

TRIBUNALES INFORMALES EN AFGANISTÁN. DE ENEMIGOS A ALIADOS EN EL PROCESO DE ESTABILIZACIÓN

INFORMAL COURTS IN AFGHANISTAN FROM ENEMIES TO ALLIES IN THE STABILIZATION PROCESS

Javier Ruiz Arévalo*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. VALORES E INSTITUCIONES TRADICIONALES EN LA JUSTICIA AFGANA. II. EL SISTEMA JURÍDICO AFGANO A LO LARGO DE LA HISTORIA. III. NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INFORMAL EN AFGANISTÁN. IV. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS FORMAL E INFORMAL. V. LA REFORMA DEL ESTADO DE DERECHO TRAS LA CAÍDA DE LOS TALIBÁN. VI. NECESIDAD DE UN MODELO HÍBRIDO. VII. CONCLUSIÓN

Resumen: En Afganistán, como en tantos otros países, justicia formal e informal han competido tradicionalmente por el monopolio de la administración de justicia. En una pugna que se inició con el nacimiento del estado afgano, sus gobernantes han tratado de asumir el monopolio de la justicia, desplazando a los sistemas tradicionales. Frente a ellos, tribus y clanes han tratado de preservar su independencia frente al estado, conservando la facultad de administrar justicia. El nuevo régimen surgido tras la caída de los Talibán prosiguió en sus inicios esta tendencia, intentando asumir el monopolio de la administración de justicia. El tiempo pondría de manifiesto que los sistemas de justicia informal, lejos de suponer un obstáculo para el establecimiento de un estado de derecho efectivo, podrían suponer un aliado; un aliado posiblemente necesario.

En este trabajo se analizan los razonamientos que han llevado a este cambio de actitud, así como los obstáculos, ventajas e inconvenientes que los intentos por integrar los sistemas formal e informal han puesto de manifiesto en Afganistán.

SUMMARY: As in many other countries, in Afghanistan formal and informal justice have traditionally competed for the monopoly in the administration of justice. In a struggle that began with the birth of the Afghan state, its leaders have tried to assume the monopoly of justice, displacing traditional systems. Before them, tribes and clans have tried to preserve their independence from the state, retaining the power to administer justice. The new regime that emerged after the fall of the Taliban, initially continued this

Fecha de recepción del original: 5 de abril de 2016. Fecha de aceptación de la versión final: 14 de julio de 2016.

* Coronel del Cuerpo General del Ejército de Tierra. Licenciado en Derecho. Cuartel General de la Fuerza Logística Operativa (La Coruña). Correo electrónico: jmruiza@et.mde.es

trend, trying to take the monopoly of the administration of justice. Time would show that informal justice systems, far from being an obstacle to the establishment of an effective rule of law, could pose an ally; a potentially necessary ally.

This work analyzes the rationale leading to this change in attitude, as well as obstacles, advantages and disadvantages that attempt to integrate the formal and informal systems have shown in Afghanistan.

PALABRAS CLAVE: Afganistán, justicia informal, derecho consuetudinario, estabilización, taliban, pashtunwali

KEY WORDS: *Afghanistan, informal justice, customary law, stabilization, taliban, pashtunwali.*

En Afganistán, como en tantos otros países, justicia formal e informal han convivido durante décadas, compitiendo por el monopolio de la administración de justicia. En una pugna que se inició con el nacimiento del estado afgano, sus gobernantes han tratado de asumir el monopolio de la justicia, desplazando a los sistemas tradicionales. Frente a ellos, tribus y clanes han tratado de preservar su independencia frente al estado, conservando la facultad de administrar justicia. El nuevo régimen surgido tras la caída de los Talibán, con el apoyo de la comunidad internacional, prosiguió en sus inicios esta tendencia, intentando que los tribunales formales asumieran el monopolio de la administración de justicia. El tiempo pondría de manifiesto que los sistemas de justicia informal, lejos de suponer un obstáculo para el establecimiento de un estado de derecho efectivo, podrían suponer un aliado; un aliado posiblemente necesario, en el escenario afgano.

Desde los orígenes de Afganistán como Estado, durante el siglo XVIII, su sistema jurídico ha estado absolutamente condicionado por su pertenencia al mundo musulmán, en el que religión y derecho están estrechamente entrelazados. En el sistema islámico, la función más importante del gobernante es defender la justicia a través de la aplicación de la *Sharía*, un código legal basado en el Corán y en las prácticas y dichos del profeta Mahoma, que supone la fuente de derecho por antonomasia. Aunque su contenido se supone uniforme en todo el mundo musulmán, la realidad es que la *Sharía* siempre se ha visto “contaminada” por las costumbres locales y ha coexistido con mecanismos de justicia informal, produciendo variantes geográficas con personalidad propia, que explican la falta de uniformidad con la que la ley islámica se manifiesta en diferentes áreas geográficas.¹ Con el tiempo, a medida que el mundo musulmán se ha ido articulando en una serie de Estados independientes, la ley secular (*qanun*) desarrollada por cada uno de ellos, ha pasado a ocupar su lugar junto a la *Sharía* y el derecho consuetudinario en la conformación de los sistemas jurídicos nacionales. Con el advenimiento de los estados islámicos modernos, las autoridades estatales han tratado de dar al derecho secular un protagonismo cada vez mayor frente a la *Sharía* y el derecho consuetudinario, aunque en muchas ocasiones hayan preferido negarlo.

¹ BARFIELD, T. *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Judicial Institutions*. Boston University. Produced for the United States Institute for Peace, Washington. Junio. 2003, pag. 4.

En lo que se refiere al modo en que este derecho sustantivo es aplicado en el mundo musulmán, la justicia se ha impartido tradicionalmente a través de tribunales, mitad religiosos, mitad consuetudinarios, que raramente se sometían a la autoridad central del estado.

A medida que los estados nacionales se han ido consolidando, han tratado de sujetar el funcionamiento de la justicia a la autoridad del estado y a las normas de derecho positivo, tratando de minimizar el papel de los mecanismos de justicia informal, o de someterlos a un cierto grado de control gubernamental; la *Sharía* primero y el derecho secular después, han sido las herramientas empleadas en los intentos por limitar, si no eliminar, la virtualidad de los sistemas de justicia informales. Pero, a pesar de estos esfuerzos, en el momento en que el estado central ha mostrado debilidad, o allí donde las estructuras estatales se han debilitado por los acontecimientos políticos, los sistemas informales han vuelto a recuperar su posición, llenando el vacío creado por la ausencia de mecanismos de justicia patrocinados por el Estado. Afganistán no ha escapado a estas dinámicas.²

En Afganistán, los esfuerzos iniciales por codificar el derecho se producen durante las dos últimas décadas del siglo XIX. En aquel momento, la autoridad central intentó codificar el derecho hasta entonces aplicado y controlar los sistemas de justicia informal e incorporarlos a la nueva estructura formal que se estaba desarrollando. La intención era ir eliminando las prácticas jurídicas informales, no codificadas, y reemplazarlas por un sistema judicial único y centralizado, controlado por el estado y que aplicara una legislación estatal. Pese a todos los intentos acometidos desde entonces, ningún gobierno ha podido prescindir del sistema de justicia informal. Como veremos a lo largo de este trabajo, a día de hoy nos enfrentamos en Afganistán al mismo problema.³ Con un factor añadido: ante la imposibilidad material de implantar a medio plazo un sistema formal que cubra al 100% las necesidades, se hace preciso integrar de alguna manera los sistemas informales en el sistema judicial formal.⁴

El objeto del presente artículo es, precisamente, utilizar las lecciones aprendidas en los últimos años en Afganistán para demostrar que los tribunales informales, lejos de ser un obstáculo para la estabilización de estados fallidos o en vías de serlo, puede ser una herramienta útil en este proceso.

² TARZI, Amin. *Historical Relationship between State and Non-State Judicial Sectors in Afghanistan*. United States Institute of Peace. Washington. 2006.. Pag 1.

³ En el Informe sobre Desarrollo Humano de 2007 se señala que las asambleas tradicionales resuelven más del 80% de los litigios en Afganistán. LANDINFO. *Afghanistan: Blood feuds, traditional law (pash-tunwali) and traditional conflict resolution*. Oslo. Noviembre 2011. Pag. 5.

⁴ De acuerdo con LAMB, un 52% de los afganos confiaría en la justicia informal para resolver un pleito, un 10% en autoridades informales como kanes y mulás, un 2% en los talibán y el resto en distintas instancias oficiales. LAMB, Robert D. "Formal and Informal Governance in Afghanistan: Reflections on a Survey of the Afghan People." *Occasional Paper no. 11*. Asia Foundation. Abril 2012.

Utilizando fundamentalmente fuentes académicas, informes de organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, y la experiencia sobre el terreno del autor, a lo largo de los siguientes capítulos se pretende demostrar:

- 1.- Que la actual pugna entre justicia formal e informal no es un problema nuevo en Afganistán, sino que obedece a dinámicas de poder presentes desde el nacimiento de Afganistán como estado.
- 2.- Que esas dinámicas de poder permanecen vivas hoy en día, en mayor o menor medida.
- 3.- Que el intento inicial del gobierno de Afganistán, apoyado por la comunidad internacional, de implantar un sistema de justicia formal que asumiera en exclusiva la administración de justicia se demostró imposible, dadas las capacidades reales de la administración afgana, e inconveniente, por dejar de lado un sistema que ha demostrado ser muy eficaz en la resolución de determinados conflictos.
- 4.- Que con los necesarios ajustes, los sistemas de justicia informal pueden ser un elemento que ayude a la estabilización de estados fallidos o en riesgo de convertirse en ello.

I. INTRODUCCIÓN. VALORES E INSTITUCIONES TRADICIONALES EN LA JUSTICIA AFGANA

El análisis del papel que la justicia informal juega y podría jugar en Afganistán exige la delimitación previa de ciertos conceptos básicos, necesaria para la definición conceptual de la cuestión.

1. La *Sharía*

Sharía es una palabra árabe que significa “el camino a seguir”; en el ámbito puramente jurídico, quiere decir Ley Islámica.⁵ Las fuentes de la *Sharía* son, en primer lugar, el Corán⁶ y la *Sunna*; es decir, el libro sagrado del Islam y los dichos y hechos del Profeta Mahoma. Se trata en ambos casos de fuentes con escaso contenido jurídico, que establecen principios y normas generales que precisan de análisis e interpretación para su aplicación. Tras la muerte del profeta, los califas comenzaron a nombrar eruditos que les asesoraran en la correcta interpretación de las fuentes y en su aplicación a nuevas realidades. Esta labor dio lugar a las otras dos fuentes de la *Sharía*: *Ijtihad* e *Ijma*; es decir,

⁵ Ver un análisis detallado sobre la Ley Islámica en: KHAN, Hamid M.. INPROL. Washington. Julio 2013.

⁶ A pesar de la percepción generalizada, el Corán no es principalmente un texto legal. De los trescientos versos que pueden considerarse preceptivos, casi la mitad tienen que ver con la práctica personal de rituales religiosos (*ibadat*). La otra mitad trata de asuntos relacionados con el matrimonio, la herencia, las transacciones comerciales y otras cuestiones económicas, así como de los delitos, las penas y los medios de prueba.

el razonamiento analógico y el consenso de los juristas. La opinión unánime de éstos se transforma así en Ley Divina, que es recopilada en textos utilizados hasta el día de hoy como jurisprudencia; estas recopilaciones son el origen de las normas que pretenden regir todos los aspectos de la vida de los musulmanes. Este sistema ha dado lugar a una serie de escuelas, con interpretaciones más o menos rigoristas de las fuentes. En el caso afgano, la escuela predominante ha sido siempre la *hanafita*, una de las más moderadas; esta interpretación de la *Sharía*, mezclada con normas consuetudinarias y el “Islam popular”⁷ ha cristalizado en el derecho formal aplicado en Afganistán.

En Afganistán, la ley islámica se aplica por jueces religiosos (*Cadí*) que siguen la tradición jurídica Hanafi. Los *Cadís* pertenecen a un grupo más amplio de clérigos profesionales (*ulemas*) que emiten opiniones (*fatwa*) sobre temas religiosos. En general, se ven a sí mismos como protectores de una tradición de inspiración divina en la que la religión y el gobierno se funden inextricablemente. A diferencia de los sistemas de derecho consuetudinario, la *Sharía* se considera de aplicación universal, con independencia del tiempo y el espacio. Dada su formación en una tradición escrita y urbana del Islam ortodoxo, los *ulemas* han tendido a despreciar el derecho consuetudinario, de carácter rural y oral. El *ulema* utiliza a menudo su influencia para exigir la sustitución de las prácticas del derecho consuetudinario por interpretaciones acordes con la ley islámica, lo que implica indirectamente su participación en la resolución de las disputas.⁸

2. El *Pastunwali*

Los pastunes, la etnia más numerosa en Afganistán y la más influyente históricamente en su articulación como estado, sostienen el mito de que su primer antepasado, Qays, recibió el Islam directamente del Profeta Mahoma después de viajar desde el Hindu Kush a Arabia, adoptando el nombre de Abdurrashid. Según la tradición, Abdurrashid tuvo tres hijos, Sarbun, Gargast y Baltan, que son los patriarcas de los tres grupos de descendencia pastunes de los que derivan la mayoría de las tribus actuales. Este mito demuestra dos de las características principales de la cultura pastún: la primacía de la descendencia patrilineal y la indivisibilidad de los conceptos de pastún y musulmán. Sin embargo, para los pastunes, el rasgo fundamental que define a sus miembros no es el origen, sino la aceptación de un código de normas no escritas conocido como *pastuwali*: Ser pastún equivale a observar el *pastunwali*, "el camino de los pastunes."⁹ Este código, el más completo y detallado de los sistemas de derecho consuetudinario afganos, incluye normas que regulan todos los aspectos de la vida de los pastunes, incluyendo entre estos aspectos, los mecanismos para la resolución de conflictos.¹⁰ Pero su influencia no

⁷ Sobre el significado del islam popular: RUIZ ARÉVALO, J. *Afganistán. Claves para entender el pasado. Pistas para intuir el futuro*. Universidad de Granada-MADOC. Granada. 2014. Pag. 189 y ss.

⁸ BARFIELD, T. *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Judicial Institutions*. Boston University. Produced for the United States Institute for Peace, Washington. Junio. 2003. Pag. 1.

⁹ BARFIELD, T; NOIUMI, N y ALEXANDER, J. *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. United States Institute of Peace. Washington 2006. Pag. 4.

¹⁰ El derecho consuetudinario es el medio por el cual las comunidades locales resuelven disputas en ausencia de (o con la oposición del) Estado o la autoridad religiosa. Se basa en un código cultural y ético común que genera reglas vinculantes sobre sus miembros. Las comunidades utilizan este código para

se limita a esta etnia, sino que tiene una gran influencia entre todos los afganos, incluidos los pertenecientes a otras etnias.¹¹

Como sucede normalmente con las normas consuetudinarias, se trata de un cuerpo normativo en continuo desarrollo y con muchas variantes locales.¹² Aunque a veces se hace referencia a él como "un código tribal", asumiendo que se aplica a todos los pastunes de la misma manera en todas partes, en realidad su interpretación y aplicación varía de una zona a otra y en el tiempo y a menudo se combina con nociones de lo que se considera que significa ser un "buen musulmán", a pesar de que *Sharía* y *pastunwali* divergen en algunos temas clave. Estas características, junto al hecho de que se trate de una tradición fundamentalmente oral, limitan la validez general de algunas de las conclusiones que puedan extraerse de su análisis, algo que debe tenerse en cuenta a lo largo de todo este trabajo.

