

DOMORODÉ PRÁVO V KONTEXTU PRÁVNÍHO PLURALISMU – ZACÍLENO NA KOLUMBII

INDIGENOUS LAW IN THE CONTEXT OF LEGAL PLURALISM – FOCUS ON COLOMBIA

Tereza Dlešíková

ABSTRAKT

Článek se zabývá problematikou domorodého práva a jeho vztahem k právu státnímu, a to se zaměřením na region Kolumbie. Koexistenci vícera právních systémů na území jednoho státu se zabývá právní pluralismus, proto článek pojednává nejprve o tomto právně teoretickém přístupu, jakož i o jeho konkrétní reflexi kolumbijskou Ústavou, resp. judikaturou kolumbijského Ústavního soudu. Článek se dále soustředí na praktické projevy principů právního pluralismu související s ústavní garancí autonomie domorodého práva. Pozornost je v tomto ohledu věnována trestně právnímu institutu omylu plynoucího ze sociokulturní odlišnosti a celkovému pohledu na trestnou činnost a trestání dle zvykových norem původních obyvatel, především pak pokud jde o problematiku tělesných trestů. Cílem článku je v souvislosti se vztahem domorodého a státního práva, dvou často diametrálně odlišných pohledů nejen na právo, ale i na chápání světa, akcentovat antropologický pohled na právo a význam kulturní roviny práva.

Klíčová slova: právní pluralismus, domorodé právo, multikulturalismus, Ústavní soud Kolumbie, omyl v trestním právu, tělesný trest

JEL klasifikace: K4

ABSTRACT

The article deals with indigenous law and its relationship to the state law, with a focus on the state of Colombia. Legal pluralism refers to the coexistence of multiple legal systems on the territory of one state; therefore, the article first discusses this legal theoretical approach as well as on how it is reflected in the Colombian Constitution and the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court. The article then deals with the concrete practical manifestations of the principles of legal pluralism related to the constitutional guarantee of indigenous autonomy. In this regard, attention is given to the criminal law concept of error coming from the socio-cultural difference and to the overall view of crime and punishment according to indigenous customary norms, especially as regards the issue of corporal punishment. The aim of this article is to highlight the anthropological view of law and the importance of the cultural level of law in the context of the relationship between indigenous and state law, i.e., two often diametrically opposed views not only of law but also of the understanding of the world.

Keywords: *legal pluralism, indigenous law, multiculturalism, Constitutional Court of Colombia, error in criminal law, corporal punishment*

JEL Classification: *K4*

ÚVOD

Cílem tohoto článku je přiblížit v našem sociokulturním kontextu málo poznané téma právního statusu zvykového práva původních obyvatel zemí Latinské Ameriky, a to na příkladu Kolumbie. Teoretický rámec pro právní zakotvení domorodého práva představuje teorie právního pluralismu, a proto se článek nejprve zabývá tímto konceptem, a to z důvodu ukotvení zkoumaných jevů v teoretickém základě. Dále se pak věnuje především analýze garance domorodé jurisdikce kolumbijskou Ústavou a jejím výkladem ze strany Ústavního soudu. Poté se práce soustředí na oblast trestního práva, když na vybraných institutech demonstruje odlišnost západního/státního a domorodého pohledu, a to nejen na právo, ale i na chápání světa jako takového.

Nejen o Kolumbii, ale i o většině ostatních států Latinské Ameriky, lze říct, že se jedná o mnohonárodnostní a multikulturní státy. Z existence více odlišných kultur na území jednoho státu pak vyplývá nejen etnická, kulturní či náboženská rozmanitost, ale také různorodost normativní, resp. legislativní. Koexistenci (a vzájemnou interakci) více právních řádů na území jednoho státu označujeme pojmem právní pluralismus, jenž do značné míry souvisí s pluralismem kultur-

ním, neboť i právo v sobě nese stopy odlišných kulturních vzorců a je jedním z projevů celkového pohledu na svět té které kultury. Za dominantní kulturu je v zemích Latinské Ameriky považována kultura „západní“, tj. španělsky mluvící obyvatelstvo křesťanského vyznání, zatímco kultury nativní jsou vnímány jako menšinová část obyvatelstva. V návaznosti na toto dělení pak hovoříme i o právu, resp. právním systému, státním a domorodém. Je třeba si uvědomit, že tyto dva segmenty společnosti mají často diametrálně odlišné chápání a nazírání světa (kosmovize), a proto je zásadní otázkou, jak tuto „jednotu v rozmanitosti“ pojmut a jak se vypořádat se „střety civilizací“.

1 PRÁVNÍ PLURALISMUS

Právní pluralismus označuje stav, kdy dochází ke koexistenci, a z toho vyplývající interakci, více právních řádů či systémů, v rámci jednoho státu, resp. v rámci určité sociální oblasti, jež nemusí být nutně navázaná na stát. Pluralistické pojetí práva akcentuje jeho sociální rovinu, tj. společenský kontext právních norem, jakož i vnímání jeho kulturního základu. Právní pluralismus je multidisciplinárním oborem spojujícím právní antropologii a právní sociologii.¹

Jako vědecký obor se začal postupně etablovat od 60. let 20. století nejprve v Evropě a později v Severní Americe, přičemž s rozvojem právní sociologie se rozšířil po celém světě. Od svého vzniku zhruba do poloviny 70. let 20. století se právní pluralismus zabýval vztahem mezi domorodými zvyklostmi původních obyvatel zkolonizovaných států a evropským koloniálním právem s tím, že tato tradice považovala právní řády původních obyvatel sice za autonomní, avšak podřízené koloniálnímu právu. Poté, asi do poloviny 80. let 20. století se zájem právních pluralistů přesunul na nekoloniální společnosti, v rámci studia vztahů většinové společnosti k menšinám, přistěhovalcům apod.; i v tomto případě je považuje za dominantní a podřízené právní systémy. Od konce 80. let 20. století je právní pluralismus považován za základ právních systémů nejen koloniálních a postkoloniálních států, ale i států vyspělých – západních/kapitalistických, ať už se jedná o poloautonomní sociální oblasti, obchodní sítě či zločinecké komunity,

¹ Právní antropologie jako subsystém kulturní a sociální antropologie. Za její zakladatele jsou považováni Karl L. Llewellyn a Adamson E. Hoebel, resp. jejich kniha *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* vydaná v roce 1941.

anebo samosprávné celky, dobrovolné organizace, komunity apod. (ty sice mají své vlastní systémy uspořádání, avšak fungují v mezích zákona, tj. v rámci státního práva) (*Griffiths, 2001*).

Právní pluralismus se tak od konceptu garantujícího etnickou a kulturní diverzitu stal integrální součástí globalizovaného světa, neboť reaguje na pluralitu západní společnosti a fenomény jako je multikulturalismus a globalizace.

Výchozím paradigmatem právního pluralismu je teze, že státní právo a jeho instituce jsou pouze jednou z forem společenské kontroly. Jak bylo výše řečeno, je pro něj určující nejen antropologická, ale i sociologická dimenze práva; jinými slovy právo nechápe jen jako soubor norem, ale jako systém pravidel, jež určují život ve společnosti, ale zároveň reflektují společenský vývoj a změny (*Gerloch, 2009, s. 21*). Takové nahlížení na právo koresponduje s konceptem živého práva Eugena Ehrlicha, jednoho ze zakladatelů právní sociologie. Oním živým právem je právo, které ovládá život jako takový bez toho, aniž by muselo být nutně zakotveno v právních předpisech (*Ehrlich, 2019*) (viz dále).

