural es imperioso encontrar presupuestos mínimos para que pueda existir diálogo. Autores como Perelman, Habermas y Alexy (entre otros) han desarrollado teorías que describen la situación ideal en que debe producirse una acción comunicativa o argumentativa. Sin entrar en detalles, y tomando sólo aspectos parciales de dichas teorías, es preciso destacar que el espacio adecuado para un diálogo ha sido descrito como aquel en que interactúan un orador y un auditorio, en que el orador intenta convencer por medio de argumentos. En esta descripción, es preciso destacar que se establecen como requisitos indispensables la igualdad de derechos de los participantes y no coerción de quienes interactúan, entre otros.<sup>27</sup>

Pero además de estos requisitos, es menester que exista un verdadero *diálogo*, es decir que el rol de orador y de auditorio sea dinámico, intercambiable en forma permanente, *la polaridad orador/auditorio debe perder rigidez para transformarse en una secuencia dinámica de posiciones de orador y de posiciones de auditorio intercambiables y recíprocas, para convertir el resultado del intercambio argumentativo en algo verdaderamente inacabado: por un lado, porque el orador inicial puede acabar por transformarse en auditorio y, viceversa, el auditorio en orador; y, por otro lado, porque*

---

<sup>27</sup> Para una explicación de distintas teorías ver: Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Dirección de acceso: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710>. Fecha de acceso: 8 de noviembre de 2010.

*la dirección del convencimiento es intrínsecamente contingente y reversible.*<sup>28</sup>

Por otro lado, un aspecto fundamental y muy difícil de lograr, es aceptar en *el otro* (los otros partícipes del diálogo), en la otra cultura, el campo de discusión en que va a plantear sus argumentos, es decir, el espacio lingüístico o argumentativo en que va a exponer la concepción de dignidad humana vigente en su cultura. Como sabemos, en cada cultura existen distintos campos argumentativos (espacios comunes de discusión en que se utilizan un conjunto parcial de herramientas argumentativas convencionales) en los que puede ser planteado un mismo tema; pues sucede lo mismo respecto del desarrollo argumentativo de una concepción de dignidad humana mínima, irrenunciable, exigible a todos en todo lugar. Así, por ejemplo, puede discutirse la cuestión desde el campo del derecho, desde la religión, desde la moral o desde un conglomerado de éstos y dentro de esos campos pueden utilizarse instrumentos argumentativos de los más diversos (por ejemplo, dentro del derecho, en la cultura occidental, pueden surgir posiciones respecto del tema en cuestión desde una concepción *ius positivista* o *ius naturalista* y dentro de éste último pueden utilizarse argumentos que han sido calificados de racionales u otros que tengan un cierto contenido religioso, etc.; similares situaciones pueden generarse en los otros campos). Pero en numerosas ocasiones cada cultura contiene un espacio de discusión dominante que varía en el tiempo: en la nuestra, en lo que hace a una concepción de dignidad humana mínima, actualmente lo es el Derecho, que ha dado como resultado lo

---

<sup>28</sup> de Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. España. Ed. Desclée de Brouwer. 2003. p. 118. Dirección de acceso: [http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/critica\\_de\\_la\\_razon\\_indolente.pdf](http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/critica_de_la_razon_indolente.pdf). Fecha de acceso: 15 de septiembre de 2010.

que denominamos con el vocablo *derechos humanos*. En un diálogo intercultural es necesario que se respete que cada cultura argumente desde el campo utilizado en sus realidades sociales respecto del tema sujeto a diálogo; pero con el respeto no es suficiente, es menester poder colocarse en la posición argumentativa del otro, aceptarla como una postura tan válida como la propia.

Una vez cumplido este requisito, el paso siguiente, es aceptar, también, los valores vigentes en cada cultura, y nuevamente, aceptar que los mismos tienen un nivel, jerárquicamente hablando, igual a los nuestros, que no hay valores superiores e inferiores o más o menos evolucionados, pues si partimos de la idea que los valores que encarnamos valen más que los otros, el diálogo no sería tal, sino, simplemente, un intento de imposición cultural. Así, a modo de ejemplo, mientras dentro de la cultura occidental mayoritaria actual priman valores individualistas, en las comunidades originarias, antes que el individuo, y por sobre el mismo, se encuentran los valores comunitarios.

Ahora bien, ya adentrándonos en el tema sujeto a análisis, el de la JC, y para poder llevar adelante este ejercicio mental que propongo, es imperioso destacar otro aspecto más además de los anteriores, y es el siguiente: los mismos valores pueden adquirir distintas formas, pueden manifestarse de diferentes modos, de acuerdo al ámbito en que rijan, pues un mismo valor, principio o derecho puede adquirir distintas dimensiones dependiendo de las particularidades de cada sociedad. Por ejemplo, la necesidad de previsibilidad de las consecuencias jurídicas que pueden acarrear las conductas en nuestra cultura jurídica se manifiesta en los principios de legalidad e irretroactividad, en las comunidades originarias también existe preocupación por la posibilidad de prever las consecuencias de una determinada conducta, pero el mismo valor adquiere formatos diferentes, pero no por ello menos adecuados y efectivos (por

ejemplo, existe una cierta estabilidad de las costumbres que rigen las relaciones sociales que permiten prever las consecuencias de las conductas humanas). Es fundamental esta aclaración para no descartar a priori la existencia de valores por no comprender que se encuentran vigentes bajo formas disímiles.

Por otro lado, la JC posee algunas características distintivas que son convenientes destacar para lograr una mejor comprensión de la misma. En primer lugar, en general, no existe una división entre derecho público y privado, tampoco entre derecho civil y penal, en tal sentido, no puede decirse que exista un derecho penal en el sentido occidental, el sistema, lo que busca, es resolver las situaciones conflictivas que rompen con la armonía en la comunidad, utilizando para ello diversos mecanismos que no siempre pueden ser adjetivados como penales. Este aspecto genera un impacto positivo en la resolución del conflicto, pues el mismo se aborda desde una perspectiva integral y no parcializada. Asimismo, los conflictos, dependiendo de sus contenidos, en la generalidad de las comunidades, se tratan en dos ámbitos sociales distintos: *El ámbito familiar, el de las autoridades comunitarias y el de la asamblea comunal. En el primero, son protagonistas fundamentales los abuelos, los padres, los parientes consanguíneos cercanos, los parientes afines, los padrinos y los vecinos. En el segundo y en el tercero, son: las autoridades tradicionales, las autoridades comunales, los mediadores comunitarios y el conjunto de comuneros.*<sup>29</sup> Es decir, existen dos ámbitos de tratamiento de los conflictos que desde un punto de vista occidental podríamos clasificar el primero de privado y el segundo de público: *Siguiendo la propia*

---

<sup>29</sup> García Fernando S. *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*. FLACSO, Quito, Ecuador, 2002. p. 31. Dirección de acceso: <http://www.flacso.org.ec/docs/saformasindigenas.pdf>. Fecha de acceso: 3 de diciembre de 2010.

*estructura social de las comunidades de estudio, es posible distinguir la tipificación de sus conflictos bajo dos grupos:*

- *Los conflictos o "pleitos" de interés familiar, que también pueden ser identificados como de interés particular o "privado".*
- *Los conflictos o "pleitos" de interés comunal, que también pueden ser identificados como de interés colectivo.*<sup>30</sup>

Tomando como punto de análisis a los actores, los mismos varían de acuerdo a las comunidades, hay algunas en que adquieren mayor importancia los brujos, los líderes religiosos, hay otras en que existe una mayor distinción entre religión y Derecho y, por lo tanto, encontramos una influencia mayor de los líderes políticos, pero generalmente se mantienen los dos ámbitos: el familiar y el comunitario.

