

CASOS INDÍGENAS E INTERPRETACIÓN JUDICIAL: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA¹

Óscar PÉREZ DE LA FUENTE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El pluralismo de los pluralismos*. III. *Teorías de la interpretación*. IV. *Teorías del significado*. V. *Casos judiciales indígenas*. VI. *Algunas conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es poner en conexión la teoría y la práctica en los casos indígenas. En concreto, en la primera parte se expondrán —muy brevemente y de forma casi esquemática— una serie de teorías sobre diversos tipos de pluralismo y sobre la interpretación judicial, y en la segunda parte se aplicarán estas teorías a una serie de casos de temática indígena. La hipótesis a dilucidar es la relevancia de la elección de la teoría que subyace en las decisiones de los jueces.

II. EL *PLURALISMO* DE LOS PLURALISMOS

Hablar de pluralismo es habitual en las sociedades actuales. Sin embargo, no siempre se refiere a lo mismo; por eso es conve-

¹ Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007.

niente definir los niveles del debate sobre el pluralismo: *pluralismo moral*, *pluralismo cultural*, *pluralismo jurídico*.

1. *Pluralismo moral*

Dentro del pluralismo moral se pueden dar tres posiciones: *monismo*, *relativismo* y *pluralismo*. En primer lugar, el monismo afirma que existe una única respuesta para cada caso, que los seres humanos pueden conocerla. También sostiene que los valores son armónicos y existe una única jerarquía de valores. En segundo lugar, está la visión opuesta, el relativismo, que tiene dos sentidos. El relativismo, en sentido fuerte, sostiene que no existen valores morales. Se trata de un escepticismo moral. El relativismo, en sentido débil, sostiene que los valores son internos a un grupo o cultura. En tercer lugar, el pluralismo sostiene que existen valores morales, que éstos son plurales y que están en conflicto. Los valores, en ocasiones, son inconmensurables, lo cual aboca al liberalismo agonista, que han defendido Berlin y Gray.²

2. *Pluralismo cultural*

Sobre la relevancia moral de la identidad cultural existen varias posiciones, que muy sintéticamente podrían resumirse en las siguientes: a) *liberalismo igualitario*: defiende una aplicación igualitaria de los derechos individuales, sin justificar excepciones por motivos culturales. Autores en esta línea son, entre otros, Rawls, Habermas, Barry; b) *culturalismo liberal*: defiende medidas en función de grupo para proteger al colectivo frente a otros —protecciones externas—, pero no justifica las medidas que van contra la autonomía o la igualdad de los miembros del grupo —restricciones internas—. Autores que defienden esta visión son, entre otros, Kymlicka, Raz, Tamir, Miller; c) *multiculturalismo*: mantiene

² He analizado en extenso monismo, relativismo y pluralismo en Pérez de la Fuente, Óscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 146-164.

que la diferencia cultural es siempre positiva. Está a favor de los derechos colectivos, aun si van en contra de los derechos individuales. Autores con esta visión son, entre otros, Parekh, Taylor, Young.³

3. *Pluralismo jurídico*

Para analizar esta cuestión se seguirán las definiciones que proporciona Griffins. En primer lugar, la ideología del centralismo jurídico considera que el derecho es y debe ser el derecho del Estado, uniforme para todas las personas, exclusivo de todo otro derecho, y administrado por un conjunto sencillo de instituciones estatales.⁴ En segundo lugar, el pluralismo jurídico, en sentido fuerte, sostiene que no todo el derecho es derecho estatal, no está administrado por un conjunto sencillo de instituciones jurídicas estatales, y el derecho no es uniforme ni sistemático. En tercer lugar, el pluralismo jurídico, en sentido débil, afirma que la soberanía (implícitamente) manda (o la norma fundamental válida) diferentes órganos de derecho para diferentes grupos de la población. En general, estos grupos están definidos por determinadas características, como la etnicidad, la religión, la nacionalidad o la geografía. Este pluralismo jurídico está justificado como una técnica de gobernanza sobre bases pragmáticas.⁵

III. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN

En este ámbito existen muchas teorías. Aquí se pretenden mostrar de forma muy breve y esquemática varios enfoques de

³ He analizado las posiciones sobre la relevancia moral de la identidad cultural en Pérez de la Fuente, Óscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, cit., pp. 221-227 y 254-344.

⁴ Griffins, John, "What is legal pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, núm. 24, 1986, p. (1-55) 3.

⁵ *Ibidem*, p. 5.

la interpretación. En un célebre ensayo, Hart describió tres concepciones de la interpretación como: *pesadilla*, *noble sueño* y *vigilia*.