Pokud jde o vývoj právního pluralismu, lze hovořit o klasickém, moderním a postmoderním neboli kritickém právním pluralismu. Klasický právní pluralismus se zabýval koexistencí a interakcí koloniálního práva a práva původních obyvatel. Mezi jeho nejvýznamnější představitele patří Llewellyn a Hoebel, považovaní zároveň za duchovní otce právní antropologie, Griffiths, Pospíšil, Moore či Santos. Mezi přední představitele moderního právního pluralismu opouštějícího koloniální kontext lze zařadit autory jako je Moore či Merry. Kritický právní pluralismus, označovaný také jako alternativní, horizontální či emancipační, pojímá pluralitu jako zásadní pro současnou transformaci práva, kdy především na lokální úrovni se světonázory komunit a jejich kulturní procesy projevují jako alternativy k procesům nadvlády, což se odráží v různých sociálních konstrukcích, jako je vlastní právo domorodých národů, které na základě svých přesvědčení, praktik a procesů zdůrazňují alternativní formy organizace, vlády, institucí, autority a spravedlnosti (*Velasco Cano, 2018, s. 18*). Mezi významné představitele tohoto přístupu patří Wolkmer či Sánchez Botero, jakož i Ústavní soud Kolumbie.

Za duchovního otce právního pluralismu je považován John Griffiths, jenž v článku *What is legal pluralism* publikovaném v roce 1986 v *The Journal Of Legal Pluralism And Unofficial Law* kritizuje koncept právního centralismu, dle něhož

je státní právo, tj. právo vytvářené státními institucemi, nadřazené všem ostatním formám společenské organizace; právní centralismus považuje za přežitý mýtus, který nereflktuje realitu (*Griffiths, 1986*).

Naopak, skutečnosti odpovídá právní pluralismus, který dále dělí na slabý a silný. Prve zmíněný spočívá v tom, že stát vezme na vědomí existenci jiného právního řádu v rámci toho svého, typicky koloniální způsob uznávání zvykového práva původních obyvatel, avšak neuznává tento normativní systém jako zákon; slabý právní pluralismus je tak dle Griffithse v podstatě jinou formou právního centralismu, neboť státní právo staví nad ostatní normy. Na druhou stranu, pro silný právní pluralismus je státní právo jen jednou z více normativních systémů, jednou z více forem práva, jednou z více způsobů organizace společnosti (*Griffiths, 1986, s. 189*). Silný právní pluralismus lze sledovat právě v zemích Latinské Ameriky, kde existuje více právních systémů v rámci jedné země. Vzhledem k tomu, že Griffiths položil základní kámen právního pluralismu, další teoretici tohoto přístupu na něj navazují – buď z něj vychází anebo jej kritizují.

Pokud jde o základy právního pluralismu, nelze nezmínit právního antropologa českého původu Leopolda Pospíšila a jeho dílo *Etnologie práva*, v němž nabízí analytickou koncepci práva vycházející ze čtyř atributů, jimiž jsou autorita, univerzální aplikace, *obligatio* a sankce (*Pospíšil, 1997, s. 36*). Právní autoritou je osoba anebo skupina osob, která činí závazná a univerzálně použitelná rozhodnutí. *Obligatio* pak představuje právní vztah mezi stranami a sankce je způsobem řešení závazku vytvořeného protiprávním jednáním, a tedy způsobem napravení situace (*Pospíšil, 1997, s. 52*). Na základě tohoto pojetí práva pak Pospíšil vyjadřuje názor, že každá skupina ve společnosti má svůj vlastní právní systém, který jí dovoluje fungovat tím, že nutí své členy podřítit se společným principům chování (*Pospíšil, 1997, s. 60*). Spíše než o právním pluralismu hovoří o multiplicitě právních systémů.

Na myšlenku multiplicity právních systémů vázaných na skupiny či podskupiny ve společnosti navazuje právní antropoložka Sally Falk Moore, když vychází z Ehrlichova konceptu živého práva a rozšiřuje jej na právo různých společenských skupin na základě svého studia komunity švadlen v textilním průmyslu v New Yorku či kmenového práva Chagga z Tanzanie. Ve svém článku z roku 1973 se zabývá normami a zvyklostmi tzv. poloautonomních sociálních oblas-

tí, a všímá si, že státní normy jsou s nimi často v rozporu (Moore, 1973). Stejně tak Sally Engle Merry studuje právní pluralismus na vzájemných vztazích mezi státním právem a právem etnických, národnostních a kulturních menšin (Merry, 1988). Ještě v návaznosti na koncept živého práva je na místě zmínit Güntera Teubnera, představitele pojetí právního pluralismu v kontextu globalizace, který zkoumá vztah nestátních právních systémů, např. právních systémů mezinárodního obchodního práva (*lex mercatoria*) a práv státních; shrnuje, že jsou preferována pravidla nestátních systémů.

Společenskou rovinu práva vnímá i Boaventura de Sousa Santos, profesor Univerzity v Coimbre, když jej přirovnává k chameleonovi v tom smyslu, že právo musí být schopno reagovat na potřeby společnosti jako chameleon přizpůsobující svou barvu podnětům z okolí (*de Sousa Santos, 1989, s. 299*). Do pojetí právního pluralismu se promítá jeho levicová orientace, když ve svém díle *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation* státní právo považuje za projev tvrdého kapitalismu. Pluralitě systémů latinskoamerických států přisuzuje koloniální původ s tím, že správa kolonie sice vedla ke koexistenci práva státu a domorodých práv, neobešla se však bez konfliktů (*de Sousa Santos, 2010*).²

Velkým kritikem zmíněných právních pluralistů, především Griffithse, Sousy či Teubnera je americký profesor právní sociologie Brian Tamanaha. Ve svém článku *The Folly of the „Social Scientific“ Concept of Legal Pluralism* právo považuje za sociální konstrukt a přiklání se spíše k pojmu sociální praxe (*Tamanaha, 1993*).

Vymezení práva jako takové je vlastně základním problémem právního pluralismu. Absence jasná a obecně přijímané definice práva je živnou půdou pro kritiky této doktríny; na tento fakt upozorňuje především Tamanaha, když v souvislosti s nejednoznačným vymezením práva hovoří o nestabilních základech právního pluralismu. Na druhou stranu např. Merry argumentuje, že nadefinování práva není až zas tak podstatné a že spíše než o právu je na místě měli mluvit o popisu každodenního společenského života a sociální kontrole ve společnosti. Vlastně i Griffiths se postupně přiklání od pojmu právo k pojmu sociální kontroly. V tomto ohledu je tedy opět nutno připomenout koncept živého práva, tj.

² K tomu dále: DE SOUSA SANTOS, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. ILSA. DE SOUSA SANTOS, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del sur*. Siglo del Hombre.

práva, které není v zákonech státu, ale ve společnosti plně různých skupin, jejichž vlastní pravidla interagují se státním právním řádem.

Pro úplnost je třeba ještě zmínit právní pluralismus rovnostářského a unitárního typu Andrého Hoekemy. Právní pluralismus unitárního typu zachovává vztah podřízenosti mezi státem a právem jiných systémů; státní právo tedy formálně (ústavně) uznává koexistenci dvou nebo více právních systémů, avšak v praxi si státní právo ponechává pravomoc jednostranně určovat legitimitu a rozsah aplikace těchto uznaných právních systémů. Naproti tomu rovnostářský právní pluralismus uznává, nejen formálně, ale i materiálně, tj. naplňuje v praxi, existenci etnicky odlišných společenství v rámci národní společnosti, která jako taková mají právo rozvíjet svůj vlastní systém institucí, včetně vlastního práva, jako samostatnou, ale rovnocennou součást právně-politického řádu země (*Hoekema, 2002, s. 20, 76*).

Obdobně Carlos Antonio Wolkmer rozlišuje státní právní pluralismus, který připouští existenci mnoha poloautonomních sociálních oblastí a jejich právních systémů, které jsou však podřízeny státnímu právnímu řádu, s čímž souvisí minimalizace jejich kompetencí až začlenění do státní legislativy, a komunitární právní pluralismus, jenž implikuje existenci více subjektů s vlastní identitou a autonomií, které existují nezávisle na státní kontrole (*Wolkmer, 2003*).³

Na oba pak navazuje kolumbijská právní antropoložka Esther Sánchez Botero akcentující důležitost právního pluralismus rovnostářského (horizontálního), nikoli unitárního typu. K takovému pojetí se přiklání i kolumbijský Ústavní soud, což je patrné především z jeho rozhodnutí garantujících maximální ochranu autonomie původních obyvatel a s tím související minimalizaci zásahů: domorodá jurisdikce a postupy uplatňované v jejím rámci jsou považovány za rovnocenné státnímu právu; horizontální pojetí právního pluralismu Ústavního soudu Kolumbie je patrné zejména z rozhodnutí konstatujících ústavnost trestu *fuete a cepe* (*Sánchez Botero, 2009, s. 44*) (viz dále).

