

PN-ABK-484 75644

Rodolfo Stavenhagen · Diego Iturralde  
*compiladores*

# ENTRE LA LEY Y LA COSTUMBRE

*El derecho consuetudinario indígena  
en América Latina*

Instituto Indigenista  
Interamericano

Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos

**ENTRE LA LEY Y LA COSTUMBRE**  
**El derecho consuetudinario indígena en**  
**América Latina**

*Instituto Indigenista Interamericano*

*Director:* José Matos Mar  
*Secretario general:* Diego A. Iturralde Guerrero  
*Jefe de programación y proyectos:* Alberto Cheng Hurtado  
*Asesor editorial:* Fernando Cámara Barbachano  
*Coordinadora editorial:* Josefina Lusardi Mahía

*Instituto Interamericano de Derechos Humanos*

*Consejo*

*Presidenta:* Thomas Buergenthal  
*Vicepresidentes:* Pedro Nikken y Oliver Jackman  
*Miembros:* Lloyd Barnett, Allan Brewer-Carías, Marco Tulio Bruni-Celli, Augusto Cançado Trindade, Máximo Cisneros, Margaret E. Crahan, Carmen Delgado Votaw, Louis Henkin, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Emilio Mignone, Marco Monroy Cabra, Jorge Arturo Montero, Máximo Pacheco, Carlos Roberto Reina, Luis Adolfo Silés Salinas, Rodolfo Stavenhagen, Walter Tamopolsky, Cristian Tattenbach, Edmundo Vargas Carreño y Fernando Volio Jiménez  
*Miembros ex-officio:* Héctor Fix-Zamudio, Rafael Nieto Navia, Policarpo Callejas Bonilla, Orlando Tovar Tamayo y Rodolfo E. Piza Escalante  
*Directora ejecutiva:* Sonia Picado S.  
*Subdirectores:* Roberto Cuéllar M. y Daniel Zovatto

**Rodolfo Stavenhagen**

**compiladores**

**Diego Iturralde**

**ENTRE LA LEY Y LA COSTUMBRE**

**El derecho consuetudinario indígena en  
América Latina**

**Instituto Indigenista  
Interamericano**

**Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos**

**México  
1990**

*Entre la ley y la costumbre* es una coedición del Instituto Indigenista Interamericano (III), México, DF, y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, Costa Rica. Algunos de los trabajos de este libro fueron presentados como ponencias en el Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina (Lima, julio de 1988), realizado con el auspicio del IIDH y con el apoyo de la Comisión Andina de Juristas y el III. Ocho de estos trabajos se publicaron en *América Indígena*, volumen XLIX, número 2, 1989 (ISSN: 0185-1179).

© Instituto Indigenista Interamericano, México  
ISBN 968-6020-03-9

© Instituto Interamericano de Derechos Humanos,  
San José, Costa Rica

*Diseño de la portada:* Mónica Diez Martínez  
*Fotografía:* Jorge Contreras Chacel

**Autores:**

- Nelly Arvelo-Jiménez
- José Aylwin Oyarzun
- Francisco Ballón Aguirre
- Manuela Carneiro da Cunha
- Victoria Chena ut
- Deborah Dorotinsky
- Magdalena Gómez
- Rainer Enrique Hamel
- Diego Iturralde G.
- François Lartigue
- José Carlos Morales
- Luis Alberto Padilla
- Esther Prieto
- María Teresa Sierra
- Rodolfo Stavenhagen
- Adolfo Triana Antorveza
- Ana María Vidal

**Contenido**

**Presentación**

**13**

**Rodolfo Stavenhagen**

**Diego Iturralde**

**Introducción**

**15**

**Rodolfo Stavenhagen**

**Derecho consuetudinario indígena en**

**América Latina**

**27**

**Diego Iturralde G.**

**Movimiento indio, costumbre jurídica**

**y usos de la ley**

**47**

**Deborah Dorotinsky**

**Investigación sobre costumbre legal indígena**

**en los Altos de Chiapas (1940-1970)**

**65**

**Nelly Arvelo-Jiménez**

**Organización social, control social y resolución de**

**conflictos. Bases para la formulación y codificación**

**del derecho consuetudinario ye'kuana**

**95**

**Francisco Ballón Aguirre**

**Sistema jurídico aguaruna y positivismo**

**117**

**Ana María Vidal**  
Derecho oficial y derecho campesino  
en el mundo andino  
**141**

**Victoria Chenaut**  
Costumbre y resistencia étnica  
Modalidades entre los totonaca  
**155**

**Francois Lartigue**  
Los intermediarios culturales en la Sierra Tarahumara  
Delegación de autoridad y elaboración del  
derecho consuetudinario  
**191**

**Rainer Enrique Hamel**  
Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho  
consuetudinario y positivo  
**205**

**María Teresa Sierra**  
Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho  
consuetudinario indígena  
**231**

**Luis Alberto Padilla**  
La investigación sobre el derecho consuetudinario  
indígena en Guatemala  
**259**

**Adolfo Triana Antorveza**  
El Estado y el derecho frente a los indígenas  
**277**

**Manuela Carneiro da Cunha**  
El concepto de derecho consuetudinario y los derechos  
indígenas en la nueva Constitución de Brasil  
**299**

**Esther Prieto**

**Derecho consuetudinario indígena en la  
legislación paraguaya (siglo XX)**

**315**

**José Aylwin Oyarzun**

**Tierra mapuche: derecho consuetudinario  
y legislación chilena**

**333**

**José Carlos Morales**

**Los indígenas de Costa Rica y  
la tenencia de la tierra**

**355**

**Magdalena Gómez**

**La defensoría jurídica de presos indígenas**

**371**

## PRESENTACION

El desarrollo de acciones conjuntas entre dos organismos interamericanos ha permitido tratar con mayor precisión dos problemas de gran interés para las naciones del continente. Ellos son la promoción y defensa de los derechos humanos, y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indios. Estos grandes temas guardan relación con la identidad, la cultura indígena, los idiomas autóctonos y la discriminación que los afecta en sus respectivas sociedades nacionales.

Uno de los puntos de discusión y de reclamo, en este contexto, es el derecho al derecho propio, aspiración de muchos pueblos, que obliga a reflexionar profundamente sobre la relación entre los mandatos de la ley oficial y las prácticas culturales indígenas, a fin de encontrar los medios que hagan posible el desarrollo de una legalidad más justa y más adecuada a la realidad, plural y compleja de nuestras sociedades.

Este volumen constituye uno de los productos del proyecto sobre Derecho indígena y derechos humanos en América Latina, realizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), y coordinado por Rodolfo Stavenhagen. Una primera etapa del proyecto tuvo como resultado el libro intitulado *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, publicado por el IIDH y El Colegio de México, en 1988. En ese libro se hace un análisis de la legislación indigenista en América Latina y su relación con los derechos humanos de los pueblos indígenas del continente. Entonces, se advirtió que era mal conocido el derecho consuetudinario indígena, y que para una mejor comprensión de los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas era indispensable un acercamiento sistemático a la problemática de la costumbre jurídica tradicional o derecho consuetudinario. El presente volumen responde a esta necesidad, constituyendo la segunda etapa del proyecto mencionado. El IIDH espera que este libro contribuya a una mejor apreciación de los complejos problemas que enfrentan los pueblos indígenas latinoamericanos en la lucha por la vigencia de sus derechos humanos.

## INTRODUCCION

*Rodolfo Stavenhagen  
y Diego Iturralde*

El presente volumen es el resultado del esfuerzo conjunto de diversos estudiosos de la problemática indígena en América Latina, quienes se reunieron en el Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina, realizado en la ciudad de Lima, Perú, en julio de 1988, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con el apoyo de la Comisión Andina de Juristas y el Instituto Indigenista Interamericano.

A pesar de los amplios conocimientos científicos acumulados sobre los pueblos indígenas del continente, resultaba sorprendente la poca atención que había recibido hasta la fecha el tema del derecho consuetudinario de estas poblaciones. En un estudio anterior (Stavenhagen 1988), se había señalado que la falta de conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indios daba por resultado situaciones en las que eran violados con frecuencia los derechos humanos de los indígenas. También se había notado que la aparente contradicción entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo de los estados latinoamericanos podía conducir a situaciones de conflicto social que no contribuían a la estabilidad y el desarrollo de los pueblos indígenas o de las naciones latinoamericanas en su conjunto.

Un estudio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) considera que

[. . .] es necesario reconocer y proteger el derecho de las poblaciones indígenas a mantener, desarrollar y perpetuar su cultura y sus instituciones culturales, sociales y legales, mediante su transmisión a las generaciones futuras, cuando así lo deseen y hayan manifestado claramente aquellas poblaciones.

Se ha informado que en algunos países este tema no surge porque se dice que las poblaciones indígenas no observan ya las normas de su derecho tradicional que antes rigieran sus vidas. Se afirma, en consecuencia, que no se necesitan medidas de ninguna especie, por aplicarse las mismas normas a todos.

Cuando este derecho tradicional sigue teniendo vigencia entre las poblaciones indígenas, surge la coexistencia de sistemas jurídicos. Mientras en unos países no se reconoce vigencia alguna a las leyes y costumbres jurídicas indígenas ante la innegable realidad de la persistencia de esas normas jurídicas, en otros países sí se ha reconocido la existencia de estas últimas para ciertos efectos.

Entre los países que reconocen vigencia al sistema jurídico consuetudinario indígena tradicional se dan dos tipos de enfoque al respecto: en algunos se procede a base de ideas de fuero personal atendiendo a las personas que se vean envueltas en fenómenos de aplicación de esas normas. Si se trata de relaciones entre indígenas, se aplicará el derecho tradicional común a las partes; en cambio, si el negocio jurídico envuelve a indígenas y no indígenas, se determinan criterios para la aplicación del derecho tradicional indígena o del derecho de aplicación general en el país. En otros, simplemente, siguiendo un criterio hegemónico puro, se reconoce vigencia a las normas consuetudinarias que "no sean contrarias a la ley nacional".

Después de revisar la situación que priva al respecto en diversos países del mundo con poblaciones indígenas, el informe de la ONU concluye:

Ante la coexistencia de un orden jurídico nacional y otros órdenes jurídicos consuetudinarios que rigen la vida de las poblaciones indígenas, se recomienda que:

- a) Se respeten los órdenes jurídicos indígenas y se admita la existencia de un pluralismo jurídico sin preeminencias injustificadas de parte del sistema jurídico nacional;
- b) Se acepten los criterios de fuero personal y de consideraciones geográfico-demográficas para la aplicación de los sistemas jurídicos existentes, según corresponda a las circunstancias;
- c) Se definan los límites del pluralismo jurídico y se delimiten los espacios culturales en los que no debe interferir el orden jurídico nacional; y se definan también aquellos aspectos que inevitablemente deben

quedar regidos por el orden jurídico nacional, en la medida en que se refieren a la vigencia de valores y derechos considerados internacionalmente en la actualidad como fundamentales e indispensables a la vida contemporánea en sociedad (Martínez Cobo 1987: 13-14, 39).

Las recomendaciones de la ONU se hacen en el marco de la lucha mundial contra la discriminación racial y la protección universal de los derechos humanos. Algunos países, en los que existen poblaciones indígenas, han hecho avances en el reconocimiento del derecho consuetudinario tradicional y la aplicación del pluralismo jurídico en situaciones de pluralismo étnico.

En Australia, por ejemplo, una comisión gubernamental para la reforma legal propone, en 1986, que sean reconocidas oficialmente las leyes consuetudinarias de la población aborígen (Crawford, Hennessy y Fisher 1988), reclamo expresado contundentemente por las propias organizaciones aborígenes (Riley 1988). En Canadá, por el contrario, más que reconocer el pluralismo legal en el marco del reconocimiento de los derechos indígenas, el gobierno federal parece haber optado por una política de "indigenización" del control social, es decir, la aplicación de las leyes estatales por parte de personal indígena, que algunos observadores consideran como contraria a los intereses de los pueblos indígenas de ese país (Havemann 1988). Por otra parte, se hicieron varios intentos por legislar el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, concepto que incluye el de autogobierno, soberanía y respeto al derecho consuetudinario, pero hasta la fecha estas propuestas no han prosperado (Boldt y Long 1985). En Estados Unidos de América, un siglo de políticas asimilacionistas e integracionistas no dieron el resultado deseado por los gobernantes, y a partir de los años sesenta las leyes federales así como las decisiones de los tribunales estadounidenses han reconocido el autogobierno de las tribus o naciones indígenas incluyendo el uso y la aplicación de sus propias leyes en sus territorios tribales, siempre que éstas no contravengan la ley federal de derechos civiles indígenas (Canby 1981; Wilkinson 1987).

Una cosa está clara: la costumbre jurídica indígena no se da en un vacío, sólo puede entenderse en su relación con la ley estatal (véanse los capítulos de Stavenhagen y Carneiro da Cunha en este volumen). Los teóricos tienden a dividir las "opciones" del Estado ante el derecho con-

suetudinario en medidas negativas y positivas. Las medidas negativas pueden entrañar la prohibición simple y llanamente del derecho consuetudinario, particularmente de sus normas imperativas. Una forma menos drástica de sanción negativa es la que prohíbe la conducta derivada de la aplicación del derecho consuetudinario, aunque no prohíba la norma como tal. En cambio, entre las medidas positivas se señala el reconocimiento tácito de los efectos de la norma consuetudinaria, aunque no la norma como tal. Finalmente, existen casos en que el derecho consuetudinario es reconocido e incorporado de manera diversa en la ley positiva estatal (Morse y Woodman 1988).

En América Latina, hasta la década de 1980, las legislaciones nacionales no contemplan el reconocimiento del derecho tradicional indígena y aun menos el derecho de libre determinación a los pueblos indígenas. Durante esa década, se produjeron cambios constitucionales en algunos países y se tomaron iniciativas legislativas en otros que se acercan al reconocimiento de los derechos indígenas como un campo específico de derechos humanos colectivos, incluso en algunos casos se ha llegado al reconocimiento del derecho consuetudinario indígena (Stavenhagen 1988; y los capítulos de Carneiro da Cunha y de Prieto en este volumen).

Estos procesos de cambio en el ambiente político y legal que afectan la situación jurídica y política de los pueblos indígenas plantean desde luego la necesidad de entender qué es el derecho tradicional o consuetudinario, en qué consiste, cómo puede ser definido y aplicado, qué relación guarda con el derecho positivo, quiénes lo practican y cómo, a qué transformaciones está sujeto y mediante qué instrumentos científicos puede ser aprehendido y comprendido.

Una revisión somera de la literatura jurídica y antropológica sobre los pueblos indígenas del continente latinoamericano revela que esta temática no ha sido tratada sistemáticamente y que prácticamente queda todo por hacer. El seminario de Lima y el presente volumen constituyen un modesto paso en esta dirección.

El libro abre con un capítulo introductorio de Stavenhagen en el que se plantea la problemática del derecho consuetudinario indígena en América Latina. Después de intentar una definición conceptual del tema y de señalar el posible contenido del derecho consuetudinario en general, el autor retoma algunos de los debates que en años recientes se han dado entre estudiosos de la antropología jurídica. Particularmente interesado

en la relación entre el derecho consuetudinario, las legislaciones nacionales y los derechos humanos de los pueblos indígenas, Stavenhagen señala los distintos ámbitos en los que puede aplicarse el derecho consuetudinario, tales como el derecho agrario, el derecho penal y la administración de justicia.

Diego Iturralde, por su parte, señala que son las organizaciones indígenas las que en años recientes vienen reclamando políticamente el reconocimiento de sus costumbres jurídicas; que este reclamo es parte de sus plataformas de lucha, y que busca, en último término, la aceptación de la diversidad étnica y cultural de la sociedad y el desarrollo de las transformaciones en la naturaleza del Estado (y del derecho) que de tal reconocimiento se derivan. Reconoce diversos puntos de vista desde los cuales este asunto puede ser abordado, tanto en el establecimiento de las normas que regulan la estructura social, como de las que organizan los procedimientos para la solución del conflicto y la construcción del consenso. Iturralde sugiere que haría falta desarrollar una teoría jurídica alternativa, basada en la crítica de las concepciones formales. Finalmente, se refiere a los usos que en la práctica hacen los indios del derecho y de sus costumbres jurídicas para construir estrategias de defensa de sus intereses y de maniobra en la complejidad social.

Entre las regiones más estudiadas por los antropólogos, en los últimos años en Latinoamérica, se encuentra la zona de los Altos de Chiapas, México. Diversos equipos de antropólogos mexicanos y estadounidenses se han ocupado de la estructura social y los cambios socioeconómicos de esta región desde la década de 1940. Deborah Dorotinsky, en el capítulo tres, hace una amplia revisión de esta literatura etnográfica, particularmente en lo que se refiere a los diversos estudios sobre la costumbre legal, y demuestra cómo el análisis de los conflictos y su solución, emprendidos por algunos investigadores, es un método útil para desentrañar la urdimbre del sistema legal tradicional y su relación con el sistema jurídico nacional. Dorotinsky señala diversos temas recurrentes en la literatura antropológica sobre la región, entre los cuales destacan las prácticas legales, la norma y la conducta, el discurso, las relaciones interétnicas, el cambio cultural y la comunidad.

La organización social del grupo étnico ye'kuana, en Venezuela, es el punto de partida para que Nelly Arvelo-Jiménez, en el capítulo cuatro, presente un modelo de las normas y costumbres de este pueblo. El dere-

cho consuetudinario, nos dice la autora, se manifiesta en tres niveles: el doméstico, el comunitario y el intercomunitario, en forma semejante a lo que ocurre entre otros grupos con estructura descentralizada en la región del Orinoco. Esta estructura se mantiene a pesar de los cambios ocurridos en la zona y de la legislación indigenista nacional que tiende a la destrucción de la organización social y la base territorial de dichos grupos.

Francisco Ballón Aguirre, en el capítulo cinco, parte de una crítica de la teoría jurídica, particularmente del derecho positivo, para introducirnos en la llamada *justicia nativa* de los aguaruna del Alto Maraón, Perú. Entre este pueblo, las presiones ejercidas por la ley nacional, externa al grupo, produjeron disfunciones y resistencias, conduciendo al nacimiento de un organismo regional de defensa que asume la resolución de conflictos y la administración de justicia de acuerdo a los valores tradicionales de la comunidad y de la familia. Así, son las condiciones del mundo político cambiante las que constituyen el fundamento del desarrollo del derecho consuetudinario en la zona.

Para Ana María Vidal, en el capítulo seis, el derecho campesino andino de Perú surge como respuesta a situaciones sociales cambiantes, tratándose de normas y prácticas contemporáneas y no de formas jurídicas indígenas ancestrales. En el mundo rural andino han surgido nuevas formas de control social en los últimos años que las leyes del Estado comienzan apenas a reconocer como tales, y que resultan de la resistencia del mundo campesino al derecho ciudadano y formal, al cual perciben como hostil y distante.

El concepto de *resistencia* así como el de *reciprocidad* es también el punto de partida del análisis de la costumbre entre los totonaca, México, que hace Victoria Chenaut en el capítulo siete. La autora descubre todo un ámbito de relaciones intracomunitarias regidas por costumbres que tienen el carácter de *jurídicas* en el interior del grupo étnico, "porque crean obligaciones entre las partes, y porque regulan las relaciones sociales funcionando como elementos de control social, asociados a ciertos valores".

Entre los tarahumara del norte de México existe, desde hace mucho tiempo, un gobierno local indígena no formalmente reconocido por las leyes nacionales. En esta zona, el gobierno mexicano ha operado su política indigenista y agraria, a partir de la década de 1930, a través de la constitución de un cuerpo de promotores y funcionarios indígenas al ser-

vicio del Estado. Estos servidores públicos se han transformado con el tiempo en verdaderos intermediarios culturales en la Sierra Tarahumara, quienes se han dedicado a formalizar su autoridad y ejercer su poder procurando dar una fundamentación jurídica a las normas consuetudinarias. Así, según François Lartigue, en el capítulo ocho, el derecho consuetudinario aparece como una transformación jurídica de la costumbre. Vemos, una vez más, que el derecho consuetudinario actual no necesariamente antecede a las normas jurídicas positivas, sino que puede ser visto como una adaptación de éstas a las condiciones sociales de la comunidad o del grupo étnico.

El conflicto entre derecho consuetudinario y derecho positivo puede expresarse también bajo la forma de un conflicto lingüístico, como lo demuestra Rainer Enrique Hamel en el capítulo nueve, quien detalla cómo el conflicto entre lenguas es una forma de dominación y subordinación de la cultura indígena por la mestiza. Con base en su trabajo de campo entre los ñañ'ñú (otomí) del centro de México, Hamel concluye que el lenguaje del derecho en situación de conflicto lingüístico y jurídico plantea también el problema del derecho del lenguaje, es decir, de los derechos lingüísticos.

Entre el mismo grupo otomí, María Teresa Sierra, en el capítulo diez, hace un análisis minucioso de las conciliaciones que se practican en lengua materna, de acuerdo con las costumbres tradicionales, cuando surgen conflictos por diversos motivos entre los vecinos de un lugar. El análisis del discurso y del lenguaje, en la conciliación de los conflictos, descubre los patrones de conducta, los valores y las prácticas consuetudinarias de los otomí y plantea, al mismo tiempo, las diferencias entre estas prácticas del derecho consuetudinario y las normas jurídicas positivas de la ley del Estado.

A pesar del peso del sistema jurídico positivo, en Guatemala existe un subsistema de derecho consuetudinario más que un sistema jurídico paralelo, que si bien no es reconocido legalmente (cuando menos hasta la reforma constitucional de 1985), influye en los procesos jurídicos y administrativos a nivel local. Esto lo señala Luis Alberto Padilla en el capítulo once. Sin embargo, los conflictos armados y la represión militar a los pueblos indígenas, durante la última década, así como la influencia de las sectas protestantes, han contribuido a desestructurar este sistema de derecho consuetudinario. No obstante, el autor opina que podría re-

cuperar sus funciones tradicionales o adquirir nueva dinámica si los grupos étnicos se apoyan en las nuevas normas de carácter constitucional.

La importancia de las políticas estatales es subrayada también por Adolfo Triana Antorveza en el capítulo doce. La subordinación de la población indígena al Estado, en Colombia, data desde la época colonial y se agudiza durante el periodo republicano. El problema se complica por las estrategias de desarrollo internacional, cuando los indígenas a veces se ven involucrados en las llamadas guerras de baja intensidad. Es en este contexto, nos dice el autor, que deben situarse los actuales esfuerzos por respetar y reconocer las costumbres tradicionales de los grupos indígenas de Colombia.

En el capítulo trece, Manuela Carneiro da Cunha retoma la crítica del derecho consuetudinario como algo fijo y preexistente, desde el ángulo de la antropología contemporánea, y argumenta que tanto el concepto como el contenido específico del derecho consuetudinario son tributarios de la existencia del Estado con el que éste se enfrenta. En la segunda parte de su trabajo, la autora narra la hazaña (porque eso fue en verdad) de cómo quedaron incluidos los derechos indígenas en la nueva Constitución brasileña de 1988, y ofrece algunas observaciones sobre el nuevo texto constitucional en lo que respecta a los indios.

También la legislación paraguaya ha incorporado el derecho consuetudinario indígena, como señala Esther Prieto en el capítulo catorce, al hacer el análisis y la crítica del Estatuto de Comunidades Indígenas que data de 1981, no sin antes ofrecer un recuento de las distintas etapas por las que ha pasado la legislación indigenista paraguaya en el siglo XX.

El pueblo mapuche del sur de Chile ha sido víctima de las guerras de conquista llevadas a cabo primero por el conquistador español y posteriormente por el gobierno republicano chileno. A diferencia de otros grupos indígenas latinoamericanos, y a semejanza de lo que aconteció en América del Norte, los mapuche firmaron un tratado con los invasores, mediante el cual les fue reconocida su soberanía, pero este tratado fue violado unilateralmente en su perjuicio. Posteriormente, como describe en el capítulo quince José Aylwin Oyarzun, la legislación chilena fue altamente perjudicial para los derechos del pueblo mapuche, culminando con la legislación etnocida del régimen militar (1979). El autor analiza cómo la legislación estatal contradice el derecho consuetudinario mapuche, sobre todo en cuanto al régimen de la tierra se refiere.

El problema de la tenencia de la tierra está también en el centro del conflicto entre el Estado y los indígenas de Costa Rica, como refiere José Carlos Morales en el capítulo dieciséis. El autor plantea que el derecho consuetudinario indígena no es respetado, y recomienda que sean las organizaciones indígenas las que manejen su propia realidad.

Ante la situación de desventaja en que se encuentran los indígenas frente a la administración de justicia por parte del Estado mexicano, tal como refiere Magdalena Gómez en el capítulo diecisiete, el gobierno ha iniciado un programa de defensoría jurídica de presos indígenas, en el cual la vigencia del derecho consuetudinario, aún sin ser reconocido por las leyes, desempeña un papel importante. La complejidad del tema resalta cuando el programa tiene que asumir casos específicos en los que el derecho tradicional no solamente riñe con el derecho positivo sino también, a veces, con los derechos humanos reconocidos universalmente.

Los artículos que conforman este libro abren, como un abanico, la amplia gama de asuntos y problemas que convoca la temática del derecho consuetudinario indígena, campo de encuentro, de oposición y complementariedad, entre la ley y la costumbre; dos fuerzas entre las cuales transcurre buena parte de la vida cotidiana de los campesinos e indígenas, y a las cuales están fuertemente ligadas sus luchas y el destino de sus derechos como pueblos.

Para el desarrollo de la teoría y la práctica indigenistas, para la promoción y defensa de los derechos humanos de los pueblos indios, y para el avance de las plataformas de las organizaciones indígenas, esta temática pone en evidencia que la cuestión étnica está indisolublemente asociada a la cuestión nacional. Esto es, que la eliminación de la opresión y la discriminación, que ha afectado secularmente a los pueblos originales de América, supone la transformación de las naciones de que son parte, para dar cabida a la diversidad y consiruir a partir de ella la unidad; y, por supuesto, la transformación del derecho y del Estado que la organiza y contiene.

Aun cuando los trabajos aquí recogidos fueron presentados y comentados en un seminario, no suponen en conjunto un acuerdo sobre la definición del campo de conocimiento que genéricamente se ha denominado *derecho consuetudinario indígena*, ni sobre los límites de su aplicación o su esfera de funcionamiento. Se trató de un primer esfuerzo por acercar a profesionales que investigan con inquietudes parecidas y que

atribuyen singular importancia al estudio de la intersección de la ley y la costumbre. Las discusiones durante el evento pusieron de manifiesto las carencias conceptuales, las limitaciones en la información y la necesidad de realizar estudios comparativos. Por otra parte, la presencia de varios profesionales y dirigentes indígenas fue muy alentadora para reconocer la dimensión en que ellos se plantean estos problemas, sobre todo en cuanto atañe a situaciones inmediatas que afectan a sus pueblos; y para profundizar la convicción de que el trabajo intelectual cobra sentido en su relación con la práctica de los pueblos de que se ocupa.

Hacen falta nuevos y más profundos estudios sobre el tema. Hay contribuciones, como las de la historia y la etnohistoria, que están ausentes en este volumen. Quedan por indagar una multitud de esferas de aplicación de la ley y la costumbre, como la administración de justicia, el derecho a la salud, los derechos de los menores y las mujeres indígenas. Este libro quiere estimular esas líneas de trabajo; ser útil a las organizaciones indígenas, y contribuir a elevar el debate público nacional e internacional sobre el respeto y la defensa de los derechos humanos de los pueblos indios.