En segundo lugar, es, en la mayoría de los casos, un derecho no escrito, se transmite por contacto directo de los miembros de la comunidad con el Derecho. Este aspecto, aunque algunos lo señalen como muestra de *falta de desarrollo* de dichos sistemas, hace a un mayor y mejor conocimiento del derecho, ya que desde niños y durante toda la vida en la comunidad los miembros asisten y participan en reuniones y ámbitos en que se resuelven los conflictos, eso hace que se posea un perfecto conocimiento de las normas. *A través del uso, de las prácticas ancestrales, de la costumbre en definitiva, los sujetos entienden que determinadas reglas son obligatorias y que existe, por encima de ellos, un sistema de sanciones aplicables para el caso de su incumplimiento o violación. Con otras palabras, estamos afirmando que el derecho indígena es*

---

<sup>30</sup> Peña Jumpa, Antonio. *El caso de los Aymaras del sur andino*. En: EL OTRO DERECHO, número 25. Diciembre de 2000. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. p. 69. Dirección de acceso: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr025/elotrdr025-02.pdf>. Fecha de acceso: 3 de diciembre de 2010.

*derecho consuetudinario por su propia naturaleza. El catálogo de normas que regula la vida social de cada comunidad no es escrito, sino que se conoce a través de la costumbre. Esa costumbre es la que define las infracciones criminales y la que les otorga el correspondiente castigo. Esa costumbre es la que establece las autoridades que dirigen el procedimiento, la forma en que se desarrolla el proceso y se dictamina la absolución o condena del acusado.*<sup>31</sup>

## **2- Límites a la justicia comunitaria**

Una de las cuestiones que está dando lugar a arduos debates es el de la existencia, o no, de límites que deben imponerse a la JC, así como también el alcance de los mismos. Cuando hablo de límites me refiero a los límites materiales, pues los territoriales o personales también generan disputas pero de más fácil solución. El problema surge porque es necesario compatibilizar dos situaciones: el respeto por la diversidad étnica por un lado, y por el otro, el acatamiento de normas que tradicionalmente han sido consideradas básicas en un estado de derecho de tipo occidental. Por lo que la cuestión, en sus posturas extremas podrían sintetizarse así: las comunidades originarias pueden aplicar sus modos de resolver conflictos sin ningún límite material impuesto desde la cultura occidental, o, en la vereda opuesta, las comunidades originarias, en el contenido y aplicación de sus sistemas normativos, deben respetar las pautas que el derecho estatal considera como básicas y exigibles en todo sistema jurídico. Las soluciones son diversas, recordemos los cuatro textos transcritos con anterioridad: La Constitución de Ecuador (en

---

<sup>31</sup> Borja Jiménez, Emiliano. *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica*. p. 670 En: Berraondo, Mikel. *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao, España. Universidad de Deusto. 2006. Dirección de acceso: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/9002.pdf>. Fecha de acceso: 3 de diciembre de 2010.

adelante CE) exige: *que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales*; la Constitución de Bolivia (en adelante CB): *La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución*; la Constitución colombiana (en adelante CC) pone como límite: *que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República*; y el convenio 169 de la OIT permite la aplicación de la JC: *En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*.

Una interpretación literal de lo dispuesto por la CC, es una concepción demasiado estrecha, se corre peligro de que la JC termine siendo un simple reflejo del derecho estatal con algunas peculiaridades. Por otro lado, coloca a la JC en una situación de inferioridad respecto del derecho estatal al exigir que se adecue a las leyes de la república, generándose una contradicción en el cuerpo constitucional, pues si por un lado reconoce el principio de diversidad cultural, no puede por otro someter el contenido de dichas culturas a las leyes nacionales, hecho que, interpretado rígidamente, lejos está de respetar el principio de diversidad étnica y cultural. Similar es la postura adoptada por el convenio 169 de la OIT, pues si la JC debe ser compatible con el sistema jurídico nacional, lo que terminará ocurriendo es que se adopten los valores y las formas jurídicas estatales, y con ello se extinga un aspecto fundamental de las culturas no oficiales.

Más amplia, pero también objeto de posibles reparos, es la posición seguida por la CB y la CE, pues al exigir a la JC el respeto de las respectivas Constituciones, puede generar una imposición cultural si es que no se hacen algunas aclaraciones: pues como ya he afirmado, los derechos y garantías establecidos en las constituciones pueden

adquirir formatos distintos en las comunidades indígenas, o incluso pueden no existir, en última instancia, más allá de que estemos hablando de las normas supremas, las Constituciones no son otra cosa que derecho estatal. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T 349/96: *Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. Y más adelante afirma: Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre. Y luego expone cuáles son esos bienes: A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Sin embargo luego agrega otro aspecto limitante: A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a una completo desconocimiento de las formas*

*propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse.*

En mi opinión, la solución adoptada por el precedente jurisprudencial citado, transita por el buen camino, ya que podría enmarcarse en lo que se ha llamado diálogo intercultural o hermenéutica diatópica. Dejan en claro que, por un lado, no se puede caer en un relativismo extremo y por el otro, no se pueden imponer patrones culturales (en el caso, jurídicos) a las comunidades originarias: urge encontrar parámetros axiológicos mínimos aceptados por todas las culturas, o cuanto menos una gran mayoría de ellas. Dado que se trata de sistemas normativos diferentes del estatal, y a los cuales deben reconocérseles la misma importancia que al estatal, es necesario destacar que el límite más justo es el impuesto por los derechos humanos. Pero, dado que los mismos han sido fruto de un conjunto de valores occidentales, en su aplicación debe buscarse una concepción multicultural de los mismos mediante un diálogo intercultural. Así lo ha afirmado la Corte de Colombia en la sentencia 523/97, en la que se dispuso: *Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una.*

Otra de las cuestiones que se plantean es la de quien debe ser el encargado de realizar tal interpretación, o mejor dicho, qué mecanismo debe aplicarse para controlar que la JC respete los parámetros mínimos de dignidad humana; se han planteado tres posibles soluciones: un tribunal estatal, uno conformado exclusivamente por miembros de las comunidades originarias o uno mixto. Que los operadores jurídicos estatales sean quienes, en última

instancia, impongan los límites a la justicia comunitaria puede llevar a que termine por no respetarse la autonomía otorgada y a que el derecho a autonormarse devenga abstracto. Pues más allá de las buenas intenciones y de la predisposición para internalizar una situación cultural diferente, la ignorancia puede acarrear una interpretación errónea. A modo de ejemplo, y en el ámbito canadiense, Kymlicka manifiesta que *Algunos dirigentes indios temen también que los jueces blancos del Tribunal Supremo puedan interpretar determinados derechos de una manera culturalmente sesgada*<sup>32</sup>. Por otro lado, parece razonable la oposición a ser controlados por órganos estatales que tradicionalmente han tomado al derecho de las comunidades indígenas como un derecho de segunda, poco evolucionado y primitivo y por ello buscaron mecanismos para reemplazarlo por el estatal. Es por ello que las dos últimas opciones parecen las más adecuadas, máxime cuando no existen motivos fácticos para pensar que la concepción normativa de las comunidades originarias está en directa oposición con los derechos humanos: el peligro de una violación masiva de los derechos humanos, si tomamos en cuenta el contenido de la JC, es inexistente (lo cual no implica que haya casos en que se produzcan desviaciones o rijan costumbres que puedan ser consideradas violatorias de una concepción intercultural de dignidad humana mínima). Al respecto, la CB ha tenido en cuenta la presente cuestión, colocándose a la vanguardia en lo que hace a una revisión judicial dirigida por un dialogo intercultural y dispuso la creación de un Tribunal Constitucional Plurinacional (adopta lo que denominé conformación mixta):

---

<sup>32</sup> Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona, España. Ed. Paidós. 1996. p. 63.