Las normas de conducta del *pastunwali*, normalmente no escritas, se centran principalmente en el concepto de *nang*, que se traduce como "honor". En la concepción pastún, el honor es el bien más valioso. El honor de la persona y el grupo (familia, clan, tribu) están inexorablemente unidos, ya que la identidad individual está inextricablemente ligada a la identidad grupal; de forma que el honor no es una cuestión individual, sino que implica a todo el grupo. Además, sólo los hombres pueden poseer honor, aunque tantos hombres como mujeres pueden ponerlo en entredicho.¹³

Más que un sistema de derecho consuetudinario, el *pastunwali* es una forma de vida que hace hincapié en el honor por encima de todo. En realidad, se trata de un código de conducta prácticamente imposible de cumplir en una sociedad estructurada o en áreas donde el gobierno impone el imperio de la ley, haciendo imposible el recurso a la venganza personal o comunal. Es por ello que los pastunes que habitan en las zonas más marginales, más allá del control del gobierno, se ven a sí mismos como los únicos verdaderos pastunes, porque sólo ellos pueden mantener las estrictas normas de "el camino de los pastunes". En las zonas rurales más ricas, como las llanuras irrigadas alrededor de Pes-hawar o Kandahar, es más difícil por el poder que han adquirido a los largo de los años

resolver disputas, evaluar las acciones y para imponer sanciones contra los infractores de las normas locales. BARFIELD, T. *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Judicial Institutions*. Boston University. Produced for the United States Institute for Peace, Washington. Junio. 2003. Pag. 1.

¹¹ COBURN, Noah. *Informal justice and the international community in Afghanistan*. United States Institute of Peace. Washington. 2013. Pag. 15.

¹² LANDINFO. *Afghanistan: Blood feuds, traditional law (pashtunwali) and traditional conflict resolution*. Oslo. Noviembre 2011. Pag. 6.

¹³ KHAN, Hamid M. *Islamic Law, Customary Law, and Afghan Informal Justice*. United States Institute of Peace. Washington. Marzo. 2015. Pag. 3. En el mismo sentido: "Las mujeres no pueden aumentar el honor de una familia o de un grupo; en la realidad, sólo pueden contribuir a reducirlo. El comportamiento de las mujeres influye en todo el grupo o familia, en particular la de los familiares varones. Las mujeres tienen que ser modestas y respetuosas, mientras los hombres son responsables de su comportamiento y tienen la obligación absoluta de proteger a las mujeres del grupo. Las mujeres son consideradas seres irracionales con baja auto-disciplina y poco control de sus impulsos. La mujer, además de estar protegida de los extraños, deben ser controlada y protegida contra sus propias debilidades y su inclinación a participar en comportamientos inmorales". LANDINFO. *Op cit.* Pag. 7.

los linajes hereditarios de los terratenientes, que han reducido a los miembros de sus tribus a la situación de clientes. En estos casos, la élite de los terratenientes es la única con autonomía suficiente para cumplir con el *pastunwali*.¹⁴ La crisis sufrida por el estado afgano durante las últimas décadas ha permitido cierta revalorización de los valores tribales, al debilitar tanto al estado como a las élites locales.¹⁵ En sentido opuesto, el proceso de fortalecimiento que está viviendo el estado afgano debería llevar a una paralela marginalización de los códigos tribales, que quedarían relegados, como ha venido ocurriendo tradicionalmente, a las áreas más pobres y atrasadas del país.

Pero, de momento, el *pastunwali* juega un papel innegable en la regulación de las relaciones sociales de los afganos, ante lo cual cabe preguntarse: ¿Pueden sus normas considerarse derecho sustantivo? Las normas jurídicas se diferencian del resto de normas sociales porque su cumplimiento es impuesto por instituciones encargadas de imponer medidas punitivas para asegurar su cumplimiento. En el caso del *pastunwali*, en la mayoría de los casos sólo podemos hablar de una presión tácita, aunque esté suficientemente presente y aceptada como para garantizar un alto grado de cumplimiento de las resoluciones de los tribunales informales que aplican sus normas; sólo en casos muy concretos, en zonas del este del país, las comunidades disponen de la capacidad real de imponer sus decisiones por la fuerza; en el resto de los casos, el cumplimiento de las decisiones descansa en el acuerdo de las partes, en el depósito previo de garantías y en el empleo de medidas coercitivas indirectas por parte de la comunidad. Si en los últimos años se ha asistido a un empleo mayor de este tipo de medidas coercitivas, se debe a los cambios producidos en este período en la relación entre el individuo y el grupo en Afganistán. La dislocación de comunidades que ha producido la emigración, así como el aumento del poder de los comandantes militares locales, a costa de los poderes tradicionales, han debilitado la efectividad de la presión moral ejercida por las asambleas locales, forzándolas a recurrir a medios más contundentes a la hora de imponer sus decisiones.¹⁶

En el caso de *pastunwali*, en el que individuos y comunidades se responsabilizan del mantenimiento de su propio honor, personal o colectivo, a través de la imposición directa de sanciones, resulta difícil atribuirle la consideración de derecho sustantivo, aunque este mecanismo tenga un matiz de práctica jurídica. Esta dificultad se ve agravada, por otra parte, por el énfasis atribuido a que sea uno mismo el que defienda sus derechos y su honor, dificultando la delegación de la imposición de sanciones en terceros, incluido el estado.¹⁷

¹⁴ BARFIELD. 2006. Pag. 5.

¹⁵ RUIZ ARÉVALO. 2014. Pag. 111.

¹⁶ COBURN. 2013. Pag. 14. Curiosamente, una de las formas de forzar al cumplimiento de las decisiones de las asambleas consiste en amenazar con remitir el caso a los jueces formales. BARFIELD. 2003. Pag. 38-29.

¹⁷ KHAN. 2015. Pag. 4.

3. Reconciliación y Venganza

Un valor fundamental a la hora de entender los criterios con que se imparte justicia en Afganistán es el de "reconciliación". Mencionado en varios versículos del Corán como una virtud cardinal y elemento central del *pastunwali*, es un concepto que va más allá de la simple resolución de un conflicto, incluyendo en su contenido la promoción de la armonía social y la justicia. Con la reconciliación se pretende que el conflicto no deje heridas abiertas y la solución satisfaga a ambas partes, evitando ulteriores conflictos o venganzas.¹⁸ Este valor religioso, unido al miedo a la *fitna*, entendida como desorden o división social, tiene una gran influencia en el modo informal de resolver disputas. Es normal que los ancianos se refieran a estos valores durante el proceso de deliberación, porque esta invocación ayuda a conformar la presión social que motiva a los participantes a aceptar ciertas decisiones. La apelación a una reconciliación que conduzca a una paz social duradera pretende, en muchos casos, llevar a una de las partes a aceptar una solución que, si bien puede no satisfacer completamente sus legítimas aspiraciones, garantiza una armonía que no se lograría de otro modo. Con la misma finalidad, será normal que a la parte perdedora se le haga alguna concesión que le permita aceptar el veredicto sin "perder la cara". La importancia atribuida a la reconciliación en el *pastunwali* es tal, que permite sacrificar a la justicia en su nombre.

Pero la reconciliación no siempre es posible sin una satisfacción previa, en forma de venganza – no castigo-, término que no tiene sentido peyorativo alguno para los afganos y que es otro componente fundamental del sistema. Cuando el honor de un grupo es dañado, corresponde a éste y no al estado u otra organización externa restablecerlo. El robo, la violación y el asesinato son considerados como conductas inmorales, pero sancionar a sus perpetradores no se considera una responsabilidad de la comunidad; esta responsabilidad recae en la víctima, considerándose la venganza como la solución adecuada al agravio sufrido. La función del *pastunwali* se limita a establecer límites sobre la legitimidad de la venganza: cómo, quién y dónde puede ejecutarla.¹⁹ Solucionar este tipo de afrentas con los propios medios es un signo de fuerza. Un hombre que no puede proteger el honor de su familia y su propiedad no merece respeto y "cualquiera es libre de arrebatarse lo que quiera, sus posesiones, su tierra."²⁰ En ocasiones, para el grupo de familiares de la víctima puede resultar difícil vengarse; por ejemplo, si el asesino es de una familia más poderosa que la de la víctima, por lo que la venganza podría tener consecuencias fatales. Si se considera imposible vengar un asesinato, la familia de la víctima, para evitar la vergüenza que puede suponer no ser capaz de vengar el crimen, puede tener que optar por abandonar su residencia, para no tener que vivir en la proximidad del asesino. Sin embargo, una deuda de sangre puede permanecer en estado latente hasta que la familia de la víctima crea que es capaz de vengarse. Así, los hijos jóvenes pueden vengar a su padre asesinado cuando llegan a la edad adulta; la venganza puede esperar

¹⁸ SENIER, Amy. *Rebuilding the Judicial Sector in Afghanistan: The Role of Customary Law*. The Fletcher School. Medford, MA. EEUU. 2006. Pag 2

¹⁹ BARFIELD. 2003.

²⁰ GLATZER, B.. "Being pashtun - being muslim: Concepts of person and war in Afghanistan". En: *Essays on South Asian Society: Culture and politics II*. Das Arabische Buch. Berlin:1998. Pag. 5.

meses, años e incluso generaciones. Y puede enquistarse y generar odios entre familias, clanes o tribus que no logran cicatrizar.²¹

Reconciliación y venganza son las dos herramientas que este sistema ofrece para garantizar la paz social. Ambos buscan en última instancia el apaciguamiento de la parte ofendida que, en el peor de los casos, se consigue por la venganza.

4. *Sharía* y *Pastunwali*

La relación entre la ley islámica y el *pastunwali* es compleja,²² especialmente en lo referente al estatuto de la mujer. Aunque los afganos tienden a pensar que sus usos son conformes con el Islam, un examen detallado de éstos sugiere algunas diferencias, en parte porque, mientras la Ley Islámica establece los límites de la relación personal con Dios y ofrece orientación moral para la conducta personal, el *pastunwali* actúa en otra esfera, en la colectiva, ligando el propio honor con el grupo social. Aunque hay algo de cierto en esta diferenciación, es evidente que resulta algo simplista, por pasar por alto el hecho de que la Ley Islámica regula muchos aspectos de las relaciones interpersonales.²³

Hay una serie de usos consuetudinarios que colisionan con la Ley Islámica,²⁴ como por ejemplo la necesidad de consentimiento para el matrimonio que, según la Ley Islámica es necesaria en ambos contrayentes²⁵, pero la costumbre afgana sólo exige en el caso del varón. De hecho, persisten todavía prácticas como los matrimonios concertados o la entrega de novias como compensación, contrarias a la Ley Islámica.²⁶ Otro ámbito en el que existen discrepancias entre ambos sistemas de normas es el relativo al derecho a heredar por parte de la mujer; mientras la *Sharía* reconoce este derecho, aunque sea en cuantía menor que para el varón, el *pastunwali* sólo reconoce este derecho a los varo-

²¹ BARFIELD 2003. Pag. 3

²² Hasta el extremo de que, según JONES-PAULY y NOJUMI, “El Islam practicado en Afganistán... sería prácticamente irreconocible para un verdadero teórico del Islam. Aparte de la fe en Alá y en su profeta Mahoma, la mayoría de las creencias derivan de costumbres locales preislámicas”. JONES-PAULY, Christina y NOJUMI, Neamat. “Balancing Relations Between Society and State: Legal Steps Toward National Reconciliation and Reconstruction of Afghanistan”. *The American Journal of Comparative Law*. Otoño, 2004. Pag. 849-50.

²³ KHAN. 2015. Pag. 5.

²⁴ “Las personas comunes tienen poco conocimiento de la ley islámica y la mayoría de ellos piensa que el derecho consuetudinario se ajusta al *Sharía*. En realidad, la mayoría de las regulaciones del derecho consuetudinario contradicen tanto la ley islámica como la ley formal afgana. La mayoría de la gente no ve esta contradicción porque entre los miembros de la *yirga* se incluyen a menudo las figuras religiosas de la aldea, los *mulás*. Incluso cuando las decisiones de las *yirgas* no están de acuerdo con la ley islámica, la participación de figuras religiosas en la toma de decisiones hace que las personas crean que la decisión se ajusta a la ley islámica”. MAX PLANCK INSTITUTE. *Family Structures and Family Law in Afghanistan. A Report of the Fact-Finding Mission to Afghanistan, January –March 2005*. Hamburgo. 2005. Pag. 10.

²⁵ Sobre el consentimiento de la mujer en el derecho islámico: TAZÓN CUBILLAS, Aura. “Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos”. *Derecho Español*. 2008. Pag 38 y ss.

²⁶ Sobre prácticas matrimoniales contrarias a la *Sharía*: LANDINFO Report: *Afghanistan: Marriage*. Oslo. 19 mayo 2011.

nes. Lo normal es que se trate de evitar una confrontación clara entre ambos sistemas, tratando de buscar una solución de compromiso; así, en el caso de la herencia de una mujer, será normal que finalmente se le permita heredar la parte de bienes inmuebles que le asigna el Corán, pero no así las tierras que pudieran corresponderle.²⁷ Esta privación de un derecho reconocido en la ley islámica se justifica con el argumento de que esta solución es más beneficiosa para la comunidad en su conjunto, al fomentar la cohesión.²⁸ Se trata de un ejemplo evidente de cómo la paz social se considera más importante que la justicia.

En el Islam, el concepto de *'urf* se refiere a "las prácticas recurrentes que son aceptables para la gente y resultan naturales" y se ha utilizado históricamente para explicar las divergencias entre las prácticas consuetudinarias y la ley divina. Es una doctrina controvertida porque supone reconocer un espacio dentro de la ley islámica para usos que precedieron a la llegada del Islam. En un nivel más práctico, esta doctrina fue concebida como un medio por el cual el Islam podía adaptarse a los usos locales, facilitando la adopción de la ley islámica por diferentes culturas. De acuerdo con la ley islámica clásica, para constituir *'urf*, una forma aceptable de derecho consuetudinario, una práctica debe representar un fenómeno común y recurrente y no debe violar ningún principio de la ley islámica. Si no existe una violación absoluta, pero la costumbre se opone a sólo ciertos aspectos del texto, la costumbre puede actuar como un factor limitante. Al igual que cualquier otra doctrina legal, el *'urf* está sujeto a constante reevaluación e interpretación en todas las escuelas de derecho y la aceptación del derecho consuetudinario en el seno de la ley islámica no es una constante.²⁹

En la práctica, en los casos raros, en los que se aprecia un conflicto con la *Sharía*, la cuestión se eleva a los *mulás*, responsables de asegurar la preeminencia de la normativa islámica sobre cualquier otra.³⁰ En la edad de oro del Islam, los *ulemas* eran vistos como los guardianes institucionales de la ley islámica, no sólo por su comprensión de las particularidades del Islam, sino también por su piedad, que les diferenciaba de cualquier autoridad política terrenal. Esta percepción no ha desaparecido del todo; según los resultados de una encuesta realizada por la Fundación Asia, la mayoría de los afganos considera que los líderes religiosos sirven a los intereses de la sociedad más que cualquier otro tipo de figura pública y, como consecuencia de ello, cree que "los líderes religiosos deben ser consultados" regularmente sobre los problemas locales. En general, se puede decir que la autoridad de los *ulemas* ha disminuido en todo el mundo musulmán, porque

²⁷ COBURN. 2013. Pag.15.

²⁸ KHAN. 2015. Pag. 10.

²⁹ KHAN. 2015. Pag. 6.