Pesadilla. Hart describe esta visión así: “a pesar de pretender lo contrario, los jueces crean el derecho que aplican a los litigantes y no son imparciales y objetivos promulgadores del Derecho existente”. Se considera como si la aplicación fuera esencialmente una forma de crear derecho.⁶ Este enfoque está próximo a las diversas versiones del realismo jurídico.

Noble sueño. Para Hart, esta visión es la opuesta a la anterior: los jueces nunca crean derecho, buscan el derecho adecuado. En este sentido, afirma: “esto significa que para todo supuesto imaginable hay alguna solución que previamente es derecho y aguarda a ser descubierta. Nunca debe suponer que el derecho es incompleto, inconsistente o indeterminado; cuando así lo parece, el defecto no está en el juez, de forma que no resta ningún espacio para que el juez, eligiendo entre las alternativas posibles, cree derecho”.⁷ El paradigma de esta visión de la interpretación es Dworkin.

Vigilia. Aunque no lo desarrolla en este ensayo, parece que la visión con la que Hart se identifica es una posición intermedia de las anteriores, donde los jueces, a veces, encuentran el derecho adecuado y, a veces, crean derecho. En este sentido, afirma: “como otras pesadillas y otros sueños, son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que, a veces, los jueces hacen una cosa y otras veces, otra”.⁸

Un tema interesante, desde la perspectiva hartiana, es determinar cuándo los jueces tienen discreción. Desde esta perspectiva, Hart considera que en ocasiones el derecho está indeterminado,

⁶ Hart, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Casanovas, R; Moreso, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 331.

⁷ *Ibidem*, p. 342.

⁸ *Ibidem*, p. 348.

no da una única respuesta claramente. Entre otras situaciones, Hart se refiere específicamente a tres fenómenos:

El primero es la textura abierta del lenguaje, a la que Hart se refiere como “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”.⁹ En la delimitación de significados existe una zona de penumbra que no está claro que sea aludida por el término en cuestión. Existe vaguedad en los casos límite o *borderline*.

El segundo es la relativa indeterminación de objetivos, que Hart describe como “los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar”.¹⁰ Esto está relacionado con las visiones que consideran que algunas normas jurídicas son condicionales derrotables.

El tercero es la incompletitud del derecho, donde Hart, en el *postscript*, se refiere a “casos que no son meramente ‘casos difíciles’, controvertidos en el sentido que juristas razonables e informados puedan discrepar sobre qué respuesta es jurídicamente correcta, sino que el Derecho en esos casos es fundamentalmente incompleto: no provee respuesta a la cuestión que se trata en esos casos”. A esta restringida función de creación del derecho para estos casos, Hart la denomina ‘discreción’.¹¹ Es importante destacar que para Hart la discreción no se produce en los casos difíciles, sino en los casos donde el derecho está incompleto.

⁹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, traducción de Genaro Carrió, p. 159.

¹⁰ *Ibidem*, p. 160.

¹¹ Hart, H. L. A., *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 252.

IV. TEORÍAS DEL SIGNIFICADO

En este ámbito, la teoría descriptiva del significado, que ha sido defendida, en la tradición empirista de Hobbes y Locke, por Frege y Carnap, frente a una teoría causal del significado, que ha sido sostenida, con cierta inspiración aristotélica, por Kripke y Putnam. Recientemente, en un trabajo titulado *Desacuerdos en derecho*, Moreso ha hecho una defensa de la teoría causal, en estos términos:

(...) mostrar el atractivo de abandonar, en la teoría de la interpretación jurídica, una concepción convencionalista del significado, con arreglo a la cual lo que las expresiones lingüísticas significan depende de las descripciones que los usuarios del lenguaje asociamos convencionalmente con ellas y sustituirla por una concepción que acomode la idea de que es la referencia la que determina el significado, la idea de que hay —como quería Aristóteles— propiedades *esenciales* de las cosas¹²

Para intentar sintetizar la teoría descriptiva del significado, Hart ha sostenido las siguientes tesis:

- a) Los esfuerzos para definir palabras como ‘empresa’, ‘derecho’, o ‘deber’ revelan que éstos no tienen una conexión directa con contrapartes en el mundo de los hechos que las palabras más ordinarias tienen; b) Las nociones jurídicas fundamentales podrían quizá no ser definidas, sólo descritas; c) Los términos jurídicos pueden sólo ser aclarados considerando las condiciones bajo las cuales las declaraciones sobre su uso característico son verdad.¹³

¹² Moreso, José Juan *et al.*, *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 46.

¹³ Hart, H. L. A., “Theory and definition”, en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 23 y 47.