#### NOTA DE LOS COMPILADORES

Por razones de espacio, y por ser repetitivas, algunas ponencias presentadas en el Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina no quedaron incluidas en este volumen. Otras (las de Luis A. Padilla y Ana María Vidal) han sido considerablemente abreviadas. Todas han sido reducidas por los autores o los compiladores en aquellas partes que resultaban reiterativas. Los compiladores reconocen el esfuerzo de Josefina Lusardi (del III) en la corrección y homologación de los artículos y en el cuidado general de la edición.

#### BIBLIOGRAFIA

- Boldt, Menno y J. Anthony Long  
1985 *The quest for justice. Aboriginal peoples and aboriginal rights.* Toronto: University of Toronto Press.
- Canby Jr., William C.  
1981 *American Indian Law.* St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- Crawford, James, Peter Hennessy y Mary Fisher  
1988 *Aboriginal customary laws: Proposals for recognition.* En *Indigenous Law and the State.* Bradford W. Morse y Gordon R. Woodman, eds. Dordrecht: Foris Publications.
- Havemann, Paul  
1988 *The indigenization of social control in Canada.* En *Indigenous Law and the State.* Bradford W. Morse y Gordon R. Woodman, eds. Dordrecht: Foris Publication.
- Martínez Cobo, José R.  
1987 *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas.* Nueva York: Naciones Unidas.

Morse, Bradford W. y Gordon R. Woodman (eds.)

1988 *Indigenous Law and the State*. Dordrecht: Foris Publications.

Riley, Rob

1988 *Aboriginal Law and its importance for aboriginal people: Observations on the task of the Australian Law Reform Commission. En Indigenous Law and the State*. Bradford W. Morse y Gordon R. Woodman, eds. Dordrecht: Foris Publications.

Stavenhagen, Rodolfo

1988 *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: El Colegio de México e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Wilkinson, Charles F.

1987 *American Indians, time, and the Law*. New Haven: Yale University Press.

## DERECHO CONSUETUDINARIO INDIGENA EN AMERICA LATINA

*Rodolfo Stavenhagen\**

### INTRODUCCION

Varias son las razones por las que es importante el estudio y conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en América Latina. En primer lugar, porque el derecho consuetudinario es considerado generalmente como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, por lo que su estudio es un elemento fundamental para el mejor conocimiento de las culturas indígenas del continente. En segundo lugar, porque junto con la lengua, el derecho (consuetudinario o no) constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad. La fuerte identidad de los pueblos musulmanes se establece, en parte, en la importancia que tiene entre ellos el derecho islámico. Lo mismo puede decirse de otras grandes religiones que tienen su propio sistema jurídico, como el hinduismo y el budismo. En Occidente, una diferencia significativa entre las sociedades francesa e inglesa (que

\* RODOLFO STAVENHAGEN. El Colegio de México e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

repercutió en sus respectivos imperios coloniales) se atribuye al contraste entre el *common law* anglosajón y el derecho civil francés de origen romano. Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aun cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad. En América Latina, los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario propio. En tercer lugar, la naturaleza del derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre dichos pueblos y el Estado, influyendo así en la posición de ellos en el conjunto de la sociedad nacional. Finalmente, el derecho consuetudinario repercute en la forma en que los pueblos indígenas gozan o, por el contrario, carecen de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo lo que actualmente se llama los derechos étnicos o culturales.

Por las razones anteriores, es imprescindible que se estudie este tema en América Latina, al cual no se le ha dado la importancia debida en las investigaciones sobre los pueblos indios del continente. El derecho consuetudinario es objeto de atención por parte de dos disciplinas de las ciencias sociales: la antropología y la ciencia jurídica. La primera se ha ocupado poco del tema, subsumiéndolo generalmente en la temática más amplia de la estructura social y política de los pueblos indígenas. Pocos antropólogos señalan la especificidad de lo *jurídico* en su tratamiento global del control social y la organización política. Sin embargo, hay notables excepciones y la *antropología jurídica* es una de las subdisciplinas más dinámicas de la antropología en la época actual. Ello es cierto, sobre todo, en la antropología anglosajona, y en este conjunto los pueblos indígenas de América Latina aparecen modestamente representados (consúltese Nader *et al.* 1965; Nader 1969; y Nader y Todd 1978). Por otra parte, los antropólogos latinoamericanos se han ocupado escasamente del tema (véanse Aguirre B. 1953 y Chase S. 1987). En cuanto a los especialistas en derecho, generalmente ignoran o niegan validez a lo que podemos llamar el derecho consuetudinario, considerando que sólo la norma escrita y codificada, o sea, el derecho positivo del Estado, merece su atención. También aquí hay cambios recientes y excepciones que vale la pena resaltar (véanse Ballón 1980, Yrureta 1981; Padilla 1989 y Ballón 1989). (Estos temas se tratarán con más detalle en el cuerpo del presente trabajo).

## LA CUESTION CONCEPTUAL

Pero, ¿qué ha de entenderse por derecho consuetudinario? Generalmente, este concepto se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado. Esta definición puede implicar que el derecho consuetudinario es anterior en términos históricos al derecho codificado. Así, en diversos países europeos, el derecho positivo incluye elementos del derecho consuetudinario anterior, por ejemplo, el de la época feudal. Subyacente a esta concepción encontramos un sesgo evolucionista: el derecho consuetudinario se transforma en, o es absorbido por, el derecho positivo de origen estatal, el cual representaría una etapa superior en la evolución del derecho (consúltese Nader 1965).

Pero, también implica que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo, cuando menos durante algún tiempo. Esta coexistencia puede significar una adaptación mutua o bien puede representar un conflicto entre sistemas legales o jurídicos. En los países en los que existe y es reconocido este *pluralismo legal* (Hooker 1975), cada uno de los sistemas jurídicos en presencia puede ser aplicado a una población distinta (por ejemplo, el derecho hindú y el islámico en la India); o bien el derecho positivo puede aplicarse a ciertas esferas legales (verbigracia, el ámbito penal), mientras que el consuetudinario se reserva para otras esferas (por ejemplo, el ámbito familiar o civil). El derecho colonial de las potencias europeas se aplicaba a los colonos europeos, y el derecho consuetudinario, a los indígenas en sus asuntos internos. O bien, por el contrario, los dos derechos entran en conflicto, como cuando una legislación sobre la propiedad de la tierra contradice las normas tradicionales de distribución y usufructo de derechos agrarios en una comunidad campesina, lo que sucede en África o en América indígena.

El término *derecho consuetudinario* no es aceptado universalmente. Hay quienes prefieren hablar de *costumbre jurídica* o *legal* o de *sistema jurídico alternativo*. (Estos términos se utilizarán indistintamente en el presente trabajo).

La referencia a la *costumbre* no es, desde luego, fortuita. Por una parte, la ciencia jurídica acepta que la *costumbre* es una fuente del derecho. Por otra parte, lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso etcétera), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta

autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental, entonces, sería que el derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado (véase Bohannan 1965).

Esta distinción conduce a otra, también fundamental. En las sociedades complejas (con Estado), el derecho constituye una esfera bien distinta y específica del resto de la cultura y la sociedad. Así, puede hablarse de *derecho y sociedad* como de dos ámbitos que de alguna manera se relacionan pero son autónomos<sup>1</sup>. El derecho tiene sus normas y su lenguaje propios, así como sus especialistas profesionales; puede entenderse en términos de sí mismo, evoluciona de acuerdo a sus propias leyes internas y puede ser transferido como *corpus* acabado de una sociedad a otra<sup>2</sup>. Los especialistas pueden ocuparse del derecho con escasa o ninguna referencia al contexto social o cultural. De hecho, la mayoría de los tratados jurídicos se caracterizan precisamente por eso. De ahí que la *sociología del derecho* sea una disciplina sociológica (y no jurídica) que pretende colocar el derecho en su contexto social y cultural.

En cambio, se dice, la costumbre jurídica o derecho consuetudinario en las sociedades tribales o menos complejas no constituye una esfera diferente o autónoma de la sociedad. Por el contrario, aquí lo *jurídico* se encuentra inmerso en la estructura social. No existe, por lo general, un aparato administrativo específico ni los especialistas profesionales encargados de elaborar y/o aplicar el derecho. Los propios miembros de la sociedad no distinguen, con frecuencia, un ámbito específico de lo *legal* distinto al conjunto de costumbres y normas de comportamiento y de control social, y aun para los observadores extraños resulta a veces difícil trazar los límites de lo propiamente jurídico en estas sociedades (de ahí que, como se decía anteriormente, la antropología se haya ocupado poco del asunto, y la ciencia jurídica prácticamente lo ignore).

Esta discusión conduce necesariamente a la cuestión de lo que constituye lo legal o lo jurídico en una sociedad determinada. En los estados en los que impera el derecho positivo, la respuesta es sencilla. Es jurídico todo aquello que cae bajo el amparo de *la ley*. En las sociedades modernas no hay prácticamente ninguna esfera de la actividad humana que no esté reglamentada de alguna manera por una ley, reglamento administrativo o decreto, y existen las oficinas de la administración pública así

como los tribunales para determinar cuáles son los alcances y los límites de las leyes, es decir, de lo jurídico en la sociedad.

En cambio, en las sociedades en las que prevalece la costumbre jurídica, la identificación de lo propiamente *legal* es tarea de investigación y definición. Para ello, el observador puede utilizar categorías de la ciencia jurídica y aplicarlas a la sociedad estudiada, o bien puede tratar de derivar estas categorías de los usos y costumbres de la sociedad misma. Estos dos enfoques alternativos han conducido a numerosas controversias entre especialistas, sobre todo con respecto, al estudio del derecho consuetudinario en sociedades tribales africanas<sup>3</sup>. En síntesis, podríamos decir que lo *legal* o *jurídico*, en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consiste en lo siguiente:

- 1) normas generales de comportamiento público;
- 2) mantenimiento del orden interno;
- 3) definición de derechos y obligaciones de los miembros;
- 4) reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque);
- 5) reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales);
- 6) definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;
- 7) sanción a la conducta delictiva de los individuos;
- 8) manejo, control y solución de conflictos y disputas;
- 9) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.

Esta lista no agota los elementos posibles de un derecho consuetudinario, y los que aparecen podrían ser divididos entre aquéllos que establecen normas y reglas, y aquellos otros que definen derechos, delitos y sanciones.

#### **LOS ESTUDIOS SOBRE DERECHO CONSUEUDINARIO**

Desde que surgió el interés por el estudio del derecho consuetudinario de los pueblos llamados "primitivos", en el siglo XIX, éste ha pasado

por varias etapas y se han empleado diversas metodologías en su estudio. Un primer recurso suele ser la elaboración de las normas jurídicas consuetudinarias, tales como son recogidas por los investigadores, quienes —con frecuencia— fueron funcionarios coloniales, y sólo en épocas más recientes han sido antropólogos especialmente entrenados en la materia. El método del listado de normas y reglas ha sido criticado con razón. En primer lugar porque se lleva a cabo sin referencia, generalmente, al contexto social y cultural en el cual se dan. En segundo lugar, porque las listas así elaboradas provienen con frecuencia de la boca de algún informante y representan una visión abstracta, a veces idealizada, y tal vez incluso sesgada, de la realidad social; es decir, pueden ser ideologías de la comunidad de la que se trata. Y, en tercer lugar, porque el propio recopilador tiene la tendencia de encajar las dichas normas y reglas en categorías jurídicas preestablecidas, provenientes de otros contextos, sobre todo si comparte, a su vez, una ideología evolucionista (por ejemplo, la dicotomía tradicional/moderno o subdesarrollado/desarrollado).

Por lo anterior, la elaboración de listas de normas y reglas como método para el estudio científico del derecho consuetudinario ha sido ya desechado desde hace tiempo. Más éxito ha tenido el estudio sistemático de casos concretos de conflictos y disputas y su resolución. El estudio de caso sigue siendo el recurso metodológico principal de los antropólogos para acercarse al derecho consuetudinario<sup>4</sup>. A través del estudio de casos concretos de resolución de disputas o contiendas, el investigador desentraña las normas y reglas jurídicas no solamente como enunciados abstractos sino como elementos vivos y dinámicos del derecho de una sociedad. Con frecuencia se advierte así la contradicción entre la norma y la realidad, entre la regla enunciada formalmente, y el funcionamiento concreto del *derecho* en casos específicos. Si bien el jurista estaría más interesado en el enunciado formal de la norma y la regla, el sociólogo y el antropólogo están más interesados en su funcionamiento real, concreto y específico.

Los casos conflictivos no se dan aisladamente, y los investigadores reconocen la necesidad de situar las disputas en su contexto histórico (diacrónico o longitudinal) y estructural (sincrónico). Cualquier conflicto que se llega a dirimir ante un tribunal local o una autoridad cualquiera, tiene una "prehistoria" y tendrá diversas *consecuencias sociales*, además de la dinámica del conflicto mismo (Gulliver 1969). En consecuencia, los

investigadores modernos prefieren hablar de *proceso jurídico o judicial*, una secuencia de eventos y relaciones, y rechazan la idea del *derecho consuetudinario* como un cuerpo acabado de normas y reglas formales que solamente espera a su "descubridor" (Collier 1975). En el proceso jurídico interviene no solamente el complejo de reglas y normas jurídicas de que dispone la sociedad, sino también los valores culturales y las ideologías, la personalidad y la psicología de los actores individuales, así como el mundo de los signos, los símbolos y el lenguaje (Gibbs 1969).

Existen desacuerdos entre los especialistas con respecto a la naturaleza del derecho consuetudinario. Como ya hemos mencionado, 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 misma del derecho consuetudinario surge en el momento en que las sociedades europeas establecen su dominio colonial sobre pueblos no occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos sometidos. En otras palabras, la relación entre el derecho occidental (colonial) y el (o los) derecho(s) consuetudinario(s) es históricamente una relación de poder entre una sociedad dominante y una sociedad dominada. En Africa, el colonialismo británico se propuso codificar las costumbres jurídicas de las tribus colonizadas con el objeto de facilitar la explotación colonial. De ahí que el *derecho consuetudinario* de muchos pueblos africanos haya sido el resultado de los esfuerzos de juristas, funcionarios y administradores coloniales, así como de algunos antropólogos, quienes "reconstruyeron" las normas consuetudinarias a través de sus propios ojos, categorías y prejuicios (Hooker 1975). Algunos críticos sostienen, seguramente con alguna exageración, que este *derecho consuetudinario* es tan artificial y ajeno a los pueblos que lo poseen, como el propio derecho de las potencias coloniales. Sin embargo, en la medida en que existe una relación asimétrica de poder entre la sociedad colonial y la sociedad colonizada, puede también hablarse, en la situación de pluralismo legal, de un derecho dominante y un derecho subordinado. Esta situación, tan característica de la época colonial, ha perdurado hasta la etapa poseolonial y es típica de muchos países independientes multiétnicos.

No cabe duda que la relación de poder colonial y, posteriormente, la situación neocolonial, condicionan la relación entre el derecho dominante y el derecho subordinado (consuetudinario). Este último se en-

cuentra en constante transformación, precisamente porque no está codificado. Con frecuencia, la costumbre jurídica se elabora y modifica en función de su relación con el derecho dominante (positivo nacional), y puede ser vista como un intento de las sociedades subordinadas por adaptar y reinterpretar las normas positivas estatales de acuerdo a sus propias estructuras, valores, intereses y necesidades. Resulta, entonces, que no es posible oponer tajantemente el derecho consuetudinario al derecho positivo estatal. De lo que se trata, más bien, es de un proceso dinámico y a veces contradictorio, de cambio legal y jurídico en situaciones de pluralismo legal (Starr y Collier 1987).

Pero aun si se admite que sólo en escasas ocasiones el derecho consuetudinario constituye un todo coherente, autónomo y autocontenido fundamentalmente distinto del derecho positivo nacional (como pudiera ser el caso de una tribu que ha vivido totalmente aislada del Estado que ejerce su dominio sobre el territorio de la misma), ello no niega la importancia del derecho consuetudinario como forma de organización propia de pueblos y etnias en posición subordinada (incluso cuando pudieran ser mayoritarios numéricamente) en el interior de un estado dominante y totalizador.

#### DERECHO CONSUETUDINARIO Y PUEBLOS INDIGENAS

En América Latina la subordinación de los pueblos indígenas al Estado colonial primero y a las repúblicas independientes después (sin olvidar el papel opresor de la Iglesia) modificaron profundamente las estructuras sociales y las características culturales, incluyendo —por supuesto— las costumbres jurídicas. Nada más erróneo que la idea simple y simplista que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas “ancestrales”, que se han mantenido inmutables desde la época precolonial. Si bien este derecho consuetudinario puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época precolonial, también contendrá otros de origen colonial, y otros más que hayan surgido en la época contemporánea. En todo caso, todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía,

economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídico-administrativos. Incluso, los mismos elementos pueden significar cosas totalmente distintas en contextos estructurales disímiles. De ahí que para muchos observadores el derecho consuetudinario indígena en América Latina no sea más que la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera (Iturralde 1989).

Visto de esta manera, ¿constituye el derecho consuetudinario un elemento distintivo de los pueblos indígenas o bien es característico, también, de otros grupos subordinados? Algunos observadores del fenómeno, en los países andinos, sostienen que el derecho consuetudinario no es precisamente indígena sino más bien propio de comunidades campesinas (Vidal 1988 y Brandt 1986). En otro nivel, esta afirmación remite a la vieja discusión si determinados fenómenos sociales deben ser considerados como *étnicos* o como fenómenos de *clase*. En otros contextos también se han observado *innovaciones jurídicas* de tipo consuetudinario, o que algunos calificarían como derecho alternativo, precisamente porque no están previstas en las leyes existentes y se producen al margen de éstas. Por ejemplo, en las barriadas y ranchos de las grandes metrópolis latinoamericanas han surgido formas de mantenimiento del orden, de reglamentación de controversias, solución de conflictos, y de control social, al margen de las legislaciones vigentes<sup>5</sup>. En Perú se mencionan también las rondas campesinas para la autoprotección de las comunidades ante el abigeato, como una innovación jurídica (Vidal 1988)<sup>6</sup>. Fenómenos semejantes se han observado, incluso, en los países industriales. En Estados Unidos de América, por ejemplo, en los últimos años ha surgido un *derecho alternativo*, con sus propios *tribunales* y procedimientos, debido a que el aparato formal de administración de justicia es lento, pesado, ineficiente y costoso.

Si bien el fenómeno del derecho alternativo entre los sectores populares de América Latina es un fenómeno digno de ser analizado con detalle, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas merece particular atención porque está estrechamente vinculado a otros fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores culturales propios de la etnia<sup>7</sup>. La vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la preservación y repro-

ducción de las culturas indígenas en el continente. Y, por el contrario, su desaparición contribuye, a su vez, a la asimilación y al etnocidio de los pueblos indígenas.

#### LEGISLACIONES INDIGENISTAS NACIONALES Y DERECHO CONSUETUDINARIO

En otra publicación hemos señalado que las legislaciones indigenistas nacionales de América Latina casi no contemplan el derecho consuetudinario indígena (Stavenhagen 1988). Más bien, los estados nacionales prevén la aplicación de las leyes nacionales (en algunos casos, leyes específicas de corte indigenista) a las comunidades. Sin embargo, en algunos textos legales se hace referencia a las *costumbres* y los *valores* de los pueblos indígenas, que deben ser promovidos o protegidos por los gobiernos. Estas vagas referencias pueden interpretarse de distintas maneras pero generalmente no son consideradas como un reconocimiento jurídico del derecho consuetudinario. Así, el artículo 66 de la Constitución Política de Guatemala, proclamada en 1985, establece que “El Estado reconoce, respeta y promueve sus [de los grupos indígenas] formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social [. . .]”. La Constitución de Nicaragua de 1986 afirma que las comunidades de la Costa Atlántica (que se entiende son indígenas miskito, sumo y rama) tienen el derecho de “[. . .] dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones [. . .]” (Art. 89). Posteriormente, el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua reitera que los habitantes de las comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho “4. a desarrollar libremente sus organizaciones sociales y productivas conforme a sus propios valores” (Art. 11). A través de su aplicación, se verá si estas disposiciones constitucionales significan el respeto por el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

En materia de derecho penal, numerosas legislaciones dan tratamiento especial a los indígenas (Stavenhagen, *op. cit.*, pp. 83-92), pero sólo algunas se refieren concretamente al derecho consuetudinario. El Estatuto de Comunidades Indígenas de Paraguay contempla en el artículo 5: “Las comunidades indígenas podrán aplicar para regular su convivencia, sus *normas consuetudinarias* en todo aquello que no sea incompatible con los principios del orden público”<sup>8</sup>.

El conflicto entre derecho positivo y derecho consuetudinario afecta la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Uno de los problemas más frecuentes, a los que se enfrentan quienes administran la justicia en las zonas indígenas, es el *desconocimiento* de las leyes por parte de los indígenas. Como todo jurista aprende en la escuela, el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, pero la aplicación rígida de esta máxima conduce con frecuencia a grandes injusticias. De ahí que quienes se preocupan más por la justicia que por la aplicación rígida de las leyes reconocen la necesidad de dar flexibilidad a su aplicación; y que en numerosas legislaciones penales, los indígenas sean considerados como *inimputables* o *incapaces* o sujetos a algún régimen especial. Ambos extremos son igualmente violatorios de los derechos humanos de los indígenas: la aplicación rígida de leyes cuando éstas no solamente no son comprendidas o son ignoradas, sino cuando con frecuencia no tienen significado alguno en el contexto de la cultura local; o bien, en el otro extremo, declarar al indígena *incompetente* o *incapaz*, es decir, despojarlo de sus derechos de ciudadanía.

El desconocimiento de la ley es un camino de dos vías. De hecho, los legisladores nacionales y los administradores de la justicia, a nivel local, con frecuencia desconocen, también, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. El problema reside en el choque entre dos sistemas legales, entre dos concepciones del derecho; choque en el cual históricamente el *derecho dominante* se ha impuesto sobre el *derecho subordinado*, de la misma manera en que la sociedad dominante se impone sobre la sociedad subordinada en lo político, lo económico y lo cultural.

#### DERECHO CONSUETUDINARIO Y DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos universales son aquéllos que están expuestos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hoy en día reconocida como un instrumento legal imperativo para toda la humanidad. Vale recordar algunos de sus postulados fundamentales:

Art. 2.1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición [ . . . ].

Art. 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre [ . . . ].

Art. 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Art. 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Art. 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley [ . . . ].

Art. 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni dcsterrado [ . . . ].

Art. 13.1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado [ . . . ].

Art.171. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente [ . . . ].

Art. 23.1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo [ . . . ].

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por las Naciones Unidas en 1966, y ratificado desde entonces por numerosos países latinoamericanos, entre otros, establece:

Art. 1.1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico social y cultural [ . . . ].

Art. 14.1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia [ . . . ].

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra de ella; [ . . . ]

f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; [ . . . ]

Art. 27. En los Estados que no existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Hay otros artículos, en los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, de relevancia para los pueblos indígenas, pero los

anteriormente mencionados son particularmente importantes porque su frecuente violación les es especialmente dañina.

Se ha señalado (Stavenhagen, *op. cit.*) que los indígenas son particularmente vulnerables a la violación de sus derechos humanos individuales, y sostenemos que esta vulnerabilidad se debe, entre otras cosas, a que generalmente no se les reconocen sus derechos colectivos culturales y étnicos. Estos últimos se encuentran apenas esbozados en los instrumentos internacionales mencionados (y en algunos otros, tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo). Son derechos humanos que aún están en elaboración en las organizaciones intergubernamentales.

Una forma de reconocimiento de los derechos étnicos y culturales es el respeto a las costumbres jurídicas indígenas por parte de la sociedad nacional y sus aparatos legales y jurídicos. En cambio, una forma de violación de los derechos humanos indígenas es la negación, por parte del Estado y de la sociedad dominante, de sus costumbres jurídicas, la cual conduce a la denegación de algunos de los derechos individuales contenidos en los instrumentos internacionales citados.

#### AMBITOS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA

Si bien hemos establecido que el derecho consuetudinario no es de ninguna manera un cuerpo estable y eterno de normas y reglas jurídicas formalmente reconocidas, y si bien podemos suponer que existen tantos *derechos consuetudinarios* como etnias indígenas específicas y diferenciadas, también es cierto que en el conjunto del mundo indígena latinoamericano ciertas temáticas resaltan con mayor frecuencia como propias del derecho consuetudinario. Sin pretender agotar la complejidad de lo *jurídico* en las culturas indígenas, pueden mencionarse, a título indicativo, algunos grandes apartados:

- 1) **El derecho a la tierra**, incluyendo acceso, usufructo, distribución, propiedad, y transmisión. Tradicionalmente, entre los pueblos indígenas la tierra es propiedad colectiva de la comunidad o del núcleo social. Este concepto arraigado de propiedad riñe, en primer lugar, con la noción de propiedad privada e individual de la tierra,

introducida en la mayoría de los países latinoamericanos por el liberalismo económico del siglo pasado, y que aún se encuentra vigente en numerosas legislaciones. Así, la privatización de las tierras mapuche decretada por el régimen militar chileno es resistida por el pueblo mapuche. Otras legislaciones agrarias, como la mexicana, reconocen la propiedad colectiva de las comunidades, aunque no se refieren específicamente a sus características étnicas. La aplicación indiscriminada de la legislación estatal en materia de propiedad de la tierra puede conducir a conflictos con las concepciones tradicionales sobre propiedad agraria que prevalecen entre los pueblos indígenas y tener por resultado la violación de derechos colectivos e individuales.

En segundo lugar, el concepto de propiedad colectiva o comunal del grupo étnico riñe, también, con la propiedad que el Estado nacional, heredero de la Colonia, reclama para sí bajo formas de *terrenos nacionales*, *baldíos* o *tierras fiscales*, negando así derechos ancestrales de las etnias indígenas sobre terrenos ocupados pacíficamente desde tiempos inmemoriales. Esta es la base de muchos conflictos que se dan en la actualidad sobre todo en la cuenca amazónica. Aquí se trata con frecuencia no sólo de la tierra en sí, sino también de los recursos acuíferos, forestales y minerales. Algunos países han hecho frente a esta situación reconociendo a los pueblos indígenas sus *reservas territoriales* (Panamá, Costa Rica).

2) **La persecución de delitos** o el derecho penal. La definición y tipificación de delitos es objeto de los códigos penales, y actualmente se trabaja en América Latina en la unificación de criterios entre los diversos países con el objeto de lograr un código penal *tipo* o único para toda la región (Zaffaroni 1989). Es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales. Por ello no es sorprendente que con frecuencia lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para una comunidad indígena, o, por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena (es decir, un delito en lenguaje jurídico) puede no ser reconocido como tal por la legislación penal vigente.

Característica del primer tipo es actualmente la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida, tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, para millones de indígenas la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales. Tal es el caso de la coca en los países andinos y del peyote y los hongos alucinógenos en México. El tema ha producido ya severos conflictos y controversias a lo largo del continente y ha sido objeto de conferencias internacionales. Característica del segundo tipo es la problemática de la brujería, aceptada y sancionada como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida como delito (ni siquiera su existencia admitida) en las legislaciones nacionales. La práctica judicial ha documentado numerosos y dramáticos casos de homicidios cometidos por causa de brujería; homicidios que son sancionados por el derecho penal nacional pero admitidos como forma de *hacer justicia* o de legítima defensa personal en el derecho consuetudinario de las comunidades (Gómez 1988).

