

La antropología jurídica (una visión etnológica del derecho)

Carlos Durand Alcántara*

derecho consuetudinario indio

En este ensayo se utilizan indistintamente las categorías: derecho consuetudinario indio, costumbre india y derecho indio, como instrumentos referenciales que permiten acercarnos a la compleja red de argumentos que a nuestro parecer explican la normatividad jurídica en las etnias indígenas de México. Se pretende abarcar fundamentalmente dos aspectos:

- a) Incursionar en el estudio de la posible existencia del "derecho consuetudinario indio" (categoría integrante de la antropología jurídica).¹ Lo que en su conformación aportaría pautas respecto de las relaciones que mantiene el bloque hegemónico con los pueblos indios, al ser dimensionadas objetivamente aquellas "normas jurídicas", que si bien no fluyen desde el poder hegemónico, existen y regulan en buena parte la cotidianeidad de los pueblos de referencia.
- b) Advertir la posible existencia de un marco teórico y metodológico que describa y "sistematice" al llamado derecho consuetudinario indio.

Valiéndonos de los principales referentes empíricos y teóricos hasta hoy formulados por las ciencias sociales, sostenemos la hipótesis de que en las sociedades humanas siempre se han aplicado determinadas normas de regulación social, a las que reconoceríamos como propiamente jurídicas. Afirmación que se contrapone a las concepciones que explican la existencia del derecho, tan sólo con el surgimiento del estado. El derecho, en un sentido amplio, puede ser comprendido solamente en la estructura social en que surge y se reproduce, de ahí la importancia de reconocer las relaciones sociales que entablan los sujetos en un determinado momento histórico de su desarrollo, siendo un auxiliar importante en la interpretación de la "antropología jurídica", el pensamiento sociológico (y aún de manera más específica el de la sociología jurídica), ello sin ubicarnos en un "sociologismo" a ultranza. De la sociología nos interesa más bien recuperar categorías propias de la estructura social, como son, la estratificación, la socialización y el cambio social, entre otras.

En el marco del derecho se busca reinterpretar la fundamentación positivista de esta disciplina, advirtiendo la existencia de otros patrones de justicia, autoridad y normatividad. Con ello no se pretende descalificar ningún estudio normativo, sino que más bien se intenta aportar el punto de vista de la práctica jurídica y mencionar algunos autores que han formulado reflexiones de interés sobre estos aspectos. En relación al derecho consuetudinario indio, el desarrollo del pensamiento jurídico positivista (concepción hegemónica del derecho) tiene dos explicaciones: aquella que desconoce plenamente la posible existencia de tal derecho (como un todo "orgánico"), esto es, que solamente es derecho el

* Profesor-investigador "C", del área de Derecho Económico. Doctor en Antropología Jurídica por la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, miembro del Sistema Nacional de Investigadores CO- NACYT.

1. El concepto antropología jurídica es una categoría en construcción, cuya esencia es compleja, ya que en su adecuación más amplia identificaría al ser humano en el medio socio cultural en que desarrolla diversas relaciones jurídicas. Es válido aclarar que conforme a los objetivos de este estudio, el intento de construcción conceptual, en el que se ubica la "antropología jurídica", como una parte de la antropología en general, constituye tan sólo uno de los aspectos que integran a esta rama de la antropología, considerando asimismo, que si bien se realizará una mirada retrospectiva del derecho indio, el interés principal es el de su análisis y construcción actual, como un *jus vivens*.
2. Hegemonía, en el sentido acuñado por GRAMSCI.

institucional y la concepción que reconoce a la costumbre jurídica (dijéramos la costumbre jurídica india) como una fuente del derecho, o en el mejor de los casos, como un "sistema de derecho consuetudinario",³ es decir, el *common law*, aplicable más bien en otras latitudes, sin corresponder a las realidades en que se desenvuelven los pueblos indios.

Nuestra explicación del derecho indio busca recuperar argumentos teóricos de la antropología y la sociología, que establecen la diversidad sociocultural de los pueblos, con lo cual se reconoce a su vez la existencia de una diversidad sociojurídica en el entendido de que el derecho existe, más o menos como todos los elementos de la cultura, de acuerdo con el uso que se haga de él. En algunas sociedades, sirve a unos pocos y reprime a los más; en otras, sirve a criterios con los cuales la mayoría se siente identificada; en otros más, no parece responder a las ideas de "justicia" por unas u otras clases o grupos de la sociedad o se ha constituido en objeto particular de estudio de la antropología. Serán recuperados algunos estudios etnográficos, que de manera "tangencial" han incorporado al fenómeno en cuestión.

Por otro lado, acudiremos a las aportaciones que en materia de autoridad ha realizado la antropología política, toda vez que se reconoce la tesis de que los "sistemas jurídicos" se agrupan y aplican en relación al fenómeno del poder, circunstancia significativa para los fines del presente estudio.

Sabemos que el análisis es aún más complejo, por existir una visión mucho más amplia, es decir interdisciplinaria, en la que se vinculan categorías y argumentos de otras ciencias como la psicología social, la antropología social y la lingüística; valgan en tal sentido algunas referencias que en el transcurso del trabajo serán esbozadas.

De esta forma, se intenta estudiar al derecho consuetudinario indio, no de manera lineal, es decir a partir solamente de la concepción jurídica, sino interpretarlo en relación al conjunto de disciplinas que lo fundamentan, bajo una comprensión "holística".

1. Algunos elementos para la historia de la antropología jurídica

La costumbre,⁴ como objeto de estudio específico de la antropología, comenzó a ser analizada en el siglo XVIII por la "escuela alemana", siendo una de las categorías más remotas de la denominada antropología cultural.⁵ Durante el siglo XIX, en la búsqueda de la "cientificidad antropológica", sus estudios agruparon el análisis de la costumbre en una categoría más amplia que fue la de cultura, periodo en el que cobraba fuerza el pensamiento evolucionista. Al referirse a esta concepción antropológica, Dumolin señala:

"La tradición humanista liberal en su concepto sobre la cultura encuentra su florecimiento en la antropología evolucionista, surgida en Inglaterra y demás países capitalistas avanzados a mediados del siglo pasado. Entre los evolucionistas, Edward B. Taylor es el que más utilizó la noción de cultura; introdujo el término en el uso científico inglés como concepto fundamental de lo que llamó su teoría de desarrollo natural de la civilización. En este esquema evolucionista, se desarrolla la trayectoria de las instituciones principales de la sociedad capitalista desde sus orígenes en la sociedad primitiva, de tal modo que se viera claramente que las formas burguesas eran la etapa superior de desarrollo humano."

Franz Boas, al referirse a la cultura señalaba:

"La cultura incluye todas las manifestaciones de los hábitos sociales de una comunidad, las reacciones del individuo, afectado por los hábitos del grupo en el cual vive, y los productos de las actividades humanas en cuanto determinado por estos hábitos."⁶ De esta manera, el estudio de las normas sociales y en particular de la costumbre jurídica, quedaba agrupado en el contexto cultural de los distintos grupos humanos.

3. Como ejemplos del sistema *Common Law* encontramos al británico, canadiense y estadounidense. Este es un sistema dual de cuño histórico y tradicional en el que se incorporan, tanto la costumbre como la legislación. La forma en que la costumbre se establece como derecho vigente de estas naciones, es a través de la jurisprudencia, es decir, conforme a los precedentes judiciales que se asientan en la Suprema Corte de Justicia y en los tribunales; sobre el tema consúltense; RABASA, Oscar, *El derecho Angloamericano*, Ed. Porrúa, México, 1982 y WATSON, Richard, *Democracia americana*, Ed. Limusa, México, 1993.

4. En el marco de la juridicidad, la costumbre (en su sentido más amplio) históricamente, agrupó a la costumbre jurídica de los pueblos, aspecto que como advertiremos en el transcurso de este trabajo dio paso a la normatividad jurídica de los pueblos primitivos.

5. En las décadas siguientes al capitalismo industrial, con el gobierno democrático burgués, se hizo fije en Francia y especialmente en la Gran Bretaña la recuperación de las viejas costumbres, lo que dio lugar al nacimiento del folklore como lo llamo William J. THOMS, citado en HERKOVITS, J., *El hombre y sus obras*, México, 1952.

6. Franz BOAS, *Anthropology*, Encyclopedia of the Social Sciences, Macmillan, New York, 1980.

En este ensayo se utilizan indistintamente las categorías: derecho consuetudinario indio, costumbre india y derecho indio, como instrumentos referenciales que permiten acercarnos a la compleja red de argumentos que a nuestro parecer explican la normatividad jurídica en las etnias indígenas de México.

En su búsqueda epistemológica, una de las categorías más significativas aportada por la antropología cultural, respecto de las costumbres y su desarrollo, fue el "foco cultural" de Herskovits⁷, el cual presupone la existencia de determinada superestructura e ideas dominantes, aunque de alguna manera el problema entre modo de vida e ideas imperantes ya había sido explicado por los marxistas años atrás.

Dos personajes cuya obra es significativa en el campo de la antropología jurídica son Henry Mayne, quien en su obra *The early hist of institutions* (1875) planteó la interdependencia de las formas de parentesco, de propiedad y de gobierno, y consideró como movimiento general de la sociedad el paso del *status* al contrato, de los vínculos de parentesco a los vínculos territoriales; de la comunidad primaria al Estado, conceptos ligados al evolucionismo darwinista vigente en aquel entonces. Y Lewis Morgan⁸ que, de igual manera, dentro de la concepción evolucionista de la antropología, elaboró importantes fundamentos para la comprensión del derecho. En su trabajo *Ancient Society* (1877) en el que refirió a tres estadios fundamentales de desarrollo social (salvajismo, barbarie y civilización) ubicando "evolutivamente" el advenimiento de los albores de la humanidad, hasta las formas de gobierno propiamente dichas.

Bajo la concepción de Morgan, a mediados del siglo XIX en Alemania, surgió lo que podríamos denominar como la concepción "evolucionista" del derecho primitivo, con autores como Bachofen, Post, Bernhofft, Kóler y otros escritores que agrupados alrededor de la *Zetshrift für verleichen de Rechtswissenschaft*⁹ (e integrando los datos de los primitivos etnógrafos aficionados), tomaron como

objeto de estudio particular al derecho de los pueblos primitivos. Estos autores partieron de la hipótesis de la "promiscuidad primitiva" y el "matrimonio de grupo". Estas ideas se basaban en el supuesto de que en las sociedades primitivas, el individuo estaba dominado por el grupo -la horda, el clan o la tribu- y que obedecía a los mandatos de la comunidad así como a sus tradiciones. Argumentos que a la postre serían refutados por Malinowski, al considerarlos como "socializantes", con lo que se inhibía el posible conocimiento científico de dichos fenómenos.