Una visión cercana, aunque no idéntica, a la teoría causal, la ofrece Dworkin, cuando sostiene las siguientes tesis:

- b) Los conceptos de libertad, democracia, etcétera, actúan en el razonamiento y en el discurso ordinario como conceptos interpretativos de valor. Su sentido descriptivo es controvertido, y la controversia versa sobre qué asignación de un sentido descriptivo captura o plasma mejor ese valor; b) Los conceptos políticos no son clases naturales, pero comparten con éstas que son reales —no dependen de la invención, de la creencia o de la decisión de nadie— y poseen una estructura profunda que explica sus manifestaciones concretas.¹⁴

V. CASOS JUDICIALES INDÍGENAS

A continuación se aplicarán las teorías, muy brevemente analizadas anteriormente, a los casos indígenas siguientes: a) *tráfico de tesoros nacionales*; b) *violación impropia*; c) *matrimonio privignático*. El objetivo es mostrar la relevancia de la conexión entre la teoría y la práctica.

1. *Caso tráfico de tesoros nacionales*

El Código Penal de Guatemala prevé una pena para el delito de tráfico de tesoros nacionales, en estos términos:

Artículo 332 C *Tráfico de Tesoros Nacionales* Se impondrá prisión de seis a quince años y multa de cinco mil a diez mil quetzales a quien comercializare, exportare o de cualquier modo transfiera la

¹⁴ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, traducción de Marisa Iglesias e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 168 y 173.

propiedad o la tenencia de alguno de los bienes señalados en los artículos anteriores, sin autorización estatal.¹⁵

El artículo 332 A sobre *hurto y robo de tesoros nacionales*: se refiere a, entre otros, “2) Bienes de valor científico, cultural, histórico y religioso; 3) Antigüedades de más de un siglo, (...); 4) Objetos de interés etnológico”.¹⁶

En aplicación de este artículo se produce un caso, que relata Courtis, en una sentencia de un juzgado de paz del municipio de San Luis, en el departamento de Petén, en el norte de Guatemala. Se trata de un proceso penal iniciado contra un miembro de una comunidad indígena por denuncia de agentes de la policía nacional. Se le imputaba el delito de “tráfico de tesoros nacionales”. En opinión de la autoridad policial, el imputado comerciaba con objetos de valor arqueológico, trasladándolos de una comunidad a otra.

El juez desestima la acción penal, dando por probado que el imputado es un sacerdote maya. El juez también tiene por acreditado que el imputado ha trasladado los objetos de valor histórico y cultural para la práctica de los rituales y ceremonias mayas, y no con la intención de negociarlos o comercializarlos. Se funda en normas constitucionales y en el Convenio 169 de la OIT.¹⁷

A continuación se procederá al análisis de este caso según las teorías de pluralismo moral, del pluralismo cultural y del plura-

¹⁵ Se impondrá la misma pena a quien comprare o de cualquier modo adquiriera bienes culturales hurtados o robados. Si la adquisición se realiza por culpa, se reducirá la pena a la mitad. Adicionado por el artículo 25 del Decreto 33-96, del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁶ Adicionado por el artículo 22 del Decreto 33-96 del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁷ Guatemala, Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, departamento de Petén, Proceso núm. 517-2003. Of. I. Sentencia 18 nov. 2003 Courtis, Christian, “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas por los Tribunales de América Latina”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 10, 2009, p. 73.

lismo jurídico. También se analizarán las teorías de la interpretación y de las teorías del significado.

Pluralismo moral. Bajo esta premisa, la posición de la policía es más fácil de defender desde el monismo. La visión del sacerdote maya es más fácil que sea defendida desde el relativismo en sentido débil o en sentido fuerte. En especial, este sería un caso para argumentar desde el relativismo en sentido débil, en el sentido de considerar que los indígenas mayas tienen sus propios valores, que merecerían protección y justificarían una excepción de las leyes.

Pluralismo cultural. En este caso la policía tiene una visión ciega a la diferencia, busca una aplicación igualitaria de la ley. Esta es una visión que se asimila al liberalismo igualitario. El juez, en cambio, interpreta desde un punto de vista próximo al multiculturalismo o al culturalismo liberal. La práctica de rituales con objetos de valor arqueológico no puede considerarse una restricción interna —que Kymlicka rechaza—, y en todo caso sería una protección externa.

Pluralismo jurídico. Este sería un caso donde se daría un pluralismo jurídico en sentido débil según la perspectiva del juez. Existe otra fuente de normatividad —la indígena—, que da valor sagrado a unos hechos que son similares para los que se contempla con un castigo en el Código Penal.

Teorías de la interpretación. Según esta premisa, se estaría ante un caso de relativa indeterminación de objetivos de la ley, que Hart prevé que sea una fuente de indeterminación del derecho. El legislador penal guatemalteco no pensaba en un sacerdote maya en sus ceremonias cuando redactó ese delito.