Lze tedy shrnout, že právní pluralismus reflektuje dynamiku práva ve společnosti a kulturní diverzitu jako součást lidské společnosti. Přesto, že je již integrální součástí současného globalizovaného světa, jedná se o fenomén příznačný

³ K tomu dále: WOLKMER, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. ILSA. WOLKMER, A. C. (2018). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. DYKINSON.

pro plurinárodní státy Latinské Ameriky obývané jak západní společností, tak původními obyvateli, přičemž pojetí práva těchto segmentů společnosti se od sebe diametrálně liší: západní právo je produktem moderní, individualizované, liberálně smýšlející společnosti, zatímco domorodé právo vyvstává ze společnosti předmoderní (zemědělské/pastevecké), kde je jednotlivec chápán jako součást celku a kde je základní hodnotou solidarita (Giddens, 1997, s. 66). Pro Latinskou Ameriku je právní pluralismus určujícím konceptem rovněž z důvodu, že se promítá i do vývoje ústavního systému. Lze tak mluvit o období ústavního multikulturalismu (1982-1988), s nímž je spojeno uznání práva na kulturní diverzitu, období ústavního plurikulturalismu (1989-2005) reflektujícího přijetí Úmluvy č. 169 Mezinárodní organizace práce o domorodém a kmenovém obyvatelstvu z 27. června 1989 a přinášejícího uznání kolektivních práv a plurality jurisdikcí, a období ústavního plurinacionalismu (2006-2009) navazujícího na přijetí Deklarace OSN o právech původních obyvatel, na jehož základě vzniká plurinárodní stát (Yrigoyen Fajardo, 2004).

Jinými slovy, původní obyvatelé Latinské Ameriky, jejichž kultura byla v rámci *conquisty* ničena, resp. dobývána jejich území, podmaňován a násilně obracen na křesťanskou víru jejich lid, přestávají být politicky i kulturně v podřízeném postavení, a naopak získávají kolektivní práva včetně práva na samosprávu. Navzdory tomu, že musí i nadále čelit integračním snahám dominantní západní společnosti a fenoménu globalizace, státy Latinské Ameriky již nejsou vnímány jako homogenní národy, ale jako kulturně, jazykově a právně různorodá společenství. Právní pluralismus tak představuje zásadní změnu paradigmatu sepětí státu a práva a opuštění etnocentrického pohledu na právo odpovídajícího ideje právního centralismu.

Historický vývoj vztahu mezi právem domorodých národů a státním právem prošel od fáze odmítání, resp. diskriminace původních obyvatel a jejich kultury, přes fázi neutrálních vztahů a v podstatě ignorování existence vlastních systémů domorodých národů, vycházející z právního monismu a dominance státního systému až po plné uznání práv nativních kultur ze strany státu, a to včetně práva na vlastní jurisdikci, jež je odrazem právně pluralistického přístupu.

Obecně lze říci, že pro právo původních kultur obývajících území států Latinské Ameriky je příznačné, že se jedná o nepsaný, nekodifikovaný, systém norem vycházející z ústní tradice a silně spjatý se systémem hodnotovým, morálním,

etickým a náboženským, resp. duchovním. Právní systémy původních obyvatel jsou uznány na ústavněprávní úrovni jako rovnocenné k právu státnímu s tím, že (i) jsou nedílnou součástí sociální struktury a kultury národa; (ii) spolu s jazykem představují základní prvek etnické identity; (iii) jejich povaha podmiňuje vztahy mezi státem a domorodými národy; (iv) mají vliv na způsob, jakým tyto národy požívají nebo nepožívají práva, a to jak individuálních, tak kolektivních; a (v) představují jeden z prvků zachování existence domorodých kultur na kontinentu (*Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: guía para la atención especializada por parte de las oficinas del Ombudsman*, 2006). Existence právních systémů původních obyvatel zahrnující právo na sebeurčení, autonomii, jakož i vlastní jurisdikci, je tedy v latinskoamerických zemích ze strany státního práva uznávána, a to na té nejvyšší, ústavní, úrovni.

Pokud jde o Kolumbii, významný milník v přístupu k domorodému obyvatelstvu představuje její Ústava z roku 1991 uznávající etnickou a kulturní rozmanitost, tedy rozmanitost způsobů života a systémů chápání světa odlišných od západní kultury. Etnická a kulturní rozmanitost národa, tj. existence více kultur v rámci jednoho státu je nejen garantována, ale i chráněna v článku 7 Ústavy⁴. V článku 246⁵ pak kolumbijská Ústava garantuje původním obyvatelům právo na území, které obývají a právo na již zmíněnou vlastní jurisdikci, tj. výkon spravedlnosti dle svých tradičních zvykových norem, avšak za podmínky, že tento není v rozporu s Ústavou a zákony republiky (viz dále). Takové ústavní uznání je promítnutím mezinárodních závazků, a to konkrétně Úmluvy Mezinárodní organizace práce č. 169 z 27. června 1989, kterou Kolumbie schválila zákonem č. 21 z roku 1991, a dále Deklarace Valného shromáždění OSN o právech původních obyvatel ze dne 13. září 2007, která stanoví minimální standardy pro důstojný život původních obyvatel s tím, že jim garantuje předně právo na vlastní identitu zahrnující mimo jiné i vlastní právní systémy či zvyklosti; ty však musí být

⁴ Dle čl. 7 kolumbijské Ústavy „Stát uznává a chrání etnickou a kulturní rozmanitost kolumbijského národa.“

⁵ Dle čl. 246 kolumbijské Ústavy: „Orgány domorodých národů mohou vykonávat vlastní jurisdikci v rámci své územní působnosti a v souladu se svými normami a postupy, a to za předpokladu, že nejsou v rozporu s Ústavou a zákony republiky. Způsob koordinace této zvláštní jurisdikce s vnitrostátním soudním systémem stanoví zákon.“ (pozn. tento koordinační zákon nebyl dosud přijat)

v souladu s mezinárodními normami v oblasti lidských práv (čl. 34). Na druhou stranu, ochrana a respekt kulturní rozmanitosti musí spočívat i v přijetí odlišných hodnotových vzorců a odlišného vnímání světa, a to i pokud se dostává do rozporu s hodnotami univerzální etiky jako jsou lidská práva (*T-254/1994*).

V uvedeném tak lze spatřovat jistou nadřazenost státního práva odůvodněnou odkazem na ochranu lidských práv jako nejdůležitějších hodnot lidství. V souvislosti s touto nadřazeností státního práva právu tradičních společenství se hovoří o právním pluralismu unitárního typu, jehož opakem je pak právní pluralismus typu rovnocenného, který pojímá domorodé právo jako odlišnou, avšak stejně hodnotnou součást politicko-právního řádu země (*Sánchez Botero, 2005*). V tomto kontextu také hovoříme o právním pluralismu vertikálním a horizontálním. Druhý zmíněný je do jisté míry kritickým přístupem snažícím se o skutečné naplnění myšlenky multikulturalismu, resp. ústavně garantovaného práva na etnickou a kulturní rozmanitost (*Sánchez Botero, 2009*). Pro pluralistické společnosti vyznačující se střetáváním různých pohledů je tak důležité vzájemné porozumění a vzájemný respekt.