1.1. La costumbre jurídica de los pueblos primitivos y la antropología

No fue sino a principios del siglo XX que los trabajos elaborados por Bronislaw Malinowski (1926) comienzan a dar cabida, dentro de la naciente antropología, a los estudios especializados sobre la normatividad jurídica de diversos pueblos de Oceanía (Islas Mailu, Papuasia, Nueva Guinea, Islas Trobriand).¹⁰ Este pensamiento jurídico antropológico queda de manifiesto en *Les argonautes du Pacifique occidental* (1922) y fundamentalmente en su ya tradicional obra, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje* (1926); dentro de este último ensayo el autor señala:

"Si llamamos 'cuerpo de costumbres' a la suma total de reglas, convenciones y esquemas de comportamiento, no hay duda alguna de que el nativo siente un gran respeto por ese cuerpo, una fuerte tendencia a hacer lo que otros hacen, lo que todo el mundo aprueba y, si sus apetitos o intereses no le llaman o impulsan en otra dirección, seguirá la fuerza de la costumbre antes que cualquier otro camino. La fuerza del hábito, el temor de los mandos tradicionales y su apego sentimental a todo el deseo

7. HERSKOVITS, Melville, *El hombre y sus obras, ja ciencia de la antropología cultural*, México, 1952, p. 78.

8. *Para una revisión minuciosa de la obra de LEWIS, Morgan, consúltese el número monográfico que publicó sobre el autor la revista Nueva Antropología en el año de 1977, núm. 7, México D.F.*

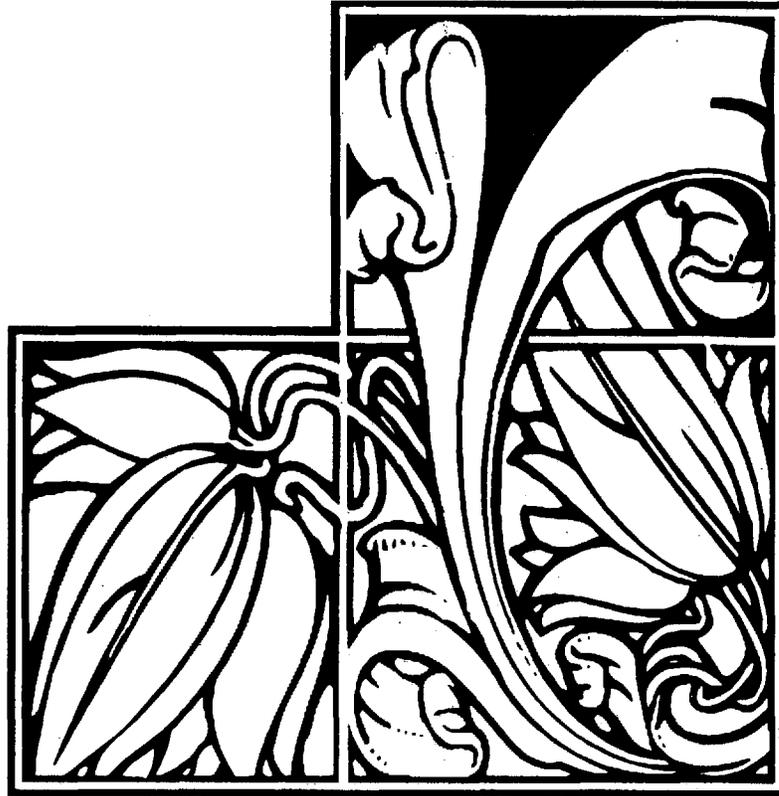
9. Cf. MALINOWSKI, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Ed. Ariel, Barcelona, 1982.

10. Michel PANOFF, nos ofrece una relatorfa pormenorizada de la secuencia histórica de los estudios de antropología aplicada de MALINOWSKI en *Malinosky y la antropología*, Ed. Labor, Barcelona, 1974.

que siente de satisfacer a la opinión pública, todo se combina para que la costumbre se obedezca por el solo hecho de serla. Como puede verse en eso los salvajes no difieren de los miembros de cualquier colectividad completa con un horizonte limitado, tanto si se trata de un ghetto de la Europa oriental como de un College de Oxford, o de una comunidad fundamentalista del medio oeste americano.¹¹

menos en lo que corresponde a la antropología jurídica) de los trabajos de este autor. Por su importancia, más adelante nos ocuparemos de su trabajo *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*.

Paralelo a la obra de Malinowski, pueden ser considerados los trabajos etnológicos de Marcel Mauss, quien profundizó (al igual que Malinowski) en el psicoanálisis, con el objeto de explicar las conduc-



Si bien, la formación factualista de Malinowski advierte algunas de sus limitaciones al traducir sus concepciones antro-po-etnológicas al funcionalismo (al que algunos autores le adhieren una visión etno- centrista), habrá que detenerse en la lectura (por lo

tas sociales que se desenvolvían en las comunidades primitivas. En Marcel Mauss es más notoria la visión etnocéntrica dentro de la antropología jurídica, al establecer un estudio de derecho comparado, entre el desarrollo europeo (romano-germánico) y el de los pueblos primitivos. Años más tarde, Robert Lowie escribiría su trabajo *Antropology of Law*; Karl Llewellyn y Adamson Hoebel elaboraron *The Cheyenne way* (1941), que marcó un hito en lo que podríamos considerar como los estudios "modernos" de la "antropología jurídica", sustentados en el análisis de caso como método investigativo.

En los años cincuenta, Max Gluckman y Paul Bohannan elaboraron una investigación sobre la cos-

11. MALINOWSKI B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Trad. de M.T. Alier, Barcelona, Ariel, 1973, p. 67. Considera MALINOWSKI que no es cierto que el aborigen (salvaje) sienta una sujeción automática, debido a su "inercia mental", a los mandatos provenientes de la tradición y costumbre, combinando ésto con el miedo a la opinión pública y al castigo sobrenatural, sino que aun trascendiendo lo fantástico y mágico, se puede comprobar que existe un derecho en diversos aspectos que "es el resultado específico de configuración de obligaciones, que hacen imposible al nativo eludir sus responsabilidades, sin sufrir por ello en el futuro", por ser la reciprocidad lo que obliga.

tumbre jurídica desarrollando el "método comparativo" con respecto a los sistemas y procedimientos legales de las sociedades barotsi y tiv.¹² Quizá la aportación más representativa de Gluckman -que proviene del marxismo- es haber sentado las bases para diferenciar el estudio del derecho consuetudinario de los pueblos colonizados, del de los países dominantes. O de igual manera, como un fenómeno de colonialismo interno que el propio Max Gluckman vive en la lejana Sudáfrica.

A finales de los años sesenta y principios de los setenta, algunas investigaciones antropológicas sobre la costumbre jurídica indígena se realizaron en el sureste mexicano, fundamentalmente en el estado de Chiapas, proyecto que fue originalmente financiado por las universidades de Harvard y Berkley; entre los trabajos más sobresalientes se encuentran *Law in Culture and Society* de Laura Nader y diversos trabajos de Jane F. Collier sobre resolución de conflictos. Estudios representativos de la cultura jurídica de dichos pueblos pero que, sin embargo, carecieron de una visión global de la estructura jurídica.

Es decir, que la investigación de la costumbre jurídica fue "reducida" al estudio solamente de la disputa jurídica y su conciliación, y no al sistema de derecho indio en su conjunto.

Laura Nader explica que, por disputa, se entiende el conflicto que surge de un desacuerdo entre personas, en el que se reclama que los derechos supuestos de una han sido violados o transgredidos por la otra. La disputa, como hecho social, existe formalmente hasta que la parte violada eleva activamente el desacuerdo inicial del nivel bipartito, de argumento o pleito, al área pública con la expresa intención de hacer algo respecto al reclamo. Por resolución se entiende algún tipo de resultado positivo alcanzado en cualquier disputa, que consiste, por lo general, en llegar a un acuerdo entre las partes involucradas.¹³

12. GLUCKMAN, M., *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*, Ed. Akal, Madrid, 1978. Cf. Cap. V. GLUCKMAN ha demostrado cómo en determinados pueblos africanos la formulación de ciertos derechos y deberes identifica la tensión básica de su organización social, al mismo tiempo que proporciona los medios para una neutralización suficientemente eficaz que permita la sobrevivencia de la estructura. MARX ha hecho una demostración semejante para el caso de la separación entre esfera pública y esfera privada en el sistema capitalista y su relación con el conflicto entre las clases fundamentales, en KROTZ E., "Antropología y derecho", en *México Indígena*, núm. 25, 1988, p. 6.

13. Citado en DOROTINSKY, Deborah, "Investigación sobre costumbre legal indígena en los Altos de Chiapas" (1940-1970), en *América indígena*, vol. XLIX, 1989, p. 277.

Visto así, las investigaciones realizadas en Chiapas se colocarían en lo que algunos autores (Lombroso E. Ferri) denominaron como *antropología criminal* y que más bien se sitúa en la comisión de "delitos" y el tipo de sujeto social que comete dicha conducta delictiva. Sin embargo, es importante subrayar que, en el ámbito metodológico, la contribución más importante del "proyecto Harvard" fue la ruptura con la tradición antropológica que otrora ubicaba al estudio de la costumbre legal de los "pueblos no occidentales" como un fenómeno del pasado, es decir "arcaico" y en una aparente evolución. En todo caso, a nuestro entender Collier y otros, contribuyeron con la concepción del *jus vivens*, es decir, ver en la costumbre jurídica un fenómeno actuante y real.

En la actualidad (1995) se vienen realizando estudios que pretenden ser más "sistemáticos" y a su vez analíticos de la temática en cuestión; al respecto, en México sobresale el trabajo de los doctores Rodolfo Stavenhagen, con su obra *Entre el derecho y la costumbre*¹⁴ que parte del estudio de caso bajo sistemas diferenciados de derecho consuetudinario en diversas regiones de América Latina; y José Emilio Ordóñez Cifuentes quien, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, preside el proyecto que sobre derechos indios se realiza en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Por otro lado, encontramos las aportaciones que en materia de conciliación indígena ha realizado la Dra. Ma. Teresa Sierra a través de CIESAS; los trabajos etnográficos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con una visión epistemológica interdisciplinaria en la que vienen teorizando abogados, sociólogos, antropólogos, etnólogos y lingüistas; y las investigaciones que de manera particular ha realizado la Lic. Magdalena Gómez, al frente del proyecto de defensoría de derechos indios del Instituto Nacional Indigenista.

Se concluye señalando que las investigaciones antropológico-jurídicas, acerca de los sistemas normativos jurídico-indígenas -es decir, la visión holística del conjunto de reglas, principios, normas, acciones, procedimientos y órganos ejecutores- del derecho indio no han alcanzado su debida sistematización y fundamentación teórica. A este respecto, el tratadista de esta fenomenología cuenta, a nuestro parecer, con *tres posibles explicaciones metodológicas* (nos referimos a la antropología en general como matriz de la antropología jurídica):

14. Si bien este trabajo puede ser considerado una de las codificaciones más representativas, los estudios del Dr. STAVENHAGEN se ubican en diversas áreas.

- a) *El marxismo*: no solamente basados en los clásicos, y cuyas propuestas se fundamentan en el "formen" (modo de producción) y sus respectivas relaciones de producción, las cuales interaccionan con una superestructura históricamente determinada.
- b) *La estructural-funcionalista*, que interpreta a la naturaleza de los fenómenos culturales como funciones organizadas en instituciones y dirigidas, por lo general, a la resolución de una determinada necesidad particular. Bajo esta óptica, la costumbre jurídica pretende mantener el orden social y la unidad del grupo y,
- c) *El enfoque simbólico*, que se sustenta en la idea de las prácticas jurídicas como símbolos que generalmente contienen un significado, que nos lleva a áreas más allá de las prácticas.

En el marco del derecho se busca reinterpretar la fundamentación positivista de esta disciplina, advirtiendo la existencia de otros patrones de justicia, autoridad y normatividad

Consecuentemente, las confrontaciones son símbolos que expresan la jerarquía social y la cosmovisión, de alguna etnia en particular. Con todas las dificultades que ello representa, dado el objeto de estudio planteado, procuraremos construir una visión que ambiciosamente llamaremos "holística".

2. ¿Qué es el Derecho Consuetudinario Indio?

Una de las principales dificultades que enfrentan los analistas del derecho consuetudinario, es la de tipificar su denominación, quizá más en un sentido instrumentalista, que bajo un interés epistemológico;

los autores indistintamente refieren nociones tales como: "tradiciones normativas"¹, "costumbres jurídicas" o "legales", "prácticas jurídicas", "derecho consuetudinario", o "sistemas alternativos de derecho", entre otros. Circunstancia que se explica por los diversos procesos históricos, en que se han visto envueltos estos pueblos, o por los patrones culturales de quienes buscan ajustar a sus concepciones dicho concepto.

Es importante reconocer que, venciendo concepciones etnocentristas, este concepto debe definirse en relación al marco socioeconómico y a la vida cultural que desarrollan los diversos pueblos. A continuación referire algunos de los argumentos vertidos por sus principales exponentes, incluyendo al final de este apartado el punto de vista que, sobre el particular sostenemos.

lus naturalismo y Positivismo (la costumbre jurídica)

Si bien el positivismo, dada su concepción etnocen- trista, no se ocupó, como estudio significativo, del derecho consuetudinario de los pueblos "no occidentales", sí construyó sus teorías a partir de la tradición costumbrista de los pueblos europeos.

En cuanto al fundamento normativo de la costumbre, la escuela histórica del derecho, especialmente Savigny y su discípulo Puchta sostiene que: "el origen de la costumbre como el de todo derecho positivo, se encuentra en la conciencia general del pueblo."¹⁵ Según esta escuela, a través de su doctrina del *Volksggeist*, el derecho surge en formas espontáneas y naturales del espíritu popular, encontrando su más genuina manifestación en los usos y costumbres del pueblo. Según esta doctrina, el procedimiento consuetudinario no constituye un método creador del derecho, sino que se considera simplemente como un método para comprobar la preexistencia de cierta norma jurídica, otorgándose a la costumbre un carácter meramente declarativo. Paralelamente a esta doctrina surgió la símil de la solidaridad social (*solidarité sociale*), representada por León Duguit. Conforme a esta última, cualquier acto de que resulte el derecho positivo -ya se trate de una ley o una costumbre- no es verdadera creación jurídica, sino un juicio declarativo o simple evidencia de una norma jurídica previamente creada por la solidaridad social.