*Art. 197.- I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.*

*Art. 202. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:*

*8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria.*

Pero aquí surge otro problema: ¿por qué imponer un mecanismo de revisión teniendo en cuenta el modelo occidental de doble instancia? ¿No podría considerarse, nuevamente, una imposición cultural? Aunque pueda ser así, y puedan pensarse otros mecanismos de revisión, muchas comunidades están dispuestas a que sus decisiones puedan ser revisadas por tribunales, siempre que se les garantice la no aplicación del derecho estatal, al cual han estado sometidos por años, sino una interpretación dirigida por un diálogo intercultural, por lo que por el momento, y hasta que se ideen nuevas alternativas, pareciera ser una solución aceptable. Por otro lado, lo que se pretende, no es aislar a las comunidades originarias, su derecho también está sujeto a cambio, y para ello puede tomar modelos vigentes en la cultura occidental, siempre y cuando ello no sea resultado de una imposición.

### **3- Respeto de las garantías penales y procesales**

Uno de los fundamentos de quienes se oponen a la JC es el de la presunta violación del debido proceso, las garantías penales y

procesales. Al respecto, es necesario destacar algunas cuestiones que ponen de manifiesto lo erróneo de tal argumento.

En primer lugar, como ya he destacado, dichas comunidades se rigen por valores distintos a los occidentales, pero no por ello pueden ser considerados menos valiosos. Por otro lado, dado que la estructura social es distinta a la nuestra, es necesario adaptar la noción de garantías que tenemos a la realidad en análisis: las garantías, en su desarrollo teórico, surgen como mecanismos para evitar situaciones consideradas injustas en que puede caer un sistema legal, pero puede que en otro sistema dichas injusticias no se produzcan simplemente porque la estructura jurídica es distinta. De hecho, el desarrollo teórico (en el marco europeo, con pensadores como Beccaría, Voltaire y Montesquieu) de las garantías en el derecho penal y procesal penal surge como respuesta a un sistema procesal inquisitivo extremadamente injusto y en que la aplicación de penas inhumanas era la regla. Así, en respuesta a un proceso que era secreto y que degeneraba en abusos y arbitrariedades, se propugna uno público como mecanismo de poner límites a las arbitrariedades; frente a la utilización exclusiva de la escritura, se impulsa la utilización de la oralidad; como consecuencia de la indefensión de los acusados, se sugiere el derecho a defenderse y proponer y contraponer prueba; ante la cotidianeidad de la tortura, se propone su prohibición; ante inquisidores que poseían facultades que podían calificarse de judiciales, legislativas y ejecutivas, y que cumplían el rol de juez y acusador, se exige el juzgamiento por parte de un juez imparcial y dentro de lo posible jueces populares; ante la imprevisibilidad de las consecuencia jurídicas de las conductas se propugnan los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal; en contraposición a la apropiación del conflicto por parte del

Estado, se plantea la necesidad de volver a los procesos iniciados, impulsados y con participación del ofendido; etc.<sup>33</sup>.

Puede verse con claridad que, aunque en la JC no se hayan realizado grandes proposiciones teóricas y doctrinarias respecto de dichas garantías y principios, en varios aspectos concernientes al tema, es superior a gran parte de los sistemas jurídicos occidentales. Sintéticamente, podemos enunciar brevemente las siguientes realidades que evidencian la veracidad de la anterior afirmación:

- El principio de publicidad se cumple acabadamente por la participación directa que tiene la comunidad en la resolución de los conflictos. *Recordemos que esta suerte de audiencias de juzgamiento indígenas se dan en presencia de toda la comunidad con lo que se logran dos efectos: por una parte, la tradición jurisdiccional se conserva y se transmite visualmente; y por otra, se cumple con el principio de publicidad.*<sup>34</sup>
- Junto con ello, lo mismo puede decirse del principio de inmediación, en la JC, existe en todo momento un contacto directo entre lo que podríamos denominar acusador, acusado y juez. Dicho principio tiene como finalidad lograr en el juzgador un conocimiento de las partes, de los testigos y de todos los participantes del proceso y así poder comprender mejor el conflicto y lo que ha llevado al acusado a actuar de determinado modo (si es que realmente ha actuado de la forma en que se lo acusa), lo que implicará la posibilidad de aportar una solución lo más adecuada posible al conflicto.

---

<sup>33</sup> Para una explicación de los sistemas procesales ver Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. T. I Fundamentos*. Ed. del Puerto. Bs. As. 2ª ed. 3ª reimp. 2004

<sup>34</sup> Llasag Fernández, Raúl, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad*. Citado por Zambrano Álvarez, Diego, *Justicias ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes*. p. 236. En: Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Caicedo Tapia, Danilo, eds. Op. Cit

- El mecanismo utilizado por la JC para dirimir sus controversias cumple de principio a fin con el principio de oralidad, no se conocen procesos ni etapas escritas. *La tradición de la sociedad indígena hace de la oralidad un sistema ordinario y principal de transmisión de la cultura, por lo que las ceremonias de juzgamiento no podrían efectuarse de otra manera.*<sup>35</sup> (excepcionalmente en algunas comunidades se documenta el arreglo al cual llegan las partes para dejar constancia del mismo en caso de incumplimiento). Lo contrario sucede en la mayoría de nuestros sistemas.
- La vigencia del principio de celeridad no tiene siquiera punto de comparación con la nula vigencia que dicho principio goza en nuestro sistema, en que los procesos duran años. En la JC, los conflictos se resuelven en un tiempo extremadamente reducido, ya que lo que se pretende, con la resolución del conflicto, es devolver la armonía a la comunidad.
- La exigencia de los jueces naturales y populares surge ante la necesidad de que los ciudadanos sean juzgados por sus pares y no por terceros extraños a la comunidad que nada conocen de las costumbres y hábitos de la misma. En nuestra cultura se ha querido remediar tal defecto con la institución de los juicios por jurados y aunque dicho instituto se viene abriendo camino, todavía, en lo que a su aplicación respecta, se encuentra en una etapa prehistórica. Todo lo contrario sucede con la JC, en que justamente se cumple completamente con tal requisito al ser los mismos miembros de la comunidad los que juzgan al acusado. *La justicia indígena es un sistema colectivo, pues en su aplicación y ejercicio se cuenta con la participación de las*

---

<sup>35</sup> Zambrano Álvarez, Diego, *Justicias ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes*. p. 237. En: Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Caicedo Tapia, Danilo, eds. Op. Cit.

*familias y en sí de todos los miembros de las nacionalidades y pueblos indígenas, por lo cual el sistema no pertenece a ciertos dirigentes o a ciertos líderes sino a toda la colectividad indígena*<sup>36</sup>.