3) **Procedimientos de administración de justicia.** Existe una amplia literatura etnográfica sobre las formas en que se manejan y resuelven conflictos y se imparte justicia en las comunidades indígenas. Una diferencia muchas veces señalada sería que en la justicia de tipo occidental se busca *castigar al culpable* mientras que en las comunidades indígenas se busca reconciliar y llegar a un compromiso entre las partes, con el objeto de conservar la armonía interna del grupo. El juzgado o tribunal como espacio privilegiado para exponer quejas, dirimir conflictos y exigir justicia es un producto del Estado de derecho, pero con frecuencia es ajeno a las costumbres y valores de las comunidades indígenas. Aquí, en cambio, puede funcionar la autoridad política tradicional (por ejemplo, un consejo de ancianos no reconocido por las leyes nacionales) o algún intermediario aceptado por las partes para reconciliar diferencias. En el área de la administración de justicia se advierte más nítidamente el hecho de que en las sociedades occidentales lo *jurídico* se distingue formalmente de todo aquello que no lo es. En cambio, en

las comunidades indígenas lo *jurídico* está totalmente imbricado en el resto de la estructura social y sólo un observador externo, utilizando sus propias categorías descriptivas y analíticas, podrá separar uno de otro.

Los observadores señalan que las sociedades pequeñas, en donde existen muchos vínculos diversos entre todos sus miembros (de parentesco, vecindad, reciprocidad económica, etcétera), caracterizadas por relaciones *multiplex*, las personas son reacias a acudir a los tribunales, aun cuando éstos se hallan disponibles. Esta actitud contrasta con aquellas sociedades (urbano-industriales) en donde la profesión legal y el aparato judicial son considerados como remedio obligado para dirimir conflictos entre personas vinculadas por relaciones *simplex*, es decir, por ejemplo, un proveedor y un comprador (Falk Moore 1969).

Así, se ha advertido que en casos de disputas existen diferentes niveles de *administración de justicia* a los que pueden acudir los interesados, de acuerdo con las normas tradicionales de la comunidad (Parnell 1978 y Collier 1982). Cuando hay conflictos entre miembros de la propia comunidad indígena, los afectados utilizan generalmente las instituciones propias, es decir, el derecho consuetudinario. En cambio, cuando se presenta un conflicto entre indígenas y no indígenas, entonces se usa de preferencia las instituciones nacionales. Esta distinción encuentra, a veces, su respaldo en la propia legislación o práctica indigenista. Por la cantidad de abusos a que están expuestos, los indígenas tienden a evitar, cuando les es posible, acudir a los tribunales y juzgados de los mestizos o ladinos. Pero también existen casos en los que se busca acudir a los tribunales con el objeto de mantener vivo un conflicto o bien porque alguna de las partes en conflicto cree poder obtener una ventaja procediendo de esta manera.

Existen otros ámbitos propios de lo que sería un derecho consuetudinario indígena, pero sólo la investigación empírica y casuística podrá aportar los análisis específicos. Es importante recalcar que el derecho consuetudinario generalmente no existe aisladamente (salvo entre comunidades física y políticamente apartadas del resto de la sociedad). Sobre todo entre los pueblos indígenas campesinos las costumbres jurídicas

tienen vigencia como una forma de interacción con la manera en que se aplica y se utiliza localmente el derecho positivo formal. De ahí que estas costumbres o normas consuetudinarias cambien en el tiempo y de acuerdo a las circunstancias. Por consiguiente, una posible *codificación* del derecho consuetudinario tendría la desventaja de despojarlo precisamente de su naturaleza dinámica y flexible, en la cual reside su utilidad para los pueblos indígenas.

Por otra parte, el reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario por parte del Estado, abriendo un espacio para la aceptación de un pluralismo legal y jurídico, aportaría un elemento indispensable para la mejor defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas<sup>9</sup>.

#### NOTAS

1. Los antropólogos prefieren hablar del *derecho en la sociedad*, ya que no le reconocen una esfera autónoma. Los juristas prefieren el concepto *derecho y sociedad*, puesto que atribuyen al derecho una esfera autónoma frente a la sociedad. Para el marxismo ortodoxo, el derecho refleja la estructura del poder de una sociedad.
2. Hooker (1975) estudia la transferencia del derecho occidental a los países coloniales así como algunos casos de adopción voluntaria del sistema jurídico occidental en países independientes (Turquía, Etiopía, Tailandia). Masaji Chiba, *Asian Indigenous Law*, estudia la *recepción* del derecho occidental en varias sociedades no occidentales.
3. La controversia más sonada se ha dado entre los antropólogos Max Gluckman y Paul Bohannan. El primero, con base en sus estudios entre los barotses de la antigua Rodesia del Norte (ahora Zambia), aplica deliberadamente las teorías y categorías del derecho occidental al análisis del derecho tribal. Paul Bohannan, en cambio, en sus estudios sobre los tiv de Nigeria, rechaza el uso de las categorías jurídicas occidentales y prefiere utilizar los términos indígenas para describir un *sistema folk* del derecho tribal que deberá entenderse en sus propios términos. Véanse los capítulos de ambos autores, así como los comentarios de Nader y Moore en Nader (1969). Gluckman, en otra parte, desespera de las múltiples definiciones que hay de ley y de derecho (ambos términos se traducen por *law* en inglés) y cita al autor nigeriano T. O. Elias, quien define el derecho de cualquier comunidad dada como el conjunto de reglas que son reconocidas como obligatorias por sus miembros. Otros autores, como Hoebel, consideran que una norma social es *legal* si su infracción conduce a la aplicación de la fuerza física por parte de quienes disfrutan socialmente del privilegio de aplicarla. Véase Max Gluckman (1965), cap. V.
4. El método del estudio de casos fue desarrollado por Adamson Hoebel y es seguido por numerosos estudiosos del derecho consuetudinario. Véase Llewellyn y Hoebel (1941) y Hoebel (1954).
5. Sobre los ranchos de Caracas, véanse los trabajos de Kenneth Karst de la Universidad de California. Aunque enfoca fundamentalmente la problemática de la *economía informal* en Lima, es también ilustrativo sobre este punto el libro de Hernando de Soto (1986).

6. El gobierno peruano reconoció la existencia de las rondas campesinas a través de la Ley Núm. 24571 de 1986, cuyo artículo único dice:

Reconózcase a las rondas campesinas pacíficas democráticas y autónomas, cuyos integrantes están debidamente acreditados ante la autoridad política competente, como organizaciones destinadas al servicio de la comunidad y que contribuyen al desarrollo y a la paz social, sin fines político partidarios. Tienen además como objetivos, la defensa de sus tierras, cuidado de su ganado y demás bienes, cooperando con las autoridades en la eliminación de cualquier delito. Su estatuto y reglamentos se rigen por las normas de las Comunidades Campesinas que establecen la Constitución y el Código Civil.

Algunos observadores consideran que al ser reconocidas legalmente de acuerdo con este texto, las rondas campesinas se han transformado de una auténtica innovación de derecho alternativo en un instrumento de control del Estado.

7. Véase García Sayán (1987). Sobre el papel de la lengua, Hamel (1988).

8. Como dice Miguel Chase Sardi,

esto crea un grave problema a los jueces que tienen que dictaminar y a los abogados que defienden en los casos en los cuales estén implicados indígenas, ya que no existen estudios específicos de este tema antropológico-jurídico (mimeo, s.f.). Véase, también, el trabajo de Prieto (1989).

9. Este planteamiento no es compartido necesariamente por otros estudiosos de la materia ni tampoco por algunos gobiernos. Escribiendo sobre el pueblo tarahumara en el norte de México, Gonzalo Aguirre Beltrán afirma que el reconocimiento legal del Consejo Supremo de la raza o tribu tarahumara,

violentaría los ideales postulados en la Constitución. Este reconocimiento daría status legal a un gobierno de tribu, esto es, a un gobierno que desapareció desde los primeros contactos entre tarahumaras, jesuitas y gambusinos. Reconstruir tal gobierno y darle unidad y forma a la tribu sería, sin género de dudas, un retroceso en la evolución política de la nación [...]. Este pensamiento ha impedido también la erección del gran municipio de la Alta Tarahumara, ya que su establecimiento implica un aislamiento del grupo étnico, y lo que fervorosamente se desea es la integración de ese grupo dentro de la nacionalidad (1981: 91-92).

Este libro de Aguirre Beltrán fue publicado por primera vez en 1953. Desde entonces han cambiado las percepciones oficiales, pero no la legislación indigenista en México. Ignoro si el autor sostendría la misma posición a fines de la década de 1980.

Más recientemente, ante las discusiones previas a la modificación del Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribunales de la OIT, algunos representantes de estados miembros han hecho llegar sus observaciones. Así, por ejemplo, una organización empresarial de México considera que

no debería haber un régimen especial para los miembros de los pueblos indígenas. La finalidad de elevar sus niveles de vida debe considerarse dentro del ámbito de la igualdad ciudadana.

El convenio incluye el respeto al derecho consuetudinario, pero esto no es del agrado de todos los países. El gobierno de Chile opina que las poblaciones indígenas deben regirse

por el ordenamiento jurídico nacional y que si se adoptara una legislación especial para determinados sectores de la población, se violaría el principio de la igualdad ante la ley. Véase Oficina Internacional del Trabajo (1989).

**BIBLIOGRAFIA**

- Aguirre Beltrán, Gonzalo  
 1981 Formas de gobierno indígena. Nueva edición. México: Instituto Nacional Indigenista.
- Ballón Aguirre, Francisco  
 1980 Etnia y represión penal. Lima: Centro de Investigación y Promoción Amazónica.  
 1989 Sistema jurídico aguaruna y positivismo. *América Indígena* XLIX (2): 345-367. En este libro.
- Bohannon, Paul  
 1965 The differing realms of the law. *American Anthropologist*, vol. 67, pp. 33-42.
- Brandt, Hans-Jürgen  
 1986 Justicia popular: nativos, campesinos. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República (CDIJ).
- Collier, Jane F.  
 1975 Legal processes. *Annual Review of Anthropology*, vol. 4, pp. 121-144.  
 1982 Justicia popular en Zinacantán. *América Indígena* XLII (1): 99-115.
- Chase Sardi, Miguel  
 s/f Proyecto para el estudio del derecho consuetudinario paf taviterä. Mimco.  
 1987 Derecho consuetudinario chamacoco. Asunción: R.P. ediciones.
- Chiba, Masaji  
 1986 Asian indigenous law. Oxford University Press.
- Falk Moore, Sally  
 1969 Descent and legal position. *En Law in culture and society*. Laura Nader, ed. Pp. 374 - 400. Chicago: Aldine Publishing Co.
- García Sayán, Diego (comp.)  
 1987 Derechos humanos y servicios legales en el campo. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Gibbs Jr., James L.  
 1969 Law and personality: Signposts for a new direction. *En Law in culture and society*. Laura Nader, ed. Pp. 176 - 207 Chicago: Aldine Publishing Co.
- Gluckman, Max  
 1965 Politics, law and ritual in tribal society. Oxford: Basil Blackwell.
- Gómez, Magdalena  
 1988 La defensoría jurídica de presos indígenas. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.
- Gulliver, P.H.  
 1969 Case studies of law in non-western societies - Introduction. *En Law in culture and society*. Laura Nader, ed. Pp. 11-23. Chicago: Aldine Publishing Co.
- Hamel, Enrique  
 1988 Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.
- Hoebel, E.A.  
 1954 The law of primitive man. Cambridge: Harvard University Press.
- Hooker, M.B.  
 1975 Legal pluralism, an introduction to colonial and neo-colonial laws. Oxford: Clarendon Press.

- Iturralde, Diego  
 1989 Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley. *América Indígena* XLIX (2): 245-262. En este libro.
- Llewellyn, K. y E.A. Hoebel  
 1941 *The Cheyenne way*. Norman: University of Oklahoma Press.
- Nader, Laura  
 1965 The anthropological study of law. *American Anthropologist*, vol. 67, pp. 3 - 32.
- Nader, Laura (cd.)  
 1969 *Law in culture and society*. Chicago: Aldine Publishing Co.
- Nader, Laura y Harry F. Todd Jr. (eds.)  
 1978 *The disputing process. Law in ten societies*. Nueva York: Columbia University Press.
- Oficina Internacional del Trabajo  
 1989 Revisión parcial del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales 1957 (núm. 107). Informe IV (2A). Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 76a. reunión.
- Padilla, Luis Alberto  
 1989 Elementos para una investigación del derecho consuetudinario indígena en Guatemala. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988.
- Parnell, Philip  
 1978 Village or State? Competitive legal systems in a Mexican judicial district. En *The disputing process. Law in ten societies*. Laura Nader y Harry Todd Jr., eds. Pp. 315 - 350. Nueva York: Columbia University Press.
- Prieto, Esther  
 1989 Derecho consuetudinario indígena en la legislación paraguaya (Siglo XX). *América Indígena* XLIX (2): 305-322. En este libro.
- Soto, Hernando de  
 1986 *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia.
- Starr, June y Jane F. Collier  
 1987 Historical studies of legal change. *Current Anthropology* 28 (3): 367 - 372.
- Stavenhagen, Rodolfo  
 1988 *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: El Colegio de México e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Yrureta, Gladys  
 1981 *El indígena ante la ley penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.)  
 1989 *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

## MOVIMIENTO INDIO, COSTUMBRE JURIDICA Y USOS DE LA LEY

*Diego Iturralde G.\**

### INTRODUCCION

Una de las estrategias del Estado nacional en América Latina para unificar la sociedad bajo un mismo proyecto cultural, económico y político, es la generalización de un régimen jurídico común que disuelva en la legalidad las prácticas particulares de los pueblos indios, para asegurar y ampliar las condiciones de reproducción del capital y el ejercicio de la hegemonía. Contrariamente, los pueblos indios vienen planteando como una de sus reivindicaciones la oposición a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen. Más recientemente esta oposición se formula como la demanda de reconocimiento de la vigencia de un derecho propio que regule la vida social indígena<sup>1</sup>.

El desarrollo de este planteamiento en la plataforma de los movimientos indígenas ha puesto en vigencia, una vez más, el estudio de las

\* DIEGO ITURRALDE G. Jefe de Investigaciones Antropológicas, Instituto Indigenista Interamericano.

prácticas jurídicas de los pueblos indios y en comparación con los sistemas nacionales. A diferencia de los trabajos anteriores de etnología y sociología jurídica y de derecho comparado<sup>2</sup>, orientados principalmente a justificar y contribuir a un proceso de formalización y unificación de los sistemas de control social, este nuevo esfuerzo adquiere rápidamente un carácter crítico, que lo acerca mucho a la causa de los pueblos indios y que, de alguna manera, pone en juicio los principales axiomas de la teoría del derecho y de la organización de su ejercicio.

En este ensayo se propone una reflexión acerca del rumbo y las implicaciones que está tomando la reivindicación indígena de un derecho propio opuesto al derecho nacional; las alternativas que para comprender el fenómeno han empezado a desarrollarse en los medios académicos y entre las agencias de promoción y apoyo al movimiento indígena; y los usos que en la práctica tiene y podría tener esta nueva expresión de las demandas de los pueblos indios.

Es preciso señalar que dos hechos aquí analizados: el apareamiento de la demanda y el desarrollo de los estudios sobre el derecho indígena en su forma actual, son recientes; todavía no muestran la uniformidad que los podría caracterizar como una tendencia, y son muy escasos los documentos y publicaciones en los cuales se han fijado hasta ahora<sup>3</sup>. El uso de los recursos legales para disputar y defender derechos es, en cambio, una práctica muy antigua entre los indígenas, principalmente entre aquellos que tienen una larga historia de enfrentamiento con los aparatos del Estado, colonial y neocolonial, y está profusamente documentada<sup>4</sup>. Otro elemento que conforma el escenario de esta confrontación: la política indigenista gubernamental, no es tratado en este texto. (Véanse Stavenhagen 1988 e Iturralde 1984).

Las ideas aquí recogidas se han formado en el seguimiento del desarrollo de las plataformas de las organizaciones indígenas del continente en los últimos cinco años; se han compartido y discutido con varios colegas en las sesiones del grupo de trabajo sobre derecho consuetudinario, en El Colegio de México, y en el seminario sobre el mismo tema realizado en el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores de Antropología Social (CIESAS), en México, entre 1987 y 1988<sup>5</sup>.

**MOVIMIENTO INDIO Y  
COSTUMBRE JURIDICA**

La historia de la relación entre el Estado y los pueblos indios está preñada de enfrentamientos de muy variada naturaleza, que han sido vistos por lo general como episodios más o menos importantes, pero aislados y puntuales. La mayor parte de tales enfrentamientos están asociados a procesos de despojo y resistencia, se han tratado y resuelto en el ámbito de la legalidad, y coinciden por lo regular con ampliaciones en el campo del ejercicio del dominio estatal y momentos de fortalecimiento de las formas de organización indígena. A lo largo de este proceso, los indígenas han planteado una amplia gama de reivindicaciones cuya trayectoria varía en el tiempo y en el espacio geográfico, y puede ser recurrente. Se han defendido y reivindicado bienes, principalmente la tierra; prácticas culturales, sobre todo la lengua; participación social, especialmente en recursos para el desarrollo; y fueros, como el de las autoridades tradicionales. Los conflictos han estallado al entrar en contacto la acción estatal (por sus aparatos o por delegación a otras agencias) con los pueblos indios; fenómeno que se repite cada vez que la acción pública se extiende sobre un nuevo campo de intervención: regulación de la propiedad, organización de la educación, estructuración de sistemas de autoridad, dirección del desarrollo, etcétera.

La relación entre el Estado y los pueblos indios muestra una dialéctica de mutua determinación: a cada movilización indígena —como protesta o como readecuación— se corresponde una transformación de las políticas estatales y viceversa; y éste es el signo más notable de la política indigenista (Iturralde 1987).

Las relaciones más tempranas con respecto al contacto con el proyecto estatal aparecen como enfrentamientos violentos y desiguales; luego las disputas de los indios son conducidas a la arena de la legalidad; y, finalmente, algunas luchas se plantean en el terreno de la política y como enfrentamiento de derechos. Las primeras se aplacaron por el ejercicio de la fuerza, las segundas se resuelven por la negociación, las más recientes están conduciendo (como en Centroamérica ahora) a la guerra. Los indios defendieron sus tierras de cultivo, caza y recolección por medios beligerantes; más tarde exigieron la propiedad formal de los

despojos y la aplicación de la ley para protegerlos. Ultimamente están reclamando el reconocimiento de territorios no disputados, segregados del comercio y de toda posibilidad de apropiación extraña. En la época colonial, los caciques indígenas defendieron sus fucros y se negaron a tributar; luego pleitearon por ser reconocidos como ciudadanos; hoy en día plantean recuperar el pleno ejercicio de su autoridad para regular la vida de sus pueblos, en sus territorios autonómicos.

Los pueblos indios han conservado sus lenguas y sus prácticas culturales, ocultándolas muchas veces tras del habla popular, el catolicismo criollo, el curanderismo. Desde mediados de este siglo se han movilizado exigiendo la oficialización de sus lenguas y la despenalización de sus prácticas; más recientemente están logrando generalizar el uso de la lengua materna para la educación, la libre práctica de sus religiones, el uso de las terapéuticas tradicionales, etcétera. En cada uno de estos avances se argumenta la existencia de un derecho propio que legitima estos ejercicios y que se opone a las prohibiciones legales<sup>6</sup>. De la *resistencia al cambio* se ha pasado a la demanda de una participación efectiva en *los beneficios del desarrollo*, y de allí al planteamiento de las alternativas de *etnodesarrollo*.

En fin, desde la lucha por la tierra el movimiento indio viene transitando hacia la disputa de la legitimidad del Estado para organizar la vida de la sociedad como si fuera un todo unitario y homogéneo, con una sola y misma historia y con un mismo destino. En esta evolución han aparecido y se han transformado los signos de lucha y las formas de simbolización: la búsqueda de una Tierra sin Mal, la recuperación de un pasado mítico, los movimientos milenaristas y mesiánicos, van dando paso a la formación de una conciencia y una forma de actuar como **pueblos** y como **naciones**, y a denominaciones como la de **nacionalidades indígenas**, que, aun cuando no han alcanzado un sentido unívoco definitivo, evocan el enfrentamiento y la oposición al Estado nacional (Iturralde 1988).

La generalización anterior señala una tendencia; mas las formas concretas difieren dependiendo de un sinnúmero de factores, como la densidad indígena en el conjunto de la sociedad (considérense, por ejemplo, Bolivia y Venezuela), la importancia del aparato del Estado (Brasil y Honduras), la historia del indigenismo (México y Ecuador), la naturaleza del proyecto nacional-estatal (Nicaragua y Chile). Sin embargo, es

común, en casi todos los casos, un movimiento por alcanzar la legalidad para las prácticas culturales particulares de los pueblos indios y de allí se desprende, aunque todavía muy tímidamente, la demanda por el establecimiento de un orden jurídico excepcional que lo haga posible.

La frontera de la legalidad está siendo asediada por algunos movimientos indígenas nacionales que demandan el ejercicio de ciertos derechos no contemplados dentro de las posibilidades del orden jurídico y constitucional, en tanto implican aceptar excepciones a principios como el de la generalidad de la ley, transformaciones sustanciales en el régimen de la propiedad, o restricciones al ejercicio de la soberanía del Estado sobre porciones de territorio o de sociedad. Hay casos en los cuales este lindero ya ha sido alterado: como en el régimen de comarcas en Panamá, el estatuto de autonomía de la Costa Atlántica en Nicaragua y las recientemente aprobadas disposiciones de la nueva Constitución en Brasil; pero, es más generalizada todavía la reacción que opone a estas demandas los argumentos y las normas de la doctrina y las leyes de seguridad nacional, como fue evidente en el debate de la Asamblea Constituyente de Brasil, o en la discusión de las propuestas de revisión parcial del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, junio de 1988: 75a. Conferencia General de la OIT). La plataforma del movimiento indígena, que se ha desarrollado claramente en la arena de la legalidad, está organizándose ya en el campo de la política, por medio de la disputa por el derecho, cuestión cualitativamente distinta y muy importante.

En esta disputa por el derecho, el movimiento indio viene desarrollando una argumentación (y en general una retórica) que es congruente con el conjunto de sus planteamientos anteriores respecto de la tierra, la lengua, los sistemas de autoridad y las prácticas culturales. Sostiene la existencia de un conjunto de normas y de prácticas jurídico-culturales, que son anteriores y distintas al derecho nacional; que por estar ajustadas a las necesidades de la vida social y provenir de ella, y de su acumulación y depuración históricas, son más apropiadas para la regulación del comportamiento de las comunidades y para la defensa de su ser como pueblos diversos. Considera a la costumbre como fuente primordial de un sistema jurídico alternativo, y demanda su supremacía sobre la ley general, a la que critica como impuesta e inadecuada. Más aún, este argumento se lo asocia y refuerza con los planteamientos sobre los derechos humanos, convocando así la legitimidad de los instrumentos

internacionales del ramo y alcanzando la solidaridad y el apoyo de muchos sectores sociales<sup>7</sup>.

Comprendo que a este planteamiento de los movimientos indios se le pueden oponer (y de hecho se le oponen) innumerables objeciones de doctrina y de técnica jurídicas. Comprendo también que, tal como se ha expresado hasta ahora, prefigura una utopía de muy difícil ejecución. Propongo entenderla fundamentalmente como un recurso para organizar una lucha de supervivencia cultural, que ataca uno de los pilares sobre los que se construye el sistema de dominación: el derecho; y que, si bien no conducirá a la legitimación y el pleno ejercicio del derecho consuetudinario indígena, sí puede contribuir al surgimiento de una nueva constitucionalidad, más justa<sup>8</sup>.

El surgimiento y desarrollo de esta reivindicación se corresponde con un proceso más general de configuración de los pueblos indios como etnias o naciones en el interior de los estados; proceso que en las formaciones sociales latinoamericanas se hace más visible a partir de la década de 1950, y se agudiza en los últimos quince años. Al mismo tiempo este fenómeno se inscribe en el proceso de consolidación del Estado como forma de dominación, que amplía y profundiza el control del territorio y de la población, en el orden interno, y realiza la articulación y sujeción del conjunto a los intereses imperialistas, en el orden transnacional. El reclamo de un orden jurídico propio es un signo de la importancia que ha tomado la cuestión étnico-nacional, en tanto momento característico del desarrollo de las contradicciones constitutivas del Estado<sup>9</sup>.

#### **ALGUNAS COMPRESIONES DEL DERECHO INDIGENA**

El establecimiento de los sistemas de normas que regulan la vida social de los pueblos indígenas ha sido una práctica recurrente de los etnólogos y antropólogos sociales, sea para analizar su estructura y funcionamiento, o para poner de relieve sus transformaciones. Sin embargo, solamente en algunos casos estos sistemas normativos han sido percibidos y tratados como expresiones jurídicas o cuerpos legales; esto ocurre más frecuentemente en estudios comparativos (interculturales) o cuando se trata de pueblos sujetos a la confrontación con otros que los ocupan y subordinan (situaciones coloniales en general). Los estudios contempo-

ráneos sobre la situación y el desarrollo de los pueblos indígenas, no escapan a esta perspectiva, y es frecuente que se los describa y analice en contraste y en oposición respecto de las sociedades estatales de las que forman parte; y que los sistemas normativos de la estructura social y su operación sean establecidos como cuerpos jurídicos implícitos, y comparados con los estándares legales positivos. Esto es aún más frecuente en los trabajos que exploran la problemática política de estos pueblos, dirección que conduce casi invariablemente al análisis del campo del derecho.

Un proceso semejante se observa en otros campos del conocimiento, como la historia y la sociología del derecho, y el derecho comparado que, arrancando del análisis de las normas, transitan rápidamente hacia el estudio y comparación de las estructuras sociales a que éstas se corresponden. Ahora bien, cualquiera que sea la perspectiva metodológica y las bases teóricas desde las cuales se hacen los acercamientos al derecho indígena hoy en día, es posible reconocer algunas comprensiones alternativas que originan diversos tratamientos y usos de la cuestión.

Algunos investigadores consideran que existe un sistema jurídico autóctono, contenido en las reglas del juego de la estructura social y de su funcionamiento, que se expresa de manera más o menos directa en todas las prácticas sociales a manera de costumbre; y asumen la tarea de aislar y ordenar tales normas en un cuerpo al que llaman derecho consuetudinario. Esta labor se auxilia del concepto de institución jurídica (familia, propiedad, asociación) para construir conjuntos de reglas asociadas que se expresan como cuerpos de leyes. Consecuentemente, esta comprensión se propone codificar —en el sentido de dotar de expresión y ordenar— estas costumbres —o las normas que entrañan— para favorecer su preservación, su aplicación y su reconocimiento por parte del conjunto social. El ordenamiento de estos códigos de derecho consuetudinario puede asumir diversos principios clasificatorios: desde aquellos provenientes del derecho nacional, hasta los inspirados en las taxonomías propias de los pueblos indios y de sus lenguas<sup>10</sup>.

Otro acercamiento importante al derecho indígena, menos holístico, consiste en el aislamiento y codificación de las normas que organizan las relaciones constitutivas de la comunidad o del conjunto de comunidades; o las que regulan los sistemas de distribución del prestigio y ejercicio de la autoridad. Esta alternativa presta atención preferente a aquellos fenómenos que de manera más clara están asociados a la existencia

de normas expresas y generalmente aceptadas, donde la costumbre adquiere ciertos niveles de formalización jurídica. Los ensayos, desde esta perspectiva, tienden a proponer la existencia de ciertos principios que determinan derechos y obligaciones, y asumen la tarea de establecerlos como un patrón regulador de los comportamientos. Entre ellos están los principios de la reciprocidad, la gerontocracia y los sistemas de cargos<sup>11</sup>. Consecuentemente, los trabajos realizados desde esta perspectiva privilegian las formas de organización interna de las comunidades y pueblos, y proponen estatutos constitutivos de las asociaciones que podrían ser sancionados legalmente para garantizar esas formas aparentemente autónomas de existencia legal y dotarlas de personería.