15. GÉNY, Francisco, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Ed. REUS, 1925, pp. 311-312.

En realidad, señala Kelsen, tanto la doctrina alemana del *Volksgeist*, como la francesa de la solidaridad, son variantes típicas de la teoría del derecho natural, con su característico dualismo de un derecho "verdadero" detrás del positivismo.

Desde una teoría jurídica positivista, el carácter creador de derecho del procedimiento consuetudinario, es decir, su carácter constitutivo, no puede negarse, como tampoco puede negarse tal carácter al proceso legislativo.¹⁶

Así observamos, que mientras la escuela "ius naturalista" desconoce otras posibles formas consuetudinarias de normatividad como derecho que se apliquen en la sociedad (a no ser aquellas que surjan del "espíritu natural del pueblo"), el positivismo kelseniano tan sólo le da el rango de fuente del derecho "al definir a la costumbre jurídica con su respectivo espíritu creador de derecho".

Sin embargo, en México, bajo una concepción más racionalista de la escuela positivista, García Maynez establece una importante aportación en la adecuación del derecho consuetudinario, que es el de su existencia, aún incluso, sin la presencia del estado.

Al decir del autor: "... el derecho consuetudinario, como su nombre lo indica, nace de ciertas costumbres colectivas, reconocidas por quienes las practican como fuente de facultades y deberes. Por otra parte, es incorrecto explicar al derecho solamente en función del Estado o establecer entre ambos una relación genética jurídica, no puede existir antes que aquél, ni ser considerado como su creador."¹⁷

Es evidente que el señalamiento de García Maynez „ no se refiere a los pueblos indios, sino a la costumbre como fuente del derecho, así como al sistema europeo del *common law*, sin embargo, su argumento reafirma lo que años atrás, desde la antropología, Malinowski señalara acerca de la existencia de sistemas jurídicos normativos costumbristas en la Australia boreal y sus archipiélagos, aspecto al que retornaremos más adelante.

De esta forma, se intenta estudiar al derecho consuetudinario indio, no de manera lineal, es decir a partir solamente de la concepción jurídica, sino interpretarlo en relación al conjunto de disciplinas que lo fundamentan, bajo una comprensión "holística"

En trabajos más recientes, que no rompen con la tradición positivista, pero que sí agrupan como objeto de estudio al derecho consuetudinario de las "comunidades no occidentales", H.L. Hart, en un profundo estudio, ha sustentado que a este derecho no es posible reconocerlo como un sistema, por no contar con organismos especializados y su respectiva autonomía, argumento debatible al haber "dilucidado" el autor a la normatividad indígena bajo patrones jurídicos occidentales.

A manera de enunciado podemos señalar que en el discurso del derecho positivo (como discurso jurídico hegemónico), en lo concerniente a la costumbre jurídica, subyace una dimensión política, en la que se coloca como legítimo solamente a aquel derecho que centralmente se organiza, reproduce y ejecuta conforme a los designios del bloque dominante.

La discusión reciente del derecho consuetudinario

Gladys Yrureta, en su obra *El indígena frente a la ley penal*, nos hace una amplia descripción de la vida socio-jurídica de los pueblos amazónicos (ye'-kuanas, yanomamis, pemones). Su tesis central delimita la ruptura existente entre el ser social indio y el impacto de la vida capitalista de la Venezuela contemporánea, dando especial énfasis a la aplicación del derecho positivo venezolano, que irrumpe en la vida socio-cultural y económica del Amazonas. Al definir en particular al derecho consuetudinario de los pueblos amazónicos, Yrureta establece, a nuestro parecer, una falla de origen, que es la de buscar su "sistematización" a partir de patrones jurídicos que se ubican en los márgenes del derecho penal. Bajo esta concepción sería inviable reconocer a la normatividad india como un "sistema legal". Ello sin soslayar la importancia del trabajo referido.

16. C.f. OROZCO HENRÍQUEZ, José, *El derecho constitucional consuetudinario*, Ed. UNAM, México, 1993, p. 42.

17. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 38a. ed., Ed. Porrúa, México, 1986, p. 31.

Bajo un criterio que busca acercarse más al rigor científico del término, el Dr. Rodolfo Stavenhagen, en una amplia disertación, ha considerado entre otros aspectos que: "... la idea simple de que el derecho consuetudinario existe como un conjunto coherente de normas y reglas no escritas, anterior y distinto al derecho positivo estatal, no es admitida en la actualidad. Es preciso reconocer que la idea europea misma del derecho conoce un dominio colonial sobre pueblos no occidentales y trata de imponer su propio derecho a los pueblos sometidos. En otras palabras, la relación entre el derecho occidental colonial y el (o los) derechos consuetudinarios es históricamente una relación de poder, entre una sociedad dominante y una sociedad dominada."¹⁸

Bajo una concepción política y solamente refiriéndonos al fenómeno del colonialismo, la afirmación de Stavenhagen sería correcta. Pero habría que cuestionar si en Mesoamérica y en otras latitudes existía o no un derecho consuetudinario de las comunidades. Es evidente que a la par de las grandes civilizaciones, como la maya, la olmeca o la mexi- ca existió un derecho consuetudinario que rigió y organizó la vida intercomunitaria y quizá es ahí en buena medida en donde habría que fincar algunas de las bases del actual derecho consuetudinario. Y aún más, habría que investigar las relaciones interciánicas y tribales que subsistieron en América para definir en qué medida existió o no un "sistema de derecho"; al no ser el eje de nuestro análisis el estudio de los orígenes del derecho indio, dejaremos de lado, por el momento, esta discusión. Podemos precisar que, en el marco del derecho positivo (por cuanto discurso hegemónico prevaleciente), la ubicación que se ha dado al derecho consuetudinario indio se ubica (con sus respectivos límites) como costumbre jurídica, es decir, como fuente de derecho (en el mejor de los casos). Argumento que guarda una dimensión más que científica, política, al no contener el mismo rango de aquella normatividad que dimana de órganos especializados (los del Estado), aspecto con el cual concordamos plenamente con lo señalado por el Dr. Stavenhagen y con aquellas argumentaciones que en materia de antropología política han sido elaboradas¹⁹.

Es evidente que el discurso positivista del derecho ha permeado en buena medida la definición del derecho consuetudinario, enmarcándose incluso en investigaciones que desde la antropología y la sociología se vienen desarrollando. Tales como las elaboraciones teóricas realizadas por la Dra. Ma. Teresa Sierra, quien conceptualiza a este derecho de la siguiente manera: "Derecho consuetudinario, también reconocido como costumbre jurídica, que cobra vida en los juicios locales, es decir, en una serie de usos y costumbres no codificados ni escritos transmitidos oralmente y por la experiencia, a través de los cuales se ejerce el control social en el interior de los pueblos indios."²⁰

Y de Rainer Enrique Hamel que plantea una definición de derecho consuetudinario que alude a dos esferas que preservan el derecho indígena:

"Las normas y las costumbres que rigen diversos aspectos de la organización sociocultural."²¹

Con la seriedad que pueden contener estas investigaciones, podemos señalar que por lo menos en la conceptualización de derecho consuetudinario se continúa con la "hibridación" de su definición; es *costumbre, pero también es derecho*. Quizá en el caso de Dr. Reiner E. Hamel el reconocimiento del derecho indio se adecuaría en su vinculación con el derecho positivo estatal, argumento válido, pero al mismo tiempo que no define al derecho indio *per se*.

Así, llegamos nuevamente a nuestro punto de partida, ¿es o no el derecho consuetudinario indio un sistema real de organización y administración de justicia? Interrogante a la que no podemos responder bajo un modelo cibernético, o de otra índole, sino con fundamentos que den coherencia a tal planteamiento.

De esta manera, la discusión se ubica en intentar explicar el significado particular que adquiere el concepto "costumbre jurídica", y si a partir de éste es viable reconocer al derecho consuetudinario indio como un "sistema legal."²²

18. STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho consuetudinario en américa indígena*, vol. XLIX, núm. 2, abril-junio, México, 1989.

19. Un estudio pormenorizado de los fenómenos del poder como parte de la antropología política lo constituyen los trabajos de DE LA PEÑA, Guillermo, "La antropología sociocultural y el estudio del poder", en *Poder y dominación* (perspectivas antropológicas) Ed. Colegio de México-URSHSLAC, Caracas, septiembre 1986 y CLAESSEN, Henri, *Antropología política (Estudio de las comunidades políticas)*, UNAM, México, 1979.

20. SIERRA, Ma. Teresa, *Lenguaje, práctica jurídica y derecho consuetudinario indígena*, Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), México, compilada por STAVENHAGEN, Rodolfo, *Entre la ley...*, op. cit., p. 232.

21. ENRIQUE HAMEL, Rainer, *Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo*, Seminario internacional sobre, derecho consuetudinario indígena en América Latina, Lima, compilada por STAVENHAGEN, Rodolfo, *Entre la ley...*, op. cit., p. 206.

22. Para fundamentar el concepto de sistema legal me adhiero a la escuela contemporánea del derecho francés, la cual define que: "Cada derecho constituye de hecho un sistema: emplea un cierto vocabulario, correspondiente a ciertos conceptos; agrupa las reglas en ciertas categorías; comporta el empleo de ciertas técnicas para for-

La fundamentación de la costumbre jurídica india forma parte de un conjunto de categorías más amplias, como son la costumbre general y la cultura de los pueblos indios, las que a su vez nos permitirán reconocer la identidad grupal que subyace en cada uno de ellos.

De esta manera, al identificar a la costumbre jurídica india, se hace indispensable recrear a esta categoría en el medio socio-cultural en el que se aplica y conoce.

Para Barth, existen dos tipos de contenidos culturales étnicos que se enlazarían a la comprensión de la costumbre jurídica india, a saber:

"1. Señales o signos manifiestos... vestido, lenguaje, forma de vida, etc., y...

2. Las orientaciones de valores básicos; las normas de moralidad y excelencia por los que se juzga la actuación."²³

Nos referimos entonces a una costumbre jurídica diferenciada (en su sentido étnico) de la costumbre jurídica del derecho hegemónico. Diferenciada en el sentido de ser las costumbres jurídicas de la "sociedad nacional" las que se convierten en fuente de derecho, por ser las que corresponden a la identidad de ser mexicano, y no aquellas que trascienden en los pueblos indios. Consideradas de esta manera, las costumbres jurídicas indias no podrían ser reconocidas como derecho.

Sin embargo, si partimos de la lógica jurídica india, que reconoce a toda costumbre legal como obligatoria, para una determinada comunidad, en el sentido de su validez, eficacia y aplicabilidad, entonces la costumbre jurídica india se coloca en el rango de derecho -aplicable y eficaz- en los márgenes de la territorialidad étnica que ésta regula y con las especificidades socioculturales que competen a los pueblos indios.

Al interpretar esta fundamentación, Mario Rizo considera:

"Los juristas coinciden en definir a las costumbres como formas de derecho y en la medida de que es-

tas costumbres son 'vivas' (*Jus vivens*) y tienen eficacia en las comunidades, entonces son normas coercitivas y públicas que constituyen un corpus jurídico normativo consuetudinario. En la práctica histórica, a pesar de que es asimismo la costumbre tenida como 'fuente de derecho', se hace sin embargo, una discriminación cuando se trata de costumbres propias de poblaciones indígenas o minorías étnicas, las que no logran alcanzar el rango de 'fuente aludida'."²⁴

Sin embargo, para H.L. Hart existen dificultades al emplear la categoría costumbre, identificándola con la posible existencia del derecho consuetudinario"; al respecto este autor señala: "...no usaremos la palabra costumbre porque con frecuencia sugiere que las reglas consuetudinarias son muy antiguas y están apoyadas en una presión social menor que la que sustenta otras reglas. Para evitar estas aplicaciones, nos referiremos a tal estructura social como una estructura de reglas primarias de obligación."²⁵

El manejo del término costumbre-jurídica no representa una simple cuestión semántica, sino que va más allá, en el sentido de reconocer el perfil histórico de la normatividad jurídica india, que no puede ser dimensionada al margen de su consuetudinari- dad, es decir, el derecho de los indios se origina en la costumbre jurídica, y ésta se ha venido "re interpretando" al paso del tiempo; situemos un ejemplo:

Fue regla de los pueblos originarios administrar su derecho consuetudinario a través de los consejos de ancianos, institución que trascendió al derecho indio actual y que con sus debidos márgenes se coloca a la par de agentes y presidentes municipales. En qué medida sería válido entonces señalar que ésta consuetudinari- dad jurídica (viva) deba ser reconocida -como señala Hart- como una estructura primaria de derecho, ¿cuáles son los criterios científicos, políticos o ideológicos que así lo aducen?