- Si se analiza la finalidad de la pena, la mayoría de los sistemas reconoce que la misma debe ser la reinserción de quien ha cometido el ilícito en la sociedad. Si tal fuera la finalidad, nuestros sistemas se encuentran a años luz de lograr el cometido, las penas de privación de la libertad excesivamente largas, aplicadas en un sistema carcelario, como el Latinoamericano, que se encuentra colapsado, con superpoblación carcelaria, hacinamiento, violaciones diarias a los derechos humanos, hace que más que reinsertar al condenado, se lo excluya aún más de la sociedad. Por el contrario, como ya he dicho, la JC, tiene como principal objetivo restablecer la armonía en la comunidad, y para ello busca que el efecto inmediato de la pena sea la reinserción plena del sujeto en la sociedad (algunas situaciones analizadas más adelante pondrán de manifiesto tal situación).
- La gratuidad es una cuestión básica en lo que al acceso a la justicia respecta, pero más importante lo es, respecto al derecho de defensa, principalmente en un juicio penal. Para asegurar tal derecho, la mayoría de los Estados han implementado sistemas de defensores oficiales para quienes no tengan recursos suficientes para costearse uno. Empero, en nuestros países, la realidad demuestra que muchos defensores se encuentran saturados de trabajo, carecen de recursos económicos y humanos, lo que hace que la defensa técnica sea, en muchos casos un simple enunciado, generándose por ello

---

<sup>36</sup> Baltazar Yucailla, Rosa Cecilia. Op. Cit. p. 454

una justicia para “ricos y otra para pobres” (esto sin entrar a analizar las influencias que ejercen determinados sectores sociales sobre la labor de los magistrados). En la JC, la igualdad y la gratuidad están aseguradas, pues no existen abogados, el proceso es totalmente gratuito, los jueces son pares que ven su labor como un deber social y por ello intentan tener un buen desempeño en el mismo.

- Respecto de los derechos de las víctimas, con la imposición del sistema inquisitivo, el estado se apropia del conflicto y deja de lado a la víctima, quien, no sólo no es tenida en cuenta en el proceso, sino que tampoco se la tiene en consideración para determinar alguna medida reparatoria. Opuesto es el caso de la JC en que, la víctima es parte acusadora en el proceso, y por otro lado, al momento de dictarse la sentencia, se tiene en cuenta sus circunstancias particulares para lograr algún tipo de reparación por los perjuicios sufridos.

Aunque la lista de aspectos positivos de la JC es larga, y podrían describirse otros, la misma ha sido atacada por “no cumplir” con otros principios que son considerados básicos. Procederé a analizar aquellas cuestiones por las cuales se ha tildado a la JC como contraria a los derechos humanos y garantías básicas, pero es necesario remarcar, que lo que busco no es demostrar la vigencia de determinados principios occidentales en la JC, más bien demostrar que muchos de los valores que dan contenido a dichos principios se encuentran vigentes en las comunidades indígenas, y que cuando algunos de dichos valores se relajan es por la presencia de otros (ajenos a nuestra cultura) que no pueden ser considerados a priori como inferiores.

#### **a. Principio de legalidad**

A lo largo del tiempo al principio de legalidad se le han atribuido distintas acepciones, todas ellas relacionadas, en el presente título intentaré mostrar de qué manera en la JC no se corre un peligro concreto y efectivo de violación del mismo. En forma resumida y a riesgo de caer en imprecisiones, podemos decir, en primer lugar, que con el principio de legalidad se ha pretendido caracterizar al estado de derecho, al afirmar que en el mismo las actividades de los órganos estatales deben estar limitadas por normas legales, se busca “el gobierno de las leyes”, es decir, limitar la actuación del Estado, que debe someterse al ordenamiento jurídico a fin de evitar un accionar arbitrario. Ligada con ésta acepción está lo que ha sido denominado principio de clausura, por el que se determina que todo aquello que no esté expresamente prohibido está permitido; mientras la anterior acepción apuntaba a la actuación del Estado y su necesaria sujeción al ordenamiento jurídico (lo que se conoce como vinculación positiva), la presente concepción dirige su atención al accionar del particular, estableciéndose que, contrariamente al Estado, los sujetos pueden realizar todo aquello que no esté expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico (lo que ha sido denominado vinculación negativa). En este sentido, y relacionándolo con el sistema represivo, se ha caracterizado al principio de legalidad como una garantía por la que se otorga certeza a los comportamientos humanos mediante la previa determinación de las consecuencias jurídicas de las conductas prohibidas, evitando reacciones arbitrarias e imprevistas de los órganos estatales, en éste sentido se lo relaciona con la irretroactividad de la ley penal. Por último, también ha sido tomado como “reserva de ley”, lo que implica que determinadas cuestiones, como la penal y la tributaria, deben ser legisladas necesariamente y en forma exclusiva por el poder legislativo, por ser el órgano más representativo, y de acuerdo a un procedimiento previa y expresamente establecido. Más allá de las distintas acepciones, existe

un aspecto en común en todas ellas: el principio de legalidad funciona como una garantía del particular frente a la arbitrariedad del Estado.

En primer lugar, como principio destinado a otorgar seguridad jurídica a las personas, afirmamos que se lo vincula con los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a los órganos estatales en su actuación. En tal sentido, en las comunidades indígenas, no puede decirse que exista un Estado en el sentido occidental, pero muchas de las funciones que cumple el mismo, como la de resolver los conflictos, prestar servicios básicos, cobrar alguna especie de tributo, etc., son realizadas por la comunidad misma o por determinadas personas pertenecientes a la misma (líderes políticos o religiosos, brujos, ancianos) y no puede decirse que su actuación se encuentre librada a sus arbitrios. Generalmente se encuentran límites muy precisos determinados por las costumbres de la comunidad, con lo cual, en cierta medida, puede decirse que, aunque no al modo occidental, los límites en el accionar de los líderes en el ejercicio de funciones que pueden ser consideradas públicas están bien demarcados.

Otro de los sentidos expuestos es el principio de irretroactividad de la ley penal (a excepción de que sea más benigna). Lo que se ha pretendido es lograr un mínimo de previsibilidad de las consecuencias jurídicas que deben tener las conductas de los sujetos, evitando arbitrariedades mediante la exacta tipificación de la conducta ilícita y de la pena. Podría interpretarse que al no existir una ley previa no se cumple con tal requisito. Nuevamente, el argumento es erróneo y consecuencia de la ignorancia respecto de cómo se conducen dichas comunidades: los estudios demuestran que aunque el derecho no sea escrito, es conocido por todos y existe una perfecta posibilidad de prever las consecuencias que acarrearán las conductas. El sistema comunitario, en este aspecto también demuestra una cierta superioridad: las normas son internalizadas por todos los miembros de la comunidad desde niños por la participación directa en los

mecanismos de creación y aplicación normativa, con lo cual el nivel de previsibilidad es superior, no existe un derecho o penas desconocidas. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T 349/96, en la que se dispone: *Aunque el fenómeno de la tipicidad no se da aquí tal como lo entendemos nosotros, pues no existe una ley escrita y estricta, si se verifica una interiorización de la prohibición. Lo que puede predicarse con mayor seguridad en este caso porque ésta es la forma de homicidio más frecuente dentro de la comunidad.*

*El conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explica por el hecho de que es una comunidad relativamente pequeña, en la que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indispensable la escritura y la taxatividad de lo escrito para que, por un lado, sea posible sostener el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, sin el cual no sería posible el funcionamiento del ordenamiento jurídico; y, por el otro, para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades.*

Por otro lado, en la cultura occidental, desde que el estado *expropió el derecho* a la sociedad, se hizo necesaria la imposición de una ficción que reza que el derecho es conocido por todos, lo que lleva a la conclusión de que la ignorancia del derecho no excusa su incumplimiento. Nada más lejos de la realidad, el derecho estatal no sólo no es conocido por todos, sino que tampoco puede decirse que los operadores jurídicos tengan un conocimiento claro y acabado del mismo. Los laberintos normativos, la poca claridad de las palabras, las permanentes indeterminaciones respecto de normas que han sido derogadas y puestas en vigencia sin saberse con certeza de su efectiva vigencia, las persistentes contradicciones normativas, hacen del derecho occidental un espacio oscuro, impreciso, inseguro y por sobre todas las cosas, inaccesible.