³⁰ El papel de los líderes religiosos en la resolución de conflictos no es clara y parece variar. Hay evidencia que sugiere que los líderes religiosos son ampliamente consultados y participar en la negociación de acuerdos entre los litigantes en el sistema informal, aunque rara vez trabajan en casos por sí mismos. En general, se aprecia una cierta falta de interés por parte de los clérigos a la hora de verse involucrados en este tipo de pleitos, posiblemente por el riesgo que conllevan de pérdida de popularidad. DEVLIN, L. *Traditional Dispute Resolution and the Use of Islamic Law: Field Studies in Takhar and Paktia*. Peace Training and Research Organization (PTRO) en colaboración con United States Institute of Peace. Washington. Julio 2014. Pag. 8.

se han visto forzados a tener en cuenta consideraciones de tipo más político que religioso. Afganistán, como el resto de países musulmanes, está inmerso en un proceso de funcionarización de los *ulemas*, comenzado en 1896 por Abd-al-Rahman que comenzó a controlarlos privándoles de su independencia económica y a insertarlos en la burocracia del estado; desde entonces, los sucesivos gobernantes afganos, han tratado, con mayor o menor fortuna, de profundizar en este objetivo. Posteriormente, la reputación de los *ulemas* sufrió un golpe aún más duro durante el período talibán, golpe del que todavía no se ha recuperado plenamente.³¹

5. *Shuras* y *Yirgas*

Los mecanismos más utilizados en Afganistán para la solución de controversias operan a través de dos instituciones informales clave: las *yirgas* y las *shuras*.³²

"*Yirga*" es un término pastún que deriva de la palabra turca para círculo³³; se trata de asambleas locales en las que se discuten los asuntos de interés para la comunidad y a las que se somete la resolución de pleitos entre los miembros de la misma.³⁴ Las *yirgas* son más comunes en las zonas pastunes del sur y el este del país; en el resto, prevalecen las *shuras*, la versión árabe del pastún *yirga*, que se traduce por consejo; es un préstamo lingüístico del árabe al dari³⁵ utilizado en Afganistán para referirse a cualquier tipo de asamblea. El término aparece citado tres veces en el Corán, refiriéndose a asuntos de familia y al modo en que la piedad, el perdón y la discusión en común pueden ayudar a ganarse a la gente y solucionar los conflictos. Además, durante su vida, el Profeta imbuyó entre sus seguidores el valor de las asambleas como medio de resolver las cuestiones públicas, por lo que este tipo de asambleas gozan cierto respaldo religioso a la hora de dirimir conflictos entre los musulmanes.³⁶ En la práctica, los términos *shura* y *yirga* son empleados con frecuencia como sinónimos y como tales los consideraremos en este artículo.³⁷

³¹De acuerdo con la Encuesta Anual de 2013 de *Asia Foundation*, un 66% de los afganos consultados confía en los *ulemas* como intérpretes de la ley y mediadores en la resolución del conflicto. Si bien este porcentaje es significativo, parece confirmar un cierto desgaste en la ascendencia de los clérigos sobre sus conciudadanos. Citado por: KAKAR, Palwasha Lena. *Peace Brief: Engaging Afghan Religious Leaders for Women's Rights*, United States Institute of Peace Washington. Junio, 2014.

³²KUMAR SEN, Pawan y Sharma, Sudhindra *Afghanistan's Justice System*. The Asia Foundation. Febrero. 2009.

³³Los miembros de la asamblea se sientan en círculo para poner de manifiesto que actúan en un plano de igualdad. LANDINFO. Pag. 12.

³⁴BARFIELD, T. *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Judicial Institutions*. Boston University. Produced for the United States Institute for Peace, Washington. Junio. 2003. Pag. 9.

³⁵Pasto y dari son las lenguas mayoritarias en Afganistán. A pesar de que el Pasto es la lengua de los pastunes, dominadores tradicionales del país, el dari ha sido y sigue siendo la lengua de la cultura y la administración afganas.

³⁶KHAN, Hamid M. *Islamic Law, Customary Law, and Afghan Informal Justice*. United States Institute of Peace. Washington. Marzo. 2015. Pag. 7.

³⁷A pesar de que las *yirgas* se asocian principalmente con los pastunes, hay evidencias bien documentadas que muestran que también se utilizan como mecanismos de solución de controversias entre los tayikos, hazaras, uzbekos y nuristanis. Investigaciones de campo recientes indican que existen similitudes

Si bien es cierto que hay una gran variedad en cuanto a la composición y funcionamiento de estas asambleas, también lo es que tienden a funcionar de manera similar y promover valores análogos, en particular los de justicia restaurativa, reconciliación e igualdad entre los miembros masculinos de la comunidad.³⁸ Estos puntos en común son la evidencia de una larga historia en la que este tipo de asambleas fueron órganos consultivos importantes para las comunidades. Pero esta evidencia no debe llevarnos a pensar que todas las *shuras* existente actualmente en Afganistán son órganos con una gran tradición, prácticamente atemporales, como gustan de considerarlas sus propios miembros. La evidencia demuestra que muchas de ellas han aparecido en las últimas décadas, en muchos casos al amparo de la intervención internacional,³⁹ o han surgido espontáneamente ante la evidencia de que los fondos internacionales de ayuda al desarrollo tenían más probabilidades de ir a parar a comunidades que contaran con un "consejo representativo", frente a aquellas menos organizadas políticamente, surgiendo así un incentivo externo para establecer tales asambleas. En los últimos años, podemos decir que todos los actores internacionales han promovido directa o indirectamente el desarrollo de este tipo de organizaciones, por la ventaja que suponen a la hora de relacionarse con las comunidades locales. El caso es que, sea cual sea su origen histórico, es evidente que *shuras* y *yirgas*, como órganos de representación investidos de autoridad para la toma de decisiones sobre litigios y cuestiones políticas, se han convertido en un elemento firmemente arraigado en la forma en la que la mayoría de los afganos percibe la política local y los procesos de resolución de conflictos.

Al menos en teoría, este tipo de asambleas introducen un cierto grado de igualdad, ausente por ejemplo en los sistemas tribales de Oriente Medio. En teoría, todos los miembros de la comunidad tienen derecho a participar y opinar en sus sesiones, aunque unos tengan más poder que otros. En la práctica, las cosas no son tan claras; es normal que un miembro joven de la comunidad tenga que recurrir a un anciano de su familia para que le represente y sólo en algunas zonas del país, en el norte y en las tierras altas centrales, las mujeres están autorizadas a participar.⁴⁰ E, incluso en estos casos, es evidente que las posibilidades de participación de la mujer están muy limitadas.⁴¹

sorprendentes entre la *yirga* pastún tradicional y la *shura* de otros grupos étnicos. [...] Entre los tayikos, hazaras y uzbekos, los consejos locales llamados *shura* operan como mecanismos informales de resolución de conflictos, gestión de recursos e infraestructuras públicas y apoyo a la mezquita local. Center for Policy and Human Development Kabul University. *Afghanistan Human Development Report 2007*. Kabul. 2007. Pág. 91-92.

³⁸ SENIER. 2006. Pág 2

³⁹ JOHNSON, Chris y JOLYON, Leslie, *Afghanistan: The Mirage of Peace*. London: Zed Books, 2008. Citado por COBURN, Noah. *Informal justice and the international community in Afghanistan*. United States Institute of Peace. Washington. 2013. Pág. 14.

⁴⁰ COBURN. 2013. Pág. 16.

⁴¹ Para un análisis sobre los problemas de acceso de las mujeres afganas a los sistemas de justicia informal: LUCCARO, T y GASTON E. *Peaceworks. Women's Access to Justice in Afghanistan: Individual versus Community Barriers to Justice*. United States Institute of Peace. Washington. Julio 2014. Pág. 23 y ss. SINHA hace una serie de recomendaciones para mejorar esta situación en: SINHA, S. *Peace Brief: Traditional Dispute Resolution and Afghanistan's Women* United States Institute of Peace. Washington. Diciembre. 2011

II. EL SISTEMA JURÍDICO AFGANO A LO LARGO DE LA HISTORIA

Cualquier intento de revisar la relación entre justicia formal e informal en Afganistán tiene que comenzar por comprender el surgimiento y evolución de este estado y cómo los valores e instituciones mencionados anteriormente se han ido combinando a lo largo del tiempo y en función de la situación política de cada momento.

El mito nacionalista supone que Afganistán nace como estado con la proclamación del primer rey afgano en 1747. La realidad es que el proceso de creación del estado afgano, incluyendo el sistema de justicia, ha sido mucho más lento. Y en este proceso es importante tener en cuenta la estructura tribal del país, la supremacía de una confederación tribal (los pastunes) y la asimilación de la identidad nacional afgana con el Islam.⁴² El proceso de construcción de una estructura estatal real comenzó en la década de 1830 con el emir Dost Mohamed; este proceso caracterizará la historia de Afganistán durante los siguientes cien años, en los que una minoría urbana, encabezada por los sucesivos emires, tratará de centralizar y modernizar el país, luchando contra la oposición de tribus y clérigos, principalmente. En este proceso de consolidación del Estado, los sucesivos emires prestaron especial atención a la creación de un sistema judicial centralizado, regulado por un único código legal.⁴³ En este proceso colisionaron tanto con las tribus, que pretendía mantener los sistemas tradicionales de administración de justicia,⁴⁴ como de los clérigos, que lucharon por evitar que el estado les privara de sus prerrogativas en este campo. En un primer momento, la implantación de la *Sharía* como código legal único, obedeció al intento de unificar el derecho aplicable y someter su aplicación a la autoridad del Estado.⁴⁵ Así, bajo el impulso de los emires, la *Sharía* se convirtió en la ley suprema del país, sustituyendo a las normas consuetudinarias que hasta entonces habían aplicado los tribunales⁴⁶ y se consiguió que "Como consecuencia de estas leyes, los habitantes de Afganistán comenzaron a aprender a obedecer a un monarca único y a un conjunto uniforme de leyes."⁴⁷

Tarzi resume la situación real en 1900 enumerando los tres componentes del sistema legal afgano: la *Sharía*, los edictos del emir y los diferentes códigos tribales. Según él, los decretos del emir prevalecían en los casos penales y políticos; la *Sharía* en los asuntos económicos y de familia, quedando los códigos tribales relegados a un papel residual. Ya que no parecía posible eliminar totalmente estas normas consuetudinarias, el

⁴² Sobre la estructura étnica de Afganistán y sus consecuencias sociopolíticas: RUIZ ARÉVALO. 2014. Pag. 133 y ss.

⁴³ KAKAR, Hasan. "An Analysis of the Centralization of Political Power in Afghanistan in the Reign of Amir Abdal-Rahman Khan (1880-1901)" Kabul 1977. Pag. 1.

⁴⁴ TARZI. 2006. Pag. 3.

⁴⁵ GHANI AHMADZAI. Ashraf. "Disputes in a Court of Shaira, Kunar Valley, Afghanistan, 1885-1890," *International Journal of Middle East Studies*, 15. 1983. Pag. 253.

⁴⁶ GHANI AHMADZAI. Ashraf. "Disputes in a Court of Shaira, Kunar Valley, Afghanistan, 1885-1890," *International Journal of Middle East Studies*, 15. 1983. Pag. 253.

⁴⁷ KAKAR 1979. Pag. 169.

interés del emir por establecer un sistema legal único y controlado por el estado le llevó a intentar ejercer algún tipo de control o supervisión sobre ellos.⁴⁸

El siguiente paso consistió en asegurar los poderes del emir a la hora de interpretar la ley islámica,⁴⁹ y someter a los ulemas a la autoridad del emir. El emir Amanulá (r. 1919-29) protagonizó un importante impulso reformador, que incluyó la creación de un poder judicial independiente, con un sistema judicial supervisado por el estado y totalmente codificado. El Art. 55 de la nueva constitución prohibía cualquier tipo de tribunales especiales y la intervención de instancias ajenas al poder judicial en la resolución de cualquier tipo de pleito; los mecanismos de justicia informales quedaban así formalmente abolidos.

La audacia de las reformas introducidas por el emir en éste y en otros campos acabaron por costarle el trono. Sus sucesores aprenderían la lección y serían muy cautos a la hora de extender el poder del estado a las áreas rurales bajo control de las tribus. Para tener cierto control sobre los clérigos, fundaron madrazas públicas en Kabul, en las que se formaban los futuros jueces. Los generosos salarios asignados a los ulemas garantizaban cierto grado de “fidelidad”.⁵⁰ Durante este período, hasta la aprobación de la constitución de 1964, coexistían en Afganistán dos tipos de tribunales, los que aplicaban la ley islámica y los que aplicaban la secular. Ambos sistemas competían de hecho por ganarse el favor popular. En la pugna entre derecho secular e islámico que caracteriza este periodo, tradicionalmente se ha considerado que el medio rural apoyaba las posturas conservadoras de los defensores de la *Sharía*. Cabe más bien pensar que lo que se pretendía desde las comunidades rurales era minimizar las intromisiones del estado; y el apoyo a los clérigos parecía la mejor forma de lograrlo.⁵¹

En los años 1950-60 se intentó modernizar este sistema mediante la introducción de un sistema legal similar al egipcio, muy influenciado a su vez por el francés y el turco. Fruto de este empeño es la constitución de 1964, equivalente afgano de nuestra constitución de 1812 por el salto a la modernidad que supuso. Para hacer posible este cambio, se crearon en la universidad de Kabul las facultades de Derecho Islámico y de Ciencia Política y Derecho. Los estudiantes de las madrazas sólo podían ser designados jueces tras estudiar en la primera; los egresados de la segunda, por su parte, actuaban como jueces y fiscales en los ámbitos administrativo y mercantil. Este proceso de secularización hace que podamos decir que el derecho secular acabó por convertirse en la fuente principal del derecho afgano. El Art. 69 de la constitución establecía que, sólo donde no

⁴⁸ TARZI. 2006. Pag. 7 y 8.

⁴⁹ MOHAMMAD, Sultan. *The Constitution and Laws of Afghanistan*. John Murray. Londres, 1900. Pag. 126.

⁵⁰ WARDAK, A. “Building a post-war justice system in Afghanistan”. *Crime, Law & Social Change*. N° 41. 2004. Pag. 323

⁵¹ BARFIELD. 2003. Pag. 26-27. La oposición en el medio rural se debía, en gran medida, a los cambios que el derecho positivo pretendía introducir en aspectos como la edad mínima para contraer matrimonio, limitaciones a la dote o cambios en las causas de divorcio. Los *mulás* se mostraron, en general, muy hábiles a la hora de aprovechar estos sentimientos a su favor.

existiera norma positiva aplicable, se aplicarían las disposiciones de la *Sharía*, siempre según la interpretación de la escuela *hanafita*.⁵²

A pesar de ello, diversos trabajos de campo realizados durante los años 70 demuestran la pervivencia de los sistemas de justicia informales. Esto es así porque entre los afganos se aprecia una cierta renuencia a acudir a los tribunales formales a solucionar sus pleitos privados. Los pleitos relativos a asuntos de familia (violencia doméstica, herencias, divorcios,...) tienden a resolverse *in situ*, antes de que se conviertan en un problema público; se trata de evitar que los problemas domésticos queden expuestos al escrutinio público y mostrar que el cabeza de familia, o el jefe local, son capaces de poner orden en su casa; intimidad y autoridad son los valores a proteger.⁵³ Los problemas de naturaleza pública, en cambio, se solventan en instituciones públicas, *shuras*, responsables de solucionar los pleitos que se produzcan en el seno de la comunidad. Como consecuencia de ello, en amplias zonas del país el derecho vigente no era, en la práctica, la constitución, sino el *pastunwali*, el conjunto de normas consuetudinarias que rige la vida de las tribus afganas.⁵⁴ Pese a los intentos de fortalecer el sistema formal, pronto quedó claro que la realidad social del país imponía considerar a los tribunales informales más como aliados de este sistema que como rivales.

En 1975 había 225 tribunales de primera instancia en el país, número que aumentó tras el derrocamiento de la monarquía.⁵⁵ El gobierno del presidente Daoud (1973-1978) intentó aumentar su influencia en el medio rural mediante el establecimiento de más tribunales de primera instancia. Sin embargo, la escasez de recursos económicos y de personal cualificado y la incompetencia de los funcionarios públicos hicieron que este intento acabara por generar malestar entre las comunidades locales. Los tribunales estatales quedaron pronto colapsados, lo que obligó a la creación de un nuevo conjunto de tribunales, llamados los Tribunales de Conciliación: órganos de mediación formados por ancianos que tomaban sus decisiones en las mezquitas. Su jurisdicción, voluntaria para las partes, estaba limitada a los litigios civiles y delitos menores. Parece ser que este recurso a la justicia informal fue efectivo: En Kabul, en el primer mes de funcionamiento, estos tribunales habían resuelto 52 de los 59 conflictos planteados, con lo que el proyecto piloto se amplió para crear 70 tribunales más. El objetivo declarado del Ministerio de Justicia era crear Tribunales de Conciliación a nivel nacional.⁵⁶

Este modelo de integración de los sistemas de justicia formal e informal se frustró tras el golpe militar de 1978, cuando el gobierno comunista intentó imponer un sistema de tipo soviético, totalmente ajeno tanto a la tradición afgana, como al Islam, que sería

⁵² WARDAK. 2004. Pag. 325

⁵³ RUIZ ARÉVALO. 2014. Pag. 158.