Acercándonos a nuestra concepción del derecho consuetudinario indio, es pertinente establecer algunas precisiones:

Es innegable que contrario a la forma de integración del derecho positivo, que tiene como fuente principal de creación al proceso legislativo, en el que intervienen un parlamento (poder legislativo), un órgano ejecutivo (el presidente de la república y los gobernadores de los estados) y un órgano especializado para administrar esas leyes (poder judi-

mular las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; está ligado a una cierta concepción del orden social, que determina el modo de aplicación y la función misma del derecho". Si bien dentro de los marcos estructural-funcionalista, esta categorización nos permite acercarnos a la delimitación de nuestro objeto de estudio. Cf. DAVID, René y Camille JAUFFRET, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, París, 1988, p. 20.

23. Citado en AGUADO, José Carlos, *et. al., Identidad, ideología y ritual*, UAM-Iztapalapa, México, 1992, p. 55.

24. Rizo, Mario, *Consideraciones acerca del ordenamiento consuetudinario en las comunidades indígenas de las regiones autónomas del Atlántico Norte*, en IV Taller de Antropología Centroamericana, Managua, 16-18 de abril de 1991, p.10

25. HART, op. cit., p. 26.

Si bien el positivismo, dada su concepción etnocentrista, no se ocupó, como estudio significativo, del derecho consuetudinario de los pueblos "no occidentales sí construyó sus teorías a partir de la tradición costumbrista de los pueblos europeos.

cial), el derecho consuetudinario indio se finca en sus propias formas culturales que se reproducen en un determinado contexto socioeconómico y fundamentalmente en la costumbre jurídica, contando con sus propios órganos consultores y ejecutores de este derecho consuetudinario indio.

De esta manera el origen de las "costumbres jurídicas indias" debe buscarse dentro de su propia cultura, no como algo estático o anquilosado, sino como un todo dinámico, reconociendo las interacciones históricas que ella pueda haber desarrollado con elementos endógenos y exógenos que le han sido incorporados.

3. Nuestro concepto de derecho consuetudinario

El derecho consuetudinario de los pueblos indios, es un concepto que se refiere al conjunto de normas y reglas que históricamente y por tradición oral se han venido reproduciendo al seno de las etnias indias de país, y cuyo fin ha sido el de regular, en buena medida, las relaciones sociales y de reciprocidad de estos núcleos humanos.

¿Cómo se estructura el derecho consuetudinario de los pueblos indios?

El derecho consuetudinario es un concepto histórico que se conformó por los pueblos originarios de México y que a través del tiempo ha incorporado toda una serie de redefiniciones, complementos y adecuaciones normativas, en combinación con diversas circunstancias socioeconómicas y culturales.

Como concepto, el derecho consuetudinario de los pueblos indios está integrado por un conjunto de normas tradicionales de carácter oral²⁶ que no se

encuentran escritas ni codificadas, siendo socialmente aceptadas y acatadas por el grupo étnico.

A diferencia del positivismo (derecho vigente), la normatividad consuetudinaria india surge de la reciprocidad social (así como también de la contradicción) y se enmarca como una forma ritualizada de vinculación entre los indios, la naturaleza y lo sagrado.

Como categoría analítica el derecho consuetudinario se dice que es:

- a) Múltiple
- b) Complejo
- c) Contradictorio
- d) Histórico
- e) Recíproco

a) *Es múltiple* por su diversidad, es decir, porque en México no existe solo, sino por el contrario, existen 56 o más distintos derechos consuetudinarios correspondientes al mismo número de etnias, todos ellos aún por estudiarse y "sistematizarse".

b) *Es complejo* en la medida en que cada una de las etnias no constituye un todo armónico en el que subsista una sola identidad, sino que en el seno del núcleo social pueden existir diversidad de fenómenos socioeconómicos, que permiten reconocer "identidades parciales", como pueden ser por ejemplo las confrontaciones entre jóvenes y viejos (nueva y vieja costumbre); cosmovisión indígena-chamánica v.s. penetración religiosa protestante e incluso la diferenciación sexual y de clase social.

c) *Es contradictorio* el derecho consuetudinario indio toda vez que "hibridiza" aspectos del derecho positivo, incorporándolos a su estructura socio-jurídica (derecho civil, penal, agrario, etc.).

d) *Es histórico* el derecho consuetudinario indio toda vez que rompe con los moldes que otrora han pretendido visualizarlo como un conjunto de reglas y normas que se han mantenido estáticas.

Floriberto Díaz Gómez expresaba hacia 1988 el sentido histórico del derecho indio (mixe) de la siguiente manera:

"Por principios comunitarios entiendo los elementos fundamentales sobre los cuales se cimienta nuestra realidad india. Por consiguiente no son coyunturales sino históricos; producidos, practicados y sancionados socialmente entre nuestros pueblos. Son ellos los que han permitido nuestra continuidad y entre ello y nuestro espíritu de vida hay una constante retroalimentación, a pesar de las adversidades económicas, culturales y políticas... Estos principios se han ido modificando y adecuando a las exigencias del tiempo, pero en esencia no han cambiado".²⁷

26. La oralidad de este derecho nos lleva obligadamente a reconocer la importancia que guarda la lingüística en su conformación, aspecto en el que, de igual manera, más adelante brevemente intentaremos incursionar.

27. DÍAZ GÓMEZ, Floriberto, *Principios comunitarios y derechos indios*, ponencia presentada en el 46 Congreso Internacional de Americanistas, Amsterdam, 4-8 de julio de 1988.

- e) Finalmente el derecho consuetudinario indio es *recíproco*, ya que reconoce un conjunto de principios, lealtades, valores, conductas, etc., que se sustentan de manera solidaria, las que permiten la reproducción social del grupo étnico, aún incluso en su propio universo complejo y contradictorio.

Al referirse a este sentido de reciprocidad de derecho indio, la Fundación Vicente Menchú señala:

"Cuando los ladinos hablan de derecho siempre están entendiendo lo que cada persona puede o quiere tener, y en las leyes; pero no lo que es el bien de la comunidad. En una cultura comunitaria cuya raíz es la vida colectiva, el derecho individual es una excepción. La definición misma de derecho lleva implícita la idea del consenso, de acuerdo, y del respeto por las normas establecidas por las comunidades. Desde este punto de vista, es evidente que, mientras la cosmovisión de los mestizos, marcada por la preeminencia del individuo sobre el grupo requiere de una normatividad que oriente la búsqueda del bien común, en el caso de los pueblos indígenas esta visión está en la raíz de su concepción del derecho, lo que resulta extraño a su mentalidad, es justamente, la valorización de lo individual encima de lo colectivo."²⁸

4. Algunos argumentos metodológicos para la comprensión del derecho consuetudinario indio

Tarea compleja resulta la de asentar formulaciones acabadas en torno al fenómeno en estudio; sin embargo, una vez que se ha establecido el aserto, respecto de la existencia del derecho indio, intentaré señalar algunos de los aspectos que resultan trascendentes en su adecuación.

El estudio de la normatividad indígena no puede ser elaborado bajo patrones positivistas o "científicos", conforme a los cuales la norma jurídica es explicada solamente como un poder hegemónico de estado o como una transición evolutiva de la costumbre en norma.

Los procesos sociales concretos que se efectúan en los pueblos indios permiten constatar que la costumbre jurídica india existe como fenómeno cultural concreto, constituyendo un aspecto relevante en la reproducción social de dichos pueblos, y cuyos fundamentos radican en su cultura, que está diferenciada de los referentes occidentales.

28. Fundación Vicente Menchú, "Cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 1994, p. 69.

Al dimensionar a la normatividad jurídica india, como un sistema *per se*, es pertinente intentar la búsqueda de aquellas regularidades que probablemente lo expliquen, estableciendo algunas de las categorías con las cuales sería dable acercarnos a su significado. La explicación de cada una de las categorías será planteada de manera analítica, dados los fines del presente estudio, ello sin perder de vista que forman parte del todo en cuestión. Al respecto encontramos cinco categorías a saber: a) las sociedades simples; b) las relaciones de propiedad; c) la autoridad como órgano aplicador del derecho; d) el lenguaje; e) el parentesco, aspectos que trataremos a continuación:

4.1. "Sociedades simples" y pueblos indios

A) Sobre las sociedades simples y el derecho consuetudinario

La primera categoría que recuperamos para explicar la problemática referida es la de "sociedad simple",²⁹ que es el espacio territorial en que adquiere eficacia y validez (si bien en ocasiones relativa) la aplicación de la normatividad india.

La sociedad simple no supone una comunidad auto-contenida y autárquica por fuera del crecimiento capitalista, sino más bien la existencia de poblaciones indígenas que en mayor o menor medida inter-actúan con la sociedad compleja y en cuyas áreas territoriales existen derechos consuetudinarios que solamente son aplicados y reconocidos en sus jurisdicciones.

Originalmente estas sociedades simples provienen de las formas "primitivas" que históricamente dieron paso al desarrollo de la sociedad humana. Lewis Morgan, en el marco de la antropología evolucionista, explicó los desarrollos de estas sociedades, aspecto retomado por Carlos Marx, no

29. Como planteamos párrafos atrás, en relación a los conceptos de comunidad, etnia y nación, existe un aflejo debate; en realidad la utilización de la abstracción "sociedad simple" representa una categoría que nos permite situar en el marco espacial, en que se dan las relaciones jurídicas de los pueblos indios. Refiriéndose a la etnia recogemos el concepto de Agustín AVILA el que establece: "La etnia constituye una unidad territorial con espacios internamente delimitados y jerarquizados: barrios o secciones, parajes, sitios. La etnia como tal se rige por una serie de principios de autogestión y un relativo igualitarismo que conlleva a una forma muy específica de practicar la democracia. La etnia tiende a regular en su interior todos los aspectos de la vida social, económica, cultural y religiosa. Incluida la tierra en esa regulación, su distribución y su uso son sancionados por la comunidad, pues ésta da y quita con apego a ciertas leyes internas". Cf. AVILA, A., "Etnia y movimiento campesino" en: *Las Organizaciones de productores rurales en México*, UNAM, México, 1990, p. 70.

sólo en sus obras clásicas que aludieron al modo de producción comunista primitivo, sino a la crítica de esquema de las "formen" (*Grundrisse*)³⁰ en el que el propio Marx reconoció problemas críticos de la evolución histórica, ubicando diversidad de comunidades primitivas que se transformaron de manera heterogénea hacia formas distintas de estado y de sociedades de clase, profundizando sus estudios en lo que denominó como modo de producción asiático.

En los *Grundrisse*, Karl Marx refiere: "El hombre no se individualiza sino a través del proceso de la historia. En el origen, aparece como un ser genérico, un ser tribal, es una comunidad de sangre, de lengua, de costumbre y debe existir previamente para que el individuo se apropie las condiciones objetivas de la vida."³¹

En particular, para México los estudios relativos al modo de producción asiático³² aportaron importantes elementos de análisis en la comprensión del desarrollo histórico de los señoríos existentes en Mesoamérica, en los que las comunidades de sangre, lengua y costumbre subsistieron a la par de los grandes centros de poder. Fueron estas comunidades las que con diversidad de procesos se mantuvieron a lo largo de la historia del país, siendo en la actualidad el sujeto social diversificado que viene reproduciendo entre otros múltiples aspectos, su derecho consuetudinario. ¿Pero cuál es el proceso en el que históricamente se ha desenvuelto el espacio físico en que se aplica el derecho consuetudinario de los pueblos indios de México?