En el extremo contrario de los estudios sobre organización y funcionamiento social encontramos los análisis de situaciones de conflicto y construcción del consenso, en los cuales el establecimiento de los sistemas normativos es un recurso explicativo fundamental de donde se desprende una comprensión sobre el derecho indígena. Implica suponer que, independientemente de la existencia de normas anteriores y del grado de formalización que pudiera tener, las leyes existen en tanto están siendo manipuladas para enfrentar o resolver situaciones mediante procedimientos colectivos que se presentan bajo formas ritualizadas. No son, en este caso, las normas sustantivas (que establecen derechos y obligaciones), sino las adjetivas (que organizan los procedimientos) las que pueden ser aisladas; la acumulación de fallos y su reiteración dan origen a un derecho jurisprudencial que podría ser codificado como un derecho indígena (véanse Sierra 1988; Lartigue 1988; y algunos trabajos compilados por García 1987). Esta manera de entender el derecho indígena como una virtud procesal enfatiza el papel de los actores que intervienen en las disputas y conciliaciones, que forman una élite de especialistas en el conocimiento y perpetuación de las prácticas jurisdiccionales y, por tanto, en la administración de la vida social.

Las tres perspectivas antes mencionadas suelen abstraer el hecho de que los pueblos indígenas se encuentran subordinados a sociedades nacionales que les han impuesto y les imponen un orden jurídico, del cual son en buena parte un resultado<sup>12</sup>. Cuando la consideración de este fenómeno sí está presente, el derecho indígena es comprendido como el resultado de la asimilación de las normas legales nacionales por parte de las comunidades indígenas, según las condiciones particu-

lares de articulación en la sociedad. Surge así una cuarta manera de definir el campo del derecho indígena que se plantea como objetivo establecer cómo las leyes son entendidas y utilizadas para regular la vida social o para dirimir conflictos, contextualizándolas en su universo cultural y expresándolas como parte de sus costumbres cotidianas. Algunos autores encuentran que este orden jurídico impuesto y externo, asimilado parcialmente, se combina con prácticas y valores anteriores —algunos de los cuales son producto de asimilaciones y adecuaciones más antiguas— para formar un complejo al que cabe denominar costumbre jurídica indígena<sup>13</sup>. Al contrario que en los casos anteriores, de esta comprensión se deriva la necesidad de profundizar en la comunidad indígena (y en los especialistas dentro de ella) el conocimiento de las legislaciones nacionales, para mejorar su capacidad de negociación y argumentación, y para desarraigar, en la medida de lo posible, las prácticas arcaicas que entorpecen su propio desarrollo y defensa en el terreno de las leyes.

La recopilación y análisis de las normas que, dispersas en varios cuerpos legales, afectan directa o especialmente a las poblaciones indígenas, constituye otra forma de abordar este campo de estudio; de tal ejercicio se deriva el establecimiento de un conjunto de derechos, obligaciones y principios de procedimiento que configura lo que sería un estatuto particular de los pueblos indígenas en el Estado<sup>14</sup>. Desde esta comprensión del derecho indígena, se despliegan esfuerzos por alcanzar la promulgación de un cuerpo suficientemente amplio de legislación especial y excepcional que provea a los pueblos indios de un marco de protección eficiente en todos los campos de su interés. Una variación interesante de esta aproximación —particular de los casos de Estados Unidos de América y Canadá— es el estudio de los tratados (naciones indias-Estado nacional) y de la jurisprudencia de su aplicación, con el mismo propósito de establecer el estatuto legal indígena vigente.

Cabría señalar, finalmente, un modo adicional de abordar el campo del derecho indígena: la creación de una teoría jurídica alternativa basada en la crítica de las concepciones formales que soportan el derecho burgués, y que pretendería formular una comprensión congruente con el conjunto de los sistemas de representación de las culturas indígenas.

Hay, por lo menos, tres campos problemáticos relativamente nuevos respecto de los cuales se están desarrollando aproximaciones que invo-

lucran cuestiones de costumbre jurídica indígena y legislación estatal, y que inducen a esta reflexión teórico-crítica: el impacto de la construcción de grandes obras, la explotación de yacimientos estratégicos, y el desarrollo de extensas plantaciones de materias primas básicas, en áreas tradicionalmente ocupadas y consideradas como territorios indígenas (véase Santos 1988); el ejercicio, promoción y defensa de los derechos humanos de los pueblos indios en tanto sujetos colectivos<sup>15</sup>; y la prestación de asistencia legal para comunidades que organizan sus demandas y reivindicaciones desde una juridicidad y una cultura distintas (véase García 1987). La antropología y la ciencia jurídica, por sí solas, no son suficientes para encarar estos asuntos, cada vez más claramente inscritos en la arena de la política.

Estas diferentes maneras de comprender lo que genéricamente denominamos derecho indígena no son necesariamente excluyentes; se encuentran en la práctica formas combinadas de abordar el tema que dependen en buena medida de los usos hacia los que están orientados los trabajos, así como de las perspectivas teóricas y metodológicas desde las cuales se enfrenta el tratamiento de la cuestión indígena en general.

Una comprensión congruente con la del desarrollo de la plataforma de los movimientos indígenas supone reconocer que el derecho consuetudinario o costumbre jurídica sólo se configura en oposición con el derecho nacional, como los pueblos indios se definen en contradicción respecto del Estado. Entonces no cabe pretender la existencia de un cuerpo de normas autónomas de esta relación; es importante, en cambio, analizar, como lo señala Manuela Carneiro, la capacidad y autoridad de los pueblos indios y de sus organizaciones para producirlo y contraponerlo a la normatividad estatal en la práctica social, y procurar su coexistencia como medio de ejercicio de la democracia y el pluralismo, más que su reducción a la formalidad.

## USO DE LA LEY Y USO DE LA COSTUMBRE

La reivindicación de un derecho propio tiene, genéricamente, una utilidad política; equivalente a la que —en otros momentos y condiciones— puede tener el reclamo de la aplicación cabal de las leyes vigentes, o la adopción de legislaciones que reconozcan y protejan el patrimonio cultural indígena. Se inscriben, por ahora, en el plano de la lucha ideoló-

gica, pues no existen verdaderamente —excepto en la Nicaragua revolucionaria— condiciones para una negociación o concertación del ejercicio democrático del poder. En el caso del movimiento de las nacionalidades indígenas en Ecuador —quizá el que más ha elevado sus reivindicaciones en los últimos años— esta demanda es aún un medio de negociación que podría conducir, en el futuro, a modificaciones mínimas en los términos de participación de las organizaciones en la gestión pública y a la generación de un estatuto legal nuevo para los pueblos indios; del mismo modo que el reconocimiento gubernamental del carácter plurinacional y multiétnico del Estado ecuatoriano no implica voluntad ni capacidad de ceder autonomías. Las luchas de los kuna, guaymí y emberá por sus comarcas, y las respuestas del Estado panameño son como forcejeos por el cumplimiento de un estatuto legal ya fijado; y la reciente adopción de un conjunto de normas sobre los indios en la Constitución de Brasil es un primer reconocimiento de estos pueblos como sujetos de derechos ciudadanos.

Pero estos usos políticos, aparentemente tan limitados, no son los únicos. Hay otros que transcurren sin mayor espectacularidad, en las luchas cotidianas de las comunidades, que son —a mediano y largo plazo— elementos centrales de las plataformas generales de lucha, e instrumentos eficientes en el esfuerzo por sobrevivir social y culturalmente.

Los indígenas recurren a sus costumbres jurídicas, —a su derecho consuetudinario— como una táctica para sustraer del impacto del régimen jurídico nacional algunos asuntos que consideran de su competencia exclusiva, o que quedan mejor protegidos al margen de tal régimen. Arreglos familiares endogámicos, formas particulares de heredar, fragmentación de predios por debajo de los mínimos permitidos por las legislaciones agrarias, concertaciones de prestación ocasional de mano de obra, y disputas originadas en este tipo de relaciones, son —deliberadamente o no— “ocultadas” de la ley y puestas bajo la tutela de las costumbres locales, aun en aquellos casos que éstas impliquen mayores restricciones, pero siempre que doten de suficiente legitimidad. Este procedimiento puede ser bien ilustrado por los grupos indígenas que viven en relativo aislamiento en la Amazonia, o por los casos de una multitud de comunidades campesinas sujetas a rígidas restricciones en lo tocante a la disposición del usufructo del suelo.

Otro uso importante y creciente de las costumbres jurídicas indígenas se puede apreciar en los procesos jurisdiccionales y administrativos, cuando ellas son exhibidas como argumentos *ad-litem* para reforzar sus reclamos, deducir excepciones o influir sobre el criterio del juez. En el campo del derecho procesal penal la costumbre es presentada frecuentemente como atenuante —o agravante si es el caso— de delitos que involucren a indígenas, junto con otros argumentos como la particularidad lingüística, la falta de información, etcétera. Un uso parecido de las costumbres jurídicas se aprecia en los procesos de conciliación ante autoridades informales o de ínfima instancia.

Es más frecuente, sin embargo, el uso combinado de la costumbre y la ley para construir estrategias de negociación y de enfrentamiento de problemas que afectan a las comunidades indígenas. Con muy pocas excepciones, todos los pueblos indios contemporáneos están bajo la influencia de los sistemas estatales de regulación y control, y manejan una versión —limitada y a veces errónea— de las principales disposiciones legales. Más aún, buena parte de las prácticas que atribuimos a la costumbre (o a un derecho autóctono) son resultado de la internalización de las leyes y de su particular aplicación e interpretación. Estas estrategias implican un doble juego, de los terrenos de disputa y de las reglas del juego, entre el ámbito comunal (e intercomunal) y el ámbito nacional, entre la costumbre y la ley. Uno y otro son utilizados como campos eminentemente simbólicos, no necesariamente en el estricto sentido de sus efectos formales. La recurrencia a la costumbre se orienta más claramente a la construcción del consenso interno o a la consolidación de aquellos puntos de acuerdo entre las partes. La ley entra en juego para ejercer presión sobre los desacuerdos y para forzar salidas viables a los conflictos.

Es importante subrayar que en este último contexto, la costumbre y la ley juegan un papel disuasivo, en el cual no es precisamente la resolución formal, sino el amago, el que actúa sobre la *litis*. La ley, en sus aspectos más formales, pasa a ser parte de la magia con que se enfrentan las situaciones, mientras la costumbre tiende a presentarse como el marco normativo formal en que éstas se ventilan (la etiqueta de los procedimientos) (Hamel 1988 y Sierra 1988). La manipulación de una y otras es parte sustancial de la vida legal de las comunidades indígenas y, sobremanera, de la ventilación de las diferencias intercomunales. Así como los

estudiosos nos entusiasmos con el descubrimiento y análisis del derecho consuetudinario, así los indígenas —y principalmente los campesinos— fetichizan la ley.

Si bien este uso combinado se hace más evidente cuando se trata de la solución de conflictos, no está ausente de todas las otras situaciones que se configuran en la arena de la legalidad, como la regulación de la vida cotidiana (familia, herencia, socialización en general), la organización de la gestión comunitaria, y el establecimiento de los sistemas de prestigio y de autoridades. Este hecho permite pensar que, por más inadecuada que sea la ley, siempre modifica las prácticas sociales y contribuye a su transformación; y que la costumbre jurídica —aquel vago conjunto de normas que reconocemos como derecho consuetudinario— es un resultado contemporáneo y vigente de la vida social y del creciente enfrentamiento entre la dinámica del desarrollo del Estado como forma de dominación y la permanente reconstitución de las configuraciones étnicas para enfrentarlo<sup>16</sup>.

## COMENTARIO FINAL

De esta reflexión general acerca de la reivindicación indígena de un derecho propio, las alternativas para comprenderlo analíticamente, y los usos que tiene y puede tener, cabe extraer algunas conclusiones preliminares.

Como toda reivindicación de un sector social en el seno del Estado, ésta tiene un carácter eminentemente político: implica una disputa (y una forma de disputa) que excede los límites de una cuestión de doctrina o técnica jurídica, que —por tanto— no se resuelve en sí misma (esto es, en la reforma legal), sino en una variación de la correlación de las fuerzas sociales, asunto que, a su vez, atañe no solamente a los sujetos indígenas, sino al conjunto de la sociedad compuesta y opuesta en pueblos y en clases. Esta demanda indígena tal como se viene desarrollando, y el conjunto de sus demandas, actúa a su vez en el interior de un proceso más general, del que provienen sus condiciones objetivas, y que está caracterizado por la opresión interna y la dominación imperialista.

Todas las exploraciones analíticas sobre el derecho consuetudinario o la costumbre jurídica (como quiera que se desee llamar a este fenómeno) pueden ser válidas, a condición de que se inscriban en el contexto

de las luchas actuales de los pueblos indios; que se comprendan éstas (y la cuestión de los diversos derechos) como una forma de la contradicción que las define dialécticamente y que atraviesa todos los procesos sociales; y siempre que vayan más allá del mero reflejo de la conciencia espontánea de estos pueblos, expresada en la retórica de sus dirigentes y en las declaraciones programáticas de las organizaciones, para avanzar al establecimiento de las condiciones objetivas que las explican, y en virtud de las cuales pueden o deben desarrollarse con un sentido estratégico.

Es necesario dotar a las banderas de lucha de contenidos precisos dentro de un proyecto nacional que haga posible la instalación de la justicia y la construcción de la unidad, llevando la función del estudioso aún más lejos de la necesaria tarea de amplificar y mejorar la circulación de sus planteamientos. Es necesario, también, reconocer y combatir, aun cuando provengan de los pueblos indios y sus organizaciones (o se formulen en su nombre), las reivindicaciones que esconden, bajo un ropaje discursivo muy semejante, proyectos de disolución de la nación —como instancia organizativa del pueblo en su conjunto— para hacer viable la dominación imperialista, entendida ésta en su única acepción: la fase superior del capitalismo.

Finalmente, vale la pena recordar que las reivindicaciones avanzan y se transforman en sus usos cotidianos. La quiebra del derecho como medio de dominación y su reemplazo por prácticas nuevas, más justas, se da en un sinnúmero de arenas de confrontación. Una de ellas opone, bajo la forma de costumbre jurídica indígena, el interés de los pueblos contra el interés organizado en el Estado y expresado en la ley. Otra se configura en los tribunales y por los procedimientos judiciales, donde los intereses se enfrentan en términos de la capacidad de manipulación de las normas y de ejercicio de la presión social. También en la práctica de la política y en el debate ideológico el enfrentamiento es necesario, como meta y como camino.

#### NOTAS

1. Esta demanda aparece bajo diversas formulaciones en los documentos constitutivos de las federaciones regionales y nacionales de organizaciones indígenas del continente. En algunos casos se asocia a los reclamos de autonomía y autodeterminación. En el pasado Congreso Internacional de Americanistas (Amsterdam, 1988) y en el IX Congreso Indigenista Interamericano (Santa Fe, Nuevo México, 1985) fue planteada claramente la cuestión por parte de la representación indígena. Además, un sinnúmero de medios de prensa indígena latinoamericanos de los años 1987 y 1988 ilustran esta afirmación.

2. En especial los estudios realizados por los antropólogos sociales ingleses en los dominios coloniales de Asia y Africa, hasta la II Guerra Mundial; y el trabajo de los estadounidenses sobre México y Centroamérica, en los años posteriores.
3. Esta falta de uniformidad implica reunir, bajo la misma denominación, demandas y avances analíticos de diversos signos; más aún, puede conducir a la confusión de propuestas organizadas desde y para la dominación imperialista (tal es el caso de las propuestas impulsadas desde el Indian Law Research Center de Estados Unidos de América), con las que responden genuinamente a plataformas indígenas de reivindicación, o a propuestas y proyectos políticos de liberación nacional.
4. Gran parte de la literatura etnohistórica tiene sus fuentes en expedientes de reclamación indígena, principalmente la que estudia las rebeliones y levantamientos indígenas.
5. En este texto se incorporan también reflexiones relativas a las discusiones del Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena, para el cual se preparó la primera versión de este trabajo (Comisión Andina de Juristas e Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH], Lima, julio de 1988). Algunas citas se refieren a las ponencias presentadas en este evento.
6. En casi todos los casos, de la oposición a las prácticas impuestas se pasa a la crítica de la legislación que las sustenta; de allí al planteamiento de alternativas y, por último, a la argumentación de una costumbre jurídica que las dota de legitimidad.
7. Esta retórica se refuerza frecuentemente invocando ejemplos de otros pueblos indígenas, como los sami de Laponia y La Asamblea de Primeras Naciones de Canadá.
8. Una nueva constitucionalidad, que arranque del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, parece ser la innovación más importante de la plataforma de las fuerzas políticas de centro-izquierda y de la izquierda nacional en varios países latinoamericanos con importantes contingentes indígenas (Bolivia, Perú, Ecuador, Guatemala, México).
9. Véanse, al respecto, las ponencias del Simposio Internacional Etnia y Nación en América Latina; Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Panamericano de Geografía e Historia (San José, Costa Rica, octubre de 1988); en *América Indígena*, vol. XLIX, Núm. 1. En especial los textos de Wray (pp.77-99), Díaz Polanco (pp. 35-55) y Stavenhagen (pp. 11-34).
10. Es el caso, por ejemplo de las investigaciones impulsadas por Miguel Chase Sardi (1987) sobre diversos pueblos indios de Paraguay. Otro tanto se está haciendo respecto de otros temas, como medicina aborigen, astronomía, etnobotánica, etcétera.
11. La literatura comentada por Deborah Dorotinsky en el artículo que se publicó en *América Indígena* XLIX (2): 275-304, y los trabajos sobre Rondas Campesinas del equipo de investigadores de la Comisión Andina de Juristas (Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena, *cit.*) se pueden clasificar en este tipo. En alguna medida se inscribe de esta manera el texto *Guamate: campesinos y comunas* (Iturralde 1980).
12. Tendencia generalizada en los estudios "de comunidad".
13. Teresa Sierra explora esta posibilidad en el terreno procesal (1988).

14. El proceso de reforma constitucional en Brasil dio origen a varios textos en este sentido. Véanse, por ejemplo, Santos (1987), y Carneiro da Cunha (1987).
15. Principal preocupación de los trabajos de Rodolfo Stavenhagen en los últimos cinco años.
16. Entiendo de este modo la propuesta de definición que hace Manuela Carneiro (1988).

## BIBLIOGRAFIA

Carneiro da Cunha, Manuela

1987 Os direitos do índio. São Paulo: Editora Brasiliense.

1989 A noção de direito costumeiro e os direitos indígenas na nova Constituição do Brasil. *América Indígena* XLIX (2): 263-273.

Chase Sardi, Miguel

1987 Derecho consuetudinario chacacoco. Asunción: R.P. ediciones.

Díaz Polanco, Héctor

1989 Estados nacionales y cuestión étnica: pasado y presente. *América Indígena* XLIX (1): 35-55.

García Sayán, Diego (comp.)

1987 Derechos humanos y servicios legales en el campo. Lima: Comisión Andina de Juristas.

Hamel, Enrique

1988 Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.

Instituto Indigenista Interamericano

1989 América Indígena, vol. XLIX, Núm. 1.

Iturralde, Diego

1980 Guamote: campesinos y comunas. Otavalo: Instituto Otavaleño de Antropología.

1984 Legislación ecuatoriana y población indígena. *En* Política estatal y población indígena. Ministerio de Bienestar Social, ed. Pp. 21-33. Quito: Abya-Yala.

1987 Nacionalidades indígenas y Estado nacional en Ecuador. *En* Nueva historia del Ecuador. Vol. XIII. Quito: Grijalvo y Corporación Editora Nacional.

1988 Práctica política y proyectos culturales. *En* Historia, cultura y política en el Ecuador. Instituto de Investigaciones Sociales (IIS), ed. Pp. 25-53. Quito: El Conejo.

Lartigue, François

1988 Una estrategia de intermediación cultural. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.

Santos, Silvio Coelho dos

1987 Os índios parente o direito. São Paulo: Editora Brasiliense.

1988 Povos indígenas e desenvolvimento hidrelétrico na Amazônia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 3 (8): 71-83.

Sierra, Teresa

1988 Lenguajes, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.

Stavenhagen, Rodolfo

1988 Derecho indígena y derechos humanos en América Latina. México: El Colegio de México e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

1989 Estado y nación: teorías y enfoques. *América Indígena* XLIX (1): 223-243.

Wray, Natalia

1989 La constitución del movimiento étnico-nacional indio en Ecuador. *América Indígena* XLIX (1): 77-99.

- 65 -

INVESTIGACION SOBRE COSTUMBRE  
LEGAL INDIGENA EN LOS ALTOS  
DE CHIAPAS (1940 - 1970)

Deborah Dorotinsky\*

INTRODUCCION

La cuestión de la administración de justicia en el interior de las comunidades indígenas ha sido una línea de investigación que los antropólogos han empezado a desarrollar a partir de la década de 1960. Precursores de estos estudios fueron los trabajos ya clásicos de B. Malinowski *Crime and custom in savage society* (1926), de Robert Lowie "Anthropology of law", y el de Karl Llewellyn y E. Adamson Hoebel *The Cheyenne way* (1941), que marcó el comienzo de los estudios contemporáneos en antropología legal con el estudio de caso como método de investigación y unidad analítica. Los estudios de Max Gluckman (1955) sobre los sistemas judiciales barotsi y los de Paul Bohannan (1957) entre los que aparecen posteriormente como las primeras investigaciones formales sobre costumbre legal en sociedades no occidentales. Algunos de los trabajos posteriores sobre el tema se efectuaron en México, principalmente en los estados de Oaxaca y Chiapas.

\* DEBORAH DOROTINSKY. El Colegio de México, México.

Previous Page Blank

La revista *América Indígena* dedicó el primer número de 1982 a "La civilización indígena de Chiapas en el mundo contemporáneo". El editor señalaba que:

[Chiapas] Es un Estado que tiene un gran porcentaje de población indígena; en él se han desarrollado las investigaciones y programas de acción antropológica e indigenista de más larga duración en el Continente. Es sede del primer Centro Coordinador Indigenista creado por el Instituto Nacional Indigenista (INI) de México, en 1951 (p.5).

Es tal vez por estos motivos y debido a la alta *vitalidad étnica*, es decir, el grado de fuerza que mantuvo la identidad étnica de las comunidades indígenas de los Altos de Chiapas, que la región se convirtió en una de particular interés para los antropólogos, dando origen a un gran número de etnografías y a un enorme acervo de información. Es precisamente sobre una parte de ese vasto universo de investigaciones en los Altos de Chiapas que quiero hacer algunas reflexiones.

En la primera parte de este trabajo he tratado de realizar una pequeña sinopsis sobre algunos elementos importantes en la teoría de los estudios sobre formas de administración de justicia en las sociedades no occidentales. La segunda intenta situar al lector en el contexto histórico de la región; la tercera es un breve resumen del material etnográfico localizado sobre este tema; la cuarta contiene algunas reflexiones sobre la formación del Estado mexicano y su relevancia para los grupos étnicos que habitan en México; finalmente, esbozo una serie de temas recurrentes en la bibliografía sobre costumbre legal indígena, con el fin de señalar posibles rutas para futuras investigaciones, destacando la importancia de comprender la problemática de la coexistencia de sistemas diferentes de control social.

El municipio de Zinacantán (tzotzil), vecino a la ciudad ladina de San Cristóbal de las Casas, fue la primera zona de trabajo etnográfico. Una primera expedición de investigación se realizó entre 1942-1943, coordinada por Sol Tax de la Universidad de Chicago, en la que participaron entre otros Ricardo Pozas, Calixta Guiteras Holmes y Fernando Cámara Barbachano. Más adelante, algunos de los investigadores se trasladaron a zonas de habla tzeltal para continuar con las investigaciones. Zinacantán fue también la principal zona de trabajo del proyecto Har-

vard-Chiapas coordinado por Evon Z. Vogt. El proyecto comenzó en 1957 con el objetivo de llevar a cabo una serie de estudios etnográficos básicos y de investigar en detalle las tendencias del cambio sociocultural en la zona.

La mayoría de los trabajos realizados entre 1943 y 1970, en comunidades de habla tzotzil y tzeltal, intentaba comprender la composición de las mismas así como señalar algunas características de las relaciones entre indios y ladinos. Los trabajos etnográficos son descriptivos casi en su totalidad. Algunos de los más audaces, dedicados al estudio de la resolución de contiendas, intentaron señalar algunas comparaciones entre el sistema legal nacional y el indígena. Poco o casi nada se hizo para estudiar el conflicto entre ambos sistemas legales.

La historia de la coexistencia de estos sistemas debe ser comprendida dentro del contexto histórico general del desarrollo de las relaciones interétnicas en la zona. En los párrafos que siguen me extiendo un poco sobre algunas nociones teóricas fundamentales para comprender mejor a qué nos referimos cuando hablamos de sistemas legales, procesos de resolución de disputa y, en general, al área sobre investigación antropológica de estos temas.

Las investigaciones antropológicas sobre los sistemas normativos indígenas, es decir, el conjunto de reglas, normas, acciones y costumbres que forman parte del control social de un grupo, se concentraron en el estudio de la resolución de disputas, en la "arena" donde se dirimen los conflictos, para poder realizar un análisis de lo que llamaré aquí la costumbre legal indígena. En *Law in culture and society* (1969), 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. Entonces, cuando se habla de costumbre legal indígena, o derecho consuetudinario, se hace alusión a la manera específica y distintiva en que se efectúan transacciones dirigidas a restablecer el orden social en cada pueblo o grupo indígena, echando mano de

costumbres, creencias y valores que no son fijos y sí sujetos a cambios y adaptaciones.

Vale la pena considerar aquí dos corrientes analíticas y teóricas dominantes hacia finales de la década de 1960 y principios de la de 1970: la funcionalista inglesa y la simbólica. La corriente funcionalista inglesa, cuyo principal interés residía en entender la naturaleza de los fenómenos culturales, explicaba que éstos deben ser entendidos como funciones, organizadas en instituciones y siempre dirigidas a la satisfacción de una necesidad particular. En el caso de las normas y costumbres se trataba, por lo tanto, de mantener el orden social y la unidad del grupo. El enfoque simbólico partía de la idea de las prácticas como símbolos que generalmente guardaban un significado que nos refería a áreas más allá de las prácticas. Los procesos de disputa, por ende, podían ser símbolos, expresiones de la jerarquía social, la cosmovisión, de algún grupo particular. Para la década de 1970 los estudios sobre el tema habían proliferado, insertos en diferentes corrientes teóricas, pero coincidiendo generalmente en una preocupación por la metodología de las investigaciones en el campo, y la aplicación del método comparativo en la producción académica sobre el tema.

En el libro editado por Nader y Todd, en 1978, *The disputing process. Law in ten societies*, se discuten los problemas metodológicos involucrados en la comparación de formas legales de pueblos diferentes con un interés en distinguir los componentes de los procesos de disputa para comprender las condiciones subyacentes de una disputa y sus consecuencias. Según los autores, el método de estudio de caso puede seguir tres caminos:

- 1) ideológico; enfoca las reglas, es decir, aquello que se siente como estándar de comportamiento adecuado o *normas*;
- 2) descriptivo; enfoca las prácticas, explora los patrones de acuerdo a los cuales ocurre realmente el comportamiento;
- 3) instancias de rencilla; se concentra en las disputas, agravios y problemas; inquiere en lo que fue el problema y qué se hace al respecto.

Existen, señala Nader, cuatro tipos básicos de material de caso: casos observados, casos tomados de material registrado, casos de memo-

ria y casos hipotéticos, de los que se observan las siguientes alternativas para solucionar una disputa:

- 1) por coerción: imposición de la resolución de una parte sobre otra, usando la fuerza algunas veces;
- 2) por negociación: acuerdo entre dos partes (persuasión mutua) donde se llega a algún tipo de compromiso;
- 3) por mediación: involucra a un tercero que interviene en la disputa para ayudar a que los participantes lleguen a un acuerdo;
- 4) por arbitrio: las dos partes consienten en la intervención de un tercero cuyo juicio será aceptado de antemano de común acuerdo;
- 5) por adjudicación: se refiere a la presencia de un tercero que tiene la autoridad para intervenir en una disputa, quieran o no las partes, y tomar una decisión con los medios a su disposición e imponer su aceptación.

