

Breve Acercamiento al Derecho Consuetudinario Como Base Teórica de los Procesos Autonómicos en Nicaragua y America Latina

Ezequiel D'León Masís

MONISMO POSITIVISTA VS. PLURALISMO JURÍDICO

Dentro del proceso histórico latinoamericano, las élites de poder, grupos hegemónicos o clases dirigentes han definido la identidad cultural a través de discursos que tienden a homogeneizar las particularidades de todos los grupos poblacionales. Ligado al pasado colonial, el argumento coincidente de tales discursos podría sintetizarse así: América Latina es un conglomerado social mestizo, en el que —supuestamente— el elemento español anula la “barbarie” del elemento indígena y nos hace vecinos del concepto occidental de “civilización” y “progreso”.

Con fines ilustrativos, diremos que esa línea discursiva se sostiene en los parámetros que no pocas tesis han venido planteando dentro del debate sobre la identidad cultural de los latinoamericanos. Tal es el caso de la posición “racial-progresista” de Domingo Faustino Sarmiento, para quien la realidad social latinoamericana se divide maniqueamente en civilización y barbarie¹; o bien, la postura teleológica de José Vasconcelos sobre la “misión de la raza cósmica” del ser iberoamericano, que no es sino la sublimación y alabanza metafísica del mestizaje.²

En consecuencia, se ha instituido la negación del carácter heterogéneo de los grupos sociales latinoamericanos, lo que comprende como subtexto implícito la exclusión u omisión de las comunidades indígenas y étnicas en los grandes proyectos de Estados nacionales.

En cualquier caso, me refiero a lo que Rolena Adorno ha denominado la construcción social de la alteridad³, es decir, la estructuración de un modelo cultural que, por su orientación homogeneizante, no admite las diferencias culturales ni étnicas y, en caso de admitirlas, lo hace tan sólo en el sentido de calcularlas como rasgos silenciados por la práctica discriminatoria.

Enrique Luengo ha sostenido que “el proceso de identificación social, cultural o étnica implica delinear los límites entre el Yo y el Otro, creando puntos de contacto entre el origen de un colectivo y su inserción —activamente manipulada— en un conjunto que lo absorbe y relega a un rol subalterno”.⁴ Precisamente, partiendo de esa ecuación de subalternidad cultural, ha surgido la concepción de la “otredad” indígena y étnica en tanto sujeto-objeto de la segregación social en América Latina.

Esta segregación contra las formas culturales de las minorías étnicas e indígenas se ha visto reflejada en los aparatos jurídicos e institucionales de los países latinoamericanos, debido a que las formas de organización social de estas comunidades son regidas por normas de derecho consuetudinario, lo que se halla en franca contraposición respecto de la concepción monista del derecho estatal.

El monismo jurídico

El monismo jurídico sustenta la conformación del Estado nacional sin dar cabida al reconocimiento de sistemas

¹ Ver Sarmiento, *Facundo: civilización y barbarie*, Bs. As: Espasa-Calpe, 1972.

² Ver Vasconcelos, *La raza cósmica*, Madrid: Aguilar, 1966.

³ Adorno, “El sujeto colonial y la construcción de la alteridad”, en *Revista de crítica literaria latinoamericana*, No. 28, Lima: 1988, pp. 55-68.

⁴ Luengo, *La otredad indígena en los discursos sobre la identidad latinoamericana*, Bogotá: Aries, 2000, p. 13.



© ALVARO RIVAS

Sede del Consejo Regional de la RAAS. Bluefields 2012.

normativos consuetudinarios o, simplemente, sistemas de tipo no estatal o metalegal. Debido a su formalidad estatalista, el monismo tiene su último término en la desvalorización sistemática de la costumbre como fuente orgánica del derecho.