Otro tanto puede decirse de la utilización de la escritura como un mecanismo que otorga seguridad a los habitantes. Sólo teóricamente puede decirse que dicho sistema sea preferible respecto de la oralidad, la realidad demuestra que, por el momento, esta última es un medio en demasía más accesible y utilizada que la escritura. Sin intentar atacar a la escritura, resulta evidente que, incluso en nuestras sociedades, prácticamente nadie lee, siquiera una vez en la vida, un boletín oficial para tener acceso al dictado de las normas regirán las conductas, tampoco se leen las sentencias de los tribunales; quedando claro que el contenido de las normas jurídicas se transmiten socialmente en forma oral, o a lo sumo, por influencia de los medios de comunicación, pero nunca por acceso directo a una norma escrita.

Por último, y aunque desconozco que se hayan realizado críticas a la JC respecto del principio de legalidad tomado como zona de reserva de ley, puede llegarse a similares conclusiones. Básicamente, por ello, se exige que determinadas materias, entre ellas la penal, tengan su fuente de creación normativa en el poder legislativo en forma exclusiva. Lo que se ha pretendido con dicho principio es reservar el derecho a regular determinadas cuestiones, consideradas fundamentales para la sociedad, al/los órgano/s estatal/es *más democrático/s* o más representativo/s. El mismo tiene su origen en Inglaterra, en los continuos conflictos entre el parlamento y el rey por la voluntad de éste último de crear impuestos de forma unilateral. El parlamento comenzó a exigir su consentimiento en forma previa para la creación de tributos por parte del monarca, lo que terminó derivando en lo que conocemos como principio de legalidad en materia tributaria. Como vemos, su inicio no se relaciona con la legalidad en materia penal, sino en materia tributaria, más precisamente, como mecanismo de protección de la propiedad privada.

Teniendo en cuenta este principio, podría argumentarse que, por no existir órganos legislativos en dichas comunidades, no se respetaría el mismo, pues "el grado de involución" del sistema normativo indígena generaría modos de producción normativa poco democráticos respecto de cuestiones en los que la democracia es deseable. La debilidad del argumento es evidente: en dichas comunidades el proceso de creación y aplicación del derecho, en la mayoría de los casos, es ampliamente más democrático que en nuestros sistemas. Las decisiones se toman, en numerosos casos, mediante mecanismos que pueden ser considerados de democracia directa, con la participación inmediata de todos los miembros de la comunidad. En las comunidades indígenas *No se requiere que la norma penal proceda de un parlamento porque no existe una cámara nacional de representación política de los pueblos aborígenes, sino mecanismos assemblearios de participación de todos los miembros de la comunidad a través de procesos de democracia directa.*<sup>37</sup> Es claro, entonces, que a pesar de no existir en forma explícita, en la JC, un principio asimilable al de legalidad, los fines pretendidos por el mismo se cumplen con mayor eficacia en las comunidades originarias por su dinámica social.

Por otro lado, y teniendo presente el fundamento de la seguridad jurídica, es evidente la inseguridad que genera la imposición de un derecho ajeno y desconocido a comunidades que tienen internalizado otro derecho. *Bajo la idea de que no se puede poner en juego la "seguridad jurídica" se ha impuesto a diversos grupos culturales el sistema jurídico creado para y por un solo grupo cultural. Ello produce una enorme inseguridad jurídica entre los miembros de los pueblos o grupos culturales políticamente subordinados. Al no reconocerse el derecho indígena, sus usuarios no tienen la seguridad*

---

<sup>37</sup> Borja Jiménez, Emiliano. Op. Cit. p. 672

*de ser juzgados por el mismo, dentro de su propio idioma y cultura, pues el derecho estatal pretende el monopolio de la administración de justicia y la producción jurídica. Es decir, la posibilidad de garantizar la seguridad jurídica a todos los individuos y grupos dentro de un Estado donde hay diversidad cultural, es, justamente, permitiendo la vigencia de los diversos sistemas normativos, con reglas para las situaciones de interculturalidad. Así, todo individuo y grupo tendrá la certeza de que podrá ser juzgado dentro su propia cultura e idioma, bajo las reglas que conoce y en cuyo marco se ha socializado, respetando a su vez la diversidad cultural.*<sup>38</sup>

#### **b. Derecho de defensa**

El derecho de defensa es una garantía fundamental por la que, a grandes rasgos, se permite al acusado tener conocimiento del delito que se le imputa, de las pruebas en su contra, la posibilidad de declarar y ofrecer medios de prueba para demostrar su inocencia y, finalmente, la oportunidad de acceso a una defensa técnica (un abogado). Respecto de los primeros requisitos, en la JC, se cumplen acabadamente, pues el proceso es público, el acusado conoce desde un inicio los hechos por los que se lo persigue y se le otorga la posibilidad de hablar y probar en defensa de su inocencia.

Es en el último de los aspectos en que podría atacarse a la JC, pues no existe en ella el derecho a una defensa técnica, el asesoramiento de un abogado, simplemente porque no existen abogados. La defensa técnica se hace imperiosa en sistemas como el nuestro, en los que como ya he descrito, la oscuridad del derecho y el desconocimiento de los rituales tornan imposible que un ciudadano común pueda llegar a defenderse, jurídicamente hablando, de una acusación. Esto se ve

---

<sup>38</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel. Op. Cit. p. 9

agravado en los sistemas inquisitivos o mixtos, en los que el Estado (sujeto que se apropia del conflicto y que cumple el rol de juez y acusador) posee un arsenal importante de herramientas para atacar la inocencia del acusado, colocándose en una posición de superioridad instrumental respecto del mismo.

La JC está lejos de necesitar de abogados, como dije, todos conocen el derecho, por su participación en la vida política comunitaria, todos saben cómo defenderse, cómo y cuándo dirigirse a la comunidad, conocen los precedentes, y por último, el acusado no enfrenta el proceso sólo, pues un miembro respetado de la comunidad o algún familiar tiene la función de defenderlo y auspiciar de mediador. Por ello, en principio, tal argumento no podría esgrimirse en contra de la JC, así lo ha interpretado la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T 523/97: *Ahora bien, en cuanto al derecho de defensa, que el actor insiste, fue violado con la negativa de la comunidad de ser asistido por un abogado, es preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad. En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres y además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra.*