30. Cf. MARX, Carlos, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858*, Siglo XXI Editores, 13a. ed., México, 1984. "Originalmente la 'forma natural' de sociedad es la comunidad familiar o tribal. Esta forma puede realizarse de manera muy diversa, comunidades de recolectores, cazadores, de pastores nómadas, formas asiáticas originales o modificadas por la existencia del estado despótico, formas rumanas, esclavas, antiguas, grecorromanas, germánicas, etcétera.

¿Qué es una tribu? Es la familia y la familia aplicada por un matrimonio recíproco entre familias, sea por una combinación de tribus. Es la horda, es decir, una comunidad brotada directamente de la naturaleza." Cf. GODELLIER, Maurice, *Las sociedades precapitalistas*, Ed. Quinto Sol, México, 1978, p. 61.

31. *Grundrisse*, OP. CIT., P. 12.

32. El modo de producción asiático tiene por base a la comunidad aldeana anterior; pero se ha formado una comunidad aglutinante superior -germen del estado- que aparece como propietaria universal de la tierra y del trabajo de los hombres. Esta forma guarda dentro de sí tanto los elementos de la comunidad primitiva como los de una sociedad de clases: las comunidades agrarias -que forman la base del sistema- son autosuficientes y carecen de propiedad privada, aunque aparece el usufructo individual de la tierra; el estado despótico, en tanto que unidad superior de todas las comunidades, organiza y dirige los trabajos públicos de interés general, pero ejercita este poder que le da su función económica para extraer de las comunidades un plus producto en forma de impuestos.

Cf. CHESNAUX, Jean, *El modo de producción asiático*, Ed. Grijalbo, Colección "70", núm. 42, México 1974, p. 16. Para una revisión crítica del modo de producción asiático es interesante consultar el trabajo del Dr. Julio OLIVÉ NEGRETE, "*Marx y el modo de producción asiático*" publicado por el INAH en 1982.

4.1.1. Un breve recuento histórico de la relación etnia-territorio

La cosmovisión y socioeconomía comunal de los pueblos indios fueron los elementos que dieron cohesión a las comunidades sedentarias de Mesoamérica, lo que permitió su sobrevivencia, sin embargo, con la intervención española los pueblos vivieron una ruptura que desembocó en el despojo agrario. Los indios se volvieron desplazados en sus propias tierras, el guerrerismo español llevó a que sus propiedades estuvieran sujetas a múltiples; procesos, como fue el advenimiento de tierras de blancos y tierras de indios, más tarde "migraciones",³³ con lo que aparecieron fronteras y diversas reaglomeraciones de los pueblos, en las que el negro y el indio aparecieron como "marginales". La transición de los pueblos indios hacia nuevas definiciones territoriales fue legitimada en diversos ordenamientos jurídicos de la época, como fueron las Bulas Papales y las leyes de indias, sobresaliendo entre otras, las capitulaciones, las caballerías, y la dehesa, todas ellas fueron formas embrionarias del latifundismo español, que se expandía sobre las tierras de las comunidades. No fue sino hasta el siglo XVII, que la experiencia desastrosa del Caribe, respecto a la devastación de la población indígena, determinó que el gobierno de la Nueva España reconociera algunos derechos agrarios, a lo que ellos denominaron "bienes de comunidad" y cuyo fin auténtico fue el de garantizar que la fuerza de trabajo india no fuera exterminada. En algunos casos, los pueblos indios elaboraron códigos en los que describieron la configuración de sus asentamientos, los que a la postre se convirtieron en documentos base para establecer diversos reclamos jurídicos, los que curiosamente se mantienen en los albores del año 2000. Al respecto, valga señalar el caso de los "Códices Techialoyan", algunos de ellos bajo el resguardo de la Secretaría de la Defensa Nacional, de la Secretaría de la Reforma Agraria, o vergonzosamente, como "joyas artesanales", en colecciones privadas.³⁴ La idea que los indios plasmaron en sus códigos "coloniales" fue muy clara; recuperar la propiedad originaria de sus territorios, aspecto que desde la óptica jurídica occidental fue rechazada.

33. El concepto migración que corrientemente se ha venido utilizando para señalar diversos movimientos y circulaciones poblacionales, en el caso de los desplazamientos resulta inadecuado o, cuando menos, incompleto, pues no da cuenta precisa del aspecto directamente compulsivo político del movimiento de grandes conjuntos poblacionales. Cf. MARTÍNEZ VERDUGO, A., "Indios somos todos", en *Oja-rasca*, núm. 20, mayo-junio 1993, p. 11.

34. DONALD, Robert, "Techialoyan Manuscripts and Painting, with a catalog", In *Handbook of Middle American Indians*, vol. 14, Austin, Texas, 1975, p. 252.

Sin embargo, la ruptura en las relaciones de propiedad agraria no fue sencilla siguiendo la rebelión social de diversas poblaciones indígenas, que encontraron en el despojo agrario uno de sus fundamentos. La ocupación española agudizó la lucha, que llegó a expresarse como un abierto enfrentamiento militar. En algunos casos, las poblaciones indígenas utilizaron como táctica el repliegue hacia zonas recónditas de las sierras, selvas y desiertos como forma de autodefensa, con lo que los núcleos indígenas buscaban conservar sus condiciones materiales de existencia, así como su cultura (derecho consuetudinario), negando los patrones de vida occidentales. Estas luchas de resistencia representan el antecedente más remoto del movimiento indígena (campesino) contemporáneo.

Fueron cientos, quizá miles los enfrentamientos armados, entre comunidades y peninsulares. Conforme a estudios elaborados por el Archivo General de la Nación, se calcula que solamente en la región norte de la Nueva España, de 1680 a 1821, se gestaron más de 550 luchas indígenas.³⁵ En algunas zonas del territorio novohispano fue "fácil someter" a los pueblos e incorporarlos como esclavos o "asalariados" de minas y haciendas. Sin embargo, los núcleos indígenas del centro y norte de México desplegaron luchas de resistencia que se convirtieron en verdaderas guerras regionales.

Las tácticas militares empleadas por las movilizaciones indígenas fueron:

- El sitio
- La guerrilla
- La negación al tributo
- El levantamiento de trincheras en lugares poco accesibles
- La emboscada
- El asalto
- La rebelión

La penetración española, que despojó de sus tierras a la mayoría de los pueblos indios, dio paso a nuevas definiciones regionales,³⁶ con lo que las etnias llegaron a dividirse hasta en cuatro provincias. Criterio que con el tiempo no varió sustancialmente, ya que la actual división política de México se enraizó en los intereses hegemónicos de España y no

en el sentido de territorialidad que guardaban los indios. La ruptura etnia-territorio, originada en la época colonial, representa un elemento fundamental para comprender los cambios que históricamente presentan las identidades indias, las que van adquiriendo diversas interpretaciones, y dentro de ellas específicamente su derecho consuetudinario.

4.1.2. Lucha de Independencia y pueblos indios

Al igual que todas las definiciones políticas y jurídicas que existieron en la Nueva España, la de Independencia se originó en un núcleo de ilustrados, la mayoría de ellos del bajo clero o allegados a él y fundamentalmente criollos. La conformación del nuevo estado fue ideada por europeos, para establecerse en una Mesoamérica mayoritariamente india.

La fundamentación de la costumbre jurídica india forma parte de un conjunto de categorías más amplias, como son la costumbre general y la cultura de los pueblos indios, las que a su vez nos permitirán reconocer la identidad grupal que subyace en cada uno de ellos.

Los indios se encontraban dispersos, en diversas reubicaciones sin intelectuales, que posibilitaran desarrollar un modelo alternativo de nación pluri-cultural, con el que se reconociera la diversidad étnica. A las generaciones de indios de principios del siglo XIX se les había "decapitado", ^a que si bien su población se había incrementado,³⁷ su identidad prácticamente se había eliminado o convertido en práctica clandestina.

35. Cf. MIRAFUENTES GALVÁN, José Luis, *Movimientos de resistencia y rebeliones indígenas en el norte de México, 1680-1821*, Archivo General de la Nación, México, 1975, p. 76.

36. Para Michel FOUCAULT el término *región* se fundamenta en el poder que surge con la guerra. Cf. del autor, *Microfísica del poder, Siglo XXI, México, 1992*.

37. De los seis millones ciento veinticinco mil habitantes de la Nueva España el 60% eran indios, 26% castas, 12% criollos y 2% españoles (año de 1801). Cf. ENRÍQUEZ COYRO, *Los E.U. ante nuestro problema agrario*, Ed. UNAM, México, 1988, p. 179.

La obra inquisitorial, "la nueva fe", la destrucción, la política del lenguaje, que solamente asumía como legítimo al idioma hegemónico; el guerrero español, el despojo e invasión de tierras, etc., fueron factores determinantes que abrieron paso al surgimiento de la nueva nación y la correlativa negación de las más de cien culturas indias de aquel entonces.

La construcción del nuevo estado-nación mexicano, planteó de igual forma la elaboración de normas jurídicas agrarias³⁸ acordes con el discurso hegemónico, con las que se dio paso a nuevas concentraciones agrarias, bajo un sentido racista, es decir propiedades de blancos trabajadas por indios.

Durante la reforma y el porfiriato los pueblos indios tuvieron su tránsito al capitalismo, fenómeno que no deja de ser violento. Al fincarse la idea del utilitarismo capitalista las tierras fueron vistas como mercancías, de ahí que los territorios indios, en su totalidad autoconsumistas, fueran desconocidos respecto de su personalidad jurídica, como aconteció con el artículo 27 de la constitución de 1857. Así, las relaciones de propiedad agraria, tanto de la reforma como del porfiriato, se fincaron en la negación del otro, es decir, en el franco desconocimiento de los derechos agrarios de las poblaciones indias, a las que incluso se les continuó haciendo la guerra.

Con la revolución mexicana el tratamiento del problema agrario adquirió un carácter distinto. Se dio margen al agrarismo de los pueblos indios, que hasta fines del siglo XIX había guardado un significado pragmático, espontáneo y disperso, teniendo quizá sus más importantes expresiones en las movilizaciones que dirigiera Julio Chávez y en la guerra del Yaqui, presidida por Cajeme.

Con la ruptura revolucionaria (1899-1922),³⁹ el sujeto social indígena comenzó a "construirse a sí mismo". En la óptica del magonismo, el zapatismo, y el villismo, se edificó un "agrarismo desde aba

jo". Ya no fueron las mentes lúcidas de ilustrados y caciques de quienes dependería la resolución de los problemas agrarios. Las reivindicaciones agrarias dependerían ahora del accionar del propio sujeto social, campesino-indígena. Sin embargo, al construirse este sujeto, solamente se le dimensionó en su condición de clase, es decir, de explotado, ya fuera como peón, jornalero o campesino, quedando pendiente aún el problema étnico, es decir, el de la diversidad cultural y socioeconómica de los pueblos indios.

El derecho agrario, surgido con la revolución mexicana, se explicó solamente en relación de las demandas agrarias campesinas, y no así de las reivindicaciones étnicas. Sin embargo, la revolución mexicana constituye un gran momento de reconstrucción del sujeto social "indígena", que si bien no corresponde a su demarcación étnica, sí a su agrariedad. Para los pueblos indios de México, la lucha por la tierra se convirtió en piedra angular de su afianzamiento histórico, ya que fue con la recuperación de sus territorios étnicos con lo que se hizo factible mantener su tradición, su cosmovisión, su identidad. Fue por ello que las etnias existentes á principios del siglo XX, se incorporaron a las filas de los revolucionarios (Zapata, Villa y Flores Magón).

Dicho de otra manera, los pueblos indios, los campesinos, los jornaleros, peones y trabajadores se aglutinaron en torno a la consigna "Tierra y Libertad", no como algo espontáneo o decretado en alguna ley, sino como producto de la identidad que existió con el agrarismo revolucionario.

El accionar revolucionario del pueblo en armas, que planteó la acción directa (toma de haciendas) como táctica fundamental de reivindicación agraria, construyó sus programas y leyes con los que comenzó a dar vida el cambio en la estructura agraria; así surgieron el programa del Partido Liberal Mexicano; el manifiesto del 23 de septiembre de 1911 del magonismo; el Plan de Ayala; y diversas leyes y documentos de los zapatistas⁴⁰ y la ley agraria villista.

38. Las relaciones de propiedad agraria en el periodo que va de 1821 a 1856, se basaron en la "colonización"; las leyes agrarias dieron facilidades extraordinarias a empresas y particulares para que se apoderaran de territorios. Fue en este lapso cuando los intereses expansionistas estadounidenses (inspirados en la doctrina Monroe) ampliaron su frontera hasta el río Bravo, quedando segregadas diversas etnias.