Norberto Bobbio nos aporta un dato importante acerca del surgimiento del monismo jurídico; este autor dice:

La teoría estatalista del Derecho es el producto histórico de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedad feudal. [...] El Estado moderno, así, se fue formando a través de la eliminación y absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de monopolización de la producción jurídica (énfasis original).⁵

Así pues, las fuentes doctrinales del monismo estatalista se hallan en la teoría positivista o normativista de Hans

Kelsen y en los estudios de Herbert Hart con su “teoría pura” del derecho. El criterio general de estos influyentes (pero no tan críticos) autores se enfoca, por una parte, en la idea de la superioridad de la ley escrita sobre el orden social de la costumbre y, por la otra, en la opinión formal de que el Estado debe estar apoyado sobre una base legal unitaria cuyo ámbito de aplicación sea irrestricto sobre la totalidad territorial de una única nación. Esto da origen a un cerrado esquema deductivo que acaba concluyendo que a un Estado nacional corresponde la vigencia de un único orden normativo, léase: los preceptos positivos, codificados o escritos.

Es por eso último que el monismo de Kelsen y Hart tiene relación inmediata con la doctrina socio-contractualista de Jean Jacques Rousseau, la que ha sido de gran influencia para la teorización occidental de la estructura estatal.

Con arreglo a la idea estatalista planteada por Rousseau, el sistema de leyes de un Estado no es sino la “declaración

⁵ Citado en Raúl Borello, “Sobre el pluralismo jurídico”, en *Ponencias. XV Jornada de Filosofía Jurídica y Social*, Bs. As.: A.A.F.D., 2002, p. 46.

de la voluntad general de la sociedad”, la cual, según se pretende suponer, se origina inherentemente del poder mayoritario de la colectividad, sentándose sobre un carácter uniforme de legitimación común.⁶

Prácticamente, todo lo referido ha sido la esencia del cuerpo ideológico con que nacieron y fueron formados los Estados nacionales en América Latina. Lógicamente, factores como la promoción de la defensa de los derechos humanos a nivel internacional o la misma expansión del activismo indigenista, hacen evidente la progresiva aparición de un nuevo orden estatal que se caracteriza por apostar al reconocimiento de las formas de sociabilidad de los pueblos indígenas y al fomento del respeto a su cosmovisión antropológica.

El pluralismo político

Así, la salida contra los discursos homogeneizantes se halla sólo en la resemantización de los modelos culturales, en la consolidación de la resistencia popular desde el activismo y en la búsqueda de nuevos paradigmas y relatos nacionales que sean inclusivos y plurales, lo que, desde la perspectiva jurídico-social, corresponde a la propuesta del pluralismo jurídico como antítesis del monismo estatista, de donde surge la rivalidad teórica y práctica entre orden legal estatal y órdenes normativos no positivos (es decir, no escritos pero sí vividos).

La argumentación teórica del pluralismo jurídico ha sido expuesta principalmente, entre otros autores, por los sociólogos jurídicos Santi Romano y Georges Gurvitch. Esta doctrina concibe al derecho como un hecho normativo subordinado a la vida de la sociedad, por lo que éste, en su configuración escrita, debe contener una serie de reconocimientos acerca de lo que realmente existe en el perímetro “vivo” de lo social.

Se ha afirmado, con justa razón, que los antecedentes del pluralismo jurídico no son otros sino los parámetros de Eugene Erlich y la escuela del “derecho viviente”, fundada por él. Erlich fue el primero en cuestionar las desventajas sociales del monismo positivista de Kelsen; por consiguiente, propugnaba que “el derecho viviente es la ley puesta en práctica; es la ley que domina la vida misma, aun cuando no haya sido positivizada en proposiciones jurídicas [por el Estado]”.⁷

Hay un buen segmento de la doctrina jurídica contemporánea que apunta con mayor vehemencia hacia las respuestas sociales del pluralismo. En suma, el pluralismo jurídico ha generado la revalorización de las reglas del derecho consuetudinario como fuentes vivas de la conducta social humana. Válidamente, los autores que se perfilan como seguidores de esta corriente, dan dimensión a la costumbre en los términos con que el propio derecho romano antiguo lo hacía, o sea, a través de la *veterata consuetudo*, una categoría jurídica que ampara las prácticas inmemoriales que, a fuerza de reiteración, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*).