Vrátíme-li se tedy ke kolumbijskému ústavnímu modelu, ten se prezentuje jako právně pluralistický, avšak státní právo (Ústavu a zákony) domorodému právu nadřazuje a tím do jisté míry relativizuje jeho autonomii. Citované ustanovení kolumbijské Ústavy je však třeba interpretovat restriktivně, tj. v tom smyslu, že právní normy republiky mají přednost před zvyky a tradicemi domorodých společenství, jen pokud přímo chrání ústavní hodnotu nadřazenou principu etnické a kulturní rozmanitosti, kterou se rozumí ochrana práva na život a zdraví (tedy ochrana fyzické integrity implikující zákaz mučení a jiného krutého a nelidského zacházení, jakož i zákaz otroctví) a garance práva na spravedlivý proces (*T-254/1994*). Výkon spravedlnosti dle obyčejového práva tradičních kultur musí tedy ctít zásady spravedlivého procesu, ochranu života a nesmí být projevem mučení či jiného krutého a nelidského zacházení, přičemž tyto tři aspekty jsou považovány za jádro či minimální standard lidských práv a lidské důstojnosti (*SU 510/1998*).⁶

Ústavní soud Kolumbie ve snaze o co nejvíce pluralistický výklad, se tedy snaží

⁶ Tento minimální standard lidských práv vychází rovněž z Úmluvy č. 169 a Deklarace OSN o právech domorodých národů.

situaci nadřazenosti státního práva nad tím domorodým vyvážit výkladovým pravidlem maximalizace autonomie domorodých společenství a s minimalizací zásahů s tím, že omezení autonomie a etnické a kulturní rozmanitosti jakožto ústavních principů musí být odůvodněno nutností chránit jinou ústavní hodnotu, která je těmto nadřazená. Takovým výkladem chce Ústavní soud přispět ke skutečnému mezikulturnímu dialogu vedoucímu ke konsensu, neboť v opačném případě by uznání kulturní rozmanitosti mělo pouze rétorický význam (*T 349/1996*). S tím pak souvisí i důležitost posuzování určitého jednání či postupu dle domorodých tradic a zvyků z multikulturní perspektivy zahrnující mimo jiné i pochopení sociokulturního kontextu; v opačném případě by se jednalo o potlačování kulturních zvyklostí a hodnot, na nichž je založena identita příslušného společenství (*SU 510/1998*). Lze tak zhodnotit, že ústavní konformita tradičního zvykového práva původních obyvatel je vykládána v jejich prospěch, avšak s tím, že respektuje i ochranu hodnot, jež státní (západní) právo považuje za hodnoty nejvyšší. V této souvislosti je však ještě třeba uvést, že pravidla pro určování vzájemných vztahů mezi státním a domorodým právem by měla být výsledkem vzájemného dialogu, nikoli jednostranného posouzení.

Když se ještě vrátíme k článku 246 kolumbijské Ústavy, ten spolu s uznáním práva domorodých národů na vlastní jurisdikci také stanoví, že právní úprava koordinace této jurisdikce s vnitrostátním právem má být stanovena zvláštním zákonem. Navzdory tomuto výslovnému ústavnímu zmocnění však k přijetí takového zákona dosud bohužel nedošlo. Z toho důvodu musel pravidla koexistence těchto právních systémů vyložit opět Ústavní soud. Ten stanovil čtyři určující prvky domorodé jurisdikce, kterými jsou (i) vlastní justiční orgány domorodých komunit, (ii) pravomoc stanovit vlastní pravidla a postupy, (iii) respekt Ústavy a zákonů, tj. dodržování materiálního jádra lidských práv ve světle zásady maximalizace autonomie a (iv) pravomoc zákonodárce určit formu koordinace domorodé jurisdikce s vnitrostátním soudním systémem (*C-139/1996*). Vlastní výkon spravedlnosti pak s sebou logicky nese i garanci možnosti původních obyvatel, aby byli (z titulu své příslušnosti k tradičnímu společenství), souzeni jejími orgány v souladu s jejími pravidly a normami. Dále je nutno zmínit, že výkon spravedlnosti příslušnou autoritou domorodé komunity je fakultativní – tato musí dobrovolně projevit svou vůli věc projednat, v opačném případě je založena

pravomoc obecných (státních) soudů (*T-1238/2004*).

Domorodá jurisdikce vychází z principu teritoriality a personality, což znamená, že je založena pravomoc k projednání věci příslušných orgánů domorodého společenství, pokud k protiprávnímu jednání došlo na jeho území a jeho členem. Na tomto místě je třeba k pojmu území dodat, že tento koncept je vykládán extenzivně, tj. chápán spíše kulturně než geograficky: územní působnost domorodé jurisdikce je tedy založena všude tam, kde je rozvíjena kultura té které komunity, tedy i mimo tradičně obývanou oblast nazývanou *resguardo*.

Pokud je věc komunitní autoritou rozhodnuta, má stejnou právní váhu jako rozhodnutí přijatá vnitrostátními soudy a již nemůže být na půdě státní jurisdikce znovu projednávána a ani podrobena přezkumu – jedná se v podstatě o překážku věci rozhodnuté, ledaže by se jednalo o porušení minimálního ústavního standardu (viz výše) (*Sánchez Botero, 2005*).

Ačkoli výše uvedené pravidlo vycházející z kombinace osobního a územního principu zní poměrně jasně, dochází v rámci vzájemné interakce západní společnosti s nativními obyvateli k případům právních sporů či protiprávních jednání mezi příslušníky rozdílných kultur. V takových situacích je pak založena pravomoc a příslušnost k projednání věci jak soudu domorodému, tak státnímu. Jedná se tak o pozitivní kompetenční spor, když pravidla pro jeho řešení musela být, vzhledem k neexistenci koordinačního zákona, stanovena opět judikaturou: pokud je protiprávní jednání příslušníka domorodého společenství projednáváno před státním soudem, tento je povinen zjistit, zda předmětné jednání je protiprávní i v kulturním prostředí, ze kterého tento člověk pochází; v případě kladné odpovědi věc projedná. Pokud dojde k závěru, že nikoli, má soud dále povinnost zkoumat, zda člověk pocházející z odlišného kulturního prostředí skutečně věděl, že jedná v rozporu se státními zákony. V tomto kontextu soud musí vážit zejména charakter etnika, k němuž souzená osoba patří, jakož i stupeň izolovanosti daného společenství, a zda vůbec tato osoba byla schopna si uvědomit protiprávnost svého jednání, tj. jeho rozpornost s právními normami západní společnosti. Pokud je to vhodné a účelné, může vnitrostátní soud rozhodnout o postoupení věci k projednání v příslušné domorodé komunitě (*T-496/1996*). V některých případech je pak založena výlučná pravomoc a příslušnost státních soudů; jedná se o případy terorismu, obchodování s drogami či jiných závažných

narušení veřejného pořádku. Je tomu tak jednak proto, že je dán značný státní/ veřejný zájem na jejich projednání a rozhodnutí ze strany státu, a jednak proto, že jde často o jednání, která tradiční právo nezná (historicky k nim nedocházelo), a domorodá autorita se tedy necítí dostatečně kompetentní v daných věcech konat.

2 OMYL PLYNOUCÍ ZE SOCIOKULTURNÍ ODLIŠNOSTI JAKO PROJEV PRÁVNÍHO PLURALISMU

V návaznosti na výše uvedené bych ráda dále přiblížila institut omylu vyplývajícího z příslušnosti k jiné etnické skupině, jenž je zakotven v čl. 33⁷ kolumbijského trestního zákoníku, který vylučuje trestní odpovědnost toho, kdo spáchá trestný čin, avšak nebyl schopen rozpoznat protiprávnost svého jednání pro nedostatek rozumové a mravní vyspělosti či pro svou sociokulturní odlišnost anebo z podobného důvodu. Onou sociokulturní odlišností se rozumí jiné pojetí a chápání světa (kosmovize) projevující se zejména odlišným hodnotovým a morálním systémem. Uvedené ustanovení znamená, že pokud osoba (člen domorodé komunity) jednala v omylu způsobeném sociokulturní odlišností, není za toto jednání trestně odpovědná. Lze jej tedy považovat za vstřícný postoj státu vůči příslušníkům jiných etnik s odlišným nazíráním světa. Jinými slovy, pokud osoba pocházející z odlišného sociokulturního prostředí, než je většinová/západní společnost, nebyla schopna pochopit protiprávnost svého jednání, neboť jej dle svého pohledu na svět za protiprávní nepovažuje – jedná v souladu se zvyky a normami své komunity, nelze ani za předmětné jednání vyvodit její trestní odpovědnost dle západního/státního práva.