39. Tradicionalmente las periodificaciones que se han elaborado de la revolución mexicana se ubican a partir de 1919 (levantamiento maderista) y, concluyen en 1917 con la promulgación de la constitución, conforme a nuestra concepción la gesta revolucionaria dio inicio hacia finales de siglo (1899) con los pronunciamientos y levantamientos magonistas, concluyendo entre 1919 y 1922 con la muerte de Ricardo FLORES MAGÓN en E.U, el asesinato de ZAPATA y el apaciguamiento del zapatismo.

40. Las bases de la territorialidad étnica en la perspectiva india deben ser buscadas en relación a esta concepción social y política de la revolución, elaborada por los campesinos en armas que en muchas de sus formulaciones distan de las concepciones carrancistas y sobre todo, de aquellos puntos que la burguesía triunfante acuñó en el art. 27 constitucional. La investigación sobre el zapatismo aún es tarea por construir; apenas iniciada la década de los ochenta se descubrió el archivo de Felipe NERI, así como en 1994 se desconoce el paradero del archivo de Manuel Palafox, quien fuera secretario general del zapatismo y que jugó un papel distinguido en la convención de Aguascalientes donde fue desconocido Venustiano CARRANZA, Son extensos los documentos habidos en colecciones' privadas y del estado, que dan cuenta de esta corriente, entre ellos el de la UNAM y la SDN.

4.1.3. La territorialidad india en la actualidad

Al realizar una rápida revisión de la tenencia de la tierra indígena, podemos presentar de inicio los siguientes problemas.⁴¹

1. La propiedad india ha sufrido una reducción como producto del despojo agrario. Históricamente este fenómeno se inició con la conquista de México y se mantiene hasta nuestros días.

Adicionalmente, dadas las condiciones de pobreza y carencia de opciones a que están sometidas las poblaciones indígenas, encontramos procesos de enfrentamiento intercomunal por problemas de tenencia y uso de la tierra o de los recursos naturales, generalmente con riquezas bastante limitadas, a pesar de lo cual y por la competencia por la sobrevivencia con respecto a los vecinos, los que logran apoderarse de estas riquísimas riquezas, se convierten en corto tiempo en los depredadores máximos.

2. Las definiciones territoriales reconocidas legalmente por la federación no corresponden a las definiciones de las etnias. El art. 43 de la constitución enumera los estados, junto al Distrito Federal, que son las partes integrantes de la federación; y el artículo 115 indica que la base de la división territorial de los estados es el "municipio libre". Bajo este esquema no caben otras entidades públicas o poderes verticales. Como queda dicho en la fracción primera del mismo artículo 115: "no habrá ninguna autoridad intermedia entre éste (el Ayuntamiento Municipal) y el gobierno del Estado".

Diversos estudios acerca de las divisiones territoriales del país advierten la problemática existente. Al respecto O'Gorman señala:

"En la propiedad territorial de México se observa un defecto de origen en la organización político-territorial adoptada por el nuevo Estado independiente, dado que prácticamente calcó o reprodujo con pocos cambios substanciales la 'división antigua' imperante durante el periodo colonial, la cual provino del reconocimiento y aceptación de ciertas entidades geográficas precortesianas y asimismo la creación de porciones territoriales que fueron surgiendo

como el resultado de la manera en que se llevó a cabo la penetración europea".⁴²

Díaz Polanco considera:

"Ni los constituyentes ni los estudiosos, algunos de ellos sinceramente preocupados por la necesidad de idear una división científica, toman en cuenta seriamente la problemática étnica como una variable relevante para efectos de la organización territorial."⁴³

3. La definición jurídica estatal de la propiedad india solamente se refiere a la propiedad agraria y no al conjunto de recursos naturales existentes en los territorios indios, con lo que se limita a dicha propiedad, dimensionándose el problema agrario indio como un problema político.⁴⁴

Enfrentadas estas racionalidades, las comunidades han perdido, provocándose un despojo histórico y un conflicto étnico. No sólo se han perdido las tierras y la población indias, sino también recursos naturales (que se han contaminado, degradado, sobreexplotado), tecnología (que se ha desdénado y menospreciado), cultura (vilipendiada y perseguida).

A pesar de ello, y con una resistencia pertinaz y terca, las comunidades indias sostienen su tierra, sus recursos, su cultura, aprovechando diversos mecanismos legales y extralegales. Valga señalar que, en buena medida, el derecho consuetudinario ha sido también instrumento significativo en esta confrontación.

4. Los derechos agrarios de los pueblos indios aún se encuentran pendientes; según datos elaborados por la Secretaría de la Reforma Agraria, de una población de más de diez millones de indígenas, solamente han sido beneficiados 364, 109.⁴⁵

Entre las transformaciones recientes más importantes del artículo 27 constitucional están: terminación del reparto agrario; permiso para la asociación legal de ejidatarios y comuneros con empresarios privados, a través de la renta de tierras; creación de la

41. Para los analistas del derecho agrario, el problema agrario se refiere fundamentalmente a la tenencia de la tierra, es decir a las relaciones que históricamente ha mantenido la sociedad civil con la propiedad agraria y su definición frente al estado, aunque esta circunstancia no determina que por "problema agrario" también se conciba una totalidad que alude a otros fenómenos (sociales, culturales, económicos, etc.) que se producen en el agro. Cf. LUNA ARROYO, Antonio, *Derecho agrario*, Ed. Porrúa, México 1983; MENDIETA y NUÑEZ, Lucio, *op. cit.*; LEMUS, G., Raúl, *Sinopsis de derecho agrario mexicano*, Ed. Limusa México, 1976; FLORESCANO, Enrique, *Los orígenes del problema agrario en México*, Ed. Era. México, 1976; CASO, Angel, *Derecho agrario mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1945.

42. O'GORMAN, Edmundo, *Historia de las divisiones territoriales de México*, Ed. Porrúa, México, 1988, p. 170

43. DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía regional, la autodeterminación de los pueblos indios*, Siglo XXI, México, 1991, p. 209.

44. *En las relatorías y discusiones del Convenio 169 de la OIT-ONU fue planteado por diversos investigadores y organizaciones indias el significado que guarda para estos pueblos el término territorio, por constituir un concepto integral en el que se ubica no sólo la tierra sino además los recursos del subsuelo, del suelo, la fauna, las aguas marinas, etc., lo que de alguna forma contraviene el derecho vigente de algunos estados latinoamericanos. Al respecto véase HERNÁNDEZ PULIDO, "Revisión del convenio sobre poblaciones indígenas y tribales", 1957, Anuario Indigenista I.I.I., vol. XLVIII, México, 1988.*

45. BOTEY, Carlota, Reformas al artículo 27 constitucional, Ponencia UACH, México, 1993, p. 21.

El derecho consuetudinario de los pueblos indios, es un concepto que se refiere al conjunto de normas y reglas que históricamente y por tradición oral se han venido reproduciendo al seno de las etnias indias de país, y cuyo fin ha sido el de regular, en buena medida, las relaciones sociales y de reciprocidad de estos núcleos humanos.

propiedad forestal con hasta 800 hectáreas por individuo; permiso para la formación de empresas mercantiles en ejidos y comunidades, multiplicando hasta por 25 las extensiones permitidas individualmente, etc. (*supra.*: 5.2.6).

5. Frente a las concepciones de propiedad indígena, el derecho a la tierra es desarrollado de forma distante por el derecho positivo, el cual define más bien una condición utilitaria, por cuanto instrumento de producción generado por la inversión empresarial, que por el derecho consuetudinario indio, el cual concibe a la propiedad como colectiva o de la comunidad, como lo referimos antes. La aplicación indiscriminada de la legislación estatal en materia de propiedad de la tierra puede conducir a conflictos de las concepciones tradicionales, que sobre dicha propiedad prevalecen entre los pueblos indígenas, como ya se ha manifestado en el estado de Chiapas.

Estos son algunos de los procesos en que históricamente se ha ubicado la territorialidad en que los pueblos indios aplican su derecho consuetudinario.

4.2. ¿Existe una "matriz" de comprensión de la costumbre jurídica india?

4.2.1. Las relaciones de propiedad indias

La segunda categoría para la comprensión de la costumbre jurídica de los pueblos indios, es la de relaciones de propiedad, entendidas éstas como la expresión jurídica de las relaciones de producción, que históricamente han desarrollado las etnias para satisfacer sus necesidades e interaccionarse con los demás sectores y clases sociales de la formación económica social⁴⁶ en su conjunto. Metodológicamente no es factible separar el estudio del derecho consuetudinario indio de su matriz socioeconómica, dadas las particularidades que integran a dicho derecho. Cosa contraria acontece en el positivismo jurídico y la sociología positivista, al desprender la explicación del derecho -en general- de sus referentes sociales, económicos, filosóficos, etcétera.

La normatividad jurídica de los pueblos indios se enlaza a las formas de apropiación social del medio, así como a su reproducción social y a la cosmovisión, existiendo diversas interpretaciones culturales, acordes a cada una de las etnias existentes en México.

En el estudio del derecho indio adquiere validez el entendido epistemológico de totalidad, al observar la pertinencia de fenómenos que se entrelazan y explican de manera global.

En los encuentros que realizará el INI, entre las autoridades indias del país, la Lic. Magdalena Gómez, ubicando el sentido de totalidad del derecho indio, señalaba:

"A la manera en que los indígenas resuelven sus conflictos, dimos en llamar "costumbre jurídica", pronto nos dimos cuenta de que estábamos segmentando lo que entre ellos es un todo. Si bien tal denominación nos ilustra, resulta restringida si generalizamos su aplicación para referirnos al sistema global de control social, el cual es bastante más amplio."

De esta manera, el sistema jurídico consuetudinario de los pueblos indios se fundamenta en un reconocimiento tácito (en lo interno) de las relaciones de propiedad, las que se manifiestan en dos niveles:

- a) La propiedad comunal del espacio físico (la tierra), que se regula a través de un "estatuto comunal" (de tradición oral) y que puede ser aprovechado por toda la comunidad (aguas, bosques, fauna, etcétera.).
- b) La propiedad familiar, que se finca en el parentesco y que alude al medio de producción (la parcela milpa), los instrumentos de trabajo, los árboles plantados, los animales domésticos, etcétera.

La comunidad crea y recrea el conjunto de costumbres jurídicas que permean las relaciones de propiedad referidas.

Si bien, con lo anterior aventuro la hipótesis de que los pueblos indios son poseedores de "culturas jurídicas propias", que ordenan, conforme a su propia identidad, las relaciones sociales de producción y de propiedad, importa precisar que el sistema jurí-

46. SERENÍ, Emilio, *et. al.*, *La formación económica y social*, Ed. Roca, México, 1973.

dico consuetudinario no constituye un orden aislado "puro", sino compenetrado por otras diversas relaciones históricas (económicas, jurídicas, políticas, religiosas, lingüísticas), así como con el sistema jurídico del bloque dominante.

Más bien el aserto de reconocer la existencia del sistema jurídico consuetudinario, se ubica en los márgenes del concepto de autonomía relativa, que explicaría la pervivencia del sistema de derecho indio en el interactuar de dos sociedades y con la hegemonía de una de éstas. Las relaciones comunitarias de propiedad, organización social y parentesco y sus formas de reproducción social son la matriz de experiencias, donde se reproduce e interactúa el multicitado derecho.

Sin embargo, en el caso particular de los pueblos indios, la matriz socioeconómica de relaciones de propiedad debe ser estudiada con cuidado, toda vez que la tierra, para los pueblos indios, no es comprendida tan sólo como un simple medio de producción, sino como el asentamiento y base de su existencia espiritual.

En términos generales, la tierra representa para los indígenas el espacio físico en el que reproducen sus relaciones materiales de existencia y satisfacen algunas de

sus necesidades vitales,⁴⁷ es, además, el lugar en el que recrean su cultura, sus tradiciones, sus mitos, su cosmovisión. Es el espacio en el que se reprodujeron sus antepasados, en el que han generado su micro historia; es en el que entierran a sus muertos.

La tierra es el punto cohesionador de la identidad étnica, la que con su entorno -naturaleza- permite reproducirla. La tierra es, pues, el escenario en donde se desenvuelven las formas de producción y de cultura propias. La costumbre -cosmovisión-, ha determinado que las poblaciones indígenas mantengan la tradición comunitaria de la tierra.