En este caso cabe una interpretación ambivalente entre el *noble sueño* y la *pesadilla*. El defensor del enfoque del *noble sueño* puede afirmar simplemente que el supuesto de hecho del delito no se corresponde con las actividades de un sacerdote maya. Por tanto, es un caso claro de aplicación del derecho.

Sin embargo, los defensores del enfoque de la *pesadilla* considerarían que la única forma de hacer frente a la acusación de la po-

licia es creando derecho —tomando una decisión innovadora— basada en argumentos del pluralismo cultural o del pluralismo jurídico. Este sería un caso de exención por motivos culturales.

Teorías del significado. Se debería analizar el significado de los siguientes términos “comercializare, exportare o de cualquier modo transfiera la propiedad o la tenencia de alguno”. Parece probado en la sentencia que el sacerdote maya no comerciaba con esos objetos de gran valor. Habría que ver si en sus ceremonias transfería la propiedad o tenencia de alguna forma. Y queda abierta la cuestión de cómo llegaron a ser de su propiedad esos objetos, en relación con los delitos de robo y hurto de tesoros nacionales y de tráfico de tesoros nacionales.

2. *Caso violación impropia*

El siguiente caso se trata de un delito de violación impropia en una comunidad indígena de Chile que relata Zambrano *et al.* Se condenó a Juan Ñanco Ñanco como autor del delito de violación impropia en perjuicio de la menor de trece años U. C. H. R., según el artículo 362 el Código Penal chileno (“El que accediere carnalmente, por vía vaginal anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior ([el artículo anterior detalla las modalidades de la acción del delito de violación como el uso de la fuerza, intimidación, abuso de estados de inconsciencia, etc.]”).

El acusado y la víctima son miembros de la etnia *mapuche-pewenche* y viven en la comunidad rural “El Naranjo”, ubicada en la comuna de Lonquimay (región de la Araucanía).

La defensa planteó que en esta comunidad existe una costumbre ancestral según la cual las mujeres están sexualmente disponibles desde la menarquía, pudiendo tener relaciones sexuales consentidas. La parte acusadora argumentó que la edad de la menor

quitaba la validez a su consentimiento, debiendo valorarse el acceso carnal como delito de violación.

El tribunal desestimó el alegato de la defensa y condenó al acusado a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y a la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos. Con todo, atendida la entidad de la pena y el cumplimiento de ciertos requisitos legales, el acusado cumplió la condena gozando de beneficios extracarcelarios.¹⁸

A continuación se procederá al análisis de este caso, según las teorías de pluralismo moral, del pluralismo cultural y del pluralismo jurídico. También se analizarán las teorías de la interpretación y las teorías del significado.

Pluralismo moral. Se contraponen la premisa monista que afirma la validez universal de los derechos humanos a la premisa relativista en sentido débil, que sostiene que los valores son internos a una cultura o grupo. En este caso la argumentación busca considerar que el grupo cultural convalida una costumbre de iniciación sexual que es considerada delito para la sociedad mayoritaria. Es un caso donde el punto clave es discutir la universalidad de los valores morales.

Pluralismo cultural. Desde el liberalismo igualitario se promueve la aplicación de los derechos humanos de forma igualitaria, sin excepciones culturales. Desde esta perspectiva, si existe una norma válida en derecho que considera violación las relaciones sexuales —aun consentidas— con una menor antes de determinada edad, no están justificadas las excepciones culturales. Por el contrario, el multiculturalismo defiende que la diferencia cultural debe ser relevante en la esfera pública donde si un grupo cultural tiene determinadas tradiciones, relevantes para su identidad, el Estado debe reconocerlas. El culturalismo liberal tiene una posición intermedia, donde se defiende la relevancia de la identidad

¹⁸ Zambrano Tiznado, Juan Pablo y Agüero San Juan, Claudio Antonio, “El ‘cultural point of view’ en una sentencia penal”, *Frónesis*, vol. 16, núm. 2, 2009, pp. 1 y 2.

cultural para los individuos siempre y cuando el grupo no produzca medidas que se conocen como *restricciones internas*.

Algunos considerarán que estas situaciones de violaciones impropias son casos de restricciones internas, ya que restringen la autonomía o la igualdad de los miembros, en especial de las mujeres. Esto está vinculado a las tensiones entre feminismo y multiculturalismo, donde los hombres buscan controlar la sexualidad de las mujeres de diversas formas, que tienen su origen en tradiciones culturales.¹⁹

Pluralismo jurídico. En este caso, se da la contradicción entre una norma jurídica válida y una norma cultural vigente en una determinada comunidad indígena. Desde el centralismo jurídico, únicamente es aplicable la norma jurídica. El pluralismo jurídico daría relevancia a los valores culturales que pueden ser tan o más vinculantes para los individuos —en determinadas comunidades— que los jurídicos.