⁵⁴ TARZI. 2003. Pag. 308

⁵⁵ HASHIMZAI, Qasim y CSAPLAR, Richard C. *The Judiciary in Afghanistan*. Government Print. Press. 1975. Pag. 13-14. Citado por: JONES-PAULY y NOJUMI. 2004. Pag. 6.

⁵⁶ JONES-PAULY y NOJUMI. 2004. Pag. 6.

rechazado antes de que fuera totalmente implantado.⁵⁷ A partir de este momento, tanto los *muyahidines* como los talibán impusieron nominalmente un sistema basado en la *Sharía*; de hecho, se inicia un período de guerras civiles que llevará aparejado un debilitamiento de la estructura del estado⁵⁸ y un fortalecimiento paralelo de estructuras informales, como las tribus, que irán haciéndose cada vez más independientes, incluso a la hora de administrar justicia. Los sistemas formales de justicia, tanto los basados en la *Sharía* como los basados en el derecho positivo fueron debilitándose hasta prácticamente desaparecer.⁵⁹ De hecho, los talibán acabaron por reconocer expresamente el sistema de *shuras* y *yirgas*.⁶⁰ De acuerdo con su ideario político-religioso y para recalcar su carácter islámico, impusieron la denominación de *shura* para estas asambleas y declararon obligatoria la participación en ellas de los *mulás*.⁶¹

Pero la guerra civil produjo a la larga un debilitamiento de los sistemas de poder tradicionales en el medio rural. Por una parte, la aristocracia de los terratenientes fue sustituida por una nueva generación de comandantes militares que les arrebataron su poder. Por otra parte, la desaparición de las estructuras gubernamentales facilitó el fortalecimiento del poder de los *mulás* que, amparándose en que en el marco de una guerra santa como la que se estaba luchando los líderes religiosos debían ser obedecidos por los militares, fueron escalando cotas de poder cada vez mayores e imponiendo la *Sharía* en su versión más estricta en lugar de los códigos tribales, que fueron perdiendo vigencia.

III. NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INFORMAL EN AFGANISTÁN

1. La cuestión de la terminología

A medida que diversos actores internacionales han iniciado programas destinados a integrar los sistemas de justicia formal e informal, se ha producido un significativo incremento en la investigación de este fenómeno y ha aparecido una serie de documentos sobre cómo estos mecanismos pueden trabajar en cooperación con el Estado. Sin embargo, a pesar de estos intentos, siguen existiendo serios malentendidos sobre cómo funciona el sistema informal. Una de las razones clave por las que los intentos de la comunidad internacional por comprender el sistema de justicia informal han sido tan ineficaces es la dificultad de traducir el fenómeno en conceptos que sean reconocibles

⁵⁷ No hay evidencias sobre la supervivencia de los tribunales de conciliación durante el período comunista. El nuevo régimen estableció un sistema de asambleas locales, de distrito y provinciales, que no tenían nada en común con los sistemas de organización social preexistentes; se trataba más bien de instrumentos de control político de un sistema incompatible con cualquier manifestación política ajena al poder del estado.

⁵⁸ BARFIELD. 2003. Pag 31-32.

⁵⁹ WARDAK. 2004. Pag. 319

⁶⁰ KUMAR SEN, Pawan y Sharma, Sudhindra. *Afghanistan's Justice System*. The Asia Foundation. Febrero. 2009.

⁶¹ JONES-PAULY y NOJUMI. 2004. Pag. 7.

para quienes están familiarizados, principalmente, con los sistemas de justicia formal occidentales. Los sistemas informales se han definido como "mecanismos no estatales", "justicia tradicional", "mecanismos de resolución de conflictos de base comunitaria" o "mecanismos de resolución alternativa de conflictos." Cada uno de estos nombres es erróneo en algún sentido y, más importante aún, todos ellos reflejan diferentes aspectos de las cuestiones políticas que rodean este fenómeno.

El término "no estatal", por ejemplo, es engañoso porque en muchas ocasiones los funcionarios públicos, en particular los gobernadores, están involucrados en estas prácticas; o son las propias estructuras informales las que de alguna manera se integran en el sistema formal, como sucede en Etiopía con los tribunales Sociales *Kebele*, tribunales formales que aplican normas consuetudinarias aplicadas tradicionalmente en la resolución de litigios⁶². En el propio Afganistán, durante los años 70, el kan de los kirguises de Badajshán, por lo remoto de esta área, tenía reconocida por el estado afgano la autoridad para impartir justicia, aplicando las normas consuetudinarias de los kirguises; similar autoridad se reconocía a las asambleas locales que actuaban en Nuristán.⁶³ El término "justicia tradicional", por otra parte, tiene connotaciones de realidad estática, anclada en el pasado, que no tienen en cuenta la forma en que estos mecanismos se han adaptado a los cambios de las condiciones políticas, o cómo han interactuado con nuevas realidades, como organizaciones no gubernamentales (ONG) o fuerzas militares internacionales. El término "resolución de conflictos basada en la comunidad" ignora el hecho de que los que resuelven los conflictos no siempre pertenecen a la comunidad afectada; es frecuente que se recurra a líderes religiosos o tribales traídos de otras zonas debido a su reputación como conciliadores. También exagera el grado en que "las comunidades" son cuerpos coherentes y aislables.⁶⁴

La cuestión de la terminología a emplear no se reduce a un debate académico o semántico. La elección afecta a decisiones sobre la política a adoptar y a percepciones sobre cómo integrar este sistema en el formal, o incluso si debe intentarse hacerlo. Hay, por ejemplo, grupos de derechos humanos que se oponen a asociar la palabra "justicia" con estos mecanismos, con el argumento de que la única forma en la que se puede contribuir a la protección de los derechos individuales, es a través del apoyo al sistema formal. Esto se debe a que los mecanismos informales tienden a enfatizar en sus decisiones los derechos comunitarios sobre los derechos individuales.⁶⁵

Los contratistas internacionales que reciben fondos para desarrollar estos sistemas suelen emplear el término "mecanismos de resolución alternativa de conflictos", asociándo-

⁶² RÖDER, Tilmann J. *Informal Justice Systems: Challenges and Perspectives*. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. 2009. Pag. 58.

⁶³ BARFIELD. 2003. Pag. 25.

⁶⁴ COBURN. 2013. Pag. 12.

⁶⁵ La Declaración Universal de los Derechos Humanos da prioridad claramente a los derechos individuales sobre los derechos de grupo. Este documento, los pactos, otros documentos que se han derivado de ella, y los supuestos que representan en gran medida a dar forma al enfoque por grupos de derechos internacionales. Ver "*The Universal Declaration of Human Rights*", 10 de diciembre de 1948. www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml.

los a los sistemas de arbitraje existentes en muchos ordenamientos occidentales. Sin embargo, esta asimilación pasa por alto una diferencia sustancial: mientras en occidente los sistemas alternativos suponen una herramienta secundaria que complementa el sistema formal, aquí nos encontramos con un sistema que pugna con el formal por la preponderancia; de manera bastante exitosa, por cierto. Los afganos suelen referirse al sistema en su conjunto usando el término “reconciliación” a secas. El término “justicia informal” es el preferido en este documento por ser el más “aséptico” de los posibles.⁶⁶

2. Caracterización de los Sistemas de Justicia Informal afganos

Una de las causas que ha contribuido tradicionalmente a la supervivencia de los sistemas de justicia informales, es la desconfianza que los afganos han demostrado y siguen demostrando hacia el sistema formal, al que consideran corrupto, lento e injusto, frente a los sistemas informales tradicionales, considerados como más familiares, más creíbles y menos corruptos.⁶⁷ Además, en honor a la verdad, es preciso reconocer que, aunque las decisiones de *shuras* y *yirgas* colisionaran en ocasiones con el derecho formal afgano y con los estándares internacionales de derechos humanos, lo cierto es que han sido una herramienta útil para la resolución de conflictos de una manera rápida y efectiva.⁶⁸ Parte de esta eficacia y aceptación residen en el hecho de que sus decisiones, más que el castigo y la reparación, buscan restablecer el equilibrio y la paz en la comunidad en la que se ha producido el pleito, lo cual es mucho más útil a los ojos de los interesados.⁶⁹ Pero, si los sistemas tradicionales han subsistido a lo largo del tiempo, especialmente en el ámbito rural, es sobre todo por la debilidad crónica del estado afgano, que ha sido incapaz de imponer su autoridad lejos de los principales núcleos urbanos del país. Especialmente en el sur y este del país, los tribunales formales o no existen, o son una mera fachada sin poderes reales. Estas circunstancias explican la supervivencia de los sistemas informales, a pesar del debilitamiento de las jerarquías tradicionales, cuyo

⁶⁶ GASTON, Erica. SARWARI, Akbar y STRAND, Arne. *Lessons Learned on Traditional Dispute Resolution in Afghanistan*. United States Institute of Peace. Washington. 2013. Pag. 7.

⁶⁷ “El sistema de justicia formal afgano, es considerado con frecuencia una de las instituciones más ineficaces del país. A pesar de la atención prestada por los donantes en los últimos 10 años, las instituciones judiciales siguen siendo en gran parte inaccesibles para una población aislada de la mayoría de las instituciones de gobierno por la inseguridad, la geografía y la miseria absoluta. La escasez de jueces, fiscales y abogados, la mayoría mal instruidos y pagados, limita severamente la capacidad del sector de la justicia. Problemas persistentes como la corrupción y la debilidad de las capacidades de ejecución han agravado estos problemas. El sistema de justicia formal es considerado a menudo como el último recurso“. GASTON *et al.* 2013. Pag. 3. En un plano más filosófico, BARFIELD resalta cómo la teoría Hobbesiana de la necesidad del estado es contestada en Afganistán. Según Hobbes, la ausencia del estado sólo puede llevar a la anarquía, el colapso del orden social y una lucha de todos contra todos; por ello, la principal función del estado es garantizar el orden e impedir la anarquía. De acuerdo con esta teoría, los gobernantes afganos, como tantos otros, han tendido a justificar su despotismo amparándose en que constituían la garantía del orden social y que la anarquía sería la única alternativa posible a su gobierno. Las comunidades que se gobiernan aplicando normas consuetudinarias rechazan de plano que la consecuencia necesaria de la ausencia de estado sea la anarquía; los usos sociales que rigen estas comunidades permiten que la ausencia de gobierno formal no se traduzca en anarquía. BARFIELD. 2003. Pag. 3-4.

⁶⁸ WARDAK. 2004. Pag. 320.

⁶⁹ RUIZ ARÉVALO 2014. Pag. 146-47

poder se ha visto mermado por la aparición de nuevos poderes, señores de la guerra y talibán, y por la desarticulación que las comunidades han sufrido por los movimientos de población de los últimos años

Como ya hemos visto, la *yirga* es una asamblea local o tribal, responsable de la adopción de decisiones que afectan a la comunidad y de la resolución de disputas en el seno de la misma; aplicando el derecho consuetudinario y una serie de ritos institucionalizados, los ancianos del grupo adoptan en esta asamblea decisiones que pretenden ser vinculantes para toda la comunidad. Este sistema de resolución de conflictos, con todos sus inconvenientes, ha sido tradicionalmente el único que ha funcionado de forma efectiva en amplias zonas del país; y todavía lo es en muchas zonas rurales, en las que el sistema formal o no está presente, o no goza de la confianza de los afganos.

El calificativo de informal no debe llevar a engaño sobre el carácter de este tipo de procedimientos, que están mucho más normalizados de lo que a primera vista pudiera creerse. De hecho, existe un procedimiento normalizado que, con ligeras variantes, rige el funcionamiento de estas asambleas cuando actúan como tribunales.

En primer lugar, y dado que la venganza es siempre una opción abierta a la parte ofendida, es necesario que las partes lleguen a un acuerdo y acepten la posibilidad de una solución pacífica mediante la incorporación de jueces externos. Este acuerdo puede producirse de formas diferentes: Cuando no hay un enfrentamiento abierto o amenaza de que se produzca, los propios litigantes pueden solicitar la formación de una asamblea que resuelva el problema. Si se ha producido ya un enfrentamiento, con resultado de lesiones y existe el temor a nuevos enfrentamientos, un grupo de mediadores espontáneos se acercará a las partes en disputa para proponer una tregua. Puede ocurrir también que la parte más débil busque la intervención de un aliado más poderoso que le ayude a conseguir que se haga justicia.⁷⁰ En los casos menores, cuando se trata de asuntos donde no hay animosidad, el acuerdo voluntario para aceptar la decisión de un mediador es la forma más fácil de resolver un problema. Para ello puede convocarse una *yirga* o simplemente solicitar la decisión a un par de ancianos respetados.

En cualquier caso, antes de iniciarse un procedimiento, los ancianos "reciben la autoridad" de ambas partes, lo que a menudo incluye alguna forma de garantía financiera o depósito de seguridad. Posteriormente, acometen una investigación para establecer lo ocurrido, tras lo cual toman una decisión, que puede implicar algún tipo de reembolso a la parte perjudicada, incluyendo la transferencia de tierras o dinero en causas penales. En su decisión, harán amplio uso de sus poderes de persuasión, del humor y de sentencias consideradas como clásicas, haciendo hincapié en la necesidad del perdón y la tolerancia con el fin de lograr la aceptación de su decisión. Por los mismos motivos, resulta

⁷⁰ En este caso, la tradición establece que Invocando una forma de *Nanawati*, (Obligación de dar refugio al perseguido) el solicitante sacrifique una oveja en la entrada de la casa del hombre fuerte, lo que le obliga a involucrarse en la solución de la controversia. BARFIELD. ZADRAN, Alef-Shah. *Socio-Economic and Legal-Political Processes in a Pashtun Village, Southeastern Afghanistan*. PhD dissertation, Department of Anthropology, State University of New York at Buffalo. 1977. Pag. 217.

ventajoso incluir una figura religiosa entre los mediadores, que pueda afirmar que los sacrificios o sanciones impuestos son necesarios para agradar a Dios y no a la otra parte. En los casos en que concurren lesiones graves o se discuta sobre tierras de cierto valor, los jueces pueden exigir que se les conceda un *wak*, o poder de arbitraje, porque, cuanto más complejo sea el caso, más probable es que la mediación sea insuficiente, incluso si ambas partes acuerdan someter su disputa a decisión de los mediadores. Si alguno de los litigantes no acepta finalmente la decisión de los mediadores, la fianza no se devuelve.⁷¹

Un procedimiento de esta naturaleza puede durar dos o tres días, aunque en casos complejos como los de divorcio, puede alargarse hasta dos meses.⁷² Las decisiones son transcritas de modo muy similar al empleado en el sistema formal y archivadas. En caso de desacuerdo, las partes pueden reclamar a una *shura* de nivel superior.⁷³

A diferencia de los sistemas de justicia formales, el objetivo de las *yirgas*, más que imponer una solución acorde a derecho o el castigo de los culpables, es buscar una solución que garantice la paz social, una decisión sin vencedores ni vencidos.⁷⁴ Una resolución que dé pie a posteriores venganzas, aunque sea formalmente justa, no es una buena decisión.⁷⁵ En este sentido, Coburn destaca que, si bien la comunidad internacional ha tendido a ver "la reforma del sector de justicia" como un subcomponente de la "reforma del sector de la seguridad", para los afganos la cuestión de la justicia juega un papel mucho más político. Para los afganos, la legitimidad política deriva de juicios sobre la forma "justa" en que los actores políticos se comportan y sobre su contribución a la armonía de la comunidad mediante la resolución satisfactoria de las controversias. Tanto la función de legitimación política de la resolución de controversias, como su impacto en la armonía de la comunidad, han llevado a que el sistema de justicia informal afgana haya mostrado siempre una clara preferencia por soluciones "restauradores" sobre las medidas "punitivas" que caracterizan a los sistemas de justicia formales occidentales. Especialmente en tiempos de inestabilidad, el coste social de no resolver un conflicto que afecta a los miembros de una comunidad o que involucra a varias comunidades se extiende a una población mucho más amplia que la compuesta por las partes litigantes. En este escenario, una solución restauradora conduce a menudo a compromisos que, aunque no sean perfectos, se adaptan mejor a la necesidad de estabilidad a largo plazo, mientras que el sistema de justicia formal tiende a hacer que "el ganador se lo lleve todo", dejando una sensación persistente de injusticia en el perdedor, que puede contribuir a futuros conflictos. Este énfasis en la reconciliación y la promoción de la armonía social refleja también la influencia del Islam en la percepción que los afganos tienen de la

⁷¹ BARFIELD. 2003. Pag. 10.