### **c. Prohibición de la tortura. Legalidad de la pena.**

Es una de las cuestiones en que se ha producido un gran avance normativo en occidente; como ya lo he afirmado, los pensadores que dan origen a estos adelantos desarrollan su pensamiento como

reacción a las injusticias generadas por el sistema penal inquisitivo que se inicia en la baja edad media y se prolonga en el tiempo, incluso hasta nuestros días. Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria (1738-1794) fue uno de los primeros que se ocupó de dar fundamentos contra la aplicación de suplicios a los condenados en su obra *De los delitos y las penas*. Basta observar el catálogo de penas aplicables en aquellas épocas para comprender su preocupación: *La Ordenanza de 1670 había regido, hasta la Revolución, las formas generales de la práctica penal. He aquí la jerarquía de los castigos que prescribía: "La muerte, el tormento con reserva de pruebas, las galeras por un tiempo determinado, el látigo, la retracción pública, el destierro."* Era, pues, considerable la parte de las penas físicas. Las costumbres, la índole de los delitos, el estatuto de los condenados variaban además. *"La pena de muerte natural comprende todo género de muertes: unos pueden ser condenados a ser ahorcados, otros a que les corten la mano o la lengua o que les taladren ésta y los ahorquen a continuación; otros, por delitos más graves, a ser rotos vivos y a expirar en la rueda, tras de habérseles descoyuntados; otros, a ser descoyuntados hasta que llegue la muerte, otros a ser estrangulados y después descoyuntados, a otros a ser quemados vivos, otros a ser quemados tras haber sido previamente estrangulados; otros a que se les corte o se les taladre la lengua y tras ello a ser quemados vivos; otros a ser desmembrados por cuatro caballos, otros a que se les corte la cabeza, otros en fin a que se la rompan."*<sup>39</sup>

En la actualidad se afirma que la aplicación de determinadas penas crueles e inhumanas afecta seriamente a la dignidad de la persona y a su integridad física y psíquica. Por ello se propugna dejar de lado

---

<sup>39</sup>Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Ed. siglo XXI, 1ª ed., 2ª reimpresión, Bs. As., Argentina, 2004. p38

aquellas penas (que no necesariamente deben ser corporales) que puedan causar tal efecto sobre las personas. Cabe destacar que algunas de estas penas van, o mejor dicho, deben ser consideradas siempre (en todo tiempo y lugar) como crueles e inhumanas, empero existen otras cuya calificación como tales puede variar en el tiempo y en el espacio. Por ejemplo, la pena de privación de la libertad en una cárcel, tan común y casi exclusiva en nuestra cultura, es percibida por las comunidades originarias (y más si toman en cuenta las condiciones calamitosas de las mismas) como algo terrible, que afecta gravemente la dignidad humana. Por el contrario, la JC aplica algunas penas corporales, que nuestra cultura pareciera no aceptar como legales. Ello nos demuestra que la legalidad de la pena, al igual que otros aspectos del Derecho, no puede tomarse como algo rígido, sino que está sujeto a variables temporales y espaciales. De tal modo lo ha entendido la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T 523/97 *La prohibición de la tortura busca, por lo tanto, proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Claro está, entendiendo que no todas las sanciones que producen sufrimientos alcanzan esta categoría. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes decisiones ha establecido que no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, también son relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano o degradante.*

Habiendo realizado tales consideraciones, es preciso analizar las razones argüidas para rechazar las penas aplicadas por la JC, sin embargo, es útil señalar que las sanciones que utiliza el Derecho Penal indígena, *la gran mayoría de ellas obedecen a la idea de reintegrar al condenado de nuevo a su comunidad, de que éste confiese y admita su error ante las autoridades indígenas. Se persigue que el infractor quede en paz consigo mismo y con su sociedad nativa.*<sup>40</sup> Existen algunas penas que son comunes en casi la totalidad de las comunidades, procederé a analizarlas:

- **Azotes con ortigas**

Una de las penas consiste en azotar con ortigas (planta que produce irritación y picor cuando se toma contacto físico con la misma) a quien ha infringido una norma comunitaria; normalmente se aplica en forma conjunta con baños de agua fría. Si se toma el hecho aislado, despojado de sus significado, no es otra cosa que una simple pena corporal, sin embargo, la ceremonia tiene un contenido religioso, por el que se intenta purificar al penado por sus comportamientos, para que pueda retornar a la comunidad sin ninguna carga y restablecer armonía en la misma. *Por el carácter simbólico y purificador de sanciones, como el azote con ortiga hace que pese a tratarse de una pena física no sea degradante, por el contrario es profundamente rehabilitadora. No es una pena cruel porque no produce inhabilidad física, ni siquiera temporal, tanto es así que después de su aplicación, la persona es recibida en su hogar y es atendida con comida y bebida cual si se tratase de una celebración.*<sup>41</sup> En suma, es menester tener en cuenta que a la ortiga se le atribuyen algunas facultades medicinales, de ahí el significado curativo que se le atribuye a la pena. En fin, si como lo ha interpretado correctamente la sentencia

---

<sup>40</sup> Borja Jiménez, Emiliano. Op. Cit. p. 678

<sup>41</sup> Zambrano Álvarez, Diego. Op. Cit. p. 232

citada con anterioridad, resulta imperioso tener en cuenta las circunstancias socio-políticas para analizar si una pena encuadra en la calificación de tortura, dado el mínimo impacto sobre la integridad corporal y el significado purificador que se le atribuye, mal puede considerarse a dicha pena como cruel e inhumana.

#### - **El fuate**

Similares son las consideraciones que pueden hacerse del fuate. Tal ha sido el análisis de la Corte Constitucional de Colombia: *Sentencia T 523/97. El fuate consiste en la flagelación con "perrero de arriar ganado", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.*

#### - **La cárcel**

En la JC la cárcel es una sanción excepcional, que se aplica por tiempos muy breves y que no tiene una finalidad punitiva únicamente, sino otorgar al penado un espacio de reflexión para que reconsidere su actitud hacia la comunidad. Zambrano Álvarez afirma que *La cárcel es una medida excepcional. Cuando una persona es privada de la libertad permanece en un cuarto en el que cuenta con mejores condiciones de vida, en relación con las cárceles estatales, aunque hay que reconocer que en este aspecto en algo hemos avanzado. Por ser excepcional y por durar pocos días, generalmente la persona se encuentra solo. No hay problemas de hacinamiento. Este sistema de aislamiento temporal busca crear un ambiente de reflexión para el acusado y prevenir su evasión de la justicia. La*

*familia propia e incluso la de la persona ofendida suelen visitarle sin restricción de horario, le llevan comida y bebida lo que fomenta el diálogo y la posibilidad de llegar a consensos.*<sup>42</sup> En el mismo sentido se expresa Borja Jiménez, quien afirma que *La sanción de reclusión en la casa comunal, es una pena privativa de libertad que no suele durar más de 24 horas, y como mucho, se impone hasta siete días. Sin embargo, este encierro no tiene una naturaleza de exclusión y de aislamiento, sino que busca la finalidad de que el sujeto encuentre un espacio comunal de soledad para que pueda meditar sobre su reprochable proceder y de esta forma no llegue a repetir los mismos errores en el futuro.*<sup>43</sup>

#### **- El destierro**

La expulsión de la comunidad *es el castigo más grave que puede recibir un comunero y su familia*<sup>44</sup> y se lo aplica en casos extremos en los que la presencia del sujeto en la comunidad hace imposible la convivencia pacífica dentro de la misma. Las distintas penas que se les aplican a los infractores tienen como fin que la comunidad recupere la armonía perdida por la conducta antisocial, pero cuando las distintas penas no logran que el sujeto deje de cometer "delitos", y ante la inexistencia de otra solución, se impone el destierro, acarreando también la obligación de devolver las tierras comunales que posee. Dado el estrecho vínculo que poseen los individuos con sus comunidades, resulta una pena muy grave, implica abandonar una cultura, una forma de vivir.