Teorías de la interpretación. ¿Es éste un caso claro? El tenor del Código Penal parece no dar lugar a dudas: las relaciones —aun consentidas— con menores de catorce años son delito de violación. ¿Qué cambia en este caso? Una posible vía de argumentación, que siguió la defensa, es apelar a la ignorancia del carácter delictivo de la acción imputada. Es lo que se conoce como *error de prohibición*. El tribunal desechó esta opción basándose en tres razones. Explica Zambrano:

- a) Vinculación con Chile y con el mundo a través de la radio y la televisión y a su comunicación por la cercanía con la localidad lonquimay. A juicio del tribunal, estas circunstancias fácticas impiden que el acusado argumente ignorancia del sistema de valores predominante en la sociedad chilena; b) presencia en la comunidad ‘El Naranjo’ de religiones cristianas que establecen la virginidad como virtud, hecho

¹⁹ He analizado esta cuestión en Pérez de la Fuente, Óscar, “Feminismo y multiculturalismo. Una versión de Ariadna en el laberinto de las identidades”, *Perpectivas sobre feminismo y derecho*, Madrid, Dykision, 2012, pp. 123-151.

que impide que el acusado niegue conocer el sistema de valores morales de la comunidad chilena; c) incoherencia entre los dichos del perito antropólogo y los de la madre de la víctima. A juicio del tribunal, los dichos de ésta son suficientes para derrotar las afirmaciones del perito sobre la existencia de una costumbre que legitima el actuar del acusado.²⁰

Los defensores del enfoque del *noble sueño* verían que este es un caso claro donde el supuesto de hecho contemplado en una norma se ha dado y se debería aplicar la sanción. Esta visión se mantiene en la premisa del centralismo jurídico, en las premisas del liberalismo igualitario y, seguramente, del culturalismo liberal. Esta es la posición del juez chileno que condena al acusado.

La premisa moral que sostiene la decisión del juez se puede afirmar en una premisa monista que defienda la validez universal de los derechos humanos. Es interesante estudiar qué diría el pluralismo de valores en este caso. Esta visión afirma una interpretación intercultural de los derechos humanos. En este sentido, de la Walzer habla de la moralidad tenue —*thick*— y moralidad densa —*thin*—, donde la universalidad es posible en el primer nivel, desarrollándose en el segundo. De esta forma, afirma: “un (tenue) conjunto de principios universales (densamente) adaptado a estas o esas circunstancias históricas. He sugerido anteriormente la imagen de un núcleo de moralidad elaborado de formas distintas en diferentes culturas”.²¹ De esta manera, se podría hablar de la universalidad de los derechos humanos, que serían interpretados de forma intercultural en las diversas culturas.

La cuestión es si la prohibición de relaciones sexuales con menores de una determinada edad formaría parte de un tenue con-

²⁰ Zambrano, Juan Pablo y Agüero San Juan, Camilo Antonio, “El ‘cultural point of view’ en una sentencia penal”, *Frónesis*, vol. 16, núm. 2, 2009, pp. 2 y 3.

²¹ Walzer Michael, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, traducción de Rafael del Aguila, Madrid, Alianza, 1996, p. 36.

junto de principios universales o forma parte de la adopción cultural densa en determinadas circunstancias. Lo relevante en el caso, para el juez, es que el Código Penal chileno lo contempla como delito, y, por ende, se deduce un rechazo a estas actividades en los valores de la sociedad chilena en general.

Los defensores del enfoque de la *pesadilla* se basarían en las premisas del multiculturalismo o del pluralismo jurídico para crear derecho, en una decisión ad hoc, que exculpara al acusado. Sería una interpretación de los denominados delitos culturalmente motivados o defensa cultural.

Teorías del significado. Este es un caso interesante para la teoría descriptiva y para la teoría causal del significado. Una posible vía es investigar el significado de *violación* desde los dos puntos de vista. Pero otra posible vía es analizar el concepto *mujer*. Si para una comunidad cultural, convencionalmente se aplica el término *mujer* a las féminas desde que tiene lugar la menarquía, se produciría entonces una contradicción entre la definición legal —implícita— en el Código Penal y la definición convencional de un determinado grupo cultural. La *ratio legis*, tras la prohibición de relaciones sexuales con menores de catorce años, es la falta de madurez y los posibles daños para la vida futura de la menor. Implícitamente se afirma que no hay mujeres menores de catorce años, solo hay niñas.