⁷² DEVLIN. 2014. Pag. 5.

⁷³ Sobre el funcionamiento y composición de las sucesivas instancias ver: LANDINFO. Pag. 12.

⁷⁴ Los resultados de la investigación encargada al Programa de desarrollo de las Naciones Unidas, sugiere que cuando los conflictos se dirigen a las *shuras*, lo más común es que el resultado sea la paz entre las partes del conflicto y la compensación a la víctima. WALDMAN, Matt. *Afganistán: La construcción de la paz a través de comunidades locales*. Oxfam Internacional. 2008. Pag 16

⁷⁵ RUIZ ARÉVALO. 2014. Pag. 157.

justicia. Aunque tanto la ley islámica, como los sistemas de justicia formales, incluyen también elementos punitivos.⁷⁶

Las sanciones que pueden imponer estas asambleas, si bien no están claramente reguladas y codificadas, responden a ciertos criterios homogeneizadores. Las penas impuestas en estos juicios pueden incluir el ostracismo, la obligación de pedir disculpas públicamente a la víctima y pagos en concepto de *pour* (indemnización) o *sharm* (vergüenza). Los dos últimos son tipos de sanciones pagadas a la víctima, no a la comunidad o a los jueces. En los casos de robo, el *pour* es un pago adicional realizado a la víctima, que se añade a la devolución de lo robado. Es el equivalente en efectivo o en especie de dos veces el valor de lo robado. El *sharm* es un pago a realizar por el condenado que reconoce el daño causado al honor de la víctima; tradicionalmente, ha consistido en una oveja y una cantidad de dinero. Una vez recibido el pago del *sharm*, la víctima sacrifica al animal e invita a los vecinos, al condenado y a su familia a la fiesta posterior, en la que el condenado ofrece una disculpa pública. Con ello se espera poner fin a la disputa y devolver la armonía a la comunidad.⁷⁷

En los casos de muerte o enfrentamientos entre clanes, la prioridad será conseguir un alto el fuego y evitar que se inicie el habitual ciclo de venganzas que suele seguir a delitos de esta gravedad. Conseguir el cese de hostilidades entre clanes rivales es una de las funciones principales de las *yirgas*,⁷⁸ que normalmente lo garantizan mediante una fianza económica. Durante la tregua, los ancianos deben encontrar una solución al conflicto, tratando siempre de lograr una reconciliación. Si una de las partes rompe la tregua, el caso es elevado a las autoridades gubernamentales. En estos casos, no es raro que estas autoridades decidan intervenir en la mediación, apareciendo así como la cabeza última del sistema de justicia informal.⁷⁹ Evidentemente, la reconciliación no siempre es posible y, en muchas ocasiones, alguna de las partes decide recurrir directamente a la venganza, sin que el sistema, basado en la aceptación de las partes, pueda evitarlo.

Una de las formas que puede adoptar la justicia así impartida es el *nanawate*, que significa la petición de perdón seguida de la aceptación obligatoria de una oferta de acuerdo. Esto sucede cuando la *yirga* decide que la parte culpable envíe una delegación, que entregue un cordero y harina a la familia ofendida. El cordero se sacrifica normalmente a la puerta de la casa de la familia ofendida, en cuyo interior se produce la petición de perdón que, según el código de conducta tradicional, no puede rechazarse. Se trata de un mecanismo que persigue la reintegración del culpable, en vez de su exclusión social,

⁷⁶ COBURN. Pag. 7.

⁷⁷ BARFIELD. 2003. Pag 13 y 14.

⁷⁸ SMITH, Deborah J. y LAMEY, Jay. *A Holistic Justice System for Afghanistan*. Afghanistan Research and Evaluation Unit. Policy Note Series. Diciembre 2009. Pag 2.

⁷⁹ El presidente Karzai intervino personalmente en la resolución de algunos conflictos que habían enfrentado durante años a tribus o clanes rivales en el Este del país, actuando como árbitro entre las partes y logrando imponer un acuerdo. En conflictos de menos calado, es normal que los gobernadores hagan lo propio. Estas intervenciones conciliadoras tienen un gran valor como fuente de legitimidad política. Observaciones del autor durante su estancia en Afganistán en 2013.

con lo que se consigue la reconciliación de las dos familias y se evita el inicio de los ciclos de venganzas tan frecuentes en este entorno.⁸⁰

En el código pastún, las infracciones a la moral sexual están sujetas a consecuencias muy graves, ya que este tipo de acciones se consideran crímenes contra el honor de la familia. De hecho, el reproche social por estas conductas llega a ser mayor que el correspondiente al asesinato; mientras la venganza por asesinato es “uno por uno”, en los casos de adulterio, secuestro o violación la familia de la víctima tiene derecho a matar a siete miembros de la familia del delincuente. El adulterio se castiga con la muerte de los adúlteros, si son sorprendidos *in fraganti*. En el caso de violación o si una mujer informa de que ha sido objeto de acoso sexual, el acusado puede ser asesinado. También se consideran crímenes de honor los casos de fuga (o secuestro) cuando una mujer soltera se escapa con un hombre sin el permiso de su familia.⁸¹ En estos casos se pueden tratar de regularizar la situación mediante una indemnización o *sharm* (pago de vergüenza). La familia del hombre debe también proporcionar dos mujeres en matrimonio a la familia ofendida a modo de disculpa. En los casos de secuestro de una mujer casada, la mujer y su amante pueden ser asesinados, sea por la familia del marido o por la de la mujer, ya que ambas han visto su honor ofendido.⁸²

El sistema aquí descrito, ni es estático, ni es uniforme, va evolucionando con el tiempo;⁸³ así, en los últimos años se ha introducido en muchas zonas la posibilidad de que demandante y demandado actúen representados por sus respectivos “abogados”, cosa no permitida tradicionalmente. Y varía según las zonas; la referencia al *pastunwali* no debe hacernos pensar en un código idéntico para todo el país; de hecho, cada tribu tiene sus propias normas, en las que la gradación de las penas varía sensiblemente.

Esta manera de impartir justicia es normalmente preferida por los afganos,⁸⁴ que valoran el hecho de que sea impartida por personas que les merecen respeto y que aplican códigos de conducta que entienden y aceptan como propios. Además, se trata de un sistema rápido, sin coste económico y que no exige que las partes deban leer o redactar ningún tipo de documento, lo cual es importante a la vista de las tasas de analfabetismo que aun presenta el país.

⁸⁰ WARDAK. 2004. Pag. 327.

⁸¹ En estos casos, lo normal es esperar que el padre y los hermanos los maten, por lo que la pareja se ve obligada a huir y buscar refugio (Nanawati) en otro lugar. En su libro *El halcón errante*, Jamil Ahmad relata la historia de una pareja que huye de la familia de la novia, describiendo de forma muy viva el significado y consecuencias de este tipo de “crímenes” en la sociedad pastún. Ahmad, Jamil. *El halcón errante*. Alianza Literaria (AL). Mayo 2013.

⁸² ZADRAN. 1977. Pag. 272

⁸³ SMITH. 2009. Pag 3

⁸⁴ Las encuestas disponibles estiman en más de un 80% el porcentaje de casos resueltos por los tribunales informales. BARFIELD, T; NOIUMI, N y ALEXANDER, J. *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. United States Institute of Peace. Washington 2006. Pag. 3. En el mismo sentido: WALDMAN. 2008. Pag 17.

Pero el sistema presenta sus inconvenientes, siendo el primero que puede suponer una deslegitimación del gobierno afgano, suponiendo así una amenaza a los objetivos de estabilización a largo plazo. También constituye una debilidad de este sistema su ya comentada incapacidad a la hora de imponer soluciones no aceptadas por las partes. Existen mecanismos para forzar un acuerdo, pero en última instancia, las partes pueden negarse a aceptarlo. Otro problema deriva del tipo de sanciones que pueden llegar a imponerse, contrarias en muchos casos a las leyes afganas y a los derechos humanos.⁸⁵ Así, en los casos de asesinato, será normal que la decisión aplicada sea el *badal* (Venganza) o la entrega de jóvenes en matrimonio; aunque todo parece indicar que estas prácticas son aplicadas en cada vez menos ocasiones, hay evidencias claras de que siguen aplicándose, a pesar de ser contrarias a las propias leyes afganas.

Tampoco se puede pasar por alto que las *yirgas* están integradas exclusivamente por los hombres más poderosos de cada comunidad. Las mujeres no forman parte de las *yirgas*, lo que facilita que sus derechos fundamentales sean a menudo ignorados. Y existe un considerable desequilibrio entre los poderosos (terratenientes y señores con milicias armadas) y los campesinos sin tierra, desequilibrio que tiende a subvertir los principios de equidad en los que el sistema basa su legitimidad popular. Por último, el sistema se ve incapaz de resolver problemas de cierta envergadura, especialmente cuando afectan a varias comunidades; si éstas pertenecen a distintas etnias, el problema es aún mayor.

3. La Justicia Talibán

Para complicar aún más el panorama justicia, en muchas partes del país, además de los mecanismos formales supervisados por el Estado y los mecanismos informales tradicionales, los talibán han establecido sus propios mecanismos de justicia que compiten con ambos. Aunque la investigación sobre el sistema de justicia talibán ha sido muy limitada, la mayoría de los informes sugieren que generalmente se presenta en dos formas: la primera la encarnan *mulás* educados en Paquistán y respaldados por los comandantes talibán, que a menudo viajan de ciudad en ciudad. La segunda forma la constituyen asambleas locales de ancianos que, en las zonas controladas por los talibán, continúan siendo responsables de la toma de decisiones igual que lo venían haciendo, pero ahora bajo la supervisión de los jefes locales talibán. El primero de los casos implica normalmente la aplicación del modelo *wahabí* de jurisprudencia islámica, mucho más estricto que el de la escuela *hanafi*, corriente que ha predominado históricamente en Afganistán.⁸⁶ En ambos casos, estos tribunales aplican una versión extrema de la *Sharía* para resolver las disputas y se basan en el poder de los jefes talibán locales para hacer cumplir sus decisiones.

Los tribunales los constituyen a menudo “jueces volantes” que visitan brevemente un área, bajo el auspicio del correspondiente gobernador “en la sombra”; es decir, del res-

⁸⁵ GASTON *et al.* 2013. Pag. 6.

⁸⁶ La adscripción de los talibán a la escuela *wahabí* se suele asociar a su vinculación con *Al Qaida*, pero lo cierto es que en sus decisiones suelen apelar a textos de la escuela *hanafi*, aunque interpretados de una manera particularmente rigorista y brutal.

ponsable político de los talibán en la provincia. En algunas áreas este sistema de gobierno en la sombra es más fuerte que las instituciones del Estado afgano. En las zonas donde la influencia de los talibán es menos clara, los ancianos locales han establecido tratados formales con los comandantes locales de los talibán, en los que se comprometen a no apoyar al gobierno de Kabul, a cambio de conservar la autonomía de la comunidad en la gestión de asuntos locales. En estos casos puede esperarse que los ancianos locales utilicen las interpretaciones más estrictas de la *Sharía*, en particular cuando abordan los casos de familia, aunque conservan cierta libertad para resolver los conflictos como mejor les parezca.

Al igual que sucede con otros tribunales informales, la justicia talibán no puede ser considerada como completamente aislada de otras formas de solución de disputas. Uno de los factores que hacen más efectivos a los mecanismos empleados por los talibán es que tienden a basarse en una mayor familiaridad con las estructuras políticas locales que los mecanismos estatales formales. En la provincia sureña de Helmand se han documentado casos en los que los talibán han llegado a colaborar con el Departamento de Titulación de Tierras para resolver algunas disputas; a pesar de su lucha encarnizada contra el gobierno afgano, en ocasiones los talibán han encontrado ventajoso colaborar con la administración gubernamental, dentro de su táctica de desafiar al gobierno demostrando que son una administración más eficaz, incluso a la hora de resolver controversias.⁸⁷

A pesar de la frecuencia con la que en ciertas zonas son los talibán los que administran justicia, Ladbury argumenta que las comunidades no están optando por utilizar el sistema talibán, sino que se están viendo forzadas a hacerlo en las zonas donde son más fuertes.⁸⁸ Por otro lado, la capacidad manifiesta de los talibán a la hora de hacer cumplir las decisiones adoptadas por sus tribunales puede explicar que la gente los elija voluntariamente. El hecho de que los talibán hayan sido capaces de establecer mecanismos de resolución de conflictos que son eficaces en ciertos niveles, es uno de los factores que ha llevado a la comunidad internacional a analizar con mayor detenimiento tanto las carencias del sistema formal, como las posibilidades del informal.

IV. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS FORMAL E INFORMAL

El sistema de justicia informal ha convivido siempre con el formal; y lo sigue haciendo.⁸⁹ De hecho, en muchos casos, la ley afgana permite a los litigantes optar por resolver un caso a través de la "reconciliación", lo que permite a los jueces derivar muchos casos a los ancianos, para que sean ellos los que los resuelvan de acuerdo con los sistemas informales. De la misma forma que en algunos casos las *yirgas* deciden derivar

⁸⁷ LADBURY, Sarah y SMITH, Deborah. *Helmand justice mapping study: final report*. Coffey International Development, 2010. Pag. 13.

⁸⁸ LADBURY. 2010. Pag. 28.

⁸⁹ SMITH. 2009. Pag 3

casos a los tribunales formales, éstos pueden hacer lo propio con las *yirgas*. Paradójicamente, el primer caso parece ser menos frecuente que el segundo, ya que los “jueces” informales se muestran muy reacios a remitir casos a la justicia formal.⁹⁰

En los estudios de campo realizados por Devlin, se evidencia una diferenciación entre "faltas contra el hombre" y "faltas contra Dios", también descritas como causas "civiles" y "criminales": las primeras quedan dentro del dominio del sistema de justicia informal, mientras que los segundos son responsabilidad de los tribunales formales, responsables de aplicar la ley basada en la *Sharía*. El mismo Devlin reconoce opiniones discrepantes en este campo, con lo que no se aventura a confirmar que esta división de responsabilidades sea efectiva.⁹¹ Sí es cierto que las disputas sobre la propiedad de la tierra constituyen los casos más frecuentemente tratados por los tribunales informales.⁹² También parece que hay una cierta especialización en el seno de las comunidades, de forma que asuntos referidos al derecho de familia son normalmente solventados por los *mulás*, mientras los casos penales son puestos normalmente en manos de los ancianos.⁹³

Otro factor que tradicionalmente se ha mostrado muy relevante a la hora de atribuir determinados tipos de pleitos a los sistemas informales, es el de la importancia que para la cohesión social del grupo tienen los asuntos que dirimen. Así, los pleitos en los que se diriman asuntos relativos al reparto del agua o al uso de pastos comunales, serán tratados preferentemente en el seno del grupo, muy interesado en buscar una solución que sea satisfactoria no solo para los litigantes, sino para el conjunto de la comunidad.⁹⁴

Los analistas del derecho islámico concluyen que el sistema de justicia formal es más adecuado para juzgar asuntos penales, mientras el sistema informal es más adecuado para tratar asuntos civiles, utilizando la doctrina del *huquq Allah* o "derechos de Dios" (derechos colectivos) y *huquq al-'ibad*, o "derechos del hombre" (derechos individuales) para justificar y racionalizar la persistencia de estas esferas separadas de autoridad.⁹⁵ *Huquq Allah* no se refiere en realidad a los derechos de Dios, sino simplemente los intereses que sirven al bienestar público, tales como el orden y la seguridad, mientras *huquq al-'ibad* se entiende como un derecho puramente privado, que corresponde al individuo como consecuencia de su relación con otros individuos y tiene que ver con una serie de expectativas individuales, como por ejemplo, la posesión exclusiva de ciertos bienes.⁹⁶ Así, el discurso jurídico del *huquq al-'ibad* y el *huquq Allah* permite dar cierta luz a la división de competencias entre los sistemas de justicia formales e informales. Contrariamente a la percepción común de que el sistema estatal de justicia formal compete con el informal, los sistemas pueden apoyarse mutuamente. Permite también justifi-

⁹⁰ DEVLIN. 2014. Pag 9

⁹¹ DEVLIN. 2014. Pag 6

⁹² COBURN, Noah. *The Politics of Dispute Resolution and Continued Instability in Afghanistan*. United States Institute of Peace. Washington. 2011. PAG. 4.