Y es que el razonamiento pluralista, en principio, sostiene que la costumbre, en tanto que comportamiento o uso social con “ánimo de obligar”, es un sistema de normas en sí misma, aunque de naturaleza metalegal. Renato Treves insiste en alegar que:

*el poder jurídico no reside solamente en el Estado, sino que reside también en muchos entes diferentes e independientes del Estado; el derecho del Estado no es el único derecho existente, sino que existen numerosos ordenamientos jurídicos diferentes e independientes del Estado.*⁸

Pero Treves va más allá todavía al vincular la utilidad doctrinal del pluralismo jurídico con la fundamentación práctica de los activismos de reivindicación social que han venido emergiendo durante los últimos años desde la identidad de los pueblos y naciones originarias del mundo. De esa vinculación surge el hecho de que tanto el científico social como el jurista tienen:

*la exigencia histórico sociológica de dar cuenta de un fenómeno nuevo, esto es, de por qué los grupos sociales que en tiempos pasados habían sido progresivamente atraídos a la órbita del Estado, hoy están emancipándose cada vez más del Estado y afirmando su propia autonomía.*⁹

De este modo, la visión empírica del pluralismo jurídico ha participado en parte la crisis del Estado moderno o, lo

⁶ Ver Rousseau, *El contrato social*, San José: EDUCA, 1973.

⁷ Citado en Renato Treves, *Introducción a la Sociología del Derecho*, Madrid: Taurus, 1978, p. 51.

⁸ *Ibid.*, p. 69.

⁹ *Ibid.*, p. 68. A este respecto, consúltese John R. Howard *et al.*, *Awakening minorities*, New Jersey: Transaction Books, 1972; también ver David Bowen, *The struggle within*, NY: Norton, 1965.

que es igual, la propensión estatal de adqueir cada vez una mayor apertura hacia la política del reconocimiento de la diferencia cultural, de la plurinacionalidad y la convivencia de las alteridades, lo que, según Romano, “implica cabalmente la tendencia de los grupos sociales a constituir cada uno un comportamiento jurídico independiente”.¹⁰ Es así que, solamente siguiendo los criterios pluralistas, los Estados pueden empezar a aceptar que existen normas jurídicas consuetudinarias que ejercen control social en determinados grupos humanos.

A su vez, los sesgos sociales de la posmodernidad han puesto bajo revisión todos los esquemas centralistas de los ordenamientos internos. En palabras de Jean Carbonnier: “[...] nuestra época ha puesto el monismo en cuestión y de nuevo la diversidad ha invadido el medio jurídico”.¹¹ Desde luego, Carbonnier se refiere a la vía del reconocimiento legal hacia la cual tienden los sistemas jurídicos posmodernos, más aún en el diseño de los programas de reordenamiento político y administrativo de muchos Estados con presumible talante democrático, los que han asumido que la gobernabilidad surge desde la legitimación de las mayorías, pero sobrevive sólo si se garantiza el respeto jurídico a los grupos que constituyen minoría cultural y étnica.

Si la vigencia de los planteamientos del pluralismo jurídico es tomada como fundamento teleológico o de sentido, el establecimiento (o la consolidación, en el caso de la Costa Caribe de Nicaragua) de un régimen jurídico de autonomía territorial puede ser considerado como uno de las medidas estatales más viables en favor del reconocimiento de los modos de ordenación social de las comunidades étnicas y los pueblos indígenas, grupos éstos que, como ya se ha dicho, poseen una superestructura de normas y lineamientos sociales basados en la costumbre. Desde luego que todo proceso autonómico, si no logra consolidarse de verdad, acaba por desgastar a las bases populares y las obliga a replantear los ejes de acción de las luchas reivindicativas.

Por eso mismo, la doctrina del pluralismo jurídico nos brinda la oportunidad de calibrar un análisis sobre las dimensiones que el asunto indígena o étnico toma hoy en Nicaragua frente a la figura del Estado y frente a su no tan consolidada aptitud institucional de reconocimiento formal y práctico.