La pena, para muchos es muy grave y podría considerarse una violación a los derechos fundamentales de las personas, pero la

---

<sup>42</sup> Zambrano Álvarez, Diego. Op. Cit. p. 240

<sup>43</sup> Borja Jiménez, Emiliano. Op. Cit. p. 680

<sup>44</sup> Peña Jumpa, Antonio. Op. Cit. p. 89

gravedad de su aplicación se relaciona con la importancia que le otorgan las comunidades a la convivencia pacífica: *Los sistemas sociales más arcaicos o primitivos (términos que no formulo peyorativamente, sino en el sentido de menos influidos por la «colonización»), se estructuran bajo una intensa cohesión del grupo, de tal forma que mantener la paz o el equilibrio entre las diversas familias, se presenta como función rectora de toda la vida de la colectividad por encima, incluso, de intereses particulares. Visto desde este prisma, acontecimientos que desde la perspectiva «occidental» se entenderían como estrictamente «privados» (adulterio u ociosidad), en los grupos amerindios trascienden de ese mero campo particular porque representan desajuste social, pérdida del equilibrio respecto de los colectivos integrantes, y, en última instancia, ruptura de la paz social. El principio de la paz social, del mantenimiento del equilibrio de las fuerzas comunitarias en pugna, aparece con gran relevancia en los sistemas jurídicos indígenas.*<sup>45</sup>

Por otro lado, ante las conductas ilícitas en los Estados occidentales, en la mayoría de los casos, se posee el instrumento para aislar al sujeto de la sociedad: la cárcel. Con su aplicación se impide que el sujeto, por lo menos por un tiempo (que puede ser toda la vida) “perjudique” a la sociedad; ello no es posible en las comunidades indígenas, en las que la pena carcelaria se aplica por intervalos de tiempo muy cortos. Eduardo Cifuentes Muñoz, miembro de la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-254/94, ha realizado un análisis muy claro y preciso de dicha pena, disponiendo que la misma no es inconstitucional ni viola los tratados de derechos humanos: *Un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, lo constituye la prohibición de imponer penas de destierro, prisión*

---

<sup>45</sup> Borja Jiménez, Emiliano. Op. Cit. p. 674

*perpetua y confiscación. El actor acusa la decisión de la comunidad de violar esta prohibición. Bajo una perspectiva antropológica, la pena de destierro comprende la sanción de extrañamiento de un miembro de la colectividad que conlleva la pérdida de su identidad cultural y la separación física del resto de la comunidad. Esta práctica de condenar al ostracismo al infractor de las normas internas de la comunidad es frecuente en las organizaciones sociales en las que la defensa de la colectividad prevalece sobre los derechos individuales. La inclusión en las cartas de derechos internacionales de la prohibición de la pena del destierro es coetánea al surgimiento del Estado-Nación, por lo que política y jurídicamente el destierro viene a identificarse con la privación de la nacionalidad o de la patria, sanción que repugna a la concepción de los derechos humanos de estirpe individual. En consecuencia, a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, la pena de destierro sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de Naciones. La expulsión del petente, en consecuencia, no vulneró la prohibición del destierro. Esta postura fue reafirmada en la sentencia T-523/97.*

Estamos ante una de las situaciones más difíciles de resolver, ya que además de la pena en sí, en muchos casos se condena a la familia del infractor, dejando trascender la pena a sujetos ajenos a la infracción, y dejando a todos en una situación de pobreza y desamparo muy graves. Es sin duda una de las cuestiones que deben estar en el centro del debate en busca de soluciones justas. En la misma sentencia (T-254/94), justamente en un caso en que se condena al infractor por una serie de hurtos al destierro, y la condena se aplica también a su familia, el condenado se opone a tal medida y solicita que se permita a sus hijos permanecer en la comunidad y explotar las tierras comunitarias que poseía él. La Corte hace lugar a tal pedido

afirmando: *La pena impuesta al peticionario involucró la expulsión de éste y de su familia de las tierras de la comunidad indígena, colocando a los integrantes de la familia en una situación económica y social de desventaja por sus circunstancias especiales. De esta forma, la pena trascendió a la persona del infractor y terminó por cobijar a los miembros de su familia, evidenciándose como desproporcionada y contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 5-2 establece que "la pena no puede trascender la persona del delincuente", de manera que se deja a salvo el derecho a la integridad personal de quienes han sido ajenos al juzgamiento de conductas punibles cometidas por otro.*

*Ordinariamente la imposición de una pena, no obstante su individualización, puede materialmente afectar a terceros, ajenos a la infracción, y no por ello ésta deja de tener validez. La expulsión del miembro de una comunidad indígena como medida sancionatoria, sin embargo, tiene una particularidad que exige considerar sus efectos frente a su familia. Las secuelas de la pena, en este caso, revisten mayor gravedad y fácilmente se traducen en punición para los miembros de la familia. Para ellos, la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; de otro lado, la consiguiente y forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad. Desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de miembros, vista su condición minoritaria, no contribuye a su objetiva conservación.*

#### **4- Desigualdad de género**

Este es, quizás, uno de los aspectos más débiles de la JC y de las comunidades indígenas en general. En muchas comunidades la participación de la mujer en la vida política comunitaria es muy reducida, lo cual ha meritado severas críticas a dichas culturas. Dicha situación, en algunos casos, se traslada al contenido de las decisiones "judiciales": *Sin embargo, el testimonio de una mujer, madre de familia, muestra cierto grado de discriminación por parte de las autoridades administradoras de justicia, que en su totalidad son hombres, cuando una mujer está involucrada en un conflicto. "En los procesos para administrar justicia, aquí en la comunidad, tanto el hombre como la mujer tienen derecho a decir lo que pasó en el problema y sólo luego de escuchados se sanciona al que tenga responsabilidad, si los dos son responsables se sanciona a los dos de igual manera, si no existe responsabilidad, si más es causa de la mujer, ella es castigada, igual en el caso de los hombres, si él es el responsable del conflicto, pero como las autoridades son todos hombres a veces si suelen decir que las mujeres son las que tienen la culpa de todo" (Entrevista, 5-VI-99)*<sup>46</sup>

Esta situación ha llevado a que grupos feministas comiencen a organizarse dentro de dichas culturas. La cuestión es si los Estados deben intervenir para revertir tal situación o si deben dejar que los cambios culturales se produzcan desde adentro de las mismas comunidades. En mi parecer no existe una respuesta única para todos los casos; en éste tema, como en cualquier otro que se analice, no existen sociedades en que no exista discriminación, siempre estamos hablando de grados, de Estados y sociedades que respetan en mayor o menor medida los derechos humanos, en que se generan discriminaciones en más o en menos, pero, desgraciadamente mientras los humanos sigamos viviendo van a existir injusticias. El

---

<sup>46</sup> García Fernando S. Op. Cit. p. 40

problema es cuando la gravedad de las mismas puede llegar a justificar algún tipo de influencia por parte de un grupo social sobre otro. Aquí deberán analizarse los casos en concreto, pero a excepción de graves incidentes de discriminación no podría justificarse una intervención sobre las comunidades originarias, más bien, resulta preferible que sean las mismas morales alternativas vigentes dentro de las comunidades las que encabezen los procesos de cambio.

Por otro lado, cuando expuse la cuestión de qué tipo de tribunal sería el más apto para revisar los conflictos surgidos de las comunidades indígenas dentro de un Estado, afirmé que lo más conveniente es un tribunal mixto o uno conformado por representantes de las distintas comunidades originarias. Igual mecanismo puede pensarse para la conformación de algún tribunal regional o internacional. Estos mecanismos de revisión, surgidos y conformados por las mismas comunidades también pueden tener un efecto muy positivo en lo que respecta a la desigualdad de género, así como también en lo que hace a los derechos humanos. Pues el encuentro y el intercambio entre distintas concepciones dentro de una misma cultura o de culturas con contenidos similares puede generar un efecto contagio respecto de los avances que vayan lográndose en dichos temas.