Desde la teoría causal, se podría afirmar que existe un concepto de mujer que responde a unas propiedades esenciales. En este caso, no necesariamente una de esas propiedades esenciales deba ser tener más de catorce años. Las esencias deben responder a cada uno de los elementos referidos de un mismo género. ¿Existen féminas con las propiedades esenciales de las mujeres, menores de catorce años?

Este podría ser un caso de textura abierta del lenguaje, donde un determinado significado tendría unos casos límite. Existiría vaguedad en el concepto *mujer*. Podría darse un caso de una menor de catorce años física, emocional, sexual y psicológicamente

tan madura como para ser considerada mujer, según una definición de propiedades esenciales.

Pero el problema sigue siendo que existe un artículo en el Código Penal chileno que se refiere a “menores de 14 años”, sin excepción y sin entrar en consideraciones sobre el concepto de *mujer*.

El juez chileno decidió con base en el precepto legal, según una teoría descriptiva del significado que respondería al significado en la comunidad lingüística de referencia —los juristas chilenos, la sociedad chilena en general— del término “menor de 14 años”. La réplica del acusado es que desconocía esa norma y que en su comunidad indígena el concepto *mujer* es distinto del de la sociedad chilena en general.

Parece que en la *ratio decidendi* del juez pesó el hecho, que fue probado en juicio, como se ha visto, de que el acusado no podía ignorar que estaba haciendo algo prohibido.

3 Caso Matrimonio *privignático*

El siguiente caso está en la línea del anterior, pero con características agravadas. Es relatado por Figari. La Suprema Corte de Justicia de Salta decidió un caso donde José Fabián Ruiz era acusado del delito de abuso sexual con acceso carnal en forma reiterada en perjuicio de la menor Estela Tejerina (de nueve años de edad u once años), quien como consecuencia de ello quedó embarazada. La denuncia la efectuó la madre de ésta, Teodora Tejerina —exconcubina de Ruiz— ante la Fiscalía Penal.

La defensa sustenta el agravio en que el fallo de alzada vulnera normas constitucionales, al no respetar las costumbres y normas imperantes en el pueblo wichí, al que pertenece el imputado, y sostiene que la situación que se verifica en autos se trata de una unión matrimonial realizada con el consentimiento de las partes y de conformidad con las costumbres de su comunidad, e inmerso en un sistema de derecho consuetudinario del pueblo wichí. Se alega también, que Estela Tejerina es mayor de lo que indica el

documento de identidad, y que debe considerarse que el imputado carecía de la capacidad de criminalidad del acto, debido a que, de conformidad con la cultura de su pueblo, la mujer, a partir de la primera menstruación, es libre de tener relaciones con quien quiera, siendo las mujeres las que eligen al hombre para que sea su esposo. Que dentro de dichas pautas culturales ello se denomina “matrimonio privignático”. En definitiva, considera que se habría conculcado el derecho que les asiste a los miembros de las comunidades indígenas de que se respete su identidad cultural en orden a lo dispuesto en los artículos 75, incs. 17 y 22 de la C.N., 1.4 y 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial, y 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y los proyectos de Declaración sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas de la ONU y de la OEA.²²

La decisión de la mayoría del tribunal declara inocente al acusado con base en su cultura indígena:

Desde esa óptica no ha sido razonable la evaluación que el juez hiciera de la influencia que tenderán en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal del Código Penal argentino, pudieron suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan la culpabilidad de acusado.²³

²² Figari, Ruben, “Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual”, *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, núm. 3, 2007, pp. 449 y 450.

²³ Finalmente, a modo de corolario y a los efectos de reafirmar la decisión, consideran que la situación descrita cobra especial trascendencia en tanto el artículo 75, inc. 17 de la C.N. y 15 de la Constitución provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deben ser objeto de una ponderación concreta, cosa que no ha ocurrido en autos. Resolviendo, en consecuencia, declarar la nulidad del auto del procesamiento, de la resolución que lo confirma y de todos los actos que de ellos dependan. Figari, Ruben, “Un caso de

Existe un voto particular de una magistrada que se opone a la decisión de la mayoría:

La magistrada en el considerando 12 sostiene que de acuerdo con lo mencionado en el Convenio 169, la costumbre invocada basada en el derecho consuetudinario Wichí no sólo resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional sino con el plexo de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es así que “...el acceso carnal a menores cuya edad, aunque fuer de modo impreciso, puedan situarlas en una franja entre los nueve y once años —como ocurre en el caso, sin que la recurrente haya logrado modificar este presupuesto fáctico—, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuesto consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (art. 5 y 11 Pacto SJC/R, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no debe dejar de aplicarse a la menor Estela Tejerina por la circunstancia de que ambos —víctima y procesado— pertenecen a la etnia Wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (art. 24 Pacto SJC/R, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación y 16 de la C.N. y Constitución Provincial)”.²⁴

A continuación, como en los dos anteriores casos, se procederá al análisis de este caso según las teorías del pluralismo moral, del pluralismo cultural y del pluralismo jurídico. También se analizarán las teorías de la interpretación y las teorías del significado.