V tomto kontextu považuji za nutné poukázat na klíčový význam právní antropologie, resp. význam právních antropologů v soudním procesu, jakož i nutnosti právně antropologických znalostí samotných soudců. Soudce nemá pouze formálně aplikovat zákon, ale má povinnost nalézat právo v jeho kulturním kontextu, tedy i v souvislostech, které mu nemusí být vlastní, neboť jsou projevem odlišného sociokulturního prostředí (*T-522/2003*).

⁷ Dle čl. 33 kolumbijského trestního zákoníku: „Kdo pro mentální nevyzrállost, duševní poruchu, sociokulturní odlišnost nebo za podobných podmínek, v době spáchání činu nemohl rozpoznat jeho protiprávnost nebo ovládat své jednání, není za tento čin trestně odpovědný.“

Státní soudce tedy musí v rámci posouzení věci zhodnotit, zda daná osoba jednala v uvedeném omylu či nikoli, přičemž přihlíží zejména k celkovému pojetí světa ze strany dané komunity, stupně její izolovanosti od většinové společnosti apod. Pokud se prokáže, že souzená osoba si opravdu nemohla být v době spáchání činu vědoma jeho protiprávnosti, musí soudce rozhodnout o předání jejímu etniku, neboť status původního obyvatele jí automaticky dává právo být souzena dle práva domorodého společenství, jehož je příslušníkem. Nutno podotknout, že věc v rámci domorodé komunity pak vůbec být projednávána nemusí, neboť předmětné jednání není dle jejího světového názoru protiprávní.

Ústavní soud pak v této souvislosti poukazuje na to, že ustanovení o jednání v omylu z důvodu původu a vývoje v jiném kulturním prostředí slouží k ochraně původních obyvatel a nemělo by být chápáno pejorativně či diskriminačně – osoba není schopna posoudit protiprávnost svého jednání ne proto, že by toho nebyla schopna mentálně, ale proto, že dle jejího „právního vědomí“ není dané jednání v rozporu s normami společenství, ve kterém byla vychovávána a jehož normy považuje za vlastní. Zde pak hraje významnou roli i mezikulturní dialog a vzájemné pochopení různých kulturních kontextů, neboť jen tak lze dosáhnout skutečného naplnění uznání etnické a kulturní rozmanitosti jako ústavní hodnoty, jakož i její účinné ochrany (C-370/2002).

3 POJETÍ TRESTNÉ ČINNOSTI A TRESTÁNÍ JAKO PROJEV PRÁVNÍHO PLURALISMU

Jak již bylo řečeno, výše zmíněný omyl je institutem trestního práva a trestní právo také představuje právní oblast, v níž je velmi patrný rozdíl mezi domorodým a státním pojetím toho, co je a není protiprávní, a tedy trestné. Jednání, která jsou dle vnitrostátního práva klasifikována jako trestný čin, nemusí nutně zakládat trestnost u domorodých národů, a naopak. Typickým příkladem je výroba a nakládání s omamnými a psychotropními látkami, jakož i pěstování rostlin tyto látky obsahující. Pro domorodé národy je konzumace některých psychotropních rostlin neodmyslitelnou součástí jejich kultury a společenských zvyklostí, typicky užívání listů koky původními obyvateli andské oblasti. V této souvislosti je však třeba poznamenat, že pokud se z pěstování těchto rostlin sloužících pro vlastní či rituální potřebu stane obchod, tj. jsou pěstovány za účelem výroby kokainu,

je takové jednání přísně trestáno dle vnitrostátního práva (k výlučné pravomoci soudů republiky viz výše). Jiným příkladem může být udržování partnerských, a tedy i sexuálních, vztahů velmi mladých dívek, typicky již ve věku od 12 do 15 let, s muži. Státní trestní právo by v takovém jednání spatřovalo pohlavní zneužití dítěte, u domorodých národů (např. u etnika *embera-chamí* obývajícího zejména západní část Kolumbie) je však běžnou praxí, že se dívky již v tomto věku vdávají a zakládají rodiny.

Naopak z jednání, která jsou dle domorodého práva považována za trestné činy, avšak státním právem nikoli, lze zmínit typicky nevěru. Ta je považována za trestnou proto, že cizoložství je vnímáno nejen jako neúcta k partnerovi, ale i k širší rodině a jako narušení sociální soudržnosti v rámci komunity. Stejně tak neúčast na komunitních pracích (na tzv. *mingách*) je považována za odsouzeníhodné a protispolečenské jednání, neboť znamená nerespektování norem reciprocity, jež jsou pro existenci komunity klíčové (*Gómez Valencia, 2015, s. 396*).

Typickými a častými delikty, které zná jak domorodé, tak státní právo jsou různá ublížení na zdraví, krádeže či loupeže. Dochází rovněž i k případům domácího násilí, partnerského násilí, resp. násilí páchaného na ženách, či násilné trestné činnosti se sexuálním podtextem; taková jednání jsou často u nativních kultur spojena s užíváním alkoholu, a proto i jeho nadměrná konzumace je považována za protispolečenské jednání, neboť – opět – narušuje soudržnost a harmonii v rámci společenství a představuje nerespektování jejich hodnot.

V obecné rovině je spáchání trestného činu v rámci společenství původních obyvatel předně vnímáno jako narušení mezilidských vztahů – dobrých vztahů a sounáležitosti v rámci komunity. Je v něm spatřováno nejen způsobení újmy konkrétní oběti, ale i celé komunitě, protože jakákoli negativní událost oslabuje její harmonii a rovnováhu. A nejen její – spácháním trestného činu dochází i k porušení vnitřní harmonie a rovnováhy samotného pachatele, a proto je třeba s ním s ohledem na to pracovat.

Reakce na trestnou činnost tak logicky není pojmána primárně jako trestání, ale jako náprava či zhojení, a to jak pachatele jako člověka, tak vztahů uvnitř komunity. Pachatel je v rámci takové nápravy veden především k reflexi vlastního chování a přijetí odpovědnosti za něj. Komunita se ptá po příčinách jeho jednání a poskytuje mu podporu tak, aby se „uzdraven“ a „očištěn“ stal opět jejím plno-

hodnotným členem a nežádoucí chování do budoucna již neopakoval. V rámci podpory pachatele je zdůrazňována výchovná rovina ve smyslu nasměrování jej jako osoby, která sešla z cesty, opět na cestu správnou.

Kulturní rozdíly se v rovině trestního práva tedy nepromítají jen do jednání, která jsou považována za trestná, ale také pokud jde o jejich sankcionování. Patrně největší rozdíl lze vysledovat u trestu odnětí svobody; zatímco pro západní kulturu tento představuje trest univerzální a často ukládaný, z pohledu nativních obyvatel postrádá význam - dle domorodého pojetí trestání není účelem trestu izolace pachatele, ale naopak ponechání jej na svobodě s tím, aby odčinil újmu, kterou způsobil, a co nejlépe se znovu stal plnohodnotnou součástí komunity. V tomto kontextu je třeba zmínit, že tradiční domorodé společenství funguje jako celek a jeho příslušník je primárně pojímán jako součást tohoto celku; v důsledku toho je bez něj existence komunity problematická. Odnětí svobody a izolace pachatele tak nemá smysl ani z hlediska jeho možného útěku, neboť opuštění komunity rozhodně není v zájmu jejího člena. I proto je jedním z nejtvrdějších trestů, ukládaných za ta nejzávažnější protispolečenská jednání, právě vyloučení ze společenství. Tento trest je ukládán i v případě, že osoba porušuje standardy chování dané komunity opakovaně, neboť v takovém jednání je spatřována neschopnost sebereflexe a poučení se z vlastních chyb, a pro takovou osobu tedy nemůže být ve společenství místo (*Gómez Valencia, 2015, s. 391–394*).