Creemos conveniente agregar que el empleo de las nociones jurídico-pluralistas en América Latina empezó desde finales de los años sesenta. Un verdadero pionero en la aplicación de la doctrina del pluralismo jurídico fue Boaventura de Souza Santos, quien se dedicó a estudiar los modos tradicionales de tenencia, uso y usufructo de la tierra dentro de las comunidades originarias de la Amazonia brasileña. Los criterios de Souza Santos contribuyeron luego para la estructuración del *Estatuto do indio* (1973), que es uno de los instrumentos legales de mayor peso en Brasil.¹²

Hoy nos llegan noticias de la reciente propagación y aplicación de estos soportes teóricos en lo concerniente al derecho indígena viviente (o consuetudinario). Al respecto, en años recientes, se han producido destacados ensayos y trabajos jurídicos en países como México, Chile y Guatemala, pero, sobre todo, en Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú.¹³

DIMENSIÓN JURÍDICA DEL PROCESO DE AUTONOMÍA REGIONAL¹⁴

En tanto vía de reconocimiento del derecho étnico consuetudinario y como garantía estatal de las formas de socialización de comunidades étnicas y pueblos indígenas, el régimen de autonomía regional debe ser catalogado como un proceso *sui generis* de descentralización respecto del Estado. Este criterio de especialidad suele ser compartido, en general, por diversos autores.¹⁵

¹⁰ Citado en *ibid.*, p. 69.

¹¹ Citado en Borello, *art. cit.*, p. 51.

¹² Souza Santos retomó parcialmente las investigaciones empíricas que ya Georges Gurvitch había aplicado para analizar la propiedad colectiva en grupos sociales agrarios. Cf. *ibid.*, p. 74. Sobre las investigaciones agrarias de Gurvitch, consúltese Treves, *op. cit.*, p. 72.

¹³ Ver Raquel Yrigoyen, “Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos”, en *Revista Pena y Estado*, No. 4, Bs. As: INECIP, 2000.

¹⁴ Debemos advertir que este apartado se propone abstraer las bases de teoría jurídica que son aplicables al caso de la regionalización en Nicaragua.

¹⁵ Sobre todo desde las experiencias que aportan los casos de Nicaragua y los países andinos, así como las perspectivas de la regionalización en Chiapas, México. Ver Yrigoyen, *art. cit.*; y Ernesto Velasco Sánchez, “Autonomía indígena y democracia: el problema de la legitimidad y de la eficacia”, en *Revista del ITESO*, México: 2002: 26-43.



© ALVARO RIVAS

La justificación jurídica de la Autonomía debe ir más allá del formalismo administrativo. Bilwi, 2011.

Por un lado, se insiste en el empleo de designaciones tales como “proceso autonómico” u otras similares en virtud de estar ante un encadenamiento de avances institucionales que, al sucederse en el tiempo, se encaminan hacia el perfeccionamiento de la descentralización regional. Por el otro, desde el punto de vista jurídico de fondo, se determina para este proceso la condición definitiva de ser una descentralización atípica o *sui generis*, como se le ha distinguido ya.

En concreto, se entiende que un proceso autonómico adquiere excepcionalidad *sui generis* cuando su justificación jurídico-social va más allá del formalismo administrativo y cuando la gama de derechos que busca reconocer agrega particularidades que escapan a la visión clásica de la regionalización o descentralización regional,

es decir, de la simple idea sobre la cesión de facultades estatales a órganos regionales.

Es de esa suerte que, junto con su institucionalización a favor de comunidades étnicas y pueblos indígenas, el efecto normativo de la regionalización abarca múltiples áreas de la realidad social¹⁶, entre las que se cuentan, como fundamentales, el reconocimiento de la existencia (antes de la fundación hegemónica del Estado nacional) de estos grupos étnicos e indígenas, el derecho a preservar sus formas de organización en dependencia de las características de su *ethos* antropológico, sus reglas de derecho consuetudinario, sus formas tradicionales de propiedad, etcétera.

Partiendo de lo anterior, la autonomía es, en total, el derecho de un grupo social determinado a dirigir y escoger su

¹⁶ Sirva de complemento lo que Elías Díaz plantea en estos términos: “La norma jurídica aparece, así, en relación con una determinada realidad social –que le sirve de base y sobre la cual, a su vez, aquélla opera– y en relación con un determinado sistema de valores –que orienta a esa normatividad y pretende, en cada caso, servirle como fundamento y razón legitimadora”, en Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid: Taurus, 1980, p. 125.

destino colectivo, en pleno goce de los derechos humanos y en atención a su singularidad cultural y cosmovisión. La autonomía regional tendrá que ser definida, entonces, desde un enfoque social basado en derechos humanos y, sobre todo:

como un espacio de autodeterminación política-jurídica dentro del Estado Nacional unitario, en el cual las unidades étnicas indígenas y no indígenas, poblaciones socioculturales con base territorial, ejercen una serie de derechos fundamentales de tipo económico, educativo, cultural, ecológico y político.¹⁷

Tras el régimen de autonomía regional en favor de comunidades étnicas y pueblos indígenas, se deja ver una verdadera transformación conceptual y estructural del antiguo diseño del Estado, al lado de un marco legal que se acomoda a las acciones de defensa de la pluralidad cultural en una sociedad determinada.