⁹³ COBURN. 2011. Pag 7 y SMITH. 2009. Pag 3

⁹⁴ COBURN. 2011. Pag 16

⁹⁵ COBURN. 2011. Pag 7

⁹⁶ EMON. "Huquq Allah and Huquq al-'Ibad: A Legal Heuristic for a Natural Rights Regime," *Islamic Law and Society*. N°. 3. 2006.

car que, una vez que un caso ha sido asumido por una de las dos instancias, se considera fuera del ámbito de competencias del otro, que no debe interferir en su sustanciación.⁹⁷

En cualquier caso, a pesar de las presiones que puedan existir al respecto, en última instancia es el acuerdo de las partes lo que somete un litigio a la decisión de la *yirga*, lo cual implica que, cuando se considera someter un caso a la decisión de órganos informales, son necesarias una serie de discusiones previas en las que se define quién va a ver el caso, cómo se va a desarrollar y en qué medida la decisión es vinculante para las partes. Dada la falta de mecanismos coercitivos a la hora de imponer la decisión, es muy importante la selección de los componentes de la *yirga*, ya que la efectividad de sus decisiones dependerá en gran parte de la ascendencia moral de sus componentes sobre los litigantes.⁹⁸ La inclusión de comandantes poderosos conduce a resultados similares, por el riesgo que puede suponer desoír sus decisiones.

En el análisis de estos procesos hay cierta tendencia a traducir directamente las técnicas de resolución como "mediación" y "arbitraje". Si bien el procedimiento aquí descrito contiene elementos de la mediación y el arbitraje, puede diferir en varios aspectos importantes, como el período de negociación y discusión por los participantes en el que se decide la autoridad que se otorga a la *yirga* o *shura*. Otra diferencia, presente sobre todo en las zonas pastunes, es la posibilidad de negociar la decisión adoptada por la asamblea, si una de las parte la considera injusta; el énfasis que el sistema otorga a la paz social, abre esta posibilidad de discusión de la decisión arbitral, ajena al concepto de arbitraje extendido en Occidente. En estos casos, es habitual que la *yirga* retenga la *machalga*, o fianza depositada por las partes, utilizada como mecanismo de presión para que estas aceptan su decisión.⁹⁹ Esta presión económica se combina normalmente con otra presión de tipo social, cuyo exponente más evidente es el *kabargen* u ostracismo al que se ve condenado quien no acepta una decisión de la asamblea comunal.¹⁰⁰

V. LA REFORMA DEL ESTADO DE DERECHO TRAS LA CAÍDA DE LOS TALIBÁN

Este es el escenario al que se enfrentaban los participantes en la conferencia de Bonn, responsables de diseñar el Afganistán que debía surgir tras la caída de los talibán. Desde un punto de vista conceptual, el punto de partida era claro: el estado debía recuperar el monopolio de la administración de justicia, como parte sustancial de su responsabilidad a la hora de garantizar el orden y la seguridad de sus ciudadanos, uno de los fundamentos del propio estado.¹⁰¹ Esta premisa implicaba la restauración de un sistema judicial formal, que aplicara un código de leyes uniforme para todo el país. Los sistemas de jus-

⁹⁷ KHAN. 2015. Pag 8

⁹⁸ BARFIELD. 2003. Pag. 12.

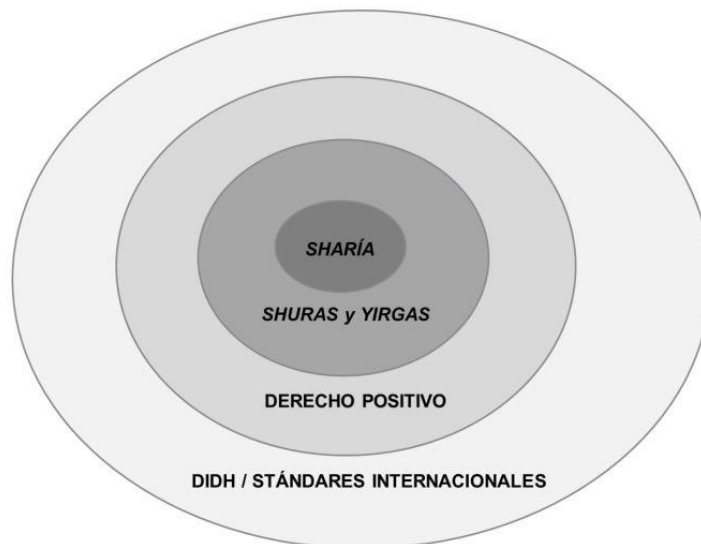
⁹⁹ Este sistema tiene a veces consecuencias perversas, ya que favorece que la *yirga* adopte decisiones que sabe que las partes no aceptarán, para sí repartirse esta fianza entre sus miembros.

¹⁰⁰ COBURN. 2013. Pag. 17.

¹⁰¹ SENIER. 2006. Pag 1

ticia informales que, mal que bien, habían impartido justicia durante las últimas décadas, debían eliminarse y sustituirse por tribunales profesionales.

El Acuerdo de Bon declaraba el propósito de “reconstruir el sistema judicial de acuerdo con los principios del Islam, los estándares internacionales, el imperio de la ley y las tradiciones legales afganas”¹⁰² De acuerdo con esa idea de “reconstrucción”, una de las primeras decisiones adoptada por la Administración Interina establecida en diciembre de 2001 fue reinstaurar, de modo provisional, la Constitución de 1964 y las leyes de ella derivadas, haciendo hincapié en la necesidad de incorporar el concepto internacionalmente reconocido de derechos humanos en todos los ámbitos judiciales.¹⁰³ En 2001, puede decirse que no existía en Afganistán un sistema judicial formal,¹⁰⁴ lo que abonaba la idea de que la mejor solución era “resucitar” el sistema diseñado por la Constitución de 1964, vigente hasta el golpe de estado comunista de 1978. Paralelamente, se establecía la creación de una comisión judicial independiente, integrada por juristas de prestigio, responsable de la reforma del sistema judicial, o más bien, de la creación de un sistema judicial *ex novo*.



Posición relativa de las dimensiones clave del sistema de justicia post-talibán. Adaptado por el autor de Wardak. 2004.

Es evidente que la tarea de implantar un sistema judicial efectivo era compleja y multidimensional. Afganistán necesitaba un sistema que integrara los tres componentes tradicionales de la justicia afgana (*Sharía*, costumbre y ley formal) y los hiciera compatibles

¹⁰² El problema consistiría en identificar la versión de la *Sharía* que pudiera satisfacer estas necesidades. WARDAK. 2004. Pag. 326

¹⁰³ Decreto de Establecimiento de la Comisión Judicial de Afganistán, 2002

¹⁰⁴ El panorama de la justicia era devastador: edificios destruidos, falta casi absoluta de registros, ausencia de jueces, fiscales y abogados formados,... Además, había una total desconexión entre los sistemas judicial, policial y penitenciario, exacerbado por el hecho de que la policía estaba dominada por la Alianza del Norte; o lo que es lo mismo, por los no-pastunes, más fieles a sus propias facciones de origen que a la Autoridad provisional establecida por el Acuerdo de Bon.

con los estándares internacionales, particularmente en el campo de los derechos humanos. Como queda reflejado en la figura, la *Sharía* representa el corazón del sistema de justicia, e incluso diríamos del orden social.¹⁰⁵ Para hacer posible el encaje de esta normativa religiosa con las necesidades del Siglo XXI se hizo necesario establecer un Consejo de Ulemas que reuniera a los más prestigiosos clérigos y eruditos, asesorados por expertos juristas afganos e internacionales. Los decretos de este consejo deberían asegurar una interpretación moderada y acorde con la tradición afgana de la *Sharía*.

Según la constitución actual, la *Sharía* sigue inspirando el derecho afgano en su conjunto.¹⁰⁶ De acuerdo con la doctrina clásica, los distintos cuerpos legales aprobados por el parlamento, no son sino el medio para adaptar los preceptos de la *Sharía* a las necesidades cotidianas. Según esta ficción, los tribunales formales, aunque apliquen códigos legales aprobados por el parlamento, formalmente son tribunales islámicos. Este sistema, basado formalmente en los principios islámicos, es generalmente reconocido como legítimo por los afganos, pero no goza de plena confianza, porque se tiene la creencia de que los tribunales formales se alejan del derecho islámico cuando aplican la ley. Además, se considera que los empleados del sistema judicial son corruptos y trabajan sólo en su propio beneficio. Los responsables de la administración de justicia, por su parte, resaltan los desafíos que implica la aplicación de la ley islámica a los problemas actuales y su falta de flexibilidad, que obliga a los tribunales a aplicar leyes nacionales acordes con las necesidades de los tiempos; leyes que se califican como islámicas, pero no son estrictamente la *Sharía*. La realidad es que, en el proceso de elaboración de normas, pesan más los criterios políticos que la adecuación a la *Sharía*, por más que se insista en el carácter islámico de las normas.¹⁰⁷

Como ya hemos tenido ocasión de resaltar, el derecho formal aprobado a lo largo de los últimos dos siglos, ha tenido que convivir, o competir, tanto con la versión popular de la *Sharía*, entendida y asumida con naturalidad por los afganos, como con el derecho consuetudinario, representado por el *pastunwali*, aplicado a través de las *yirgas*. El Acuerdo de Bon aconsejaba a la Comisión Judicial y a la ONU diseñar un sistema judicial acorde, entre otras cosas, con las “tradiciones legales afganas”. Esta formulación, muy ambigua, fue posteriormente concretada por UNAMA: “La cuestión de las tradiciones legales afganas se refiere a las costumbres, valores y sentido de la justicia aceptado y respetado por el pueblo de Afganistán. Justicia, en el fondo, es lo que la comunidad en conjunto acepta como justo y satisfactorio,... no lo que los gobernantes consideran que debe ser.”¹⁰⁸

Por último, la creciente integración de Afganistán en el orden internacional obligaba a acomodar su sistema legal a los estándares internacionales, particularmente en el campo

¹⁰⁵ El término *Sharía* debe interpretarse como la versión no sectaria que constituye el núcleo de las creencias de la mayoría de los afganos y ha conformado su orden social y político

¹⁰⁶ En su artículo 3, la constitución vigente establece que: "Ninguna ley estatal puede contravenir los principios y provisiones de la santa religión del Islam en Afganistán".

¹⁰⁷ DEVLIN. 2014. Pag. 8.

¹⁰⁸ WARDAK. 2004. Pag 233.

de los derechos humanos.¹⁰⁹ Armonizar el sistema tradicional afgano con las exigencias del derecho internacional es una tarea compleja que se relaciona con el denominado “choque de civilizaciones” y las tensiones entre el universalismo y el relativismo de los derechos humanos.¹¹⁰ El consejo de ulemas estaba llamado a jugar un papel crucial a la hora de encontrar el equilibrio entre ambos, convirtiéndose así en una figura clave en el desarrollo del Afganistán post-talibán. Particularmente importante era su papel a la hora de encontrar una definición de los derechos humanos aceptable desde la perspectiva de la tradición afgana. Por desgracia, lo cierto es que el consejo de ulemas ha estado siempre muy lejos de las expectativas depositadas en él; incompetencia y falta de perspectiva le han impedido jugar un papel positivo en el desarrollo del nuevo sistema judicial.¹¹¹

La integración de los diferentes estratos legales debía haber sido uno de los retos del nuevo estado; sin embargo, siguiendo el ejemplo de los reyes afganos y del régimen comunista, en los primeros años de la posguerra se trató de liquidar el sistema tradicional de resolución de disputas y sustituirlo por un sistema judicial formal. La necesidad de fortalecer al gobierno de Kabul, unida a la evidencia de que en muchas zonas del país eran los talibán u otros grupos armados los que impartían de hecho este tipo de justicia, aconsejaron optar por esta vía.¹¹² A la larga, esta opción, contraria a las recomendaciones de UNAMA, resultaría irrealizable, por falta de capacidad del sistema formal, y contraproducente, por prescindir de un sistema aceptado y eficiente, como el tiempo pondría de manifiesto.

La estrategia para la reconstrucción del sistema judicial estaba diseñada en la Estrategia para el Desarrollo Nacional de Afganistán (*Afghanistan National Development Strategy*), la Estrategia Nacional para el Sector de la Justicia y el Programa Nacional de Justicia principalmente. Los objetivos marcados, que debían haberse alcanzado en 2010, incluían, entre otras cosas, la aprobación de códigos civil, penal y mercantil; la rehabilitación de la infraestructura física y el establecimiento de instituciones judiciales plenamente operativas en todo el país.

La aplicación de esta estrategia ha presentado más dificultades de las esperadas, por lo que sus resultados han estado lejos de las expectativas depositadas en ella. Entre los

¹⁰⁹ En su artículo 7, la constitución vigente establece que: "El Estado debe observar la Carta de las Naciones Unidas, los acuerdos ínter-estatales, así como los tratados internacionales suscritos por Afganistán y la Declaración Universal de Derechos Humanos..."

¹¹⁰ Para un análisis sobre las tensiones que se plantean a la comunidad internacional en Afganistán a la hora de compaginar el respeto a los rasgos culturales propios de los afganos con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos: RUIZ ARÉVALO. "Género, Derechos Humanos y Conciencia Intercultural. El Ejemplo de Afganistán". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Num. 13. Diciembre 2015.

¹¹¹ WARDAK, A. "State and Non-State Justice Systems in Afghanistan: The Need for Synergy". *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol 32/5. 2011. Pag. 1306.