Así, se desarrollaron una serie de categorías y tipologías de resoluciones de conflicto partiendo del caso como unidad de análisis. En los años sesenta, esta unidad de análisis era vista como una arena donde varios principios estructurales se ponen en juego a través de operaciones o transacciones de los principales actores involucrados. Así usados, los casos podían convertirse en herramientas de diagnóstico para señalar áreas de conflicto y tensión en la estructura social de la comunidad, ilustrando qué asuntos la gente involucrada percibe como generadores de conflicto y la relación dentro de la cual el conflicto se estructura en esa sociedad.

El modelo procesal, a diferencia del estructural-funcionalista, se concentra en gentes sumergidas en redes de relaciones sociales de poder. Por ejemplo, en las relaciones continuas es importante el procedimiento de resolución para poder mantener la meta de convivencia, aunque hay que notar que no es suficiente que los litigantes deseen continuar sus relaciones para que busquen arreglos por mediación o negociación con resultado de compromiso. Hay que tener en cuenta que los lazos entre

los litigantes y entre litigantes y agentes de remedio están enraizados en una compleja variedad de principios: relaciones de parentesco, residencia, relaciones patrón-cliente, amistad, competencia, subordinación en cargos religiosos o políticos, etcétera. La costumbre legal, entonces puede ser vista como una forma de organizar intereses contrarios; como una arena donde se despliegan diferentes estrategias existentes en las relaciones asimétricas de poder dentro de una sociedad. Desde esta perspectiva, necesitamos entender los procesos por medio de los cuales los mecanismos de disputa mantienen y legitiman la distribución de poder; y los medios a través de los cuales los poderosos controlan los mecanismos de disputa monopolizando las instancias legitimadoras de la autoridad dentro de la comunidad.

#### **BREVE HISTORIA DE LOS ALTOS DE CHIAPAS**

Los primeros intentos de la corona española por conquistar el territorio chiapaneco fueron los realizados por la expedición al mando de Luis Marín en 1523. Una segunda expedición, a cargo de Diego de Mazariego, se realizó en 1527 para someter a la población india que se había rebelado nuevamente. Con la ayuda de fuerzas armadas enviadas desde Guatemala por Alvarado, Mazariego logra someter a la población y funda el primer poblado español, hacia marzo de 1528, con el nombre de Villa-real de Chiapa de los Españoles, hoy Las Casas.

Chiapas estuvo subordinada, en un principio, a la Audiencia de México; en 1531, a Guatemala, y luego, de nuevo, a México. Con la creación de la Audiencia de Confines en 1542, pasó a pertenecer a ésta hasta su traslado a Panamá en 1565, cuando la provincia de las Chiapas volvió a depender de México; en 1569, pasó a depender de Guatemala hasta 1821, año en que volvió a estar en manos de México.

Durante la colonia, la provincia de Chiapas constituía una alcaldía mayor cuyos miembros eran nombrados por la Audiencia. En lo que respecta al gobierno indígena, los ayuntamientos o cabildos se integraban en los pueblos de indios con un gobernador o cacique, nombrado por la primera autoridad de la provincia; varios alcaldes, ordinarios, encargados de administrar justicia, y un número variable de regidores, que eran señalados para hacer la recolección de los tributos. Las tierras, junto con los

indígenas que las habitaban, fueron otorgadas en los repartimientos y encomiendas a los conquistadores, causando grandes problemas entre los indios y entre los encomenderos y las autoridades tanto políticas como religiosas. La corona española sostenía que los indígenas no eran capaces de gobernarse a sí mismos y, por lo tanto, estaban sujetos a la conquista, militar, económica, política y religiosa. La influencia de la Iglesia católica en la zona comenzó a sentirse hacia 1535.

La política de la corona española hacia los indios fue fuertemente atacada por fray Bartolomé de Las Casas y otros religiosos, quienes lograron que, en 1542 y 1549, se dictaran nuevas leyes; la supresión de los esclavos que se tomaron en la guerra, la prohibición de los *tamemes* o indios de carga, y la libertad de los naborios e indios de servicio. Estas leyes, sin embargo, no fueron respetadas en Chiapas. La situación de tirantez se solucionó, en parte, cuando por Cédula Real de 1554 se advierte del retiro de encomiendas a quienes no respetaran el bien de los indígenas.

Aunque mitigados, los abusos contra los indios continuaron. En 1692 se registra una rebelión indígena en Tuxtla. En el siglo XVIII ocurrieron otras rebeliones que presentaron un carácter de movimiento mesiánico local, aunque reteniendo el carácter de lucha contra el elemento español de la zona.

En 1720 la corona abolió el régimen de encomiendas y repartimientos. Con esta medida disminuyó considerablemente el poder tanto de encomenderos como de religiosos y agentes de la corona, y se desarrolló el sistema de endeudamiento como nueva relación entre indios y hacendados. Según Cámara Barbachano para la primera década del siglo XIX los núcleos de comunidades indígenas carecían de población blanca, y sus relaciones con los centros rectores y de dispersión de la cultura occidental eran de hecho sumamente escasas. Esta circunstancia permitía a los indios actuar a su antojo en los usos y costumbres de la Iglesia católica y continuar, al mismo tiempo, con la mayoría de sus prácticas y modalidades de la época prehispánica (Cámara Barbachano 1966: 56).

A principios de este siglo se conformó un nuevo sistema de explotación con el surgimiento de las plantaciones cafetaleras. Los trabajadores indígenas de las plantaciones eran reclutados por habilitadores o enganchadores. Estos lograban que los indios se trasladaran a las partes bajas, lejos de sus comunidades en el altiplano, y los mantenían en la planta-

ción por medio de un sistema de dcudas. Después de la revolución de 1910, las leyes de Reforma Agraria de 1915 y la Ley Ejidal de 1920, junto con los códigos agrarios subsiguientes, favorecieron la liberación de los siervos en las plantaciones y la conformación legal de las tierras comunales de las comunidades indígenas. En la década de 1950 se establecieron el Instituto Nacional Indigenista (INI) y la Oficina de Asuntos Indígenas del Estado, cuyo papel era el de proporcionar protección y asistencia legal a los indígenas, especialmente en sus relaciones con las plantaciones que para entonces aún funcionaban en Chiapas. La barrera étnica que separaba a los indios y ladinos siguió siendo fuerte durante los primeros años en que se efectuaron los estudios en los Altos de Chiapas, cambiando hacia la década de 1970, aunque no propiciando una integración.

La forma particular de catolicismo practicada tradicionalmente por los indígenas en los Altos de Chiapas ha sido ampliamente descrita y discutida en diferentes etnografías. Hay que señalar que durante algún tiempo posiblemente haya funcionado como un fuerte elemento de resistencia frente a las prácticas y políticas integracionistas del Estado mexicano, permitiendo a los indígenas mantener una identidad cultural particular a través de la continuación del sistema de cargos. El Instituto Lingüístico de Verano posiblemente abrió el paso a las sectas religiosas protestantes en la zona hace ya más de cuarenta años. Con la penetración protestante se acentuó el proceso de desmoronamiento de muchos valores tradicionales, así como la división de las comunidades en grupos de *tradicionalistas* y *evangélicos*, y aunque los conflictos religiosos no son nuevos, ahora han adquirido dimensiones violentas en algunas partes de los Altos de Chiapas. Me parece, sin embargo, que existe un trasfondo estructural mucho más serio en lo que hoy día se presenta como un mero conflicto entre grupos religiosos.

Actualmente, la situación contemporánea en la zona se ve marcada por: una lenta e incipiente industrialización; una reproducción del sistema de haciendas y de plantación; la inmigración de refugiados guatemaltecos y salvadoreños; la inmigración temporal de jornaleros guatemaltecos para trabajar en las plantaciones de tierra caliente; una agudización de los conflictos entre grupos religiosos dentro de las comunidades, llegando en ocasiones a instancias de extrema violencia y violación de derechos humanos durante las expulsiones de miembros de sectas protestantes y un proceso complejo de cambio cultural dentro de las comunidades.

## TRABAJO ETNOGRAFICO SOBRE LA COSTUMBRE LEGAL INDIGENA

Aquí quiero discutir una parte de la producción etnográfica hecha sobre la costumbre legal indígena en los Altos de Chiapas. No intento hacer un resumen general del material producido tanto sobre los tzeltal como sobre los tzotzil, sino más bien apuntar hacia algunos aspectos generales de las investigaciones, señalar algunas de sus particularidades, y abrir una discusión sobre los posibles rumbos de la misma en este campo.

Para la región tzotzil he partido de los trabajos precursores de Calixta Guiteras—Holmes y de Ricardo Pozas, para continuar con las investigaciones posteriores de Evon Z. Vogt, Frank y Francesca Cancian, y Jane F. Collier. La información producida sobre los rasgos de la vida de los tzotzil es mucho más abundante que la de la zona tzeltal. Para esta última, más retirada de San Cristóbal, consideré importantes los trabajos de Duane Metzger, June Nash y Fernando Cámara Barbachano.

Debo aclarar que fueron Duane Metzger, pero sobre todo Jane F. Collier quienes dedicaron sus investigaciones al estudio particular de eso que hemos llamado costumbre legal indígena; es por ello que he utilizado un espacio más amplio para discutir sus trabajos. Las demás monografías tratan temas como la religión local, los sistemas de cargos, los recursos naturales, la organización política, etcétera; sin embargo, de una u otra manera se hacen referencias a la administración de justicia, el arreglo de disputas y el control social dentro de las comunidades.

Una discusión de las virtudes o desventajas de los enfoques teóricos tomados por los diferentes autores rebasan los límites de este trabajo cuyo objetivo no es el de crear argumentos a favor de una u otra corriente teórica, sino el de *exponerlas* con la esperanza de crear una polémica que nos ayude a pensar de manera crítica sobre la manera en la que realizamos nuestras investigaciones e interpretamos nuestras experiencias y datos traídos del trabajo de campo.

Los trabajos comparten en general algunas características. Los puntos que mencionaré no se cubren en todas las monografías; sin embargo, tienden a estar presentes en la mayoría;

- 1) descripción de la región: historia, relaciones del grupo indígena con los ladinos, tenencia de la tierra y economía general;

- 2) **religión y cosmovisión:** se analizan correlaciones con la organización social, reproducción de los principios religiosos en la estructura de las relaciones internas del grupo;
- 3) **sistemas de organización social y distribución de autoridad:** jerarquización, sistemas de cargos políticos, civiles y religiosos. Aquí se incluyen muchas veces: a) tipología de los asuntos que dan lugar a las disputas; explicaciones teóricas de lo que es un delito, una disputa, y explicación de mecanismos que se utilizan para resolver los conflictos; y b) los procesos de resolución de disputas; se presenta el material de estudios de caso, apuntando a diferentes elementos, al final se hace un resumen de éstos y se analizan las implicaciones hacia el interior del grupo; c) en algunos casos existe una parte especial donde se habla, a manera de comparación, de las cortes nacionales y por qué los indígenas las utilizan o no;
- 4) **un capítulo de conclusiones generales** apuntando hacia otros aspectos que podrían ser considerados en próximas investigaciones.

El nivel de la gran mayoría de los trabajos es descriptivo, y muchos comparten la preocupación por el lugar del actor social en el análisis de la costumbre y el comportamiento. Poco se habla sobre el conflicto entre el sistema legal indígena y el nacional, y, en general, no hay información sobre la situación de los indígenas en los tribunales nacionales.

El estudio de Ricardo Pozas (1977) no requiere realmente de muchas introducciones, es ya un clásico de la antropología mexicana. En el segundo tomo de la monografía sobre *Chamula*, dentro del capítulo sobre organización política, este autor dedica algunas páginas a la descripción de las funciones del Ayuntamiento Regional, donde nos aclara que la principal es la de impartir justicia y vigilar por el bienestar del pueblo. Más adelante nos indica que la coexistencia del Ayuntamiento Regional (estructura económica sobre la que se mantiene la organización política del Municipio de Chamula) y el Ayuntamiento Constitucional (impuesto por el gobierno), ambas instituciones destinadas al gobierno del pueblo, ha restado funciones a cada una de ellas. Como es el caso en estas etnografías monográficas sigue una larga descripción de la manera en la que el Ayuntamiento Regional imparte justicia, una justicia de

carácter conciliatorio, dirigida a producir compromisos entre las partes afectadas más que a castigar faltas. Sólo en caso de homicidio o robo de gran magnitud, afirma Pozas, se llevan a los delincuentes a ciudad Las Casas. Ya en esta publicación, cuya primera edición data de 1959, nos encontramos con esa particularidad, persistente en muchos pueblos indios hasta la fecha, de enviar a los tribunales nacionales los casos de delitos *graves* que el Ayuntamiento Regional no se encarga de resolver. Tal vez, habría que preguntarse a qué circunstancias en las relaciones de poder entre las comunidades indígenas y el Estado responde esa elección de delegar autoridad en casos extremos.

Calixta Guiteras Holmes nos presenta, en *Los peligros del alma: visión del mundo de un tzotzil* (1965), un trabajo serio y ameno sobre la cosmovisión de Manuel Arias Sojom, indio del Municipio de San Pedro Chenalhó con quien Guiteras trabajó convirtiéndose en *escriba de su filosofía*. La manera en la que los tzotzil conciben el mundo es un punto de partida clave para entender la configuración del sistema de valores subyacente a las normas de comportamiento y de control social. Esta cosmovisión se describe, también, ampliamente en las etnografías que se produjeron durante el periodo del proyecto Harvard-Chiapas; sin embargo es una línea que no se halla muy presente en la etnografía moderna. Guiteras nos señala los elementos de *sujeción social* que Collier retomara en años posteriores para trabajarlos más a fondo; la mediación del cabildo impulsada por la necesidad de conservar la armonía entre los miembros de la sociedad, la inexistencia de la idea de crimen y la predominancia de la de *daño* como una ofensa al individuo, nunca contra la sociedad, la tipología de casos que se presentan al cabildo (asesinato, adulterio, abuso, pleito por tierra y enajenamiento de la misma, préstamo y recuperación de deudas, disputa marital, amenaza de brujería, pelea entre ebrios con pérdida de algún miembro, incumplimiento de las obligaciones impuestas por el trabajo comunal, no aceptación del nombramiento para un cargo, etcétera). También indica que la falta de conocimiento, o la idea limitada que tienen muchos pedranos (indígenas de San Pedro Chenalhó) de la forma en que se administra justicia en tribunales más altos fuera del municipio, los hace considerar que es un abuso más de los ladinos, en el mejor de los casos. No comprenden ni la lengua ni los procedimientos y quedan a merced de personas para quienes su propia cultura resulta ajena (Guiteras Holmes 1965: 89).

Uno de los valores que poseen los estudios de Pozas y Guiteras Holmes reside en el hecho de que describen una forma de vida que hoy en día se encuentra en un violento proceso de fractura y cambio; la ventana que abren para mostrarnos lo que fue y es, al mismo tiempo, una entrada para iniciar un diagnóstico cuidadoso de la situación contemporánea, sobre todo en el municipio de Chamula.

Como director del proyecto Harvard-Chiapas, Vogt produjo un considerable número de trabajos que tratan muchos otros aspectos de la vida en la comunidad y sirven, o sirvieron, para darnos idea del contexto general. En el capítulo 12 sobre sistema político, de su libro *Zinacantan a Maya community in the Highlands of Chiapas* (pp. 272-294), trata brevemente el tema de la administración de justicia dentro de la comunidad y nos remite, para más información, a los estudios de Collier. Vogt concibe el aspecto propiamente *jurisprudencial* como inscrito dentro del marco del ejercicio de la autoridad tradicional y la red de distribución y circulación del poder dentro de la comunidad. En el caso de Chiapas el foco de atención para aproximarse al problema de la cuestión jurídica indígena fueron las disputas; es decir, tratar de observar desde las prácticas los valores o normas, que regulan las relaciones sociales del grupo y favorecen su continuidad. Al final de libro, Vogt hace una serie de predicciones, una de ellas se refiere al índice de homicidios y remarca que

para 1984 los patrones de envidia institucionalizada que llevan a acusaciones de brujería continuarán, pero la incidencia de asesinatos disminuirá bajo la influencia de! sistema ladino de ley y orden (1969: 612).

June Nash encontró que en una comunidad tzeltal pasa realmente lo contrario; los índices de asesinato aumentan conforme se desmorona el sistema tradicional y crece la influencia ladina.

Frank y Francesca Cancian realizaron estudios con un enfoque más cuantitativo, utilizando métodos de encuesta y entrevista para obtener datos empíricos corroborables que les permitieran hacer generalizaciones sobre el comportamiento de los zinacanteco.

Frank Cancian centró su investigación en el complejo sistema de cargos religiosos que existía en Zinacantán en la década de 1960. Cancian tenía tres propósitos básicos para realizar sus investigaciones:

1) elaborar un informe etnográfico del sistema de cargos; 2) analizar la estructura social de toda la comunidad tal como se refleja en el sistema de cargos; y 3) fundamentar algunas cuestiones metodológicas y metas teóricas divididas en dos áreas: a) el empleo de amplias muestras de comportamiento individual al hacer generalizaciones sobre la estructura social; y b) la demostración, a través del análisis funcional, del cambio de la validez del análisis funcional sincrónico (1976: 20).

El tipo de estudio funcional que interesa al autor subraya la importancia de estudiar sólo aquellas instituciones que se considera afectan la integración del sistema estudiado. Los lineamientos de la teoría funcionalista o estructural-funcionalista se encuentran ampliamente discutidos en la obra de Malinowski (1944), entre otros, y no me detendré a discutirlos aquí. Las instituciones de control social y administración de justicia, según los partidarios de esta corriente teórica, tienen como meta, o función, la perpetuación de las relaciones internas del grupo, su cohesión social y continuidad. Una de las aportaciones más importantes de los trabajos de Cancian sobre el sistema de cargos religiosos es que éste es, en esencia, un mecanismo tanto igualador como creador de prestigio. Estos principios de *igualación* y *obtención/creación de prestigio* se reproducen en los procesos de resolución de conflictos.

Francesca Cancian (1975) intenta clasificar las normas que dan forma a las creencias y al comportamiento de los zinacanteco. En un principio asume que éstas son concepciones culturalmente específicas que califican a las buenas o malas acciones y pueden ser vagamente definidas como concepciones compartidas de acción apropiada o esperada. Una vez obtenidos los datos sobre un amplio número de situaciones y campos, se formuló la pregunta ¿cómo están las normas relacionadas con la estructura de la acción social y con la organización de la sociedad? La teoría parsoniana del actor socializado, o de la internalización de las normas, le había parecido la mejor manera de explicar el orden social; sin embargo, no resultaba útil para entender mucho de lo que se sabía sobre las normas; por ejemplo, no explicaba por qué era tan débil la relación entre las creencias normativas de un individuo y sus acciones, ni tampoco por qué las normas y la acción parecían estar tan íntimamente relacionadas cuando se comparaban grupos y culturas o por qué a veces las normas sufrían cambios rápidos y repentinos. El enfoque alternativo que siguió fue el de la *identidad social*, vista como una especie de matriz de princi-

pios y acciones desde la colectividad, a diferencia de la visión *desde el actor* que proporcionaba la teoría personiana. La óptica de la identidad social permitía definir las normas como percepciones y creencias colectivas y consensuales. Dos cosas me parecen importantes del estudio de Francesca Cancian: primero, que destaca la importancia de *la norma* en los estudios sobre costumbre legal indígena y que es necesaria una discusión más amplia de la relación entre reglas, normas, costumbres y comportamiento; segundo, que esa relación entre norma y comportamiento, a la que Francesca Cancian apunta, parece ser central para otras investigaciones sobre procesos legales indios preocupados por una codificación tanto de principios (normas) como de procesos y resultados. El punto que desafortunadamente Francesca Cancian no toca es el del conflicto, surgido por la contradicción y perenne situación de violencia que existe entre dos distintos sistemas *normativos* y de comportamiento, dos distintas identidades sociales, la india y la ladina.

Los numerosos trabajos de Jane F. Collier sobre la resolución de conflictos representan una de las bases más importantes para el estudio de los sistemas legales indígenas. El libro de Collier *Law and social change in Zinacantan* (1973) presenta una descripción de cómo los zinacanteo perciben, conducen y resuelven conflictos, y analiza los amplios patrones de acción social que se crean por la suma de decisiones individuales sobre cómo pelear o entablar paz con un oponente. La autora retoma el concepto de Barkun de la ley como un lenguaje para conducir y resolver conflictos. Nos aclara que este concepto le es útil ya que le permite inaugurar una discusión sobre las maneras en las que los cambios en el comportamiento de los miembros de un grupo pueden afectar y cambiar las categorías legales. Es decir, que hay cambios sociales importantes que pueden introducir nuevos problemas dentro de un grupo, lo que lleva a la creación de nuevas reglas, y la introducción de nuevas reglas, a su vez, puede traer nuevas oportunidades para litigar y para la aparición de comportamientos que antes no existían. La ley se puede definir, así, como un sistema de símbolos manipulables que funcionan como representaciones, como un modelo de la estructura social y que como sistema simbólico es un medio para conceptualizar y administrar/manejar el medio social.

Collier recolectó su material entre 1960 y 1970 con 287 *casos problema* y entrevistas con los informantes zinacanteco, 50 textos en *tzotzil* escritos por indios letrados, y series de notas tomadas durante entrevistas y observaciones de campo. Enfatizando el concepto de campos o arcanas de relaciones sociales, se propuso marcar:

- 1) los mecanismos necesarios para traer a flote una disputa;
- 2) los roles que necesitan ser cubiertos;
- 3) el rango de las relaciones entre los litigantes;
- 4) los casos típicos de disputas que se manejan localmente;
- 5) la secuencia esperada de acciones;
- 6) el tipo de presiones que litigante y mediador pueden hacer pesar sobre uno y otro.

Los zinacanteco, nos explica, no hablan de crímenes y castigos sino de querellas y compromisos donde interesa poder entender las relaciones que existen entre las partes de una disputa. Es posible describir los casos de problemas de los zinacanteco en términos de violaciones a las normas sociales y los resultados que tales transgresiones acarrearán, etiquetar los crímenes y definir las relaciones entre las partes. Sin embargo, este ejercicio distorsiona los datos y empobrece el análisis, ya que se enfatizan hechos que los zinacanteco consideran irrelevantes y se ignora información que puede ser de crucial importancia. La autora sugiere una perspectiva teórica que parte del actor social, donde es más provechoso seguir a los zinacanteco *en sus palabras* (en lo que dicen), enfatizar las maneras en las que los individuos manipulan las normas (en lugar de poner el énfasis en los contenidos de éstas), y justificar tal enfoque apelando a la definición de ley dada por Barkun y al argumento de que los etnógrafos debieron buscar explicaciones para los patrones culturales mirando más allá de inferencias morales hacia un juego más amplio de restricciones e incentivos que canalicen alternativas individuales.

Se distinguen dos tipos básicos de relaciones que pueden determinar de alguna manera el rumbo que tome un conflicto; las de parentesco (consanguíneas o afines), y las que existen entre vecinos. Cuando las partes *en discordia* están estrechamente relacionadas, el crimen que precipita un conflicto generalmente es olvidado con rapidez en la búsqueda de las causas más profundas de la disputa (un viejo problema de tierras, un antiguo conflicto por cuestiones de dote, etcétera). En esos casos los arreglos se basan frecuentemente más en los tipos de vínculos de parentesco entre las partes que en la naturaleza del crimen que ocasionó la querrela inmediata. Pero cuando los que disputan están relacionados sólo de manera distante, la naturaleza del acto que dio origen a la rencilla es generalmente más importante para determinar los términos del arreglo. En tales casos, la falta de un contacto más intenso entre las partes minimiza la posibilidad de encontrar otro problema subyacente, y no hay necesidad de preservar una relación continua. Los procedimientos más efectivos para arreglar un conflicto son los que se encuentran dentro de la misma comunidad: ruegos formales de perdón, mediación de un anciano del paraje, y arbitraje en la corte del Ayuntamiento. Sin embargo, se han producido cambios que hacen que los litigantes parezcan estar ahora más dispuestos a apelar a los tribunales de San Cristóbal. De hecho, el tribunal local se ve atrapado entre dos culturas, la indígena y la nacional, y en la actualidad las decisiones tomadas en ella reflejan presiones de ambos lados. Una de las tensiones más sobresalientes en el tribunal es la que se crea por las tendencias a la igualdad y a la diferenciación a través de la jerarquía y el estatus.

Collier señala que una de las razones por las que existen malentendidos entre los indios y los ladinos es porque ambos tienen concepciones distintas de lo que debe ser un proceso legal. Para los mexicanos, los procedimientos legales se dirigen a acertar si el acusado es culpable o no, y a aplicar la pena señalada en el Código Penal. Para los zinacanteco, los procesos legales están diseñados para producir compromisos. Cuando el zinacanteco usa los tribunales nacionales generalmente es por venganza, o para obtener beneficios personales en perjuicio de otro miembro de la comunidad. La ley se convierte así en un arma más para prolongar un conflicto y se invoca a los funcionarios judiciales básicamente para hostigar a un enemigo.

Es en los casos de conflicto por acusaciones de brujería que Collier trata de mostrarnos las contradicciones más ostensibles entre el sistema legal indígena y el nacional, aprovechando para señalar los préstamos de algunos conceptos legales nacionales que hacen los jueces zinacanteco. (Véase, además, Gómez 1988). También advierte que las exploraciones sobre creencias de brujería arrojaron cierta luz sobre algunos conceptos legales porque los conflictos terrenales observables son vistos por los zinacanteco como una manifestación abierta de un conflicto espiritual mucho más importante, presuponiendo un mundo donde el conflicto trae atribuciones sobrenaturales y que éstas sólo pueden evitarse a través de una reconciliación entre las partes.

Por su parte, Duane Metzger en *A preliminary evaluation of institutionalized social control and its contribution to cultural pluralism in the Highlands of Chiapas* (s.f.), presenta el material de Aguacatenango, comunidad de indios de habla tzeltal en el suroeste de los Altos de Chiapas. Entre otras cosas, señala la existencia de áreas de conflicto entre la justicia tradicional y la justicia ladina visibles en la manera en que son aplicadas al indígena en el pueblo. Según el autor, algunas de las fuentes de conflicto incluyen:

1. Un conflicto de jurisdicción: la comunidad tiene formas institucionalizadas de manejar delitos públicos o privados dentro del pueblo, algunos de los cuales el Estado reclama monopolizar (robo y asesinato por ejemplo).
2. Un no reconocimiento por parte de la autoridad ladina de la categoría de delito privado en muchos casos en los que los indios sí lo hacen. (Por ejemplo, considera el robo y el asesinato asuntos públicos y no privados). Por tanto, los indios pueden recibir lo que para ellos parecen ser fuertes sanciones penales (largos periodos de prisión) en ofensas que en términos de justicia tradicional demandan sólo sanciones restitutivas. Las sanciones penales implican un juicio moral de una naturaleza más seria que las restitutivas.
3. Un no reconocimiento del derecho de los grupos de parentesco o de una comunidad, de resolver (asentar) aquellos delitos privados o públicos que involucren lesiones serias o muerte por medio de

acción directa con recurso a la violencia. La justicia ladina tampoco es neutral en estos asuntos, castiga activamente tales intentos.

4. Una diferencia en la definición de lo que constituye un delito público o privado. La justicia ladina no reconoce ciertas ofensas que los indios consideran importantes, y castiga otras de manera que los indios consideran injusta o displicente.