Pluralismo moral. Este es un caso donde se pretende establecer una interpretación de relativismo en sentido débil. Es decir, que los valores morales son internos a una comunidad o grupo cul-

diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual”, *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, núm. 3, 2007, pp. 450 y 451.

²⁴ *Ibidem*, pp. 454.

tural. El voto particular, en cambio, defiende la universalidad de los derechos humanos.

Pluralismo cultural. El liberalismo igualitario defendería la aplicación de la ley de forma igualitaria sin excepciones culturales. El multiculturalismo sostendría que la diferencia cultural debe ser reconocida en la esfera pública, lo que también incluye las diversas tradiciones culturales. El culturalismo liberal abogaría por considerar este caso como una restricción interna donde una medida de grupo es claramente perjudicial para los derechos de las mujeres.

Pluralismo jurídico. El centralismo jurídico aplicaría la norma jurídica del derecho válido sin excepciones. Las diferentes versiones del pluralismo jurídico sostendrían que existe una contradicción entre dos normativas, y ambas tienen sus fuentes de legitimidad. Debería justificarse si el matrimonio privignático es realmente una tradición cultural vigente en la comunidad.

Teorías de la interpretación. Si se parte de la hipótesis de que en los casos de violación impropia se puede dar textura abierta del lenguaje relativa al concepto de mujer, el caso de Estela Tejerina parecería estar más claro que el anterior. Es una niña de nueve u once años que puede quedarse embarazada. Por edad, parece un caso claro, fuera de los casos *borderline*, lejos del significado mujer, más cercano al significado niña. Pero por la capacidad de mantener relaciones sexuales y procrear se aproximaría al significado mujer.

Este es un caso donde la decisión de la mayoría del tribunal estaría en el enfoque de la *pesadilla*. Estos jueces crean derecho en un decisión *ad hoc* basada en la premisa del relativismo en sentido débil, la premisa del multiculturalismo, la premisa del pluralismo jurídico en sentido fuerte, una teoría descriptiva del significado donde la comunidad de referencia es la indígena.

El enfoque del *noble sueño* estaría representado por el voto disidente de la magistrada, que se basaría en la premisa monista —afirmando los derechos humanos—, la premisa liberal igualitaria y seguramente la culturalista liberal, la premisa del centralismo

jurídico o pluralismo jurídico en sentido débil —con vigencia de los derechos humanos—. Sobre la teoría del significado, una posible interpretación sería la que ofrecería la teoría causal, donde una niña de nueve u once años no reúne las propiedades esenciales del concepto *mujer*.

Teorías del significado. El significado convencional de *mujer* en la comunidad wichi está vinculado al estado a partir de la menarquía. El significado convencional de *mujer* para la ley está vinculado al cumplimiento de una edad determinada jurídicamente. Está implícito que el concepto *mujer* incorpora la libertad de mantener relaciones sexuales y, en cambio, el concepto *niña* no la incorpora. La paradoja es que existen casos de *mujeres* —para la comunidad wichi— que tienen prohibido legalmente mantener relaciones sexuales.

Desde el punto de vista de la teoría causal, la clave está en la captación de las propiedades esenciales del concepto *mujer*. En este caso, una niña de nueve u once años se ha quedado embarazada. Se da, además, la circunstancia de que el hombre había sido pareja de su madre. Si la propiedad esencial elegida es la menarquía, Estela Tejerina es una mujer; sin embargo, si la propiedad esencial es la edad, es claramente una niña. No es un caso de textura abierta del lenguaje.

El itinerario que ha seguido el Tribunal se inicia en la premisa del relativismo en sentido débil, la premisa del multiculturalismo, la premisa del pluralismo jurídico en sentido fuerte y el enfoque de la *pesadilla* en las teorías de la interpretación. La cuestión es que se merecería valorar si el bien jurídico a proteger, para seguir este itinerario, es de suficiente peso o entidad para aplicar estas premisas.

Esta reflexión va en la línea de considerar que en este caso el bien jurídico parece ser la libertad de mantener relaciones sexuales con niñas de nueve u once años. Existen derechos humanos, como la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, que parecen contradecir que este sea realmente un bien jurídico que merezca protección por parte del

derecho. Estaría dentro de los tenues valores universales. La libertad en la sexualidad implica necesariamente que el sexo no sea una imposición, y menos implícitamente disfrazada de acto voluntario basándose en la superioridad de la edad.