Nicméně, výše řečené neznamená, že by původní obyvatelé trest odnětí svobody, resp. jakousi formu izolace pachatele, vůbec neznali. Pokud je však taková sankce uložena, vyznačuje se většinou krátkým trváním (od 1 do 7 dní), přičemž jejím smyslem a účelem je poskytnutí viníkovi prostoru pro reflexi jeho zavrženíhodného chování tak, aby se z něj poučil a do budoucna jej již neopakoval (*Borja Jiménez, 2009, s. 19 a 28*). Například pro lid *Nasa* obývající území Cauca a Valle de Cauca jsou pak typická i zařízení vězeňského typu zvaná *Centros de armonización*, kde odsouzená osoba pobývá déle – klidně i několik měsíců či let; cíl je však stejný – sebereflexe, náprava, resocializace a prevence, nikoli represe a odplata, jež jsou typicky asociovány s výkonem trestu odnětí svobody z pohledu západního práva.

V této souvislosti je třeba připomenout základní teorie trestání promítající se do západního pojetí práva. Teoretických a filosofických přístupů snažících se

poznat smysl a účel trestání existuje několik – od absolutních akcentujících retributivní a represivní funkci trestu, přes relativní zdůrazňujících prevenci až po teorie trest úplně odmítající jako je například abolicionismus či teorie nabízející určité alternativy k trestu jako takovému. Tradiční retributivní pohled vychází z premisy odplaty, tj. že na způsobení újmy je třeba reagovat rovněž způsobením újmy. V centru zájmu retributivního přístupu tak stojí pachatel a jeho sankcionování, zatímco oběť trestného činu je opomíjena. Novější retributivní přístupy však potřeby oběti reflektují, a to v rámci reparace a kompenzace způsobené újmy. Relativní přístupy k účelu trestu spatřují účel sankce zejména v prevenci a s tím související odrazující, ale i výchovné funkci trestu; stejně jako teorie absolutní však ani tyto nevěnují dostatečnou pozornost oběti trestného činu. Moderní trestní právo pak v sobě spojuje oba uvedené přístupy. Alternativní pohled na trestání přináší Claus Roxin, který jako dostatečnou reakci na spáchání trestného činu vnímá odškodnění oběti. Prioritou je tedy pro něj oběť trestného činu, resp. její reparace, a v případě pachatele neklade důraz na jeho sankcionování, ale na výchovné působení a resocializaci.

Roxin vnímá trestnou činnost jako faktor narušující vzájemné soužití lidí ve společnosti a za jeden z hlavních úkolů trestního práva považuje hledání způsobů řešení trestné činnosti přispívajících k udržení pokojného stavu ve společnosti. Z tohoto důvodu upřednostňuje alternativní řešení trestné činnosti a striktně odmítá nepodmíněný trest odnětí svobody, neboť tento pachatele izoluje od společnosti, vede k zpřetrhání jeho sociálních vazeb a ztěžuje jeho resocializaci. Za velmi účinnou sankci naopak považuje trest obecně prospěšných prací, neboť takto pachatel odčiní újmu způsobenou spácháním trestného činu společností jako celku. V souvislosti s odškodněním poškozeného Roxin zdůrazňuje jeho symbolickou rovinu spočívající v omluvě, ve vyjádření jeho lítosti a snahy po nápravě situace způsobené spácháním trestného činu, tj. obnovení bezkonfliktní situace, čímž rovněž pachatel dává najevo zájem o reintegraci do společnosti (Dlešítková, 2010, s. 209–210).

Nejen represe, ale i snaha o nápravu a výchovné působení na pachatele trestného činu, jeho resocializace a předcházení recidivě, stejně jako prevence a reparace, resp. satisfakce oběti, jakožto cíle reakce na trestnou činnost jsou příznačné i pro západní trestní právo, když jsou akcentovány zejména v souvislosti

s konceptem restorativní justice.⁸ Takový náhled na trestnou činnost a reakci na ni je velmi blízký pohledu domorodému.

Lze tedy shrnout, že domorodé národy spatřují účel trestu nejen v potrestání pachatele jako takovém, ale především v nápravě vztahů narušených protiprávním chováním, jakož i ve znovu začlenění toho, kdo porušil standardy chování dané komunity, zpět do tohoto společenství tak, aby se opět stal jeho plnohodnotnou součástí, což má ve svém důsledku vést k celkovému obnovení rovnováhy, stability a harmonie v rámci daného společenství (*Borja Jiménez, 2006, s. 125*). Z uvedeného vyplývá, že typickými sankcemi, resp. formami nápravy, ukládanými v rámci domorodých kultur jsou práce pro komunitu charakteru obecně prospěšných prací, neboť tyto představují účinný způsob, jakým může osoba vůči komunitě odčinit, co způsobila svým protiprávním jednáním. Z logiky věci pak vyplývá, že součástí trestu-nápravy je i odškodnění konkrétní oběti, které byla způsobena újma (*Gómez Valencia, 2015, s. 391–394*).

Náprava jako účel trestu je pak vnímána i v rovině symbolické, resp. rituální, což se projevuje v případech trestů tělesných. Fyzické tresty jsou chápány jako prostředek vedoucí ke spirituální očistě viníka a zbavení jej „zlých sil“, jež zapříčinily jeho protispolečenské chování. Jedná se především o koupele ve studené vodě či šlehání kopřivami, popř. jinými léčivými rostlinami, a dále pak trest spočívající v zavření do klády zvaný *cepo* a trest spočívající v ranách bičem (*fuete*), jež jsou typické především pro lid *Nasa*.

Velký význam tedy hraje výchovná a očišťující rovina trestu, stejně jako rovina morální. Spirituální přesah pak můžeme sledovat především v tom, že pachatel trestného činu je považován za osobu nemocnou – nemocnou na mysli a na duchu. Pachatelovo jednání je tak symptomem nemoci, jejíž příčiny je nutné najít. Zásadní aspekt jeho nápravy tak představuje jeho „vyléčení“, tj. jistá vnitřní (spirituální) transformace, s tím, že jsou léčeny příčiny nemoci. V podstatě to znamená, že pachatel trestné činnosti není v pořádku, v důsledku čehož není

⁸ Restorativní justice je považována za jiný, moderní, přístup k trestní spravedlnosti, který ve spáchání trestného činu vidí spíše než porušení právních norem způsobení újmy a narušení mezilidských vztahů. V důsledku toho i v reakci na trestnou činnost akcentuje spíše než potrestání pachatele, jeho nápravu a přijetí zodpovědnosti za spáchaný čin, přičemž se zaměřuje i na oběť trestného činu a na její potřeby.

v pořádku ani to, jak se zachoval – co udělal. Proto by měl být jistým způsobem napraven, vyléčen a očištěn tak, aby došlo k obnovení jeho vnitřní rovnováhy, a ve svém důsledku i rovnováhy v rámci celé komunity.

Reakce na trestnou činnost má pak mimo jiné i rituální význam – jedná se o rituál překonání nežádoucí události tak, aby byl obnoven pokojný stav v rámci společenství. Vyřešení konfliktní situace vzniklé v důsledku spáchání trestného činu má výchovnou, transformační a reparační funkci, jakož i morální a symbolický význam. Ústřední roli v domorodé kosmovizi totiž hraje harmonie a rovnováha a od toho se odvíjí všechno ostatní.

4 ÚSTAVNOST TĚLESNÝCH TRESTŮ JAKO PROJEV PRÁVNÍHO PLURALISMU

Tresty spočívající v zásahu do tělesné integrity jsou patrně nejmarkantnějším projevem odlišnosti západního a domorodého myšlení. V důsledku toho představují zásadní moment v kontextu rovnocenného právně pluralistického přístupu zohledňujícího kosmovizi původních obyvatel a chápajícího kulturní souvislosti, čímž se opět dostáváme ke vztahu domorodého a státního práva obecně. A skutečně – trest spočívající v zavření do klády, jakož i v ranách bičem, byly podrobeny přezkumu kolumbijským Ústavním soudem pro možné porušení lidských práv, konkrétně zákazu mučení a jiného krutého a nelidského zacházení. Ústavní soud, pokud jde o výkon zmíněných fyzických trestů, se zohledněním kulturních hodnot původního obyvatelstva deklaroval, že tyto nepředstavují kruté a nelidské zacházení či mučení, ale mají dle tradičního pojetí spravedlnosti domorodými národy symbolický (očistný) a rituální význam (*T-349/1996*). Jak je konstatováno v zásadním nálezu kolumbijského Ústavního soudu týkajícího se této problematiky publikovaného pod č. *T1997/523-*, účelem trestu není působit viníkovi utrpení, a i když může dojít k následkům na jeho tělesné integritě, nejde o „jakési bezduché lynčování“, neboť se jedná o symbolický rituál, který slouží nejen k potrestání, ale i očištění (tj. napravení) pachatele, a konečně i k obnovení jeho místa v rámci komunity a opětovnému nastolení soudržného a harmonického soužití jejích členů; smysl a symbolický význam trestu tak převažuje případnou tělesnou újmu (*T-523/1997*).