## **IV- Conclusión**

Como puede observarse en la primera parte del trabajo, la discusión sobre el pluralismo jurídico lejos está de ser pacífica. Pero en rigor de verdad, la complejidad del tema es una consecuencia directa de la complejidad de la vida en sociedad. Es esta última la que, como consecuencia de los diversos ámbitos sociales coexistentes, genera una pluralidad de ordenamientos jurídicos solapados que rigen las conductas en los diversos campos sociales. En éste sentido, y como ya señalamos, el pluralismo jurídico se levanta como un hecho, es una realidad inevitable, que algunos quieren ver y otros prefieren ignorar.

Por otro lado, el pluralismo jurídico deviene algo sumamente importante en aquellos Estados cuyas sociedades se encuentran integradas por una pluralidad de naciones, tal como los Estados latinoamericanos. La pluralidad de naciones (gran parte de ellas anteriores a la formación de los Estados), con sus respectivas culturas, lenguas, religiones, torna imperioso aceptar al pluralismo jurídico como una realidad, es más, como una realidad deseable y que debe ser protegida. En tal sentido, pareciera que estamos en presencia de un movimiento que, aunque se encuentra en sus orígenes, avanza en esta dirección, así, las últimas reformas constitucionales, la firma de tratados internacionales y el dictado de leyes han plasmado con mayor o menor amplitud este hecho.

Finalmente, en éste marco, se ha reconocido la posibilidad de que los pueblos originarios regulen su vida social de acuerdo a sus propias normas. Empero surge una cuestión que ha generado, y sigue generando, grandes controversias: ¿dónde está el límite de la justicia comunitaria? Como primer acercamiento destaqué la imposibilidad de enjuiciar el contenido axiológico de la justicia comunitaria desde una perspectiva eurocéntrica, tal como habitualmente se hace. Como

intenté remarcar, la compatibilidad de los valores de las comunidades originarias con los derechos humanos debe resolverse teniendo en cuenta la coexistencia de una pluralidad de culturas, sin que ninguna de ellas pueda pretender poseer un contenido axiológico superior a las demás. En tal sentido, un diálogo intercultural que derive en una interpretación intercultural surge como el único camino deseable. Así, puede decirse que la búsqueda de una concepción intercultural de dignidad humana surge como uno de los grandes desafíos de la humanidad en nuestros tiempos.

## V- Bibliografía

- Alba S., Oscar; Castro, Sergio S. (coords.), *Pluralismo jurídico e interculturalidad*. Ed. Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente. Sucre, Bolivia. Dirección: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/9001.pdf>. Fecha de acceso: 5 de noviembre de 2010.
- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Dirección de acceso: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710>. Fecha de acceso: 8 de noviembre de 2010.
- Berraondo, Mikel. *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao, España. Universidad de Deusto. 2006. Dirección de acceso: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/9002.pdf>. Fecha de acceso: 3 de diciembre de 2010.
- de Sousa Santos, Boaventura. *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. En: EL OTRO DERECHO, número 28. Julio de 2002. ILSA, Bogotá, Colombia. Dirección de acceso: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-03.pdf>. Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2010.
- de Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. España. Ed. Desclée de Brouwer. 2003. Dirección de acceso: [http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/critica\\_de\\_la\\_razon\\_indolente.pdf](http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/critica_de_la_razon_indolente.pdf). Fecha de acceso: 15 de septiembre de 2010
- de Sousa Santos, Boaventura. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y de la emancipación*. Trad. Rodríguez, César. Colombia. Ed. ILSA, 1998.

- de Sousa Santos, Boaventura, *El discurso y el poder (ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica)*. En: Revista Crítica Jurídica, n° 26, enero-agosto de 2007. Dirección: <http://www.journals.unam.mx/index.php/rcj/article/viewFile/16772/15969>. Fecha de acceso: 5 de diciembre de 2010.
- Espinosa Gallegos, Carlos; Caicedo Tapia, Danilo, eds. *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., 2009.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Ed. siglo XXI, 1ª ed., 2ª reimpresión, Bs. As., Argentina, 2004.
- García Fernando S. *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*. FLACSO, Quito, Ecuador, 2002. Dirección de acceso: <http://www.flacso.org.ec/docs/saformasindigenas.pdf>. Fecha de acceso: 3 de diciembre de 2010.
- Griffiths, John. *Whats legal pluralism?* Dirección: <http://keur.eldoc.ub.rug.nl/FILES/wetenschappers/2/11886/11886.pdf>. Fecha de acceso: 8 de septiembre de 2010.
- Gurvitch, Georges. *Tratado de Sociología*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Kapeluz, 1963.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Eudeba, 4ª edición, 6ª reimpresión, 2006.
- Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona, España. Ed. Paidós. 1996.
- Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. T. I Fundamentos*. Ed. del Puerto. Bs. As. 2ª ed. 3ª reimp. 2004

- Medici, Alejandro M. *Globalización y crisis del estado de derecho*. Ponencia al III Congreso Nacional de Derecho Político. Córdoba, 28 y 29 de septiembre de 2010.
- Ost, François. *Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza*. Dirección: <http://revistas.ucm.es/der/02120364/articulos/ANDH0202110453A.PDF>
- Peña Jumba, Antonio. *El caso de los Aymaras del sur andino*. En: EL OTRO DERECHO, número 25. Diciembre de 2000. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. Dirección de acceso: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr025/elotrdr025-02.pdf>. Fecha de acceso: 3 de diciembre de 2010.
- Tamanaha, Brian Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*. En: SYDNEY LAW REVIEW. p. 377. Dirección: <http://ssrn.com/abstract=1010105>. Fecha de acceso: 10 de noviembre de 2010.
- Treves, Renato. *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Barcelona, España. Ed. Ariel.
- Villoro, Luis. *Estado plural y pluralidad de culturas*. Ed. Paidós, México, 1ª ed., 1998
- Wolkmer, Carlos Antonio. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Sevilla, España. Ed. Mad, 1º ed. 2006.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack. 1999. Dirección de acceso: [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/1\\_RYF\\_Pautas\\_Coordinacion.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/1_RYF_Pautas_Coordinacion.pdf). Fecha de acceso: 5 de noviembre de 2010.

### **Textos normativos**

- Constitución de Bolivia
- Constitución de Colombia
- Constitución de Ecuador
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

### **Jurisprudencia**

- Sentencia Corte Constitucional de Colombia T 349/96
- Sentencia Corte Constitucional de Colombia T 523/97
- Sentencia Corte Constitucional de Colombia T-254/94

<b>Índice</b>	<b>Pág.</b>
I- Introducción.....	2
II- Pluralismo Jurídico.....	3
1. Introducción.....	3
a. Reseña Histórica.....	3
b. Primeras Doctrinas Pluralistas.....	9
2. ¿Es posible una definición de pluralismo jurídico? ¿Cuál es el límite del derecho?.....	12
3. Los fundamentos del pluralismo.....	17
4. Dos tipos de pluralismo.....	19
III- La Justicia Comunitaria.....	23
1. Noción y Características.....	23
2. Límites a la Justicia Comunitaria.....	33
3. El respeto de las garantías penales y procesales.....	38
a. Principio de legalidad.....	43
b. Derecho de defensa.....	48
c. Prohibición de la tortura. Legalidad de la pena.....	50
4. La desigualdad de género.....	58
IV- Conclusión.....	60
V- Bibliografía.....	62