Podría haber casos donde el itinerario seguido, o uno similar, podría defender bienes jurídicos dignos de protección. Por ejemplo, en los casos de conflictos entre comunidades indígenas y multinacionales. Aunque mi visión sería que estarían mejor defendidos desde la premisa del pluralismo de valores con una interpretación intercultural de los derechos humanos y con un pluralismo jurídico en sentido débil.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Es común criticar a la filosofía poniendo en duda su poca utilidad. Los filósofos suelen debatir cuestiones de forma casi interminable, y, se dice, el mundo discurriría igual sin esos debates. Sin embargo, esta visión está infundada.

Los debates teóricos, incluso los de mayor profundidad filosófica, bien orientados, pueden tener una indudable relevancia práctica. El análisis de los diversos enfoques para justificar los juicios de valor puede permitir comparar, con claridad, diversas posiciones en una controversia.

En este sentido, no es tan frecuente que desde la filosofía del derecho se analicen casos concretos. Sin embargo, los debates iusfilosóficos pueden ser útiles a los jueces. En esta línea, quien más claramente se ha expresado ha sido Dworkin y su alabanza de la teoría.

Precisamente ese ha sido el objetivo de este artículo: mostrar, a través de itinerarios, las premisas que en diversos niveles del discurso filosófico han seguido jueces latinoamericanos en casos que afectan a comunidades indígenas. La relevancia del ejercicio se manifiesta en que el resultado de sus decisiones no se explica si no es en función de las premisas seguidas. Dicho de otra forma,

con otras premisas hubieran decidido de otra forma. Esta conclusión puede parecer trivial, pero tiene la importancia que conecta definitivamente la teoría y la práctica.

En el caso del sacerdote maya, los hechos de casos no están lo suficientemente claros para decantarse definitivamente por una interpretación u otra. Puede un caso claro, manifestación del enfoque del *noble sueño*, quizá una cierta indeterminación en los objetivos de la ley. O puede ser un caso del enfoque de la *pesadilla*, donde se crea derecho, basado en el pluralismo jurídico, en una interpretación multicultural, afirmando un relativismo en sentido débil. La clave está en si en las ceremonias que realizaba el sacerdote se transfería la propiedad o tenencia de los objetos de alguna forma.

Respecto del caso chileno de violación impropia, parece que el juez ha seguido el enfoque del *noble sueño*, una premisa monista, dentro del centralismo jurídico, siguiendo el enfoque del liberalismo igualitario. La defensa del acusado buscaba básicamente discutir la universalidad de los derechos humanos y apelar al relativismo en sentido débil. De alguna forma, se sostenía en ese grupo cultural, el concepto *mujer* se aplica desde la menarquía. Lo que no consiguió demostrar la defensa es que el individuo en cuestión desconociera que estaba haciendo algo prohibido, lo cual está vinculado a cuestiones jurídicas, morales y culturales de gran complejidad sobre la visión indígena en el contexto de sociedades más amplias.

El caso argentino del matrimonio privignático solo puede explicarse desde la visión de que la mayoría del Tribunal siguió el enfoque de la *pesadilla* —creó derecho— basado en el relativismo en sentido débil, desde el multiculturalismo, afirmando un pluralismo jurídico en sentido fuerte. El voto disidente de la magistrada, en cambio, buscaba seguir el enfoque del *noble sueño*, desde el liberalismo igualitario —quizá el culturalismo liberal—, con una premisa monista —quizá también pluralismo de valores—, desde el centralismo jurídico —quizá también el pluralismo jurídico en sentido débil—.

Mantener relaciones sexuales con una niña de nueve u once años, hija de una compañera sentimental, no es un derecho humano. Más bien va en contra del núcleo de los derechos humanos, algo tenue que se manifiesta universalmente. Aunque soy favorable a una visión pluralista que interprete interculturalmente los derechos humanos, existe lo que Luis Villoro denomina *alteridad inaceptable*. Este sería un caso.

Esta argumentación no busca confirmar como único itinerario posible el enfoque del *noble sueño*, la premisa del monismo, los valores del liberalismo igualitario y el centralismo jurídico. En las sociedades plurales de América Latina es necesario encontrar soluciones que busquen incluir la diversidad, pero como reflejan los tratados internacionales y la mayoría de Constituciones vigentes, debe hacerse de acuerdo con los derechos humanos. La estrategia para las comunidades indígenas es acomodar sus reivindicaciones al discurso de los derechos humanos. Un itinerario posible se inicia en el pluralismo con una interpretación intercultural de los derechos humanos, el culturalismo liberal —descartando medidas que vayan contra las minorías (mujeres, niños...) dentro de la minoría indígena—, pluralismo jurídico en sentido débil y una teoría de la interpretación según el enfoque de la vigilia.