Citovaný **nález Ústavního soudu Kolumbie č. T1997/523-** lze svým zaměřením tematicky zařadit pod problematiku státní garance principu etnické a kulturní

diverzity, tj. státní garance mírové koexistence odlišných kultur a jejich vidění světa, když Ústavní soud konstatuje, že je povinností státu garantovat etnickou a kulturní diverzitu, a to i přes existenci jistého napětí či odlišnosti mezi kulturními zvyky, tradicemi, praktikami, hodnotovým systémem a obecně světonázorem, jakož i právními systémy a univerzální platností základních lidských práv a svobod (*T-523/1997*). K mírovému soužití odlišných kultur má sloužit zejména interkulturní dialog, jehož účelem je shodnout se alespoň na tom nezbytném minimu umožňujícím soužití kultur, když tento minimální standard tvoří tzv. jádro lidských práv, tj. právo na ochranu života, zákaz otroctví a zákaz mučení a jiného krutého a nelidského zacházení, stejně jako zákonnost procesu, jakož i zákonnost trestného činu a trestu.⁹

V předmětném rozhodnutí tedy Ústavní soud akcentuje, že je povinností státu garantovat mírové soužití různých kultur s odlišným, často protikladným, pohledem na svět. V tomto ohledu je klíčovým aspektem vzájemné porozumění a pochopení, když toleranci a respekt považuje za znak moderního státu (*T-523/1997*). V tomto rozhodnutí rovněž akcentuje pravidlo maximalizace autonomie a s tím korespondující minimalizace omezení (viz. výše), přičemž tato kritéria naplňuje konsenzus na dodržení minimálního standardu lidských práv, tj. tvrdého jádra lidských práv.

Ve světle výše uvedeného se pak Ústavní soud vyslovil ohledně ústavnosti trestu *fuete*, což tvoří stěžejní část citovaného rozhodnutí. Předně uznává symbolický a rituální přesah daného trestu s tím, že se nejedná o mučení a kruté a nelidské zacházení, když zásah do fyzické integrity je minimální, jinými slovy narušení tělesné integrity je přiměřené. Účelem trestu totiž není způsobit utrpení, ale očistit a napravit viníka, jakož i obnovit mírové soužití v komunitě. Jedná se o symbolickou figuru s rituálním přesahem spojující v sobě funkci represivní i – a to především – funkci nápravnou a výchovnou. V širším kontextu tento trest představuje střet dvou odlišných typů myšlení – západního a domorodého: dle západního názoru se trestá, protože byl spáchán trestný čin; primárním cílem

⁹ V tomto se vychází ze zásad *nullum crimen sine lege* (není trestného činu bez zákona) a *nulla poena sine lege* (není trestu bez zákona), tj. jen zákon stanoví, jaká jednání jsou trestnými činy a jaké tresty za ně lze uložit. V procesní rovině se pak jedná o zákonný postup, tj. aby procesní postup byl v souladu se zákonem – u domorodých komunit v souladu s jejich zvyky a tradicemi.

trestu je tedy odplata a postih pachatele za protiprávní jednání (represe). Naopak, dle domorodého pojetí se trestá, lépe řečeno napravuje, aby byl obnoven pořádek, mír a harmonie v komunitě, aby se viník znovu stal jejím plnohodnotným členem a aby bylo předcházeno páchání takových skutků do budoucna; akcentována je tedy náprava, prevence a resocializace. Západní právo považuje tělesné tresty za nepřijatelné, neboť narušují důstojnost člověka, domorodé právo v nich spatřuje očišťující prvek směřující k nápravě pachatele tak, aby se znovu stal plnohodnotným členem společnosti, jehož je součástí (*T-523/1997*).

Ústavní soud v citovaném rozhodnutí tedy shrnuje, že je plně v souladu s garancí etnické a kulturní diverzity, jakož i s garancí autonomie domorodé jurisdikce, aby domorodé komunity ukládaly své vlastní sankce a používaly své vlastní metody nápravy. V pluralistické společnosti nemůže převládnout západní názor a přístup k trestání; naopak na místě je maximální míra respektu k původnímu obyvatelstvu a jejich normám, když limitem je soulad s minimálním standardem lidských práv (viz výše). Fyzický trest *fute* je tedy ústavně konformní, neboť se jedná o minimální zásah do fyzické integrity a tradiční, stovky let užívaný, trest v dané komunitě sledující specifický účel, a proto jej nelze považovat za projev mučení či jiného krutého a nelidského zacházení (*T-523/1997*). Závěr Ústavního soudu lze tedy považovat za pro-indigentistický výklad a projev horizontálního právního pluralismu, a tedy jej kvitovat.

Pro úplnost je třeba ještě dodat, že Ústavní soud v této souvislosti odkazuje mimo jiné na rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Tyrer* proti Velké Británii spatřující ve fyzickém trestání mladého hochu narušení jeho důstojnosti, jakož i na obecný zákaz tělesných trestů v kontextu západního práva, přičemž akcentuje, že se jedná o odlišný sociokulturní kontext, s nímž nelze domorodý výkon spravedlnosti srovnávat (*T-523/1997*).

Závěr kolumbijského Ústavního soudu v otázce ústavní konformity fyzických trestů lze interpretovat jako výraz respektu a pochopení tradičních domorodých praktik ze strany státního práva, a tedy plně naplnění idejí a principů právního pluralismu v praxi. V obecnější rovině jej lze vnímat jako vyslovení se stran střetu zájmu na dodržování lidských práv na jedné straně a ústavní garancí autonomie domorodých komunit zahrnující i výkon spravedlnosti dle vlastních zvykových norem na straně druhé tak, že v pluralitní společnosti nemůže převládnout

pohled západní, i když je považován za většinový, přičemž je nutné respektovat Ústavou garantované právo domorodých komunit na sebeurčení.

ZÁVĚR

Multikulturní a pluralitní charakter nejen Kolumbie, ale i jiných států Latinské Ameriky, spočívá v mnohosti systémů různých hodnot, přesvědčení a způsobů bytí a chápání světa (kosmovize), právní regulaci společenských vztahů nevyjímaje. Odlišné kultury pak musí společně koexistovat a interagovat, což implikuje jiný než monistický náhled na věc. Zatímco koncept právního pluralismu v latinskoamerických zemích souvisí s uznáním práv původních obyvatel na sebeurčení, jde o téma velmi aktuální i pro nás, a to s ohledem na prosazování multikulturalismu a právního pluralismu i v naší evropské kultuře – i v Evropě se totiž mísí více kultur, právní pluralismus je diskutován jak z hlediska mezinárodního práva, tak zejména z hlediska práva Evropské Unie ve vztahu k vnitrostátním právním řádům členských států.

Pokud jde o Kolumbii, právo tradičních domorodých společenství na samosprávu a vlastní jurisdikci vycházející z jejich zvyků, obyčejů a kulturních hodnot, je garantováno přímo Ústavou, když limitem, jenž je vnímán jako určitá nadřazenost západního práva, je ochrana lidských práv, zejména pokud se týká práva na život, zákaz mučení a práva na spravedlivý proces. Takto relativizovaný právní pluralismus se snaží Ústavní soud vyvážit výkladem spočívajícím v maximalizaci garance práva domorodých národů na autonomii a s tím korespondující minimalizaci jejího omezování, což lze vnímat jako příklon od vertikálního právního pluralismu k horizontálnímu a jako vyjádření respektu a úcty k rozmanitosti a zájmu na jejím zachování.