La autonomía regional, ciertamente, constituye en sí misma la implantación de una pluralidad jurídica especial dentro de la legislación estatal. De ahí que, para Ernesto Velasco Sánchez,

la autonomía se expresa hacia afuera en un derecho negativo en lo referente a la interferencia del Estado en las decisiones sobre cómo se define el modo de vida dentro de las comunidades y, hacia adentro, en cuatro tipos de derechos:

1. *Derechos políticos: el derecho a elegir a sus autoridades con arreglo a su propia concepción de democracia;*
2. *Derechos sociales: respeto y reconocimiento de sus instituciones propias, lo que incluye el trato de sus culturas dentro del mismo régimen que se le ha otorgado a la mestizo-criolla.*
3. *Derechos económicos: transferencia de recursos y, sobre todo, participación de las comunidades en los proyectos de desarrollo.*
4. *Derechos jurídicos: reconocimiento de sus normas de derecho consuetudinario por el orden legal general.¹⁸*

Acoplándonos a esta idea de pluralidad jurídica, advertimos que la autonomía regional adquiere ligámenes conceptuales con diversos tipos de normas positivas, por ejemplo, desde las que en específico tocan lo constitucional y lo administrativo –pasando por el orden civil, agrario y ambiental– hasta la legislación que rige los servicios públicos, ya que la descentralización por regiones, precisamente en su seno, tiende a influir y propulsar reformas que permitan la transferencia de facultades públicas, incluso, a niveles sectoriales. El proceso autonómico lleva, en sí mismo, una inclinación hacia la descentralización institucional integral, en la que priva, pues, la adecuación local de la prestación de los servicios; aunque –de manera menos general o básica– siempre sobresalen las implicaciones formales y de fondo con lo constitucional, lo administrativo y el régimen de tenencia de la tierra.

Para la rama constitucional, la autonomía regional se incorpora como parte constitutiva del orden político-administrativo del Estado (en tanto instancia “reconocedora” de derechos y no “otorgadora” de derechos) y, por ello, representa un nivel territorial descentralizado al que se agrega una cesión del ejercicio del poder gubernativo central, con el fin programático y público de otorgar protección a los derechos culturalmente particulares de aquellas personas y comunidades que pueblan las regiones que son abrazadas por la prerrogativa autonómica.

Al mismo tiempo, el proceso de autonomía encuentra algunos de sus principios formales dentro del derecho administrativo moderno, en el que se plantea la descentralización por territorio o por región.

Los órganos de un gobierno regional autónomo tienen a su favor la cesión de las potestades públicas de la administración. Así, la trascendencia administrativa de la autonomía regional, a juzgar por Gabino Fraga, se halla en que ésta:

consiste en el establecimiento de una organización administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que corresponden a la población radicada en una determinada circunscripción territorial [por lo que] desde el punto de vista de la Administración, la descentralización por región significa la posibilidad de una gestión más eficaz de los servicios públicos, y, por lo mismo, una realización más adecuada de las atribuciones que al Estado le corresponden.¹⁸

¹⁷ Esta definición, propuesta por Virgilio Rivera, es transcrita en J. Mattern, “Las regiones autónomas: un desafío para el proceso de descentralización en Nicaragua”, en *Wani. Revista del Caribe Nicaragüense*, No. 32, Managua: CIDCA/UCA, 2003, p. 21.