¹¹² Karzai, obviamente, apoyaba esta opción, alegando que "En los países donde no existen instituciones fuertes, en las que el conflicto está aún latente, se necesitan sistemas centralizados, no muchos centros de poder." *Karzai Seeks Quick Accord on Afghan Constitution*, China Daily, Dec. 12, 2003. Citado por WANG, Carol. 2014.. "Rule of Law in Afghanistan: Enabling a Constitutional Framework for Local Accountability". *Harvard International Law Journal*. Volume 55, N° 1, Invierno 2014.. Pag. 221.

aspectos positivos, cabe destacar el notable esfuerzo realizado en el plano legislativo; también se han hecho avances notables en la formación de jueces, fiscales y abogados y en la construcción de infraestructuras físicas. En un plano más práctico, se han puesto en práctica medidas tendentes a facilitar el acceso a la justicia y la coordinación entre los organismos implicados en este campo. Pero, a pesar de ello, el sistema judicial afgano está muy lejos de haber conseguido el objetivo de impartir justicia de modo efectivo en todo el país. Ello se debe a problemas que tienden a hacerse crónicos: inseguridad, corrupción, incompetencia, falta de infraestructuras adecuadas y, consecuencia de todo ello, falta de confianza por parte de los afganos. Otro problema que ha debido encarar el sector es el de la falta de fondos; hasta hace muy poco tiempo, la prioridad era la lucha contra *Al Qaida* y los talibán, lo que dejaba pocos fondos para el resto de programas. Esta falta de fondos ha afectado sobre todo a los programas de formación y de adecuación de infraestructuras. Pero más allá de la falta de fondos, son la inseguridad, la falta de voluntad política y la corrupción los que verdaderamente han lastrado el sistema. La inseguridad ha hecho difícil extender la red de tribunales a todo el territorio del país; resulta difícil que los tribunales funcionen con normalidad en lugares en los que los jueces están amenazados y quienes se acercan a los tribunales pueden verse sometidos a represalias. La corrupción, consecuencia y fuente de la falta de voluntad política, ha alejado a los afganos de la justicia formal, de la que tienden a desconfiar, haciendo así inútiles muchos de los esfuerzos realizados en su desarrollo.¹¹³

Otro que posiblemente ayuda a explicar el escaso éxito obtenido en la reforma del sector de la justicia, es la poca implicación de los afganos en unas reformas diseñadas e impulsadas por actores internacionales poco o nada preocupados por las tradiciones legales y los intereses reales de aquellos a quienes el sistema estaba llamado a servir. Esta realidad ayuda a explicar la pervivencia de los sistemas de justicia informal como alternativa a un modelo que muchos afganos consideran impuesto desde el exterior.

VI. NECESIDAD DE UN MODELO HÍBRIDO

La Justicia en Afganistán está intrínsecamente ligada a la forma en que se usa y abusa del poder político. Son muchos los estudios que han establecido una clara relación entre la falta de justicia, la corrupción y el apoyo a la insurgencia,¹¹⁴ lo que ha planteado la necesidad de abordar urgentemente la implantación de un estado de derecho efectivo como requisito previo a cualquier éxito duradero en la lucha contra la insurgencia y por

¹¹³ WANG, Carol. 2014. "Rule of Law in Afghanistan: Enabling a Constitutional Framework for Local Accountability". *Harvard International Law Journal*. Volume 55, Nº 1, Invierno 2014. Pag. 44. En la misma línea. US Army Center For Law and Military Operations. *Rule of Law Handbook: A Practitioner's Guide for Judge Advocates* 5. Virginia (EEUU). 2011.

¹¹⁴ Para un análisis más profundo sobre los efectos de la corrupción en los procesos de estabilización. RUIZ ARÉVALO, JAVIER. *La Corrupción como Amenaza para la Estabilización Post-Conflicto. Lecciones Aprendidas en Afganistán*. Documento de Opinión. Revista Española de Estudios Estratégicos. 92/2015. Agosto 2015.

la estabilización de Afganistán.¹¹⁵ Esta realidad ha llevado a la comunidad internacional a preocuparse más seriamente de la reforma del sector de la justicia, entrelazando esta reforma con la estrategia más amplia de contrainsurgencia y estabilización que se estaba abordando en Afganistán. Como era de prever, la urgencia por solucionar esta situación ha conducido inevitablemente a la búsqueda de soluciones rápidas.

A pesar de los millones gastados por la comunidad internacional en los últimos años en la mejora del sector de la justicia formal, que la gran mayoría de los afganos siga prefiriendo los mecanismos de justicia informal plantea serias dudas acerca de la efectividad de estos programas. El hecho de que el esfuerzo internacional se haya centrado en fortalecer a las instituciones del estado y en la promulgación de leyes, parece estar en el origen de este fracaso. Un enfoque basado en la construcción de la justicia “desde abajo”, aprovechando la legitimidad que otorgan las propias comunidades, parece ser mucho más efectiva.¹¹⁶

Tanto la constitución como las instituciones judiciales desarrolladas a su amparo, han sido incapaces de integrar en el sistema formal las instituciones de justicia informal, criticadas por su supuesta parcialidad, sin reconocer su posible valor como herramienta para la solución de conflictos en aspectos como la propiedad de la tierra y otros conflictos de larga duración y con gran impacto en la vida de las comunidades.¹¹⁷ Sólo la necesidad cada vez más imperiosa de un éxito en Afganistán, ha forzado a la comunidad internacional a hacer uso de los mecanismos de justicia informal para reforzar o complementar al sistema formal, tratando de apoyar los tribunales informales ya existentes o de crear otros nuevos. La pervivencia y la aparente eficacia de los mecanismos de justicia tradicionales han acabado por atraer la atención internacional, que ha comenzado a financiar proyectos para su desarrollo e integración en el sistema formal. El enfoque ha variado desde proyectos de pequeña escala llevados a cabo a nivel local a intervenciones multimillonarias abordadas por grandes contratistas internacionales que incluyen la formación de mediadores y el pago de su salarios.¹¹⁸

Desde una perspectiva menos pragmática y más doctrinal, autores como Röder sostienen que los sistemas de justicia informal deben considerarse como parte integrante del sistema de gobernanza de un estado, en la medida que suponen un paso adelante a la hora de garantizar el acceso a la justicia en poblaciones que, de otro modo, no encontrarían modo de hacer valer sus derechos en zonas en las que la justicia formal o no existe, o no es “de fiar”.¹¹⁹

¹¹⁵KUOVO, Sari. *State-Building and Rule of Law: Lessons from Afghanistan?* NATO Defense College. Roma. 2009. Pag. 7. En el mismo sentido: HOLDREN, Richard J. NOWAK Stephen F. y KLINKENBERGER, Fred J. Jr. “Dealing with Corruption. Hard Lessons Learned in Afghanistan”. *JFQ* 75, 4th Quarter 2014. Pag. 143 y 144.

¹¹⁶ SENIER. 2006. Pag 2

¹¹⁷ KUOVO. 2009. Pag. 51.

¹¹⁸ COBURN. 2013. Pag. 7-11.

¹¹⁹ RÖDER. 2009. Pag. 58.

A pesar de todas las críticas que puedan hacerse a los tribunales informales y de las dudas, más que razonables, que suscitan los mecanismos de justicia informal, no es menos cierto que para muchos afganos esta es la única forma de justicia disponible; y en muchos casos la preferida cuando hay otras opciones disponibles.¹²⁰ Incluso en las zonas donde el sistema formal de justicia está activo, su actuación no se traduce necesariamente en decisiones más justas, en una mayor protección de los derechos, ni siquiera en una mayor coherencia con la ley formal afgana. Dada la importancia de estos mecanismos, es difícil mejorar de manera significativa el acceso a la justicia y garantizar un cierto cumplimiento de la ley sin comprometer en cierta medida al sector de la justicia informal.

La creciente atención que están ganando los sistemas de justicia informales se debe también al hecho de que la implantación de sistemas judiciales de estilo occidental a sociedades post-conflicto como la afgana cada vez está más en entredicho porque no parece dar los frutos deseados. Después de dos décadas de esfuerzos e inversiones enormes, no parece que se hayan conseguido resultados decisivos; en parte porque los tribunales formales de nueva creación y las leyes que aplican no son necesariamente aceptados por la población local. Especialmente en las zonas rurales más conservadoras, la brecha entre los sistemas de justicia formal e informal se muestra enorme y la evidencia demuestra que, aunque se establezcan tribunales formales, las disputas siguen ventiliándose a través de sistemas informales. A la vista de ello y ante la aparente inutilidad de los esfuerzos acometidos, las líneas de acción más recientes no se vuelcan en la eliminación de los sistemas informales, sino en el fortalecimiento y la reforma de las instituciones tradicionales existentes y su vinculación con las instituciones del Estado.¹²¹ Un concepto de estado de derecho centrado exclusivamente en las instituciones estatales encuentra cada vez menos apoyo, mientras que las instituciones de justicia informales son cada vez más reconocidas como equivalentes funcionales de los tribunales estatales.¹²² Como señala Brian Tamanaha, “a pesar de los sistemas de justicia no estatales no cumplen con los requisitos del Estado de Derecho, pueden y cumplen de hecho funciones correspondientes al estado derecho, en la medida en la que contribuyen a que la conducta de los ciudadanos esté sometida a algún tipo de normas.” Complementan - y a menudo incluso sustituyen - la infraestructura estatal de resolución de conflictos, contribuyen al restablecimiento de la paz social e incluso proporcionan una mejor seguridad jurídica.¹²³

¹²⁰ En general, la justicia informal presenta siempre un paso adelante a la hora de facilitar el acceso a la justicia a quienes tiene dificultades para acceder a los tribunales formales. Desde esta perspectiva constituye un avance a la hora de establecer un estado de derecho efectivo. SIMOJOKI, Maria Vargas. *Unlikely Allies: Working with Traditional Leaders to Reform Customary Law in Somalia*. En HARPER, Erica. Ed. *Working with Customary Justice Systems: Post-Conflict and Fragile States*. International Development Law Organization. 2011. Pag. 47.

¹²¹ SMITH. 2009. Pag 1

¹²² RÖDER 2009. Pag 59

¹²³ TAMANAHA, Brian Z. “The Rule of Law and Legal Pluralism in Development”. *The Hague Journal on the Rule of Law*. 1-17. 2011.

1. La Comunidad Internacional ante los Sistemas de Justicia Informal

En Afganistán, las organizaciones internacionales, en particular las organizaciones humanitarias, tienen una larga tradición de relaciones con las asambleas locales; con ellas han negociado tradicionalmente su acceso a las zonas en las que querían trabajar y con ellas han discutido sobre la forma de abordar sus proyectos; y ante ellas se planteaban los conflictos que pudieran surgir con la población local en la ejecución de sus trabajos. Tras la intervención estadounidense de 2001 se ha procurado que el interlocutor para este tipo de cuestiones, desde el lado local, sea la administración afgana. A medida que el gobierno de Kabul se ha ido desarrollando, esta capacidad de interlocución se ha incrementado paralelamente, pero la realidad es que en muchos casos, cuando se ha querido involucrar a los afganos en la gestión de los proyectos de ayuda, no ha quedado más remedio que seguir recurriendo a las asambleas locales como portavoces de la comunidad.¹²⁴

En los últimos años, las asambleas locales han cobrado un nuevo interés para la comunidad internacional por su posible contribución al establecimiento del estado de derecho y al acceso efectivo a la justicia, preocupaciones que se intensificaron tras el cambio en la política de Estados Unidos que supuso la llegada al poder del presidente Obama.¹²⁵ La estrategia inicialmente elegida en 2001 para reconstruir Afganistán se basaba en el desarrollo de estructuras formales de estado, con una implicación mínima sobre el terreno. Esta estrategia cambió ante la creciente preocupación por la contrainsurgencia y la estabilización y, posteriormente, ante la preocupación que despertaba a todos los niveles la transición que debía preceder al repliegue de las fuerzas internacionales en el horizonte del 2015. Esta nueva estrategia implicaba prestar más atención a los asuntos de gobernanza e imperio de la ley, lo cual ha acabado provocando un aumento de los fondos dedicados a programas dirigidos al desarrollo de la justicia informal, ante la evidencia de que el sistema formal no se mostraba capaz de solucionar el problema en plazo.¹²⁶

Este incremento en la financiación ha llevado al desarrollo de una serie de programas, que van desde los dedicados a realizar trabajos de investigación, hasta los que tratan de remodelar las estructuras informales para que puedan contribuir a los objetivos de la contrainsurgencia. Hay aspectos positivos en muchos de estos proyectos, pero su efectividad ha sido limitada por una serie de razones, que van desde la dificultad en la comprensión de los aspectos culturales del problema, a la inconcreción en los objetivos de algunos de ellos. En algunos casos, los programas internacionales han hecho más difícil la solución de controversias locales, al complicar procedimientos que en origen se ca-

¹²⁴ Además de las asambleas locales, la policía juega un papel importante en la resolución de conflictos menores; en estos casos es frecuente que los interesados recurran al arbitraje de la policía, algo que no suele tenerse en cuenta al abordar esta materia. WALDMAN, Matt. *Afganistán: La construcción de la paz a través de comunidades locales*. Oxfam Internacional. 2008. Pag 15

¹²⁵ Pueden verse una serie de interesantes ejemplos ajenos a Afganistán en: HARPER, Erica. Ed. *Working with Customary Justice Systems: Post-Conflict and Fragile States*. International Development Law Organization. 2011.

¹²⁶ SUHRKE, Astri, *When More Is Less: The International Project in Afghanistan*. Columbia University Press. New York, 2012. Pag. 216.

racterizaban por su sencillez; al mismo tiempo, iniciativas más modestas dirigidas por los propios afganos han demostrado ser algo más eficaces, pese a contar con una financiación mucho más limitada.¹²⁷

A la hora de ejecutar estos proyectos, no se ha tenido suficientemente en cuenta que la decisión sobre el modo en que deben resolverse los conflictos en una determinada comunidad tiene, evidentemente, una enorme carga política; de la misma forma que cualquier proyecto que involucre a los actores políticos locales puede tener repercusiones en el modo en que se resolverán las disputas a nivel local en el futuro. Este último aspecto debe tomarse en consideración cuando se gestionan las relaciones con los líderes relevantes de una comunidad determinada, ya que al elegir determinados interlocutores a expensas de otros, se aumenta el capital político de ciertas figuras locales. El simple hecho de celebrar una reunión con un líder determinado puede aumentar su reputación, al hacerle aparecer como alguien que tiene acceso a los recursos internacionales o, más peligrosamente, hacer de él un objetivo por su relación con esas mismas fuerzas. Esta interferencia en las dinámicas de poder internas puede tener cierta influencia en cómo se resolverán las disputas en el futuro en esa comunidad.¹²⁸

En otro orden de cosas, el apoyo internacional a personajes que están considerados como manifiestamente corruptos influye en la manera en que los afganos interpretan las opciones políticas disponibles. El hecho de que la comunidad internacional haya continuado favoreciendo esos líderes, ha llevado a muchos a creer que es más que probable que los señores de la guerra y las redes clientelares que dominan actualmente gran parte del país, lo sigan haciendo en el futuro, lo que les obliga a tomar decisiones en cuanto al modo de comportarse en lo que ven como un sistema intrínsecamente injusto, pero firmemente asentado. Obviamente, esto influye en la forma en la que se resuelven los conflictos a nivel local. En las zonas del sur de Afganistán, donde la tribu de Karzai, los popalzai, ha consolidado en gran medida su poder, los órganos formales e informales serán propensos a apoyar litigantes de esta tribu frente a otros. Estos ejemplos demuestran cómo las decisiones de política internacional, o incluso las decisiones operativas, pueden afectar a la resolución de conflictos a todos los niveles, al alterar los equilibrios de poder existentes y las expectativas de todos los actores implicados.¹²⁹

La "comunidad internacional" no es, por supuesto, una entidad homogénea. Está formada por un amplio surtido de organizaciones internacionales, fuerzas militares, gobiernos nacionales, organizaciones no gubernamentales y otros grupos de la sociedad civil. En términos de justicia informal, esta multiplicidad de grupos ha generado una amplia ga-

¹²⁷ COBURN. 2013. Pag. 35

¹²⁸ La OTAN define el *Key Leaders Engagement* como "El uso planeado y coordinado de los jefes principales de la fuerza propia para influir en los líderes y formadores de opinión más relevantes en el área de operaciones asignada, en apoyo de los objetivos militares." NATO Bi-SC. *Information Operations Reference Book. Version 1*. Marzo, 2010. Pag. 92. En síntesis, se trata de aprovechar las relaciones que los mandos militares de más alto nivel puedan establecer con líderes formales e informales y con formadores de opinión, para influir en ellos en apoyo a las operaciones propias.