Je důležité, aby většinová společnost, resp. stát, rozuměl a chápal postupy, které probíhají v domorodých komunitách a aby pochopil, že tyto nemůže srovnávat se státní justicí, neboť tyto přístupy vycházejí ze zcela odlišných paradigmat. Za projev rovnocenného právního pluralismu lze považovat jeden z institutů trestního zákonodárství – omyl vyplývající ze sociokulturní odlišnosti, jež vylučuje trestní postih osoby, která si v důsledku příslušnosti k jiné kulturní skupině, a tedy v důsledku odlišného vnímání světa, nebyla a nemohla být vědoma protiprávnosti svého jednání (tj. protiprávnosti z pohledu západního práva). Dalším, patr-

ně ještě zásadnějším, projevem rovnocenného právně pluralistického přístupu zohledňujícího domorodý světový názor a chápajícího kulturní souvislosti, je ústavní konformita trestů spočívajících v zásahu do tělesné integrity člověka. Ačkoli se mohou tyto praktiky na první pohled západní společnosti jevit kontroverzními, zejména s ohledem na ochranu lidských práv, jejich akceptace poukazuje na plné porozumění odlišné kosmovizi a ve svém důsledku představuje i ochranu lidských práv, a to práv menšin, neboť právo na autonomii a s tím související etnicou a kulturní diverzitu jsou v tomto ohledu lidskými právy.

Domorodé národy obývající oblast Latinské Ameriky historicky, v návaznosti na dobytí a kolonizaci západem, trpěly sociálním, politickým a ekonomickým vyloučením ze strany většinové společnosti, byla jim zabírána půda a nebyla respektována jejich kultura; v podstatě od 15. století takřka do konce století dvacátého bylo původní obyvatelstvo považováno za podřadné a bylo marginalizováno a diskriminováno. Navzdory tomu se však původním obyvatelům podařilo zachovat svou svébytnost, vlastní zvyky, tradice a kulturní hodnoty, jakož i moudrost zděděnou po předcích.

Zásadní obrat nastal v 90. letech 20. století, konkrétně v Kolumbii v souvislosti s přijetím nové Ústavy v roce 1991, definující Kolumbii jako multikulturní stát respektující etnickou diverzitu a z ní vyplývající uznání práva domorodých kultur na sebeurčení, autonomii a vlastní jurisdikci. Tím byl ze strany státu vyslán společnosti jasný signál, že je třeba k původním obyvatelům přistupovat s respektem a plným uznáním jejich práv, a jasný signál, že v pluralitní společnosti nemůže převládnout pohled západní, i když je považován za většinový. Právní pluralismus a účinné naplňování principů, ze kterých vychází, v praxi představuje snahu o vstřícný, pro-indigenistický, přístup a praktické naplnění těchto tendencí.

SEZNAM POUŽITÝCH ZDROJŮ

BORJA JIMÉNEZ, E. (2006). Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica. HURTADO POZO, José. *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal* [online]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, s. 151-101 [cit. 09-13-2022]. ISBN 9972427625. Dostupné z: <https://vlex.com.pe/vid/sancionadores-originarios-latinoamerica-382325078>.

BORJA JIMÉNEZ, E. (2009). Derecho indígena, sistema penal y derechos hu-

- manos. *Nuevo Foro Penal* [online]. 5(73), 11–46 [cit. 2022-09-13]. Dostupné z: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1868>
- DLEŠTÍKOVÁ, T. (2019). *Poškozený a oběť trestného činu v kontextu restorativní justice*. Disertační práce. Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy. Dostupné z: <https://dspace.cuni.cz/bitstream/handle/20.500.11956/111380/140075885.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- DE SOUSA SANTOS, B. (1987). Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, 14(3), 279–302. ISSN 0263-323X.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del sur*. Siglo del Hombre. ISBN 978-612-45667-2-1.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. ILSA. ISBN 978-848-16498-3-3.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2010). El discurso y el poder (Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica). *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana De Política, Filosofía Y Derecho*, (26). ISSN 0188-3968. Dostupné z: <https://doi.org/10.22201/ceiich.01883968p.2007.26.16772>.
- EHRlich, E (2001). *Fundamental principles of sociology of law*, Routledge. ISBN 9780765807014.
- TEUBNER, G. (2019). *Global bukowina. Critical Theory and Legal Autopoiesis*. ISBN 9781526139948.
- GERLOCH, A. (2009). *Teorie práva*. 5. upravené vydání. Aleš Čeněk. ISBN 978-80-7380-023-9.
- GIDDENS, A. (1997). *Sociologie*, Polity Press. ISBN 0-7456-1802-2.
- GÓMEZ VALENCIA, H. a PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA. (2015). *Justicias indígenas de Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político*. Bogotá: Virtual Publicidad. ISBN 978-958-8857-15-2.
- GRIFFITHS, J. (1986). What is Legal Pluralism? *The Journal Of Legal Pluralism And Unofficial Law*, 24(18). ISSN 0732-9113.
- GRIFFITHS, J. (2001). Legal Pluralism. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. ISBN 978-0-08-043076-8.
- HOEKEMA, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *El Otro Derecho*, 26-27, ILSA. ISSN 0122-2252.
- MERRY, S. E. (1988). Legal Pluralism. *Law & Society Review*. 22(5). ISSN 0023-9216.

- MERRY, S. E. (2001). Law: Anthropological Aspects. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. ISBN 978-0-08-043076-8.
- MOORE, S. F. (1973). Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. *Law & Society Review*. 7(4). ISSN 0023-9216.
- POSPÍŠIL, L. (1997). *Etnologie práva*. Set out, 1997. ISBN 80-902058-4-4.
- SÁNCHEZ BOTERO, E. (2009). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia, *Nueva Antropología*, 22(71). Asociación Nueva Antropología. ISSN ISSN 0185-0636.
- SÁNCHEZ BOTERO, E. (2005). Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígena en una nación multicultural y multiétnica, *Revista IIDH* [online]. N°41 . Dostupné z: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-9.pdf>
- TAMANAH, B. Z. (1993). The Folly of the ‚Social Scientific‘ Concept of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*. 20(2). ISSN 0263-323X. Dostupné z: doi:10.2307/1410167.
- TEUBNER, G. (2019). Global Bukowina. In: TEUBNER, G., GÖBEL, D., ed. *Critical theory and legal autopoiesis*. Manchester University Press. ISBN 9781526139948.
- VELASCO CANO, N. (2018). Pluralismo jurídico y la Justicia Indígena Nasa como expresión local. In: VELASCO CANO, N., LLANO FRANCO, J. V., & LAGOS ENRÍQUEZ, M. *Pluralismo jurídico, justicia indígena y sistema cancelario*. Grupo Editorial Ibáñez. ISBN 978-958-749-986-5.
- WOLKMER, A. C. (2003). *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*, CENEJUS. ISBN 978-8491486114.
- WOLKMER, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. ILSA. ISBN 958-9262-30-9.
- WOLKMER, A. C. (2018). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. DYKINSON. ISBN 9788491486114.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos, *El Otro Derecho*, 30. ILSA. ISSN 0122-2252.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. (2006). *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: guía para la atención especializada por parte de las oficinas del Ombudsman* [online]. San José: IIDH [cit. 2022-09-13].

ISBN 9968-917-51-6. Dostupné z: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2014/acceso-a-la-justicia-completo-2006.pdf>

Ústavní soud Kolumbie, rozhodnutí T254- z roku 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ústavní soud Kolumbie, rozhodnutí SU-510 z roku 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ústavní soud Kolumbie, rozhodnutí T-349 z roku 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Ústavní soud Kolumbie, rozhodnutí C139- z roku 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Ústavní soud Kolumbie, rozhodnutí T496- z roku 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Ústavní soud Kolumbie, rozhodnutí T523- z roku 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Ústavní soud Kolumbie, rozhodnutí T1238- z roku 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Ústavní soud Kolumbie, rozhodnutí C370- de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Ústavní soud Kolumbie, rozhodnutí T522- z roku 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández

JUDr. Tereza Dlešíková, Ph.D.

Policejní akademie ČR v Praze, Katedra trestního práva

Email: dlestikova@polac.cz