Más allá de la preocupación del individuo ofensor por su propia persona, hay un sentimiento general entre los que obedecen a la ley sobre lo que es apropiado o correcto. Cada incursión de la justicia ladina parece ser vista como una amenaza. La comunidad mantiene un frente unido contra los fuercños que vienen con contiendas; cualquiera que sea el crimen, no hubo testigos. Los miembros de la comunidad normalmente no se acusan unos a otros con las autoridades ladinas (Metzger s/f).

En "Conflict in Chulsanto, a village in Chiapas" Metzger analiza las diferencias en la distribución de poder entre las partes de una contienda intentando dclinear las estrategias utilizadas para resolver conflictos interpersonales en la comunidad. Describe y clasifica los tipos de conflictos y estrategias apuntando que los ladinos logran intimidar a los indígenas a tal grado que éstos evitan llevar sus contiendas a las cortes ladinas (nacionales).

June Nash trabajó en el centro de la comunidad tzeltal de Amatenango del Valle, concentrándose en el problema de la relación entre creencias y comportamiento en un mundo cambiante. Se preguntó cómo la costumbre condiciona el comportamiento y como éste responde a las claves del entorno social. En su libro *In the eyes of the ancestors. . .* (1970b) afirma que, para los indios, adherirse a las costumbres de los antepasados es un medio para sobrevivir como pueblo. La validación de su comportamiento yace en la creencia que hacen como sus antepasados hicieron y que están viviendo "en los ojos de nuestros antepasados". Con esta idea de continuidad en las costumbres, Nash presenta en el Apéndice I (pp. 339-346) la transcripción al inglés de una disputa matrimonial llevada ante el juez tradicional. La parte que levanta la queja ha amenazado con llevar el caso ante las autoridades en San Cristóbal, haciendo uso del recurso legal ladino para ejercer presión sobre el tribunal local y el acusado. El caso nos permite observar la manera en que los

jueces tradicionales intentan resolver y conciliar las contiendas dentro de la jurisdicción de la comunidad, aclarando que si no se pueden resolver *de acuerdo a la costumbre*, entonces dejarán que los contendientes se presenten a las autoridades ladinas.

El Epílogo a la edición de 1985 da una visión triste y pesimista de los cambios ocurridos en la comunidad, entre otros, de la penetración cada vez más fuerte de la economía de mercado y el hecho de que para 1976 la mayoría de las contiendas se trataran en tribunales ladinos. Nash apunta hacia la nefasta relación entre integración al mundo ladino y el desmoronamiento de las creencias propias y de las relaciones internas de los miembros de la comunidad.

En el artículo "Death as a way of life; the increasing resort to homicide in a Maya Indian community" (1967) intenta ilustrar cómo el alza en el índice de homicidios en la comunidad es un reflejo de la desintegración del sistema de control social tradicional, basado en creencias espirituales, lazos de reciprocidad, prestigio, etcétera. A esta situación ha contribuido de manera activa y constante la integración de valores ladinos, y el menosprecio consecuente de los elementos culturales propios, contradiciendo así —como ya se ha señalado— la predicción hecha por Vogt para 1984.

El trabajo de Fernando Cámara Barbachano en la zona de los Altos de Chiapas es anterior al de los antropólogos estadounidenses. Participó en el proyecto financiado por el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), el gobierno del estado de Chiapas y la Universidad de Chicago en 1942-1943. Organizó el material sobre control social para las *Notas sobre Zinacantan, Chiapas*, en donde señala:

Tenemos la impresión de que cuando ha habido algo entre un indígena y un ladino, el primero siempre sale perdiendo pues, llevado el caso a Las Casas, es juzgado por autoridades ladinas, que generalmente o siempre favorecen al ladino. Por lo tanto los indígenas siempre prefieren que las cosas se solucionen dentro del municipio de Zinacantan, por las autoridades tradicionales (Tax 1942 - 1943: 100).

En las notas de campo del trabajo realizado sobre los tzeltal de Tenejapa existe una amplia documentación de casos de conflicto y administración de justicia dentro de la comunidad. De estos casos deduce que las normas de conducta son impuestas por la costumbre. En *Persistencia y*

*cambio cultural entre tzeltales de los Altos de Chiapas. . .* (1966) presenta un trabajo histórico y descriptivo sobre los tzeltal de Oxchuc y Tenejapa. A partir de él intenta ubicar los elementos culturales que ha logrado mantener el grupo mencionado a través de una larga relación de contacto con el mundo ladino, y señalar los cambios que han sufrido las costumbres culturales. En el capítulo sobre autoridad y administración existe un apartado sobre las contiendas, donde describe la manera en que se llevan a cabo los encuentros entre los que disputan y las autoridades y cómo se resuelven los conflictos.

Finalmente, quiero hacer mención del trabajo sobre relaciones entre indígenas y ladinos realizado por Pierre Van den Berghe y Benjamin N. Colby (1961). Estos autores desarrollan un breve marco histórico para dar el contexto y presentan una muy pobre descripción de las características de ambos sectores, de la sociedad de los Altos de Chiapas, donde escasea un énfasis de la problemática sobre la conflictiva y desventajosa relación entre indios y ladinos.

Me parece que es en el ámbito legal propiamente del Estado donde inciden gravemente las diferencias, y a veces contradicciones, existentes entre estos dos sectores. Poder arrojar cierta luz sobre la naturaleza de las relaciones interétnicas puede sernos de gran utilidad para comprender muchos de los conflictos, deficiencias y prejuicios que ocurren en el ejercicio de la ley nacional cuando ésta es aplicada a miembros de grupos étnicos que poseen sistemas normativos propios y vigentes.

## ESTADO Y PODER

El conflicto existente entre dos sistemas legales alternativos, como los llama Augusto Willemsen Díaz, se inscribe dentro del desarrollo mismo del Estado mexicano. Para 1810 los liberales mexicanos, siguiendo las ideas de Rousseau y del pensamiento político europeo del siglo XIX, impusieron un texto jurídico que habría de convertirse en el sostén de una sociedad igualitaria y democrática conformada por entes sociales autónomos, en otras palabras, por hombres libres iguales en esencia, que habrían de asociarse bajo la idea del contrato social (Nadal-Urias 1983: 6).

Las leyes de la Reforma de 1857 marcaron el comienzo de un periodo de consolidación de la nación mexicana frente a las naciones extranjeras. Bajo el gobierno de Juárez, los indígenas se vieron sujetos a estra-

teñas homogeneizantes que habrían de transformarlos —para el Estado— en individuos modernos que pudieran ejercer plenamente su libertad y derechos legales. Gradualmente se centralizó el poder del Estado y en manos de Porfirio Díaz se convirtió en absolutismo. El proyecto de unidad nacional fue transformándose hacia fines del siglo XIX. Durante la Revolución de 1910, y el periodo inmediato a ésta, se fue dando un cambio en el ejercicio de un poder soberano del Estado (uso de fuerza represiva y la aplicación de las leyes constitucionales) y el ejercicio de nuevos mecanismos de poder en la práctica del gobierno. Es después de la revolución que se va consolidando un campo a partir del cual el Estado, y los intelectuales de la época, podrían crear y articular estrategias políticas y culturales específicas y peculiares, una ideología nacionalista y discursos y posturas distintivos en lo que se refiere a la población indígena del país.

El giro es hacia una mayor definición de México como una nación unificada, con una identidad nacional que acepta la pluralidad cultural de origen, pero que intenta ir neutralizándola vía el mestizaje. A través de la creación de instituciones específicas dirigidas a proveer a la población con las *necesidades básicas* (salud, tenencia de la tierra, casa, comida, educación, etcétera), es decir, procurando el bienestar de la población, el Estado vislumbró la fuente de un nuevo mecanismo de poder en el ejercicio del gobierno. Sin embargo, el proyecto de mestizaje no dio el resultado deseado, y a partir de la década de 1960 se percibe un cambio de estrategia en el logro del proyecto de unidad nacional. Había que acercar la nación a la población indígena que quedaba en el país, vista como una reminiscencia de esa pluralidad original; extender el Estado hacia lo indio, rescatando y preservando elementos propios de la culturas indias a través de fideicomisos especiales que se encargarían de corporativizar los “saldos” culturales indígenas. Este es el último movimiento de expansión del Estado; con él llegaron también algunos beneficios, como la formación de consejos supremos de pueblos indios que representaron un cierto reconocimiento por parte del Estado del sistema de autoridades tradicionales indígenas.

Considero que el asunto no es el de oponer la sociedad civil, indígena o no, al Estado. Se trata, entre otras cosas, de comprender y diferenciar entre proyectos distintos pero no necesariamente excluyentes. El proyecto del Estado-nación, con su ficción de igualdad, unidad y homoge-

geneidad, intenta hacer posible el gobierno de la población. Es la hegemonía sobre ese gobierno lo que el proyecto defiende. La ley nacional es un mecanismo y un proceso que puede ser usado para distribuir o centralizar el poder o para legitimar y mantener a ciertos grupos de poder, sobre todo cuando el Estado es lo suficientemente poderoso como para ser la única fuente de la ley. Sin embargo, existe en el país una serie de pueblos indios con culturas y sistemas de vida propios, a pesar de lo que tomen prestado a través de la relación de contacto. Algunos de estos pueblos han logrado mantener, en los procesos de cambio, sus sistemas propios de control social y administración de justicia sin por ello poner en peligro la hegemonía reclamada por la nación. Noto, con tristeza, que para el Estado no existe un espacio serio para hablar o considerar esos sistemas, como ocurre con otros elementos de las culturas indias; que, generalmente, en el ejercicio de las leyes nacionales el indio sigue siendo el sujeto marginado y vejado marcado por la historia de la conquista. Así, se reproducen y proliferan diversas formas de violación a sus derechos humanos, derechos que debieran incluir una protección a sus prácticas culturales colectivas.

Pero los indígenas poseen en sus culturas vivas elementos específicos que funcionan como *tácticas* de resistencia que les permiten, a pesar de las adversidades, mantener viva su cultura y sus costumbres. Como señala Michel de Certeau:

Donde los poderes dominantes explotan el orden de las cosas, donde el discurso ideológico lo reprime e ignora, las tácticas engañan este orden y lo hacen el campo de su arte. De ahí que la institución que uno esté llamado a servir se encuentre infiltrada por un estilo de intercambio social, un estilo de invención técnica, y un estilo de resistencia moral — es decir, por una economía de la “dádiva” (generosidades que a su vez son una forma de pedir retribución), por una estética de “jugadas”, “triumfos”, o “golpes” [*coups*] (operaciones que son formas de expresión artística), y por una ética de la *tenacidad* (tantos miles de formas de negar la legitimidad y el orden establecidos, ya sea de la ley, del significado o hasta de la fatalidad). Esto es lo que la cultura “popular” realmente es, y no algún tipo de *corpus* extraño, anatomizado con el propósito de ser exhibido, preparado y “citado” por un sistema que reduplica sobre estos objetos la misma situación que ha preparado para sus sujetos vivientes (s.f.: 4). (Véase también Chénaut 1988).

Sin embargo, debemos de ser sumamente cuidadosos en el uso del concepto *costumbre* aun como táctica de resistencia. Como muchas cosas

de nuestra vida cotidiana, la costumbre y la tradición han pasado a formar parte de ciertos discursos e ideologías: Manejados como conceptos representan actitudes diferentes dependiendo de los contextos en los que se les utilice. Son, de alguna manera, como un mito; un modo de significación, una forma con límites históricos y condiciones de uso. Me refiero al mito, aquí, como lo define Barthes, como un tipo de lenguaje, como una forma que no se define por el objeto de su mensaje, sino por la manera en la que se transmite el mensaje (Barthes 1986: 93 - 94). La costumbre y la tradición son, entonces, un mito, una forma de la que se sirven los antropólogos, los indigenistas y los indios. En antropología, generalmente nos referimos a la costumbre y a la tradición como un conjunto de prácticas que encierran y sustentan rasgos culturales particulares. Hablamos de salvaguardar, recuperar, promover o defender las costumbres y las tradiciones como manera de mitigar los efectos de la aculturación y respetar y mantener vivas las culturas de las minorías. El Estado, a través del indigenismo oficial, ha retomado en parte esta definición y la ha convertido en una *estrategia* para justificar y legitimar sus intervenciones, políticas y programas especiales para los grupos étnicos en el país. Para los indios, la costumbre y la tradición han sido vehículos de resistencia contra las políticas coloniales, integracionistas y neocolonialistas, pero también son elementos que reconocen legitimados por el Estado, y de los cuales se sirven como *tácticas* para mediar con el Estado en ciertos ámbitos políticos; son elementos que reivindican una identidad distinta a la nacional, pero también son —en ocasiones— recursos para ejercer un poder represivo sobre grupos disidentes, como se ve, por ejemplo, en el caso de los conflictos religiosos en la zona de los Altos de Chiapas.

Aún hoy día el proyecto nacional implica una unificación y homogeneización que comúnmente pasa por el ámbito de la ley; como es el caso de la igualdad ante la ley. Sin embargo, estos derechos aparentes que la ley otorga son inexistentes cuando en el caso de los indígenas es mínimo el acceso a los foros de confrontación, el respeto a sus sistemas de administración de justicia casi nulo, y la legitimidad de éstos negada. El ámbito de la hegemonía, entre otros, pudiera ser un punto de partida para iniciar un análisis de la problemática, contradicción o conflicto entre la costumbre legal de los pueblos indígenas y la de la nación.

**ALGUNOS TEMAS A RETOMAR**

A partir de la información presentada anteriormente, es posible señalar algunos temas recurrentes dentro de la bibliografía sobre los Altos de Chiapas para tratar de manera adecuada el tema del derecho consuetudinario. La cantidad de estudios etnográficos realizados sobre los tzotzil y los tzeltal nos permiten, para futuras investigaciones, pasar del nivel propiamente descriptivo de las normas y costumbres indígenas a un nivel que intente aproximar la problemática de los encuentros y desencuentros entre el sistema legal nacional y el indígena. Considero importantes los temas siguientes:

1. **Partir de las prácticas legales.** Los autores han enfocado su trabajo en el ámbito de las disputas o contiendas para mostrarnos que existe un sistema *legal indígena* y para poder describir estos sistemas de control social dentro de las comunidades. Para el Estado, estas prácticas pueden parecer campos alternativos de acción que minan su hegemonía monolítica, y deben ser controlados o descalificados para evitar que cobren fuerza. Profundizar en las prácticas legales nacionales donde se ven involucrados los indígenas es un posible camino para entender cómo los tribunales nacionales se constituyen como arenas de conflicto.
2. **La norma y la conducta.** El estudio contemporáneo de los sistemas de valores a partir de los cuales se generan normas de comportamiento puede partir de nuevas investigaciones sobre la cosmovisión, esa manera de concebir, entender, y representarse el mundo. Posiblemente al tener en cuenta los niveles de concepción, representación y acción (praxis) encontremos puntos nodales sobre los que descansan los principios legales o de justicia de los grupos indios.
3. **El discurso.** El “saber hablar bien” es una de las características más importantes que poseen los líderes indígenas que se encargan del arreglo de las contiendas. Esta también es una característica que debe poseer cualquier abogado, por lo menos el saber manejar el lenguaje legal. Las relaciones de poder que existen entre varios sectores de la sociedad nacional pueden ser detectadas y comprendidas

a partir de un análisis del discurso que las comprende. Como una importante instancia del conflicto pasa por el nivel discursivo, sería interesante, desde la perspectiva de la sociolingüística, investigar qué ocurre a nivel de las prácticas discursivas en ambos sistemas, y cómo funcionan éstas cuando un indígena es procesado por tribunales nacionales. (Véanse Sierra 1988 y Hamel 1988).

4. **Las relaciones interétnicas.** Aunque aparentemente son obvias algunas características de las relaciones indígena/ladino, no se ha profundizado lo suficiente en el tema como para poder comprender la compleja red de conexiones existentes hoy día entre ambos. A la problemática de las relaciones interétnicas se suman los problemas de las relaciones de clase, de integración a la cultura nacional, de tolerancia y conocimiento de las culturas indígenas, etcétera. Actualmente ya no es posible seguir planteando la realidad de las comunidades indígenas como universos cerrados, o la política indigenista del Estado como forzosamente integracionista, ni la identidad indígena como *pura* o completamente aislada de los valores de la sociedad nacional.
5. **El cambio cultural, ¿integración selectiva?** Los procesos de cambio cultural dentro de las comunidades indígenas han significado la adopción de una serie de rasgos de la cultura legal nacional, como describe Collier en varios de sus artículos. El sistema normativo indígena puede, por un sinnúmero de motivos, adoptar y aparentemente integrar ciertos aspectos de las leyes nacionales. Sin embargo, los fundamentos monolíticos de nuestro Estado-nación niegan toda posibilidad de considerar de las normas consuetudinarias dentro de la legislación. La hegemonía nacional es el principio que se pone en juego en las aperturas a la pluralidad. Me parece que éste no es el lugar adecuado para señalar los pormenores del proyecto de Estado que yace en el imaginario de una nación mexicana, aunque es un tema que necesariamente habría que tocar en una discusión sobre Estado y pluralidad en el ámbito legal.
6. **La comunidad y la continuidad.** Se encuentra ligada al tema anterior la preocupación por la continuidad en el tiempo de las formas

de vida indígenas; los valores, las costumbres, creencias y prácticas. Como ya señaló June Nash, en ocasiones la penetración de los valores ladinos acarrea un desmoronamiento del sistema de creencias indígenas. Sin embargo, no por ésto se podría afirmar que la cultura indígena *está condenada* a desaparecer. Tampoco es posible determinar el rumbo que tomarán los cambios en cuanto a la persistencia o no de una identidad específica, de una manera de vida, etcétera. Nash señala, por ejemplo, que han habido revitalizaciones de ciertos cargos religiosos que permanecieron vacantes por varios años, y que muchos cambios obedecen a problemas de luchas de poder entre diferentes sectores dentro de las mismas comunidades. El acercamiento al ámbito político intracomunitario es una línea necesaria a seguir en futuras investigaciones.

Las investigaciones realizadas en los Altos de Chiapas son una importante fuente de información, tanto etnográfica-descriptiva como teórica. Una revisión del material que presentan hace surgir nuevos planteamientos y cuestionamientos respecto a las formas legales indígenas en la zona, pero también hace patente la ausencia de temas que quizás hoy día sea necesario considerar, como la existencia de sistemas legales alternativos, de contradicciones y conflictos con un contexto histórico y político específico. La coexistencia de estos sistemas no se puede resolver sólo teóricamente, así como tampoco es posible una comparación entre ellos porque son sistemas inconmensurables y no equivalentes. El tema debe abordarse en las prácticas diarias a través de los múltiples ejercicios del poder; no sólo del que está al alcance del Estado a través de la fuerza coercitiva o las estrategias de control social y apropiación de lo *popular* sino de ese poder que circula y permea a la sociedad en general, nacional, ladina o indígena. Más allá de los Altos de Chiapas, entre otros pueblos indígenas del país, existen problemas similares en lo que respecta a la coexistencia de dos sistemas legales diferentes; situaciones en las que la frontera entre lo indígena y lo ladino desaparece momentáneamente para mostrarnos la complejidad de las prácticas cotidianas en la interacción de grupos diversos con intereses propios. Considero que, en ocasiones, conforme vamos acercándonos a ese filo de la aparente indefinición, nos aproximamos al ejercicio del derecho en el ámbito político del derecho mismo; arena donde se libra una parte de la lucha de los pueblos indios.

**BIBLIOGRAFIA**

- Barthes, Roland  
 1986 Myth today. *En* A Barthes reader. Susan Sontag, ed. Pp. 93-149. Nueva York: Hill and Wang.
- Berghe, Pierre L. Van Den y Benjamin Colby  
 1961 Ladino-Indian relations in the Highlands of Chiapas, Mexico. *Sobretiro de Social Forces*, vol. 4, núm. 1.
- Bohannan, Paul  
 1957 Justice and judgement among the Tiv. Londres: Oxford University Press, for the International African Institute.
- Buenrostro, Alejandro  
 1971 Chilón: entre los tzeltales de Chiapas. *Estudios Indígenas* 1 (1): 50-52.
- Cámara Barbachano, Fernando  
 1942-1943 Notas sobre Zinacantan. *En* Notas sobre Zinacantan, Chiapas. Sol Tax, ed. University of Chicago, Microfilm Collection of Manuscripts on American Cultural Anthropology, Serie 3, Núm. 20.  
 1943 Monografía sobre tzeltales de Tenejapa. Original field notes of a study made in 1942-43 in Chiapas Mexico. University of Chicago, Microfilm Collection of Manuscripts on Cultural Anthropology, Serie 1, Núm. 5.  
 1944 Monografía de los tzotziles de San Miguel Mitontik. Original field notes of a study made in 1944 in Chiapas Mexico. University of Chicago, Microfilm Collection of Manuscripts on Cultural Anthropology, Serie 1, Núm. 6.  
 1966 Persistencia y cambio cultural entre tzeltales de los Altos de Chiapas. Estudio comparativo de las instituciones religiosas y políticas de los municipios de Tenejapa y Oxchuc. *Acta Antropológica*. Epoca 2, vol. 3, núm. 1. México: Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH).
- Cancian, Francesca M.  
 1975 What are norms? A study of belief and action in a Maya community. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cancian, Frank  
 1974 New patterns of stratification in the Zinacantan cargo system. *Journal of Anthropological Research* 30 (1-4): 164-173.  
 1976 Economía y prestigio en una comunidad maya. *El sistema religioso de cargos en Zinacantan*. México: INAH. Colección Secretaría de Educación Pública (SEP)/Instituto Nacional Indigenista (INI), Núm. 30.
- Certeau, Michel de  
*s/f* On the oppositional practices of every day life. Traducido de *Pratiques quotidiennes*. Pour une sémiotique de la culture ordinaire, por Frederic Jameson y Carol Lovitt. *Sobretiro de Tabloid A Review of Mass Culture and Everyday Life*.
- Colby, Benjamin N.  
 1966 Ethnic relations in the Chiapas Highlands of Mexico. Santa Fe: Museum of New Mexico Press.
- Collier, Jane F.  
 1968 The selection of legal procedures in Zinacantan. *American Anthropological Association Meeting*. Xerocopia.  
 1973 Law and social change in Zinacantan. Stanford, California: Stanford University Press.  
 1974 Dispute settlement in two Highland Chiapas communities. *American Anthropological Association Meetings, Trends and Processes of Change in Rural Mexico*. Xerocopia.

- 1975 Legal processes. *Annual Review of Anthropology*, vol. 4, pp. 121-144.
- 1976 Political leadership and legal change in Zinacantan. *Law and Society Review* 11 (3): 131-163.
- 1979 Stratification and dispute handling in two Highland Chiapas communities. *American Ethnologist* 6 (2): 305-328.
- 1982 Justicia popular en Zinacantan. *América Indígena* XLII (1): 99-115.
- Collier, Jane F. y June Starr  
1987 Historical studies of legal change. *Change Anthropology* 28 (3): 367-372.
- Chenaut, Victoria  
1988 Costumbre y resistencia étnica. Modalidades entre los totonaca. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.
- Foucault, Michel  
1974 Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber. 15a. edición. México: Siglo XXI.
- Fuente, Julio de la  
1953 El centro coordinador Tzeltal-Tzotzil. Una realización indigenista del México de hoy. *América Indígena* XIII (1): 55-64.
- García de León, Antonio  
1985 Resistencia y utopía. Tomo 2. México: Era. Colección Problemas de México.
- Gluckman, Max  
1955 The judicial process among the Bavotse of Northern Rhodesia. Manchester: Manchester University Press, for the Rhodes-Livingstone Institute.
- Gómez, Magdalena  
1988 La defensoría jurídica de presos indígenas. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.
- Guiteras Holmes, Calixta  
1965 Los peligros del alma; visión del mundo de un tzotzil. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hamel, Enrique  
1988 Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.
- Instituto Indigenista Interamericano  
1982 América Indígena, vol. XLII, núm. 1.
- Lowie, Robert  
1927 Anthropology of law. En *The social sciences*. W. F. Ogburn y A. Goldenweiser, eds.
- Llewellyn, Karl y E.A. Hoebel  
1941 The Cheyenne way. Norman: University of Oklahoma Press.
- Malinowski, Bronislaw  
1926 Crime and custom in savage society. Londres: Kegan Paul, Trench and Turbner.  
1944 A scientific theory of culture and other essays. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- Metzger, Duane  
s/f A preliminary evaluation of institutionalized social control and its contribution to cultural pluralism in the Highlands of Chiapas. México: Instituto de Investigaciones Antropológicas (IIA), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Xerocopia.  
1960 Conflict in Chulsanto, a village in Chiapas. *Alpha Kappa Delta; A Sociological Journal*.

- Nadal-Urias, Beatriz  
1983 *Les représentations sociales dans le discours historique. Mesa Redonda sobre las Representations. Montreal, 7 al 10 de octubre de 1983. Xerocopia.*
- Nader, Laura  
1969 *Law in culture and society. Chicago: Aldine.*
- Nader, Laura y Harry F. Todd (eds.)  
1978 *The disputing process. Law in ten societies. Nueva York: Columbia University Press.*
- Nash, June  
s/f *Social structure and social organization in Oxchuc, Chiapas. México: IIA, UNAM. Xerocopia.*  
1967 *Death as a way of life: The increasing resort to homicide in a Maya Indian Community. American Anthropologist 69 (1-6): 455-470.*  
1970a *Rethoric of a Maya Indian Court. Estudios de Cultura Maya, vol. 8. Pp. 239-296.*  
1970b *In the eyes of the ancestors. Belief and behavior in a Maya community. New Haven y Londres: Yale University Press.*
- Pellizzi, Francesco  
1982 *Misioneros y cargos: notas sobre identidad y aculturación en los Altos de Chiapas. América Indígena XLII (1): 7-33.*
- Pitt-Rivers, Julian  
1967 *Words and deeds: The ladinos of Chiapas. Man, 2 (1): 71-86.*
- Pozas, Ricardo  
1952 *Juan Pérez Jolote: biografía de un tzotzil. México: Fondo de Cultura Económica.*  
1977 *Chamula. Vols. 1 y 2. México: Instituto Nacional Indigenista (INI). Primera edición: 1959, En Memorias del INI.*
- Sierra, Teresa  
1988 *Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.*
- Siverts, Henning  
1960 *Political organization in a Tzeltal Community in Chiapas, Mexico. Alpha Kappa Delta; A Sociological Journal. Pp. 14-28.*
- Stavenhagen, Rodolfo  
1969 *Las clases sociales en las sociedades agrarias. México: Siglo XXI.*
- Tax, Sol (ed.)  
1942- *Notas sobre Zinacantan, Chiapas. University of Chicago, Microfilm Collection of*  
1943 *Manuscript on American Cultural Anthropology, Serie 3, Núm. 20.*
- Turner, Victor  
1974 *Dramas, fields and metaphors; symbolic action in human society. Ithaca y Londres: Cornell University Press.*
- Villa Rojas, Alfonso  
1977 *Antropología: los tzeltales y tzotziles. Guión para documental. México: IIA, UNAM y TELEVISIA*
- Vogt, Evon Z. (ed.)  
1966 *Los zinacantecos. México: INI. Colección de Antropología Social Núm. 7.*  
1969 *Zinacantan. A Maya Indian community in the Highlands of Chiapas. Cambridge: Harvard University Press.*  
1970 *The Zinacantecos of Mexico. A modern Maya way of life. Nueva York: Holt Rinehart and Winston Inc.*

- 1978      Bibliography of the Harvard Chiapas Project; the first twenty years 1957-1977.  
            Cambridge: Peabody Museum of Archaeology and Ethnology. Harvard University Press.
- Wasserstrom, Robert F.
- 1977      White fathers and red souls; Indian ladino relations in Highland Chiapas, 1958-  
            1973. Cambridge: Harvard University. Tesis.
- 1983      Class and society in Central Chiapas. Berkeley, Los Angeles, Londres: University  
            of California Press.