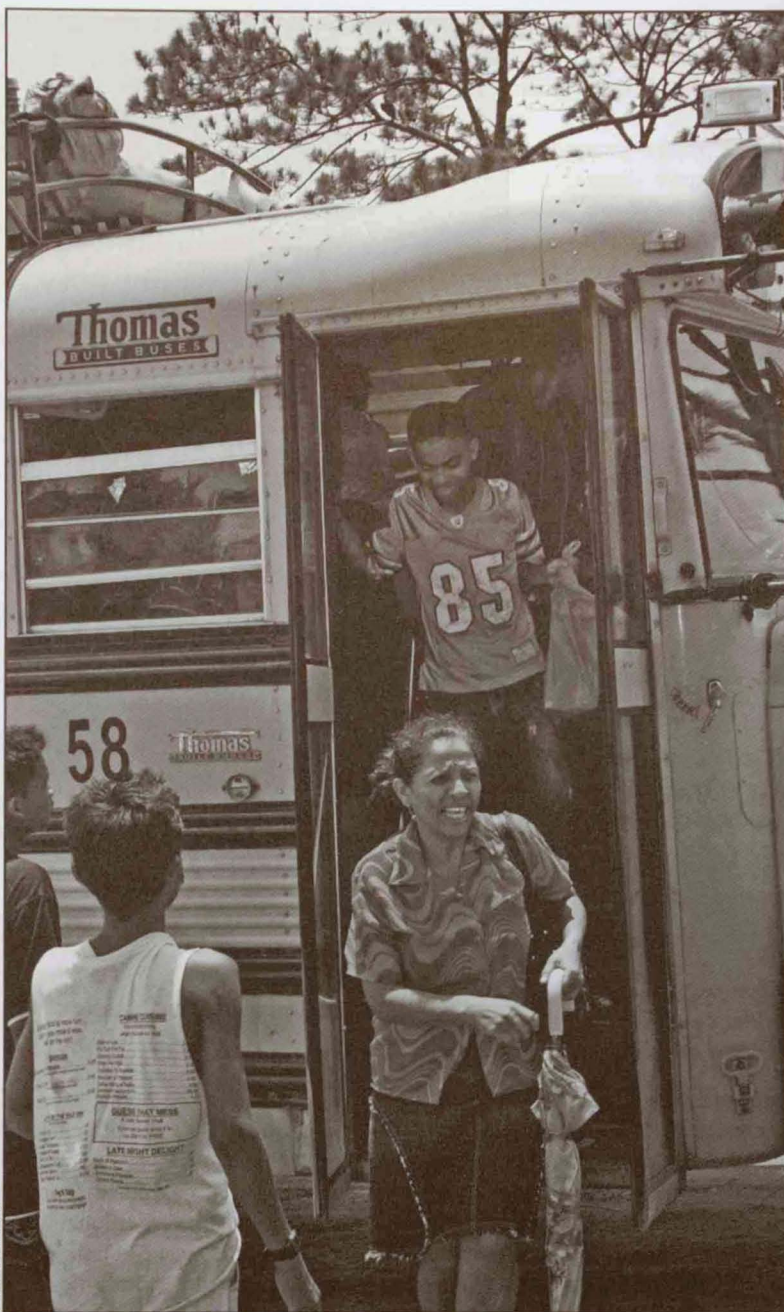
¹⁸ Velasco Sánchez, *art. cit.*, p. 31.

Finalmente, al ser la autonomía regional un método de protección del sistema de costumbres indígenas y étnicas sobre el uso de la tierra, es imprescindible que los atributos clásicos del derecho civil de propiedad se sometan a una redefinición técnico-legal, con tal de incluir a la propiedad comunal o colectiva dentro de las demás formas de tenencia de la tierra que el Estado proclama como legítimas. Pese a que no alude al concepto de territorialización, Ramón Fernández y Fernández ha enunciado una de las definiciones más aceptadas dentro de la doctrina, sobre este tipo *sui generis* de tenencia:

propiedad comunal es la propiedad asignada como posesión perpetua no alienable a un cierto poblado o a un grupo de individuos que constituyen un clan o linaje. Es una reminiscencia del pasado en que, cuando la tierra era abundante y la propiedad de la misma estaba en su etapa incipiente, podían asignarse superficies para el uso común e indistinto de un núcleo de población.¹⁹

En ese sentido, para el caso de Nicaragua, es alentador que desde el año 2002, la legislación refiere por fin a las propiedades colectivas desde la categoría de “territorios” (aludimos a la Ley No. 445).

© ALVARO RIVAS



Llegando de Waspam.

¹⁹ Fraga, *Derecho Administrativo*, México: Porrúa, 1963, p. 208.