En un estudio reciente, Eckart Boege refiere la idea que de la tierra tienen los mazatecos del estado de Oaxaca:

Los derechos agrarios de los pueblos indios aún se encuentran pendientes según datos elaborados por la Secretaría de la Reforma Agraria, de una población de más de diez millones de indígenas, solamente han sido beneficiados 364,109.

"Resumiendo, podemos afirmar que la naturaleza es teorizada como un espacio sagrado concreto, como una geografía sacrificial, cuyo movimiento y organización son interpretados de manera análoga a la sociedad humana, sólo que con poderes mayores. La relación que se entabla con ella moviliza grandes emociones y ansiedades y cuando no se manejan correctamente, en una reciprocidad precisa, el humano puede enfermar y morir. El mito del origen, va a explicar ejemplarmente

cómo se dieron todas las oposiciones vividas en la cotidianidad de los cultivos. Los hombres de conocimiento, junto con los ancianos, velan por el bien colectivo y son los especialistas del intercambio simbólico con lo sagrado. Los ancianos convocan a los hombres de conocimiento a realizar los rituales agrarios. Por ello, se puede pensar que son los ancianos quienes manejan el poder simbólico, según como se conceptúa lo sagrado, incluyendo la naturaleza. Cuando los ancianos se juntan y deciden hacer una ceremonia, no sólo realizan un acto en relación con la naturaleza sino que se renueva implícitamente su legitimidad y poder. Con ello se saca a la colectividad de la esfera privada y se renueva el compromiso colectivo frente a la naturaleza. Se renueva también la legitimidad del mando de los ancianos, al establecer la unidad entre la naturaleza, lo sagrado y su poder."⁴⁸

Por otro lado, las relaciones de propiedad de los pueblos indios se fincan en la identidad cultural del grupo. Sólo en tanto que miembro de una comunidad, el indio puede incorporarse a las relaciones de propiedad de dicho núcleo social.

A partir de la identidad, metodológicamente en el estudio del derecho consuetudinario indio, se hace imprescindible recuperar categorías básicas de la antropología como son el parentesco, el lenguaje, la religión, elementos coadyuvantes de dicho derecho.

Al referirse a la integración de estas categorías y el derecho indio, Mario Rizo menciona: "El derecho consuetudinario no por los orígenes diversos que manifiesten sus normas debe conside-

47. En la actualidad, los fenómenos de "semi-proletarización-" y proletarización impuestos por los grupos dominantes, determinan que el sustento del indígena provenga no sólo de la tierra, sino también del trabajo asalariado y de la venta de artesanías, entre otros aspectos.

48. BOEGE, Eckart, *Los mazatecos frente a la nación, op. cit.*, p. 156.

rarse como una amalgama informe e inconexa de sentidos: al contrario, la eficacia que en tanto derecho tienen dichas normas, es expresión de un proceso de organización analógica propia, que en el plano cultural, ideológico o semiótico, realiza la comunidad con base en lo que ella misma va definiendo como sus intereses básicos, materiales e inmateriales."⁴⁹

4.3. La autoridad como órgano aplicador del derecho consuetudinario indio.

La tercera categoría trascendente en el tratamiento del derecho consuetudinario indio es la de autoridad, diríamos bajo la técnica jurídica, "órgano aplicador" de este derecho.

El derecho agrario, surgido con la revolución mexicana, se explicó solamente en relación de las demandas agrarias campesinas, y no así de las reivindicaciones étnicas. Sin embargo, la revolución mexicana constituye un gran momento de reconstrucción del sujeto social "indígena", que si bien no corresponde a su demarcación étnica, si a su agrariedad

Es lógico suponer que si el derecho consuetudinario (y cualquier tipo de derecho) existe como sistema eficaz, existirá congruentemente la instancia que regulará y administrará dicha normatividad.

En su dimensión histórica el derecho consuetudinario se puede ubicar en tres momentos:

- a) *El de sus orígenes*, que nos coloca en los albores de la humanidad y que sitúa su existencia en la costumbre jurídica (propia de dicha), como una normatividad social.
- b) *El de la división social del trabajo* y el surgimiento de un sistema de derecho consuetudinario, que pervive con los grandes centros de poder.

- c) *El del contacto* -llegando hasta nuestros días- que fluye como un derecho consuetudinario y que se combinó con diversos procesos históricos, que van de la conquista colonial, hasta la ruptura que implicó la revolución mexicana y que en la actualidad se proyecta en el sentido político por su pleno reconocimiento.

Cada momento permite reconocer una constante que es la existencia del fenómeno de la autoridad⁵⁰ a la par del derecho consuetudinario.

Al situarse en el estudio de las sociedades más remotas, Clastres precisa: "... los estudios de campo sobre la sociedad primitiva, la sociedad sin estado, muestran que, al contrario, la primera división no es la división de grupos sociales opuestos, entre ricos y pobres, explotadores y explotados, sino que la que sirve de base a todas las demás divisiones es la que existe entre los que mandan y los que obedecen, porque lo fundamental es la división de la sociedad entre los que ejercen el poder y los que están sometidos a él."⁵¹

Desde la Filosofía, parafraseando a Nietzsche encontramos:

"Es falso en primer lugar, el supuesto sociológico y etnológico sobre la prehistoria del hombre. El concepto de 'deber' se halla ya muy desarrollado en las formas de sociedad más primitivas que conocemos, las que ignoran casi la relación entre acreedor y deudor: debe quien viola las leyes fundamentales que rigen a la sociedad y que casi siempre se atribuyen a un fundador divino; el muchacho que es acogido en la tribu y se entera de sus leyes obligatorias promete y debe; a menudo esta promesa se haya bajo el signo de la muerte, que es ejecutada, simbólicamente con el renacimiento también simbólico del muchacho. Porque el hombre ha aprendido a prometer que se puede desarrollar la relación contractual particular entre el deudor, que promete, y el acreedor al que se le promete."⁵²

Argumentos que a la postre nutrirían el pensamiento de Michel Foucault para emitir sus postulados -entre muchos otros- acerca del poder en la modernidad.

49. Rizo, Mario, *op. cit.*, p. 10.

50. Para la escuela francesa que sostiene la tesis de la anomia, sería probable la existencia de una sociedad sin derecho, consecuentemente no existiría autoridad; argumento ideológico que de alguna manera sostuvieron en su momento los anarquistas y comunistas científicos.

51. Anti-mythes, "Pierre C. entrevistado", en *Civilización*, septiembre 1984, México, p. 207.

52. Citado en BUBER, Martín, *¿Qué es el hombre?*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 61-62.

Recuperemos alguna de las precisiones que al respecto señala Foucault:

"Alguien dijo: la esencia completa del hombre es el trabajo. En verdad esta tesis ha sido enunciada por muchos; la encontramos en Hegel, en los post-hegelianos, y también en Marx, en todo caso en el Marx de cierto periodo, diría Althusser; como yo no me intereso por los autores sino por el funcionamiento de los enunciados, poco importa quién lo dijo o cuándo. Lo que yo quisiera que quedara en claro es que el trabajo no es en absoluto la esencia concreta del hombre o la existencia del hombre en su forma concreta. Para que los hombres sean efectivamente colocados en el trabajo y ligados a él es necesaria una operación o una serie de operaciones complejas por las que los hombres se encuentran realmente, no de una manera analítica sino sintética, vinculados al aparato de producción para el que trabaja. Para que la esencia del hombre pueda representarse como trabajo, se necesita la operación o la síntesis operada por un poder político".⁵³ De esta manera, estamos en presencia de normas, que fueron, y en la actualidad son reglas regidas por una autoridad, que se determinan con base en un "patrón de conducta" en analogía al cual se "juzga" (sanciona-rechaza) el comportamiento de los individuos y de igual manera se puede otorgar la "aprobación" del sujeto.

En esencia, el derecho primitivo, al que alude Bronislaw Malinowski en *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje* y el derecho contemporáneo (vigente) guardan un paralelismo, por cuanto están integrados por normas de conducta que son acatadas por la colectividad. Más bien su diferencia radicaría en la naturaleza del derecho.

Los grupos que históricamente se erigieron como dominantes no encontrarían en las bases del derecho consuetudinario un sistema jurídico idóneo a sus fines, con lo cual la costumbre jurídica "autóctona" fue marginada, erigiéndose por encima de la sociedad el derecho hegemónico, hasta llegar al actual sistema del derecho burgués.

Conforme a lo anterior, sostenemos la hipótesis de que es falso suponer la idea de que la costumbre jurídica evolucionó hasta convertirse en norma jurídica, como lo sostuvo en su momento la concepción positivista del derecho, más bien existió una ruptura histórica que determinó el cambio en la naturaleza jurídica de dicho derecho, de una tradi

ción normativa que se finco en la reciprocidad y en la oralidad se transitó a una normatividad de las hegemonías, sobreviviendo marginalmente el derecho consuetudinario. En otras palabras, se transformó también el sentido de autoridad prevaleciente.

Ubiquémonos ahora en el sentido de autoridad que guardó el derecho en algunas sociedades primitivas.

Volviendo a Malinowski, encontramos:

"Las reglas jurídicas destacan del resto por el hecho de que están consideradas como obligaciones de una persona y derechos de otra. No están sancionadas por una mera razón psicológica, sino por una definida maquinaria social de poderosa fuerza obligatoria que, como sabemos, está basada en la dependencia mutua y se expresa, en un sistema equivalente de servicios recíprocos lo mismo que en la combinación de tales derechos con lazos de relación múltiple.

La manera ceremonial como se llevan a efecto la mayoría de las transacciones, que comprende apreciación y crítica públicas, contribuye aún más a su fuerza obligatoria."⁵⁴

Si partimos de la hipótesis de la simbiosis existente entre la autoridad y el derecho consuetudinario, tendremos entonces que adecuar esta relación en el marco socioeconómico en que se desenvuelve y que no es ajeno a las etnias. Ubicándonos en la coyuntura actual, bosquejemos algunas consideraciones del sentido que dan al fenómeno de autoridad los pueblos indios y si es diferenciable de la estructura hegemónica.

El ejercicio de la autoridad que revela y aplica el derecho consuetudinario guarda dos esferas, uno que lo ubica en los márgenes de la etnia y aquella que lo interacciona con la autoridad hegemónica (la del bloque dominante).

Al provenir de circunstancias distintas una y otra forma de autoridad subsistente, por cuanto que la primera se origina y se recrea en la propia cultura indígena y la otra en el poder, del estado es pertinente señalar algunos aspectos.

¿Existe una legitimación consensual de la autoridad indígena?

La aplicación del derecho consuetudinario y su eficacia se origina en el supuesto de una aceptación de la autoridad que se basa en un conjunto de intercambios recíprocos. A diferencia del poder de clase, el sentido de autoridad de las comunidades y de

53. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, México, 1983, p. 138.

54. MALINOWSKI, *op. cit.*, p. 70.

Metodológicamente no es factible separar el estudio del derecho consuetudinario indio de su matriz socioeconómica, dadas las particularidades que integran a dicho derecho. Cosa contraria acontece en el positivismo jurídico y la sociología positivista, al desprender la explicación del derecho -en general— de sus referentes sociales, económicos, filosóficos, etcétera.

algunas etnias surge de una aceptación recíproca en la que sus miembros reconocen que cualquiera de ellos ulteriormente podrán formar parte de la estructura que aplicará al derecho consuetudinario.⁵⁵ Quizá en buena parte, este sentido de reciprocidad es uno de los elementos que ha permitido mantener, con mayor o menor fuerza, a las autoridades indias de algunas etnias del país. Sin embargo, el estudio del poder en una región determinada amerita adecuar el análisis de equilibrio precario entre los sistemas políticos indios y la penetración del capital, cuyo epicentro radica en el desconocimiento del fuero de dichas autoridades; insistiríamos entonces en el problema de la hegemonía y que en la actualidad para algunos, el fortalecimiento de estas autoridades indias radicaría en el reconocimiento de la autonomía política de los pueblos indios.

Aunque no sólo es a partir de las relaciones recíprocas -que si bien elemento preponderante-, en el que se cristaliza el sentido de autoridad, existen otros elementos como el parentesco, la lengua, la identidad, etc.; en otras palabras, la cultura que da cohesión al grupo, a efecto de que quien ejerce y administra el derecho consuetudinario se encuentre

plenamente identificado por quienes lo admiten y secundan. Y que quienes lo ejerzan, constituyan el conducto que relaciona a la etnia con el exterior.