## ORGANIZACION SOCIAL, CONTROL SOCIAL Y RESOLUCION DE CONFLICTOS

**Bases para la formulación y codificación  
del derecho consuetudinario ye'kuana**

*Nelly Arvelo-Jiménez\**

### LA LEGISLACION INDIGENISTA

Existe toda una jurisprudencia indigenista que comienza en la época colonial y que continúa hasta nuestros días (Gabaldón Márquez 1977 y Armellada 1977). Esta tradición, que ha regulado las relaciones del Estado con los indígenas, ha justificado la restricción y/o anulación de los derechos de los indígenas a la tierra y a los recursos de ésta, a la autogestión económica, a las formas propias de autogobierno y de expresión cultural. Esto equivale a decir que tal legislación, supuestamente creada para afirmar los derechos de los indígenas, en la práctica ha resultado en la alienación de los derechos políticos, civiles y culturales de estos grupos étnicos.

En las últimas tres décadas el empeño por democratizar e industrializar el país encuentra expresión en la Constitución Nacional de 1961 y,

\* NELLY ARVELO-JIMENEZ. Departamento de Antropología, Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas, Caracas, Venezuela.

dentro del subsistema jurídico-político, en un conjunto de leyes: la de Reforma Agraria (1960) la ley Orgánica del Ambiente (1976), la ley Orgánica de Seguridad y Defensa (1976), y la ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (1983). Estas figuran entre las más importantes porque contienen artículos que afectan o restringen los derechos de los indígenas en tanto que desconocen el estatus de ellos como grupos étnicos con derechos colectivos y, por ende, derechos diferentes del resto de la población venezolana. La previsión más amplia se encuentra en el artículo 77 de la Constitución en el que se reconoce la existencia de segmentos culturalmente diferentes de la población global, a los que se les concede un tratamiento diferencial temporal mientras se consolide su tránsito a ciudadanos con derechos individuales iguales al resto de los venezolanos.

En los años 1987 y 1988 se han hecho circular, para consultas informales, dos anteproyectos de ley de etnias. Ninguno de los dos se inserta en los proyectos de los partidos políticos existentes. Parece que en ambos casos sus diseñadores buscan crearse espacios políticos propios aprovechando la coyuntura de que las últimas zonas de riqueza mineral, hidráulica y maderera están en la región Guayana o banda sur del Orinoco, área fronteriza que colinda con Guyana, Brasil y Colombia, y donde está refugiada la mayoría de los grupos étnicos indígenas. Como la legislación indigenista no es el tópico prioritario de nuestro análisis descartamos la discusión, también importante, de los intereses político-económicos que están detrás de ambos proyectos, de cómo ha sido mediatizada la opinión indígena, etcétera. Mencionamos someramente lo que es más relevante para el tema central de este ensayo:

1. el articulado continúa tratando a los indígenas como sujetos de un tutelaje paternalista. Según la exégesis de los constitucionalistas, el artículo 77 de la Constitución ha de proveer *protección o amparo* a los indígenas de manera temporal, lo que significa que el reconocimiento de su existencia no implica una apertura hacia la conformación de un estado multiétnico o multicultural y multinacional. En ningún momento, agregan, debe utilizarse dicho artículo para desa-

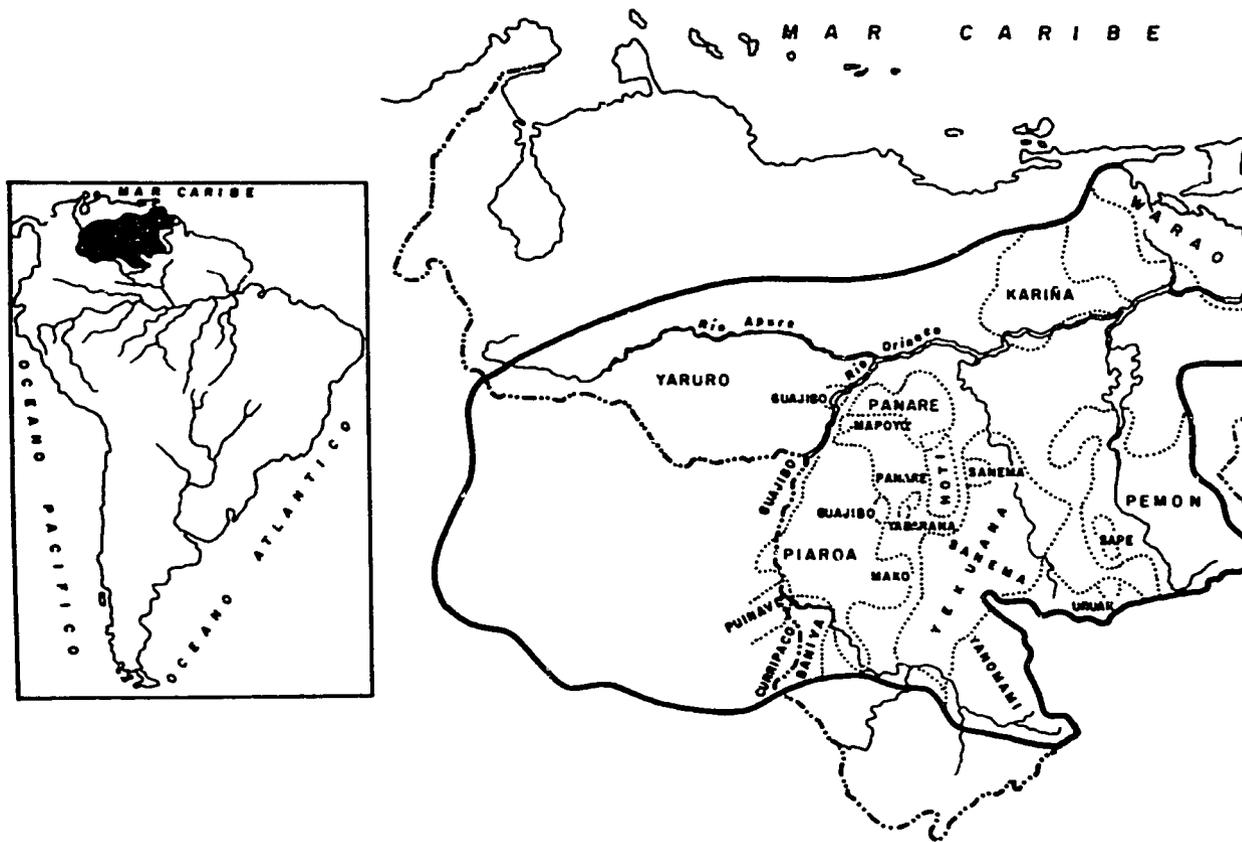
rollar una legislación que perpetúe el carácter diferencial de lo cultural (Hassan 1980);

2. ambos proyectos hacen una recopilación de los articulados propios de varias leyes y reglamentos indigenistas que tienen relevancia directa para la cuestión indígena como trampolín para reglamentar la incorporación de las etnias indígenas, en su mayoría selváticas. Podría afirmarse que no son un reconocimiento de derechos que los indígenas han de ejercer directamente; son, por el contrario, un conjunto de medidas de gracia que los indigenistas han de interpretar, adjudicar y administrar. Así, se propone, entre otras cosas, la creación de un instituto que centralice los asuntos indígenas.

Está claro que los proyectistas han partido de la premisa constitucional de la igualdad de derechos de los individuos, la cual interfiere con una legislación que debería surgir si la voluntad política fuera devolver a los indígenas los derechos expropiados tanto por el Estado colonial como por el nacional republicano.

#### LA EXPANSION POLITICO-ECONOMICA HACIA LA REGION GUAYANA

La exploración de las riberas del Orinoco y de algunos de sus principales afluentes comenzó en el siglo XVI y se consolidó en el XVIII. La militarización y fortificación sostenida del Orinoco expropió a los kariña<sup>1</sup> y a otras etnias los derechos de tránsito, residencia autónoma y explotación de los múltiples recursos del río. Los grupos étnicos de la banda norte se sometieron a las misiones o se replegaron hacia la banda sur; en tanto que los grupos que residían en la banda sur del Orinoco, y lo utilizaban como eje principal para realizar sus transacciones comerciales (Arvelo-Jiménez, Morales y Bjord 1987), se replegaron hacia la zona interfluvial, y convirtieron las rutas secundarias y complementarias de su sistema interétnico en los nuevos ejes del sistema. Con el tiempo fue quebrándose la vitalidad de los nexos sociales, comerciales, religiosos y políticos, lo cual trajo como resultado el aislamiento de las etnias, la acentuación de la comunidad local y la atomización de lo que había sido una tradición cultural y un proyecto político regional (véase figura 1).



98.

*Fig. 1. Mapa de la cuenca del Orinoco y de los grupos étnicos indígenas actualmente existentes en la región Guayana*

Aunque la conexión con las comunidades indígenas del alto Orinoco, el Casiquiare y el alto río Negro quedó establecida desde el XVIII, la participación de esa población de la banda sur en la vida política del país ha sido virtualmente nula, y su contribución a la economía global ha estado limitada a la riqueza extraída durante la vigencia de los ciclos extractivos de resinas, fibras, caucho, etcétera. Cada ciclo introdujo enfermedades en la región, dejó algunas huellas en su ecología, reubicó núcleos poblacionales y extrajo las riquezas del momento sin retribuir e invertir en la misma. En cada una de estas "bonanzas" los núcleos poblacionales indígenas, atraídos hacia las principales arterias de comunicación por donde se exportaban los productos, al interactuar con otros grupos, cedieron y tomaron recursos culturales con los cuales se ha ido forjando la cultura del criollo amazonense. Esos pueblos criollos —algunos de ellos fundados a mediados del XVIII por la Expedición Española de Límites, y otros fundados posteriormente— son pequeños núcleos de población asentados a lo largo de vías accesibles que afirman una identidad diferente de la de las etnias del interior, de la zona interfluvial. Estas últimas hasta hace treinta años eran virtualmente monolingües y vivían de acuerdo a formas propias de organización y de control social y autogobierno. En este siglo, la jurisdicción sobre ellas fue cedida por el Estado a las misiones católicas (1915), las que tuvieron su ciclo hegemónico sobre los indígenas entre 1936 y 1970, es decir, entre el cierre del ciclo del caucho y la primera administración socialcristiana, que innovó introduciendo una política de fronteras y un proyecto de Conquista del Sur.

En las últimas tres décadas la hegemonía católica ha sido retada por las actividades de los evangélicos estadounidenses de la Misión Nuevas Tribus y, asimismo, por la gradual penetración de las instituciones políticas venezolanas que eran expresión de a) la puesta en marcha de la Conquista del Sur; b) la política de conservación que, entre 1974-1978, congeló en parques y reservas vastas áreas de la región; y c) la movilización para la salvaguarda de las regiones fronterizas (1978-1988).

En la región de Guayana existen vastos depósitos de oro, bauxita, hierro, diamantes, estaño y otros minerales estratégicos. Es rica, asimismo, en extensas zonas de bosques tropicales primarios, contiene bellezas escénicas aprovechables por la emergente industria turística, y un potencial hidroeléctrico garantizado por el caudal del complejo sistema de ríos

que surca la región. El imperativo geológico internacional (Davis y Matthews 1976) aguarda la formulación de un proyecto geoeconómico global para cuya implementación se piensa que el Estado debe demostrar el ejercicio pleno de su soberanía. Se cree que ello implica, por razones de seguridad, el control sobre los indígenas.

Como investigadores de la trayectoria que, desde el siglo XVI, han venido forjando los indígenas al entrar en conjunción con sistemas sociales diferentes, analizamos los mecanismos de conquista y control político que se despliegan sobre los últimos grupos étnicos que han logrado continuar viviendo sus formas propias de organización política, social y cultural. El control intentará la expropiación de la base territorial de estos grupos étnicos y su inserción en el estrato más deprimido del sistema de clases de la sociedad global.

Pasamos a describir los puntos modales de la organización social de los ye'kuana como un caso que estimamos podría constituirse en modelo metodológico para la formulación y codificación del derecho consuetudinario de los grupos étnicos del Orinoco con organización social similar.

## LA ORGANIZACION SOCIAL YE'KUANA

### PATRON DE ASENTAMIENTO Y PRODUCCION MATERIAL

Presentamos una síntesis de las normas y costumbres que ordenan la vida social del grupo étnico ye'kuana mediante un esquema que destaca los puntos nodales o niveles de inclusividad en las relaciones y derechos civiles y políticos de este grupo étnico. En estos niveles creemos haber detectado los puntos de articulación de una estructura que permite la producción y reproducción material (económica) y la social del grupo étnico (Turner 1985, 1986 y 1987).

Esta síntesis constituye una reconstrucción para la cual se ha combinado la observación directa en varias comunidades, por periodos no menores de seis meses, con la historia oral que nos fuera transmitida por varios informantes en cada comunidad. Con esta combinación se obtuvieron historias de vida, genealogías, trayectorias migratorias y una extensa recopilación de casos de conflicto y los mecanismos desplegados para resolverlos. Para levantar este complejo cuadro de la historia política de

varias comunidades, de su organización social y de los principios que han llegado a regir a los ye'kuana, las genealogías, las migraciones y las historias de vida, así como las versiones recogidas en otras comunidades sobre los conflictos de una determinada comunidad bajo análisis, fueron indicadores independientes para corroborar las historias orales que recogíamos con fines de discernir el sistema político ye'kuana.

Para cada uno de los niveles de inclusividad en las relaciones sociales existen segmentos constitutivos de la organización social ye'kuana a los que también corresponde un espacio asignado dentro de la territorialidad del grupo; y estos espacios están ratificados por el sello aglutinador de valores éticos, religiosos y étnicos.

La casa multifamiliar o comunal ye'kuana (véanse figuras 2 y 3), una en cada comunidad tradicional, incorpora en miniatura, dentro de los espacios y elementos de su estructura y en la nomenclatura que los designa, las partes esenciales del cosmos. Un *antta* encierra la superposición de los tres planos existenciales del universo ye'kuana: el material, el social y el cosmológico.

Las normas y costumbres que orientan la producción económica, o la producción social, son fragmentos de un sistema cuya racionalidad sólo se nos revela, al igual que en la arquitectura de la casa ye'kuana, al vislumbrar la yuxtaposición y correspondencias de los órdenes económico, social y ético/religioso. Procedemos a describir estos tres órdenes, las normas que rigen las relaciones en cada uno de ellos; y los grupos y actores sociales que activan los códigos y sancionan su transgresión.

Los ye'kuana son un grupo de lengua caribe, de unos 3.000 individuos repartidos en 33 comunidades dispersas en el bosque tropical húmedo del área interfluvial de la banda sur del Orinoco. Su territorio étnico está atravesado por los ríos Paragua, Caura, Erebató, Ventuari, Cunucunuma, Padamo y Cuntinamo del estado Bolívar y Territorio Federal Amazonas, respectivamente.

Su producción material la derivan de un uso extensivo e integral del área interfluvial delimitada por los grandes ríos antes mencionados, en donde practican una agricultura migratoria o itinerante de tala y quema, que combinan con caza, pesca y recolección. Para estas actividades aprovechan tres diferentes medios: la sabana (pesca, caza y recolección), los ríos y caños (pesca) y, de mayor importancia, el bosque (donde realizan agricultura, caza y recolección), los cuales constituyen un ecosistema.

Fig. 2. Elementos estructurales y sociales de la casa comunal ye'kuana (antta)

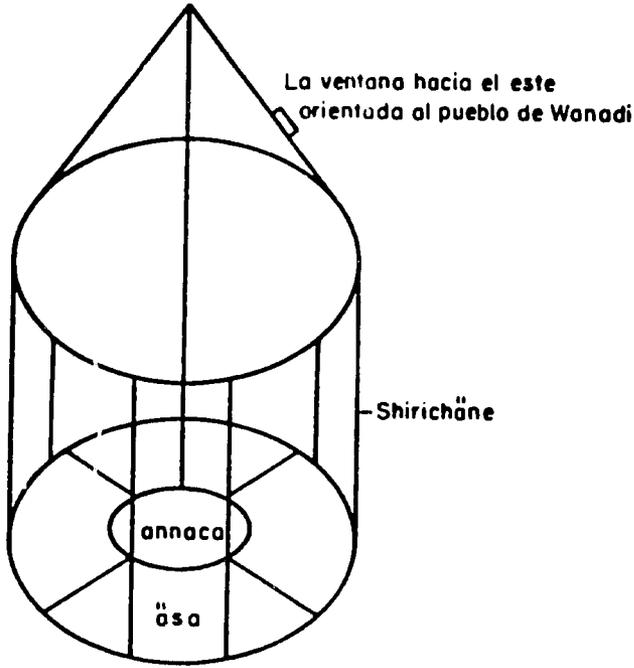
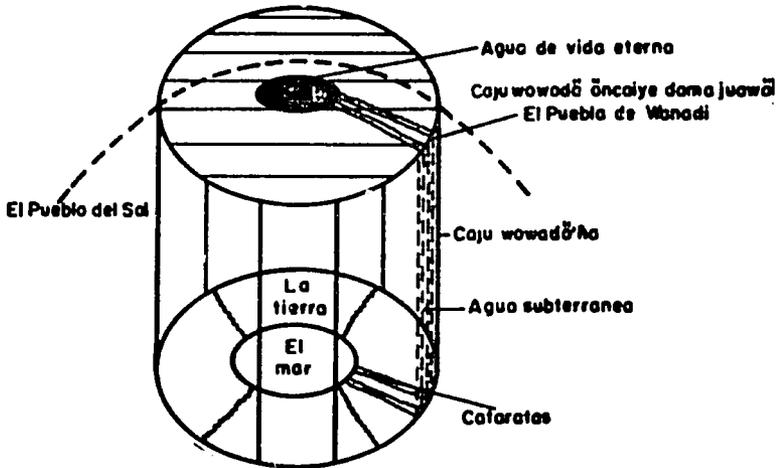


Fig. 3. Elementos estructurales y cosmológicos de la casa comunal ye'kuana (antta)



Estas actividades económicas son llevadas a cabo por grupos de parientes divididos, a su vez, por sexo y edad.

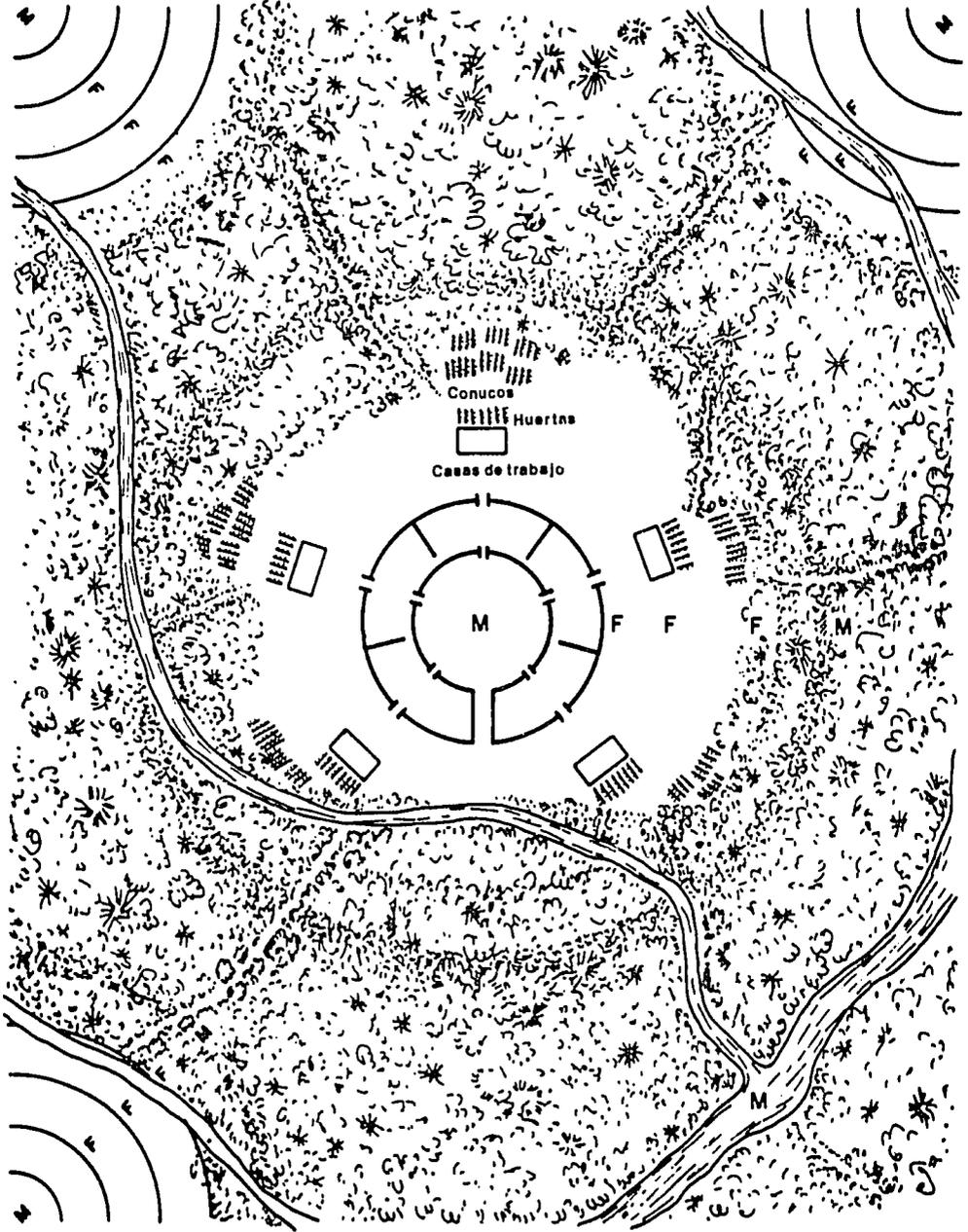
Esas 33 comunidades han sido fundadas a partir de la desforestación de forma circular en medio del bosque. Dentro de este último, adicionalmente pueden detectarse zonas de aprovechamiento que ilustramos y discutimos más adelante. Esas 33 comunidades exhiben de 80 a 100 individuos, lo cual es estratégico para aprovechar de manera más eficiente recursos que, en el bosque tropical húmedo, están característicamente dispersos; igualmente ese patrón contribuye a evitar la sobreexplotación de los ecosistemas.

Las actividades agrícolas combinadas con las de caza, pesca y recolección realizadas por una comunidad, la hacen virtualmente autosuficiente; no obstante, cuando examinemos las relaciones intercomunitarias, discerniremos múltiples mecanismos vinculatorios, de naturaleza comercial, social y religiosa, que forman redes amplias de relaciones políticas y/o étnicas. Estos mecanismos insertan a las comunidades locales en contextos étnicos y, a nivel regional, en contextos interétnicos que trascienden el sistema político ye'kuana, el cual sigue siendo descentralizado y flexible.

El diagrama que ilustra esquemáticamente los espacios utilizados por los sexos y por los grupos de parientes dentro del territorio de una comunidad explica la complementariedad (a) entre el plano material, de aprovechamiento de recursos y producción de alimentos y bienes materiales; (b) el social, relativo a la conformación de grupos de parentesco y a la acción de éstos como grupos de trabajo, así como las obligaciones económicas, sociales y políticas que rigen entre ellos y (c) las estructuras tangibles y referentes simbólicos que refuerzan la complementariedad entre los tres planos que orientan la vida de los ye'kuana (véase figura 4).

Este diagrama nos permite visualizar las divisiones espaciales en el interior de una comunidad por actividad y por sexo; las zonas de amortiguación entre comunidades, y la distribución territorial de las mismas. En el interior de una comunidad, y progresivamente hacia la periferia, en círculos concéntricos, hallamos el círculo más interno que corresponde a la *annaca* de la *antta* o casa comunal, espacio eminentemente masculino (M), de instituciones políticas colectivas; luego vienen varias esferas femeninas (F) y domésticas (los departamentos de las familias extendidas o *asa*, los talleres de trabajo, las huertas y los conucos o chacras). Estos

Fig. 4. Distribución espacial en el interior de una comunidad por actividad y por sexo



últimos nos llevan a los límites de una comunidad bien por el río o bien por las zonas de cacería, ambos espacios simbólicamente asociados con los hombres a partir de los cuales comienzan las zonas de amortiguación e inmediatamente las de aprovechamiento de otras comunidades, y conectándolas es posible imaginar la distribución territorial y político-económica de las comunidades ye'kuana. En el círculo central de la casa comunal se cumplen cinco funciones: duermen los hombres solteros; comen los hombres que se agrupan bien en el Círculo de Ancianos bien en el Círculo de los Jóvenes; se recibe a los hombres que visitan la comunidad; se reúne el Círculo de Ancianos para tomar decisiones colectivas que involucran a los miembros de los diferentes segmentos componentes de la comunidad, y se da inicio y conclusión a las ceremonias que son, entre las actividades rituales, aquéllas que involucran a toda la comunidad. Los departamentos de las familias extendidas corresponden al nivel doméstico y es un área eminentemente femenina. El tránsito de un joven del departamento de su familia de orientación al de su familia de procreación (la de los padres de su esposa) exige el paso previo por la *annaca* donde ha estado durmiendo desde los ocho años.

## PRODUCCION SOCIAL

### Organización social, económica y política

#### *Principios jurídicos que fundamentan la formación de grupos*

- Filiación cognática o bilateral en grupos de parentesco,
- matrimonio preferencial con primos cruzados bilaterales,
- residencia post-marital matri-uxorilocal,
- matrimonios con endogamia local. La identidad y los derechos políticos de un individuo están vinculados a su familia extendida localizada en la comunidad de origen.

#### *Proyección espacial de los grupos*

##### Nivel doméstico

Este nivel corresponde al ámbito de funcionamiento de la familia extendida, compuesta por una pareja mayor, sus hijos solteros de ambos

sexos, sus hijas casadas, los maridos de éstas (los yernos) y sus hijos. Con el correr del tiempo la pareja constituida por la hermana mayor y su esposo reemplaza a la pareja fundadora en la jefatura del grupo doméstico.

Las mujeres de una familia extendida trabajan de manera coordinada, primero en sus propios conucos, y luego en los de sus hermanas y su madre. Los hombres o yernos trabajan con el jefe del grupo o suegro en tareas de cacería, pesca, recolección de materia prima para la elaboración de la variada gama de utensilios para el equipamiento del hogar.

Las áreas agrícolas son consideradas de usufructo exclusivo de quienes las trabajan mientras están en producción; en tanto que las áreas de caza, pesca y recolección dentro del territorio de una comunidad son utilizadas sin distinción por todos sus miembros.

### Nivel comunitario

El nivel comunitario está formado por los jefes de los grupos domésticos o familias extendidas, quienes constituyen políticamente el *Consejo de Ancianos*; y *Círculo de jóvenes* integrado por adolescentes solteros y jóvenes casados que no son jefes de familias extendidas.

Las decisiones que se toman a nivel comunitario se refieren a tópicos y actividades excluyentes del ámbito de acción del nivel doméstico. Estas decisiones están relacionadas con el trabajo colectivo para la fundación de otro pueblo; la construcción o mantenimiento de caminos; las cacerías colectivas; la pesca colectiva; la conformación de grupos de viajeros comerciantes; la prestación de fuerza de trabajo a otras comunidades para labores de desforestación, etcétera.