¹²⁹ COBURN. 2013. Pag. 35.

ma de enfoques, que van desde los intentos militares de utilizar los mecanismos informales como una herramienta en la campaña de contrainsurgencia, a los esfuerzos de los grupos de derechos humanos de vigilar y condenar las prácticas que violan los derechos humanos.¹³⁰ Esta diversidad de actores y enfoques hace difícil que pueda darse una respuesta única a la cuestión de qué está haciendo la comunidad internacional respecto a la justicia informal en Afganistán. Pero sí podemos decir que, en los últimos años, se ha dado un salto cualitativo al respecto: En primer lugar, porque no se han abordado las relaciones con los actores informales como una alternativa ante la inexistencia o ineficacia de los sistemas formales, actuando al margen de la administración afgana; muy al contrario, los esfuerzos actualmente en marcha se enfocan como complementarios del sistema formal y se intentan coordinar con el gobierno afgano. Se trata básicamente de sacar partido de unas capacidades que pueden muy bien suplir las deficiencias del sistema formal; de intentar que sus decisiones obedezcan al espíritu de la constitución afgana y no supongan violaciones de los derechos humanos, utilizando para ello fundamentalmente herramientas de formación y procurando reforzar la seguridad jurídica, permitiendo que el sistema formal actúe en segunda instancia, homogeneizando las decisiones y registrando aquellas decisiones que creen derechos de propiedad o similares.

2. Lecciones Aprendidas en la integración de los sistemas formal e informal

Aunque en el plano teórico resultaba cada vez más evidente la necesidad de integrar de alguna manera el sistema informal en los esfuerzos por desarrollar un estado de derecho efectivo, faltaban evidencias empíricas sobre los efectos reales de esta pretendida integración. ¿Se mejoraría así el acceso a la justicia en las comunidades rurales?; ¿Contribuiría a reducir el número de sentencias contrarias al derecho afgano y a los derechos humanos?; ¿Reforzaría el papel de las autoridades formales en la resolución de disputas?; ¿Contribuiría a reducir la persistencia de los conflictos, contribuyendo así a la estabilidad a largo plazo? Un breve repaso, a nivel internacional, a las lecciones aprendidas en los intentos por armonizar justicia formal e informal demuestra que nos encontramos ante una realidad pujante, en expansión, pero sobre la que hay pocos estudios empíricos que permitan dar respuesta a todas estas preguntas. Además, los esfuerzos realizados se centran más en aspectos tecnocráticos, como la reforma del derecho consuetudinario para reforzar las garantías procesales o el refuerzo de la relación entre ambas esferas judiciales en planos como el registral; de esta forma, los esfuerzos por aunar derecho formal e informal se han encaminado más a reforzar la “ortodoxia” del derecho

¹³⁰ Ante la evidencia de que una campaña de contrainsurgencia efectiva precisaba de un sistema de justicia penal efectivo y libre de corrupción, en 2009, tanto EEUU como ISAF reconocieron la necesidad de coordinar los esfuerzos civiles y militares en este campo. El General McChrystal solicitó unificar bajo un mismo mando las unidades responsables de los centros de detención, los interrogatorios y los programas de establecimiento del estado de derecho, en parte para finalizar con los problemas que estaba planteando la gestión de prisioneros. En 2011 los ministros de defensa de 48 naciones crearon la *NATO Rule of Law Field Support Mission* (NROLFSM), misión militar responsable de apoyar al desarrollo del sistema judicial, facilitar el acceso a los sistemas informales de justicia y luchar contra la corrupción, promoviendo la legitimidad del gobierno afgano y ampliando aún más las responsabilidades militares en este campo.

informal que a constituirse en plataformas encaminadas a la construcción de formas jurídicas más acordes con las realidades sociales de las comunidades afectadas.¹³¹

Ciñéndonos al caso afgano, a la hora de encontrar respuestas a estas preguntas, resulta interesante analizar algunas experiencias bien documentadas dirigidas a solventar los inconvenientes de los sistemas informales, reconociendo su papel a la hora de compensar las carencias de la justicia formal, fortaleciendo los vínculos entre ambos sistemas y fomentando una mayor relación entre los ancianos implicados en las *yirgas* y los funcionarios del sistema judicial.¹³² Mediante el intercambio de opiniones y el conocimiento mutuo, se trataba de fomentar la adopción de patrones comunes en la resolución de determinados tipos de litigios y el registro oficial de las decisiones adoptadas por los tribunales informales.

En cualquier caso, es importante tener en cuenta que los presuntos beneficios de la vinculación de los sistemas de justicia formal e informal dependen en gran medida de las dinámicas políticas, institucionales y sociales existentes dentro de cada comunidad. La gran diversidad que presentan estas dinámicas comunitarias hace difícil pensar que cualquier modelo de intervención se pueda aplicar universalmente en todo el país.¹³³ Por esa razón, cualquier programa de intervención en este campo debe basarse en la realización de un análisis previo de las dinámicas políticas locales. Este análisis de la comunidad no sólo debe evaluar la probabilidad de que la creación de este tipo de vínculos sea beneficiosa, sino también que los mecanismos informales sean apropiados de acuerdo con las costumbres y la situación política locales.

En general, resulta evidente que existe una clara resistencia al registro público de las decisiones de las *yirgas*, un aspecto que se considera fundamental de cara a conseguir una cierta seguridad jurídica, especialmente en el caso de los litigios relativos a la propiedad y uso de la tierra, campo en el que la falta de registros fiables es fuente de innumerables conflictos. La opinión dominante considera que la remisión de las decisiones a las instancias formales, salvo en asuntos civiles de poca importancia, no proporciona beneficios tangibles, pero entraña riesgos importantes. Esto es así particularmente cuando se dirimen asuntos de familia, considerados como demasiado privados como para confiarlos a un registro público; asuntos criminales, por el temor a ulteriores consecuencias penales y casos relativos a la propiedad y uso de la tierra, donde se teme que el registro pudiera conducir a la apropiación de tierras, a la exigencia de sobornos o a nuevos impuestos. Una opción intermedia, la de mantener un registro propio, no compartido con instancias oficiales, resulta más aceptable, sobre todo cuando se trata de asuntos civiles o relativos a la propiedad y uso de la tierra, pero sigue despertando recelos en los casos de familia y penales, demasiado sensible como para aceptar cualquier tipo de registro oficial.

¹³¹ HARPER. 2011. Pag 12

¹³² Ver conclusiones de este tipo de estudios en GASTON 2013 y SMITH 2009.

¹³³ SMITH. 2009. Pag 2

No se puede pasar por alto un riesgo evidente derivado del recurso a tribunales informales: el de dejar la administración de justicia en manos de quienes ostentan el poder económico y político en las comunidades, convirtiendo a la justicia en una herramienta para la consolidación de su poder. Existen evidencias de casos en los que al reforzarse a los tribunales informales, lo que se ha conseguido es reforzar la posición de las élites locales, que han encontrado una vía para formalizar su poder. No resulta difícil intuir que el fortalecimiento de las *yirgas* supone en muchos casos dar el poder a las fuerzas más conservadoras, en detrimento de fuerzas más progresistas, jóvenes y mujeres.¹³⁴ De la misma forma que los sistemas informales tienden a reforzar el poder de los grupos mayoritarios sobre las minorías, algo que debe tenerse muy presente en Afganistán. Es por ello que desde sectores progresistas se plantean dudas sobre la conveniencia de apoyar a unas instituciones de las que cabe esperar muy poco apoyo a cualquier intento modernizador.

Sería demasiado ingenuo asociar los sistemas informales con un sistema de justicia ajeno a las presiones de los poderes fácticos o a la corrupción; hay áreas en las que grupos políticos o tribales, en ocasiones respaldados por milicias armadas, detentan un poder desproporcionado, si no un auténtico monopolio, en las instituciones de justicia informal. Son zonas en las que los habitantes no tienen, de hecho, otra opción que acudir a estas instancias en busca de justicia; y que no tienen otra opción que aceptar sus decisiones, con independencia de que sean consideradas injustas, e incluso ilegales, por grupos más o menos amplios de la propia comunidad. Esta realidad hace que sea muy probable que, en el momento en que las dinámicas de poder cambien, se reabran los casos cerrados de ese modo. De hecho, en Afganistán, es muy frecuente considerar las resoluciones de estos tribunales como situaciones temporales, susceptibles de ser revertidas en el momento en que se produzca un cambio en el equilibrio de poder.

Pero este alineamiento entre poder real y justicia informal no siempre funciona. De hecho, en situaciones de conflicto y post-conflicto, las instituciones de justicia informal pueden ser percibidas por parte de los poderes fácticos, a menudo más interesados en su propio beneficio que en la resolución efectiva de los conflictos, como competidores; tal es el caso de grupos armados ilegales, señores de la guerra y movimientos ideológicos o religiosos radicales, poco propensos a tolerar sistemas de justicia ajenos a su influencia. Si están destinados a desempeñar un papel vital y positivo en la construcción del estado de derecho, las instituciones de justicia informales deben ser protegidas de la influencia de estos actores.

En resumen, no podemos pasar por alto que la resolución de disputas es un tema intrínsecamente político y que los actores implicados, tanto en el ámbito formal como en el informal, siempre tienen motivaciones políticas. Por ello, los esfuerzos para reformar y fortalecer las instituciones de justicia informal a menudo se enfrentan con la oposición, más o menos abierta, de altos funcionarios estatales que temen perder el poder político; en el caso de los poderes fácticos, asistiremos normalmente a un intento, más o menos

¹³⁴ WALDMAN. 2008. Pag 16

evidente, por hacer que la justicia responda a sus intereses particulares o de grupo. En niveles más bajos, por el contrario, los funcionarios estatales están normalmente más dispuestos a relacionarse con el sistema informal, por su mayor cercanía con las comunidades en las que viven, siendo frecuentes los casos en los que funcionarios públicos llegan a participar en este tipo de procedimientos.

Las experiencias anteriores aconsejan que los programas encaminados a desarrollar instituciones de justicia informal presten una especial atención a una serie de aspectos encaminados a conseguir que *shuras* y *yirgas*, sean instrumentos de justicia efectiva y no se conviertan en obstáculos para el afianzamiento de un estado de derecho efectivo. Estos aspectos a considerar podría resumirse en los siguientes puntos:¹³⁵

- Garantizar que los miembros de las asambleas sean personas respetadas por la comunidad y que representen a todos los grupos sociales presentes en ésta (tribus, etnias, grupos económicos,...)
- Asegurar que el acceso a estos tribunales sea gratuito.
- Documentar las decisiones de las *Shuras* siempre que sea posible.
- Mantener cierta vinculación con las autoridades formales.

Adicionalmente, la experiencia demuestra la conveniencia de invertir en la formación de los componentes de las asambleas. No existen estudios referidos a Afganistán sobre cómo la formación de los jueces informales mejora la administración de justicia; sin embargo, sí existen estudios referidos a otras zonas geográficas, que demuestran que la formación de los jueces mejora, a la vista de los justiciables, la justicia de las decisiones y el respeto a los derechos de los implicados en los procesos. Además, un mayor grado de formación tiende a traducirse en un mayor respeto a los derechos de las minorías y de las mujeres. Es razonable pensar que también en Afganistán la formación de los jueces produciría estos efectos; y las escasas evidencias empíricas así parecen confirmarlo.¹³⁶

También se han demostrado positivos los intentos por integrar, tanto vertical como horizontalmente, este tipo de instituciones. la integración vertical permite que los ancianos de pequeñas comunidades puedan sacar provecho de la mayor formación y experiencia de sus homólogos de poblaciones más importantes. La integración horizontal puede facilitar la solución de disputas que vayan más allá del ámbito puramente local. Sin olvidar en todo caso, que son las propias comunidades las que deben generar este tipo de instituciones; sólo así gozarán de la legitimidad popular que precisan para cumplir con su función.

Y no debe pasarse por alto que la legitimidad de estas asambleas deriva de la propia comunidad en las que nacen; esta legitimidad puede verse amenazada si son vistas como una creación externa. Las nuevas *shuras*, tales como las elegidas por los Consejos de Desarrollo Comunitario bajo los auspicios del Programa Nacional de Seguridad, de las cuales hay 16.000 a escala nacional, son más representativas pero pueden al mismo

¹³⁵ US Institute of Peace (USIP). *Building Dispute Resolution Institutions in Eastern Afghanistan. Lessons from the Liaison Office Justice Shuras in Paktia and Nangarhar*. Julio 2011. Pag. 26 y ss.

¹³⁶ HARPER. 2011. Pag. 29.

tiempo ver obstaculizada su labor por la falta de legitimidad local, ya que tienden a ser asociadas con el gobierno.¹³⁷

VII. CONCLUSIÓN

A la vista de la enorme importancia que los sistemas de justicia informal tienen en muchas zonas del planeta y de su potencial como medio eficaz para la resolución de conflictos, hoy tienden a considerarse como una de las herramientas fundamentales en la promoción del estado de derecho en los países en desarrollo o en vías de estabilización. En vez de considerarse como rivales del sistema formal, han pasado a valorarse como un complemento positivo, que puede ayudar al fortalecimiento del estado de derecho, allí donde las instituciones formales carecen del desarrollo o legitimidad necesarios. Esto es así, particularmente, en estados que viven procesos de estabilización tras largos períodos de conflicto, que han dinamitado su estructura administrativa. En estos casos, cuyo ejemplo paradigmático es Afganistán, los tribunales informales se han desarrollado durante décadas ante la ausencia de un aparato estatal efectivo, constituyendo la única forma de justicia efectiva. El tránsito de estos estados hacia la estabilización es lento y el desarrollo de un sistema judicial efectivo y legítimo puede llevar años; durante este tiempo, los mecanismos de justicia informal no son una alternativa, sino una necesidad. En los esfuerzos por establecer un estado de derecho efectivo, son un aliado, aunque sea temporal, de los sistemas de derecho formal. Sólo un cierto desarrollo de éstos permite plantearse la opción de prescindir de los sistemas informales. Mientras tanto, ambos sistemas deben convivir, debiéndose encontrar fórmulas que permitan una convivencia constructiva.

En Afganistán, esta realidad ha forzado un cambio de estrategia respecto a los tribunales informales; esta nueva estrategia se basa en la aceptación del papel de las *shuras* en la administración de justicia. Esta nueva estrategia puede permitir aprovechar los beneficios de las instituciones de justicia informal, pero teniendo en cuenta sus desventajas:

1. Las instituciones de justicia informal funcionan bien dentro de las comunidades homogéneas, pero pueden crear conflictos en las sociedades heterogéneas. Son eficaces en la resolución de conflictos en el ámbito de la comunidad, pero no entre individuos o grupos y las instituciones del Estado o entre grupos distintos.
2. Las instituciones de justicia informal están a menudo dominadas por los varones y sus decisiones tienden a ser sesgada por el género. En general, tienden a consolidar el poder de los grupos dominantes en cada comunidad.
3. Sus decisiones plantean en ocasiones conflictos con los derechos humanos, lo que hace necesario algún tipo de supervisión y, potencialmente, interferencia.

¹³⁷ WALDMAN. 2008. Pag 17

4. Las instituciones informales facilitan el acceso a la justicia, pero con el riesgo de crear "una justicia pobre para los pobres."

5. Sería poco realista creer que los sistemas de justicia informales son inmunes a la corrupción, el nepotismo y otros factores que influyen en la equidad procesal. La mayor cercanía a las comunidades entre la que imparten justicia implica también una mayor capacidad de influencia para las élites locales.

Por último, pero no menos importante, debe considerarse muy seriamente la cuestión de la legitimidad. Mientras las instituciones del Estado derivan su legitimidad principalmente de la legislación nacional y en cierta medida del derecho internacional, las instituciones de justicia informal basan su legitimidad en su aceptación por parte de las comunidades locales. Esta dependencia de lo que podríamos denominar la "legitimidad comunal" implica que la reforma y el fortalecimiento de las instituciones de justicia informal y la creación de vínculos efectivos con el Estado fracasarán si, a la hora de acometer el proceso de inclusión, no se trabaja con las comunidades afectadas, de forma que la consecuencia final del proceso no sea la pérdida de la legitimidad.