Por otro lado, es indudable que la intensificación de la división del trabajo ha determinado que el sentido de poder y autoridad se 'desdoble' en formas ya no propiamente tradicionales, en las que aparecen cacicazgos, terratenientes o simplemente formas recreadas por el estado, que no corresponden a la trayectoria india, como así sucede con los comisariados de bienes comunales y ejidales o con la estructura municipal. Respecto de esto último reconoceríamos en el mejor de los casos una "hibridación" de los poderes indios, en los que se ambientan y recrean sistemas de autoridad que se encuentran diferenciados.

Pero esta desigualdad de poderes nos lleva necesariamente a perfilar que las concepciones con las que actúa el poder hegemónico y la autoridad tradicional se encuentran contenidas en disposiciones valorativas diferenciadas: así, por ejemplo, mientras diversos pueblos indios procuran conciliar el interés social, la sociedad mayor aplica, con órganos especializados, la justicia a quien así mejor lo demuestre, llegándose al absurdo de no reconocer la "verdad real" sino la verdad jurídica, como por ejemplo las que se originaron en títulos coloniales que legitimaron el despojo de sus tierras a millares de indios.

Refiriéndonos a las conciliaciones delimitemos un ejemplo subsistente entre los mayas: "... después, vamos hablando otra vez, para hacer conciliaciones, para llegar a acuerdos de los que todos estemos convencidos.

No es una cuestión de votos; se trata siempre de llevar al consenso, siendo tolerantes y flexibles en lo que hablamos y en lo que dejamos que llegue a nuestro pensamiento. Entre nosotros llegamos a un acuerdo, y aunque se hayan cometido errores, aunque haya faltas, no nos dedicamos a pelear o a castigar, sino a mirar cómo corregimos lo que estamos viendo mal.

La base fundamental de esta idea del derecho se establece con el concepto de equilibrio. Porque la comunidad es un todo social que se autorregula; allí están las faltas, pero también está la madurez y la sabiduría para reestablecer el equilibrio."⁵⁶

55. En algunas etnias se mantienen formas de elección consensuada de las autoridades, como los mixes, o coras; en otros casos, el arribo de la autoridad depende de una acción democrática, como así sucede en algunas comunidades triquis y mixtecas de Oaxaca. En otros casos existe un consentimiento tácito de la rotación de cargos de autoridad, en el que llegado cierto momento, algunos de los miembros del grupo deberán de incorporarse al ejercicio de esta actividad (mayos en Sonora).

56. Fundación Vicente Menchú, *op. cit.*, p. 10.

Así, habrá que revalorar el sentido coactivo que aplica la autoridad india, por cuanto que en su accionar observamos que de igual manera depende de la propia etnia (de su cultura). Ello sin dejar de desconocer en el estudio que nos ocupa las contradicciones interétnicas que, en ocasiones, dan un sentido de fuerza para quien aplica el derecho consuetudinario, por ejemplo en los Altos de Chiapas, en los que llega a existir un poder represivo, como así sucede en el caso de los conflictos religiosos. O entre otras diversas etnias, como los mazatecos de Oaxaca, en los cuales los sistemas tradicionales de autoridad se refuncionalizan para cumplir determinados fines políticos de ciertos partidos (PPS-PRI) o de caciques y terratenientes.

En otros casos, las estructuras políticas de las que depende el derecho consuetudinario indio pueden variar no solamente de una región a otra, sino incluso, dentro de una misma etnia pueden subsistir micropoderes que a su vez recreen diversos derechos consuetudinarios. Aspectos que a la posteridad podrán debidamente ser explicados por la etnografía que se apoye en el estudio de caso. Sin embargo, nuestra fundamentación teórica es la de apuntalar el reconocimiento de un sentido de autoridad que no necesariamente -aunque en ocasiones se alterne con la del Estado- subsiste *per se* teniendo como marco legitimador a las relaciones de reciprocidad interétnicas.

Un último aspecto que consideramos interactúa con la legitimación-subsistencia de la autoridad entre los pueblos indios es el religioso, institución que en mayor o menor medida se liga a la cosmovisión y accionar de las autoridades tradicionales.

Para autores como Bailón Aguirre, entre otros, la manutención de las autoridades tradicionales constituye un sistema de autodefensa frente a la sociedad mayor.

Concluyendo, es importante señalar que en el accionar del sistema jurídico positivista, la autoridad ajusta sus actos a una concepción preestablecida (codificación de leyes), es decir que *dura lex sed lex*, mientras que, en el ámbito del derecho consuetudinario, la autoridad aplica la norma conforme a criterios de interpretación que se originan y reproducen en la propia comunidad, en última instancia conforme a sus propios referentes culturales. Al decir de Boegue:

"Es en el ritual y en el mito en donde se sancionan las rupturas de las alianzas sociales, las acciones del consejo de ancianos, los conflictos y tensiones del intercambio de mujeres, el patrilocalismo y la tendencia patrilineal, así como la desigualdad social. Lo simbólico vincula lo sagrado con la vida

cotidiana y proporciona una interpretación de la vida práctica, tendiendo a unificar y resolver todo lo que rompería el esquema social. Es decir, tiene que enfrentar las tensiones generadas por una sequía, por la enfermedad, por un hecho natural extraordinario, por alianzas no correspondidas, por actos de poder violentos, etc. El objetivo de lo simbólico sería unificar lo contradictorio en una sola identidad, y enfrentar todo lo que pone en entredicho la identidad grupal y personal."⁵⁷

4.4. El lenguaje y el derecho consuetudinario indio

La cuarta categoría significativa en el conocimiento del derecho consuetudinario indio es *el lenguaje*.

En la práctica jurídica india, que parte del principio de oralidad, los mecanismos del lenguaje-discurso adquieren un especial significado. El manejo de esta categoría, más que adecuarse a partir de contenidos de tipo axiomático, procura interaccionarse en el análisis del discurso, ubicando la lógica que sub- yace entre el "modelo" de administración legal de los pueblos referidos y su respectiva operativización.

Como concepto genérico del discurso recojo la definición de Charadeau, quien señala que:

"El discurso no debe ser asimilado a la manifestación verbal del lenguaje que aun si domina en el conjunto de las manifestaciones del lenguaje, corresponde a determinado código semiológico (verbal), es decir a un código gestual (lenguaje del gesto) o el código icónico (lenguaje de la imagen). El discurso está más acá (o más allá) de los códigos de manifestación del lenguaje en el sentido de que es el lugar de la puesta en escena de la significación, la cual puede emplear, para sus propios fines, uno o muchos códigos semiológicos..."⁵⁸

Reconocemos que el lenguaje, entendido como discurso, juega un papel primordial, no sólo en el ámbito del derecho indio, sino como un núcleo organizador de la identidad étnica que da vida a la cosmovisión de los pueblos indios. El mantenimiento de la lengua constituye un fenómeno político, como lo mencionamos capítulos atrás, en este momento, nuestro interés es sólo ubicarlo en el marco del derecho consuetudinario indígena. Hasta ahora los estudios sobre la materia son precarios. Para no caer en planteamientos simplistas haré una breve descripción de algunos aspectos que analizan el fenómeno.

57. BOEGUE, *op. cit.*, p. 87.

58. Charadeau, PATRICK, CENTRE D'ANALISE DU DISCOURS, UNIVERSITÉ DE PARIS XIII, "UNA TEORÍA DE LOS SUJETOS DEL LENGUAJE", EN *DISCURSO*, UNAM, 1980. P. 23.

Rainer Enrique Hamel advierte:

"La investigación sociolingüística reciente sobre los grupos indígenas mexicanos revela el papel específico que juega la lengua indígena y, sobre todo, su estructuración discursiva, en una serie de eventos y actividades claves para la orientación socio-cultural de las comunidades autóctonas: procesos de trabajo colectivo, faenas, asambleas, conciliaciones, ritos religiosos, el ejercicio de la autoridad y del poder en diversos contextos, etc.. En todas estas instancias aparecen elementos, de las costumbres jurídicas propias de las etnias. Pero quizás en pocos eventos la estrecha relación entre el derecho consuetudinario y su organización discursiva se revela con mayor claridad que en las conciliaciones".⁵⁹

En los estudios de Collier, que se enmarcan en la resolución de conflictos (zinancatecos), se ha propuesto retomar el concepto de Barkwun,⁶⁰ entendiendo al lenguaje (jurídico) como una ley para conducir y resolver conflictos. Aspectos complejos si relacionamos a los códigos (jurídicos semiológicos) como múltiples y diversificados, con lo cual al ser básicamente oral la aplicación de esta normatividad nos llevaría a recapacitar sobre cuáles son los márgenes de dicha "ley". La tarea del investigador socio lingüístico tendría que relacionarse con los fenómenos que interaccionan a la "racionalidad india" (su cultura), con el órgano que particularmente vía lenguaje jurídico indio, aplica y hace eficaz dicho discurso. Como son, por ejemplo, las asambleas, los consejos de ancianos, los tatamandones, los principales, las mayordomías, los gobernadores, los consejos supremos, los agentes municipales y aún incluso los presidentes municipales.

Por otro lado, tenemos que la eficacia y cumplimiento de la norma india guarda un sentido de concreción que no es factible se desprenda de los códigos lingüísticos acordes con la realidad india.

La ruptura con los códigos lingüísticos socialmente aceptados por las comunidades, puede orientar a la administración de la justicia india a otras esferas.

Para Santiago Niño, la simple formulación de normas utilizando el lenguaje hace que se encuentren limitadas por el problema "de ser aplicadas con vaguedad, ambigüedad e imprecisión, por cuanto que el sentido de las palabras no sea unívoco".⁶¹

Sin embargo, es importante valorar en que medida se cumple la norma; acorde con la fuerza de la costumbre indígena. En este límite, en ocasiones, los "contendientes" prefieren recurrir al derecho positivo como forma recurrente de solución.

Tratando de avanzar en la adecuación del conflicto lingüístico subyacente en el derecho consuetudinario, Rainer Hamel ha propuesto el reconocimiento de tres niveles de organización en el análisis de dicho derecho:

"1. Esquemas culturales (sistemas simbólicos): concepciones y definiciones de derechos y delitos, procedimientos de litigio, organización de procedimientos resolutivos, relaciones sociales de respeto, etcétera.

a. Estructuras y estrategias discursivas: lenguajes especializados vs. cotidianos, estrategias verbales, técnicas de argumentación y narración, patrones de interacción verbal, etcétera.

b. Estructuras y formas lingüísticas: selección y uso de las lenguas (español vs. lengua indígena), cambio de códigos, préstamos, variación interna de cada lengua, etc..⁶²

4.5. El parentesco y el derecho consuetudinario indio

La quinta y última categoría significativa que se enlaza al estudio del derecho consuetudinario de los pueblos indios es el sistema de parentesco. A tal efecto me apego a la concepción que sostiene Rodolfo Stavenhagen, el cual sostiene:

"Los sistemas de parentesco, y existen varios fundamentales entre los pueblos indígenas de América Latina, determinan las relaciones entre familias, que son los núcleos sociales básicos de las comunidades indígenas.

También tienen función de normar los sistemas de herencia y transmisión de la riqueza. En ocasiones, el funcionamiento de estos sistemas de parentesco entra en contradicción con el sistema jurídico nacional. Por ejemplo, muchas sociedades son poligámicas, y las diferentes mujeres de un jefe de familia desempeñan papeles específicos en la estructura familiar. Sin embargo, la legislación civil de los estados no reconoce la poligamia y eso puede crear serios problemas para la estabilidad de la familia, la posición de los hijos, la transmisión de bienes en herencia, y la posición social o el *estatus* del hombre en la comunidad."⁶³

59. RAINER, Hamel Enrique, "Costumbre jurídica y lenguaje", en *América indígena*, núm. 25, p. 20.

60. Citado en DOROTINSKY, *op. cit.*, p. 288.

61. NIÑO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 246.

62. HAMEL RAINER, *op. cit.*, p. 21.

63. Stavenhagen, RODOLFO, *DERECHO INDÍGENA Y DERECHOS HUMANOS*, Ed. EL COLEGIO DE MÉXICO, MÉXICO, 1988, p. 100.