### Nivel intercomunitario

Existen, en este nivel, redes sociales que devienen de la aplicación de ciertos principios organizacionales. La primera de estas redes está formada por los lazos de parentesco integrados en parentelas. Como la red de parentesco es ego-céntrica, es decir, tiene como foco a un individuo y a los parientes de éste por el lado paterno y materno, y los que se agregan por la alianza matrimonial, ninguna es igual a otra y la red de cada individuo trasciende el ámbito de su comunidad de origen. Otras redes sociales son derivadas de los matrimonios exogámicos locales (ya

que todo el mundo no puede casarse dentro de su comunidad de origen) y de matrimonios poligínicos no localizados. La exogamia local tiene como consecuencia la circulación de los hombres, pues son éstos los que van a residir en el hogar de los padres de la esposa (matrilocalidad). Además, el comercio o trueque intraétnico, y la prestación de servicios rituales o económicos a otras comunidades, dan como resultado el establecimiento de lazos sociales y políticos que articulan a las comunidades locales entre sí. Por su parte, de las relaciones sexuales eventuales que ocurren en el contexto de fiestas intercomunitarias, de visitas para el intercambio o de simples visitas, resultan nacimientos; de estos niños, según el principio de la paternidad extendida, son padres (*pater*) todos los hombres que la opinión pública sabe que tuvieron acceso a la madre; estos niños son lazos entre segmentos o familias extendidas de comunidades diferentes.

### *La activación del derecho consuetudinario*

#### Nivel doméstico

En el nivel doméstico, el suegro y la suegra (la pareja mayor de una familia extendida) sancionan, mediante críticas canalizadas a través del círculo del rumor o de sus hijas, a los yernos por transgresiones relativas a la residencia post-marital y al cumplimiento de las obligaciones económicas para con ellos, a la que los yernos están obligados. En esta crítica también participa el resto de los miembros de la familia extendida. Si la transgresión es de parte del suegro hacia el (los) yerno(s), las familias extendidas de éste (éstos) activan los múltiples mecanismos de sanción con los que cuenta la sociedad, la mayoría de los cuales se ejercen evitando la confrontación directa.

En este nivel se concertan y se deshacen los matrimonios. La intervención de los jefes del grupo doméstico en los matrimonios y su disolución es especialmente prominente en parejas de adolescentes. La consolidación de los matrimonios viene con el nacimiento de los hijos vivos, y la decisión sobre rupturas, después del advenimiento de éstos, la toman generalmente los esposos y no sus padres. En casos de divorcio, los niños quedan con la madre, lo cual refuerza la matri-uxorilocalidad.

En el nivel doméstico, la aplicación de los principios que rigen el parentesco, y la formación de grupos sociales y económicos con sus concomitantes obligaciones, son potestad de los jefes de las unidades domésticas o familias extendidas. No obstante, ningún segmento de éstos es autosuficiente ni social ni políticamente. Se trata de un grupo exogámico que necesita de segmentos similares para el intercambio de los hombres. El acto simbólico de colgar los chinchorros de los jóvenes solteros y de dormir en la *annaca* de la casa comunal (que es ámbito masculino, pero también comunitario) expresa la necesidad que tienen los segmentos o familias extendidas del nivel comunitario para su producción y reproducción social.

El relato de los agravios que se canalizan a través del Círculo del Rumor, a fin de alertar sobre o detener el deterioro de las relaciones entre los segmentos de una comunidad, es revelador del código de ética de los ye'kuana, cuyo cumplimiento se exige a cada miembro de la etnia. Se denuncia o acusa al calumniador/chismoso (ofensa política que pone en peligro la armonía interna de una comunidad); al tacaño/mezquino (ofensa económica sumamente grave, puesto que el que no comparte es como si fuera un ladrón en nuestra sociedad); al pendenciero o buscapleitos (ofensa política que puede desembocar en confrontaciones directas consideradas de extrema peligrosidad, ya que la sociedad controla simbólicamente a través de la religión, e indirectamente mediante el rumor y el ostracismo o el repliegue, pero carece de mecanismos para resolver confrontaciones directas); al de carácter colérico e incontrolado (otra ofensa política repudiada en un código que enfatiza la anti-belicosidad); al poco solidario o colaborador (ofensa económica en un sistema que se rige por la reciprocidad en la utilización de la fuerza de trabajo); al tirano o demasiado exigente (ofensa político-económica muy propia de los suegros), y al asesino (ofensa que se comete mediante brujería y *modono*).

En estas acusaciones pueden estar involucradas dos familias extendidas, la del acusado y la del acusador, o puede tratarse de las familias de la comunidad en contra de una de ellas como resultado de repetidas transgresiones por parte de los miembros de la familia objeto de la acusación.

Los mecanismos de resolución: *a*) el círculo del rumor; *b*) los monólogos emprendidos por el acusador durante la madrugada dentro de la

casa comunal, la cual si bien puede alojar 100 individuos y estar dividida en departamentos, las paredes internas de éstos se alzan a medio nivel, por lo que todos comparten el mismo techo; c) el ostracismo parcial, y d) la división o fisión de la comunidad, son puestos en funcionamiento por los adultos para alertar al individuo o grupo transgresor. Cuando se trata de diferencias entre dos individuos los miembros más activos en la manipulación y contramanipulación de los mecanismos de resolución son las respectivas familias extendidas de los involucrados.

En la recopilación de las muertes atribuidas a la acción malévola de otros ye'kuana, acusador y acusado siempre pertenecen a comunidades diferentes. Vengar una muerte corre a cargo de la familia (nivel doméstico) de la víctima mediante la venganza ritual conocida como *wci*.

El faccionalismo exacerbado por la división de comunidades y familias evangélicas y no evangélicas y, más recientemente, debido a la implantación de instancias políticas que representan al gobierno territorial (los comisarios, enfermeros, y presidentes de las empresas agropecuarias), ha dado como resultado la proyección fuera de la etnia de conflictos que hasta ahora eran manejados en el nivel doméstico o en el comunitario, según el caso. Se han formulado acusaciones ante las autoridades del ejecutivo regional por robo o utilización para fines personales de equipos que forman parte de la dotación de las empresas comunitarias agropecuarias implantadas por entes gubernamentales como parte de programas de desarrollo económico. Ante la desaparición y supuesto asesinato de unos montañistas criollos que escalaban el cerro Marawaca, el comisario y el jefe de la comunidad de Culebras, ambos evangélicos, acusaron de asesino al guía ye'kuana que acompañaba a los exploradores. El supuesto asesino era miembro de la facción no evangélica de la comunidad de Culebras y estaba en situación de máxima vulnerabilidad ante la ausencia de sus familias extendidas, la de orientación y la de su suegro. La comisión encargada de formalizar la denuncia fue detenida a su paso por otro pueblo ye'kuana, por parientes lejanos del acusado con razonamientos prácticos (por ejemplo, no habían aparecido los cadáveres ni existían testigos), pero también con argumentos que revelan un refuerzo de la solidaridad e identidad étnicas. Esto nos permite afirmar que aun en estas comunidades fuertemente penetradas ideológicamente, se batalla por mantener vigentes las formas de autogobierno. Felizmente para todos, los exploradores sólo estaban extraviados, pero el caso nos revela el di-

Uma que crecientemente envolverá a los ye'kuana, al vivir con los principios de dos sistemas en conjunción.

### Nivel comunitario

Los jefes de las familias extendidas reunidos en Consejo de Ancianos, coordinado por el jefe de la comunidad, discuten y deciden por unanimidad sobre esquemas de trabajo que requieren la participación comunitaria en tareas de:

- agricultura-participación en la desforestación (tumba) para la fundación de conucos;
- cacería-comunitarias, previas a la celebración de ceremonias y fiestas;
- pesca-colectivas con barbasco;
- construcciones;
- comercio y prestación de servicios a otros pueblos.

La participación en las actividades comunitarias acordadas por consenso es voluntaria; es decir, no hay mecanismos de coerción física para inducir al trabajo comunitario. No obstante, las infracciones repetidas al código moral/social, el ser tacaño/mezquino o poco solidario/colaborador, activan los mecanismos de control social (rumor, ostracismo), que recuerdan a los infractores los mandatos consagrados por la práctica de vida en comunidad.

### Nivel intercomunitario

Un grupo solidario, permanente y localizado de parientes es el criterio de identidad intraétnica o intercomunitaria, el cual confiere al individuo sus derechos civiles y políticos. Fuera de su comunidad de origen el ye'kuana sufre de desventajas políticas que pueden ser atenuadas pero no eliminadas por mecanismos tales como un matrimonio exogámico local, la aplicación del principio de la paternidad extendida, la prestación de servicios religiosos, etcétera.

Ante dificultades políticas en una comunidad extraña, un ye'kuana acude al apoyo de sus parientes más cercanos residentes en ella. Este

recurso puede entenderse como un intento de reactivar el papel político y el derecho colectivo que ejerce su familia extendida localizada en su comunidad de origen. Pero, como el nivel de interacción es el intercomunitario, siempre tiene procedencia la ideología del recelo hacia los forasteros.

El código de ética ye'kuana, cuya transgresión activa los mecanismos de lucha política, debe ser observado por todos. No obstante, desde el punto de vista de una comunidad local, se admite que los miembros de otras comunidades lo transgreden con más facilidad y frecuencia, imputándoseles inclusive la causación de enfermedades y aún de las muertes que no pueden ser atribuidas al enojo de los dueños de las plantas, los animales, los montes y las aguas.

El diagnóstico de enfermedades causadas de manera sobrenatural lo hacen los chamanes y ciertos especialistas en ritos, aunque no es una tarea exclusiva y excluyente, ya que según los síntomas cualquier individuo puede opinar sobre la etiología de una enfermedad. No es descartable que en algún momento de la historia cultural ye'kuana sólo el diagnóstico del chamán *oficializaba* la etiología de las enfermedades.

Es importante recalcar que los mecanismos compensatorios de ofensas intercomunitarias no enfrentan a las dos comunidades involucradas sino a segmentos constitutivos de ellas. No obstante, a nivel del rumor, con cada ofensa o transgresión se refuerza la ideología de desconfianza hacia otros pueblos que prevalece en la sociedad.

Ese inventario de ofensas es archivado en las historias orales y, en momentos críticos, se introyecta en la opinión pública, produciendo transitoriamente mayor distancia social y política entre las comunidades involucradas. Los mecanismos sociales que perduran pese a estos distanciamientos coyunturales (los lazos de parentesco real o ficticio, los matrimonios exogámicos locales, la prestación de servicios religiosos, el comercio o trueque intercomunitario) son instrumentos en el reacercamiento que eventualmente ocurre, y que contribuye a que no se produzcan escisiones sociales mayores y definitivas.

#### Las sanciones por agresiones a la naturaleza

El ostracismo, la enfermedad y la muerte son las penas máximas que pueden recibir los ye'kuana bien por transgresiones sociales (código de

ética) o bien agresiones ambientales (código religioso). En cuanto a las perturbaciones ambientales, la estructura de la sociedad divide a sus miembros por sexo y edad para los que estipula tabúes que deben observarse y ritos que deben cumplirse. Pero también hay una máxima general de respeto y restricción que todo ye'kuana debe guardar hacia los individuos de las especies de la flora y de la fauna con las que comparte hábitats e, igualmente, hacia los habitantes invisibles (dueños) de otras geomorfologías, como montañas, lagos, ríos y caños.

La respuesta de los dueños a las agresiones hacia los miembros de su especie es la enfermedad y aun la muerte. De este ámbito de valores y creencias se desprenden regulaciones económico/ambientales que rigen a los ye'kuana, y de ellas emergen símbolos étnicos que son factores aglutinadores de la etnia como totalidad.

#### **LA ORGANIZACION SOCIAL YE'KUANA COMO EJEMPLO PARA EL ESTUDIO DE OTRAS SOCIEDADES DEL ORINOCO**

Las sociedades indígenas de la banda sur del Orinoco son políticamente descentralizadas. Para el estudio de su sistema político es necesario discernir los segmentos o niveles estructurales existentes, en el interior de los cuales se decide, reglamenta y orienta la conducta social de los individuos y se sancionan las transgresiones. Partiendo del análisis de las etnias kariña y ye'kuana, ambas de la familia lingüística caribe, mediante un estudio diacrónico, hemos intentado la reconstrucción de la estructura social caribe (Morales y Arvelo-Jiménez 1981). Posteriormente hemos estado analizando la organización social del resto de las etnias de la banda sur del Orinoco, investigación aún en curso. Aun así, podemos afirmar que aunque los principios de parentesco son distintos y, por consiguiente, la formación de grupos económicos y políticos también difiere y, más aún, se utilizan como marcadores étnicos; los niveles doméstico, comunitario, regional<sup>2</sup> y étnico son comunes, y operan como puntos nodales de su organización sociopolítica. Ellos son niveles diacríticos para discernir las normas y costumbres que pautan la conducta culturalmente aceptada y para detectar los grupos que utilizan, activan y/o aplican el derecho consuetudinario en cada una de ellas.

Como lo ilustra el caso ye'kuana, un adecuado abordaje para aprehender la totalidad del sistema de leyes y sanciones debe integrar no sólo el examen de todos estos niveles estructurales críticos sino el de la conciencia social de la etnia, es decir, la arena simbólico-espacial donde se desarrolla el drama cotidiano de la vida en comunidad; el sistema de valores y creencias que da cuenta del origen del grupo, su localización en el cosmos y en el universo social; la relación de los individuos con otros segmentos de su comunidad y otras comunidades, y la del hombre con su medio ambiente.

Es un estudio complejo pero perfectamente viable. Estamos seguros que esta vitalidad se acrecentará en la medida que logremos demostrar a los grupos étnicos que su participación en la codificación de su realidad jurídica es una parte importante de la lucha más amplia de afirmación étnica y participación política directa en la sociedad global. La participación de indígenas en un debate reflexivo de los principios estructuradores y las normas jurídicas que rigen sus vidas en sociedad es de la mayor importancia para retroalimentar la conciencia política o étnica de estos grupos.

Dada la situación colonial, dentro de la cual forzosamente forjan su historia contemporánea, es importante que se apropien de todo recurso que partiendo de la conciencia cosmológica original acelere el tránsito hacia la conciencia ideológica (Turner 1987), que fortalece la lucha política por su continuidad como segmentos diferenciados de un estado pluriétnico.

#### NOTAS

1. Los kariña habían enfrentado militarmente a los españoles durante doscientos años e impidió que éstos consolidasen asentamientos coloniales.
2. El nivel regional ha sido discutido en el presente análisis de los puntos nodales de la organización social ye'kuana porque su presencia política no emergió claramente en la reconstrucción original que hicieramos, para la cual recabamos datos durante dieciocho meses en varias comunidades, mediante observación directa. Su existencia es actualmente una hipótesis de trabajo para la cual debemos introducir nuevas etapas de recolección de datos.

#### BIBLIOGRAFIA

Armellada, Cesáreo de

1977 Fuero indígena venezolano. Montalbán, vol. 7:7-423.

- Arvelo-Jiménez, N.  
 1974 Relaciones políticas en una sociedad tribal: los ye'kuana del Amazonas venezolano. México: Institut<sup>o</sup> Indigenista Interamericano Publicación Núm. 68.  
 1982 The political struggle of the Guayana region's indigenous peoples. *Journal of International Affairs* 36(1): 43-54.
- Arvelo-Jiménez, N., F. Morales Méndez y H. Bior Castillo  
 1987 Repensando la historia del Orinoco. *En* Memorias Seminario sobre el Estado de la Investigación en Amazonia. Madrid: Comisión Nacional del V Centenario del Descubrimiento de América (en prensa).
- Cecarelli, E.  
 1988 Ante-proyecto de Ley Orgánica de Etnias Puerto Ayacucho: Vicariato Apostólico.
- Davis, S.H. y R.C. Mathews  
 1976 The geological imperative. Anthropology and development in the Amazon Basin of South America. Cambridge, Massachusetts: Anthropology Resource Center.
- Gabaldón Márquez, J.  
 1977 Fuero indígena venezolano. Periodo de la colonia (1552-1783). Montalbán 7: 755-985.
- Hassan, Farooq  
 1980 The right to be different. *En* Colloquium on the New Human Rights: The Rights of Solidarity. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- Luzardo, Alexander  
 1987 Anteproyecto de Ley de Comunidades y Culturas Indígenas. Caracas: Cámara de Diputados.
- Morales, F. y N. Arvelo-Jiménez  
 1981 Hacia una estructura social caribe. *América Indígena* XLII (4): 603-626.
- Turner, Terence  
 1985 Ethno-ethnohistory. Myth and history in native South American representations of contact with western society. Ms.  
 1986 Production, exploitation and social consciousness in the "Peripheral Situation". Ms.  
 1987 The Kayapo of Southeastern Para. São Paulo: CEDI. Povos Indigenas do Brasil, vol. VIII, Sul do Pará, parte II. Ms.
- Venezuela, República de  
 1960 Ley de Reforma Agraria y su Reglamento (Gaceta Oficial Núm. 611, Extraordinario, del 19 de marzo de 1960).  
 1961 y Constitución (Gaceta Oficial Núm. 662, Extraordinario del 23 de enero de 1973 1961). Enmienda Núm. 1 de la Constitución. (Gaceta Oficial Núm. 1585, Extraordinario, de 11 de mayo de 1973).  
 1966 Ley Forestal de Suelos y Aguas (Gaceta Oficial Núm. 997, Extraordinario del 8 de enero de 1966, modificada con la Núm. 1.004, Extraordinario del 26 de enero de 1966).  
 1969 Reglamento de la Ley Forestal de Suelos y de Aguas (Gaceta Oficial Núm. 1268, Extraordinario, del 6 de marzo de 1969).  
 1976 Ley Orgánica del Ambiente (Gaceta Oficial Núm. 31.004 del 16 de junio de 1976).  
 1976 Ley Orgánica de Seguridad y Defensa (Gaceta Oficial Núm. 1899, Extraordinario, del 26 de agosto de 1976).  
 1978 Ley de Conscripción y Aislamiento Militar (Gaceta Oficial Núm. 2.306, Extraordinario del 11 de septiembre de 1978).  
 1979 Ley de Protección a la Fauna Silvestre (Gaceta Oficial Núm. 29.389 del 11 de agosto de 1979).

- 1980 Ley Orgánica de Educación (Gaceta Oficial Núm. 2.635, Extraordinario, del 28 de julio de 1980).
- 1983 Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (Gaceta Oficial Núm. 3.228, Extraordinario del 11 de agosto de 1983).
- s/f Reglamento de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos.
- Venezuela, Cámara de Diputados, Comisión Permanente de Defensa
- 1987 Ideas de Base para un Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda y Desarrollo Fronterizo.

117'

## SISTEMA JURIDICO AGUARUNA Y POSITIVISMO<sup>1</sup>

*Francisco Ballón Aguirre\**

### INTRODUCCION

Es posible que al lector le ocurra, como me sucede cuando debo tratar algún aspecto del derecho consuetudinario, sentir envidia intelectual por aquellas otras materias jurídicas que tienen —o pretenden tener— un espacio teórico bien definido, con los conceptos ordenados, clasificaciones consensuales y parámetros claramente demarcados. Por contraste, los temas de derecho consuetudinario se muestran tapizados de dudas, con interrogantes de diversa magnitud y extensión que los transitan de canto a canto, haciéndonos huidizo y difícil su tratamiento. Pero seguramente ese sentimiento de fragilidad conceptual es el mejor rostro para el desafío científico dispuesto a enfrentar retos, tanto más difíciles si, como en este caso, se trata de los vínculos entre la teoría y el dato fáctico.

Se puede constatar, igualmente, que los estudiosos encuentran un desbalance más o menos pronunciado entre lo que hacen los antropólogos y el aporte de los juristas. Por una parte, excelentes estudios etnográficos

\* FRANCISCO BALLON AGUIRRE. Centro de Investigación y Promoción Amazónica (CIPA), Lima, Perú.

ficos han descrito el comportamiento de los mecanismos de control social indígena pero, simultáneamente, no han atravesado la epidermis de los temas involucrados en sus descripciones cuando ellos son analizados con los ojos de un jurista educado en una perspectiva occidental del derecho. Por otra, una prolífica literatura jurídica, especulativa y alambicada, se desprende de apenas unos pocos datos concretos (en Perú su poltrón favorito es el *servinacuy*), y para remediar esa anemia ha de auxiliarse de un ejército de intuiciones bien intencionadas pero muy poco rigurosas (si es que pueden existir intuiciones rigurosas). Es necesario, en contraposición a este panorama, recoger lo mejor de ambas perspectivas, anclando la indispensable reflexión teórica en el dato etnológico, para de allí reiniciar el proceso.

En estas líneas, sin dar por resueltos aquellos defectos, pretendo contrastar un fragmento muy importante de la teoría jurídica occidental —el positivismo— con un caso particular de justicia indígena —el de los aguaruna—. Además, deseo analizar las características contemporáneas que la teoría jurídica positiva reclama a los fenómenos de control social para catalogarlos como jurídicos o no jurídicos; es decir, las condiciones abstractas a cumplir para que se considere a una sociedad como poseedora de derecho.

Quisiera —en este momento del escrito— haber precisado una primera razón que fundamenta el desarrollo de mis ideas. Asumo que es indispensable discutir el lugar del derecho indígena dentro de la teoría jurídica occidental comúnmente catalogada bajo el epígrafe de *filosofía del derecho*. Una segunda cuestión es que mantengo la hipótesis de que una teoría del derecho consuetudinario debe ser considerada como una concepción completa de derecho, la cual llamaría teoría de los sistemas jurídicos. La única hipótesis central que puede acompañar el desarrollo de estas ideas es que los pueblos indígenas tienen un sistema de derecho, sistema pleno y cabal. Considero que la duda involucrada en la pregunta: ¿tienen los indígenas un sistema jurídico?, únicamente es explicable en su distinción de otros sistemas con carta de ciudadanía (además del derecho internacional, derecho musulmán, hindú, chino, etcétera) por el origen y características de la situación de los indígenas dentro de los actuales estados nacionales. En buena cuenta si el Estado Inca, o cualquier otro, se hubiera mantenido al margen de los procesos colonialistas siguiendo su propio desarrollo, la pregunta misma perdía todo su sentido

político (y teórico). Por ello, una propuesta de derecho consuetudinario es también una teoría de derecho nacional, del amazón compacto cuya historia presente resulta ineludible en todo análisis.

Esa raíz histórica transforma en problemas prácticos las alambicadas elucubraciones jurídicas: si el derecho indígena es derecho (pleno), ¿dónde queda la soberanía del Estado nacional?, ¿dónde la *objetividad* y universalidad de los postulados?, ¿dónde el derecho a castigar? Si bien esa cuestión no la debato aquí no se puede ignorar que una respuesta afirmativa al derecho indígena tiene indudables repercusiones a ese nivel. Simplemente un mecanismo de orden en el desarrollo del tema —como aquí invito a tratarlo— me hace, inicialmente, apartarme de esa discusión cuyas pautas históricas y consecuencias políticas son conocidas. No desearía —por otra parte— dar la impresión equivocada tal como si un análisis más completo pudiera prescindir (como aquí ha sido posible hacer) de un entronque con la cuestión étnico-nacional.

No obstante todas las apariencias y las citas que el lector encontrará en las páginas finales, no soy un apasionado de las corrientes de la *filosofía práctica*, empero no dudo que una relectura política de los sistemas de gobierno y autogestión indígenas nos permita aclarar algunos asuntos centrales a su dinámica de desarrollo.

Deseo, así, invitar a los lectores a seguir el camino tedioso y plagado de trincheras que la moderna teoría jurídica ha desarrollado para nosotros. Puesto que no podría agotar tanto los autores como las escuelas, es preferible apuntar —cuando sea necesario— a las principales cabezas y corrientes contemporáneas; de ahí mi interés en el positivismo que, sin ocultar cierta preferencia, lo entiendo bien representado por H.L.A. Hart (1977). Asimismo, he creído conveniente dejar para otro momento la confrontación con la teoría positivista clásica y en especial con la interesante visión presentada por su más ilustre pensador, Hans Kelsen, en ese motivador texto que él tituló *Sociedad y naturaleza* (1945).

Con estas consideraciones pretendo, en las páginas siguientes, arribar a algunas cuestiones centrales de la problemática teórica que sobre el derecho consuetudinario se ha desarrollado desde la perspectiva de los positivistas del derecho. Utilizaré un señuelo con el cual posiblemente no todos estaremos de acuerdo: la idea de sistema jurídico. Si se transformase en una pregunta la propuesta que les sugiero, se formularía así: ¿es jurídico el orden social indígena?, y de ella nacería otra interrogante

complementaria: ¿para reconocerlo como derecho debemos constatar la presencia de un sistema jurídico? Asumo, además, que la teoría jurídica dominante en Latinoamérica se alimenta de una visión legalocéntrica cocinada en sartenes positivistas.

Al elegir como puerta de ingreso la discusión del sistema, se posibilita —en mi opinión— una mayor riqueza en la derivación de consecuencias jurídico-políticas, como se discute en diversos foros internacionales. No obstante, planteo la existencia de un sistema jurídico indígena como una cuestión a develar, no como un presupuesto formal de trabajo.

El referente al que he acudido nos sitúa en un ambiente propio a la reflexión teórica occidental dominante sobre el derecho, es decir, desde allí se ha construido un andamiaje que niega al control social indígena su carácter de derecho pleno. Es paradójico que ello ocurra cuando —como veremos en líneas posteriores— buena parte de la producción intelectual jurídica alude, para justificarse universalmente, a comparaciones con el *derecho primitivo* (Kelsen es un claro ejemplo en esta tendencia).

Reflexiones complementarias referidas a otros aspectos puntuales de orden técnico, como los aspectos penales, el efecto de la escritura, el proceso de codificación, el trato legislativo-jurisprudencial, etcétera, las he desarrollado en otros documentos de los años 1977, 1980, 1986. Respecto al Estado, el monopolio de la coacción, la visión estatista en el nacimiento de lo jurídico, el énfasis de lo represivo y la dogmática jurídica, entre otros aspectos, existe abundante bibliografía sociológico-jurídica que por ahora dejaremos entre paréntesis.

Ahora bien, entre los muchos vacíos y dudas que demuestran lo preliminar de las ideas aquí expuestas, está la nula referencia a tres corrientes ideológico-jurídicas de primera importancia: el jusnaturalismo, el marxismo y la sociología del derecho. No obstante, no tener excusa para tal ausencia —a no ser otra que de competencia— quisiera decir que se trata de un olvido voluntario que se explica en el contexto para el que este trabajo se elabora. Deseo igualmente alertar al lector sobre la inexistencia de referencias a una bibliografía más abundante, pues he indicado únicamente aquella indispensable para el texto mismo.

## LA CUESTION DEL SISTEMA

Para las armazones legislativas que se derivan de la familia romano-germánico-canónica, el sitio ocupado por el derecho consuetudinario es

siempre marginal. Se le atrapa en un lugar especial de *frente* (pre-derecho, diríamos), o simplemente se le niega todo rango e importancia. En países que provienen de una tradición anglosajona, el concepto de derecho consuetudinario o derecho común es un alambique de normas relativamente parecidas a las del sistema romano, no obstante admitirse el rol destacado de los jueces en su elaboración. En ambos casos, la teoría positiva ha hecho demarcaciones del terreno que dividen los espacios jurídicos de los ajurídicos: lo que es el derecho, de lo que no es derecho. Una de esas teorías es la positivista con tercátulos en ambas familias de derechos.

Asumo, para efectos de este estudio, una idea amplia de derecho consuetudinario, la cual abarca las instituciones, las normas, las sanciones, en permanente cambio y dinámica, es decir, una idea distinta a la del derecho común en la familia anglosajona (no obstante poder contar con algunas similitudes). Pues bien, esta perspectiva amplia contrasta con el tratamiento que en el interior de un estado reciben los casos de derecho consuetudinario, los que son arrinconados en un espacio reducidísimo (cuando no inexistente) de tolerancia legislativa por excepción. Latinoamérica es un caso ejemplar en esta actitud.

Pues bien, desde una perspectiva dominante el *derecho oficial* se autorreconoce como el único derecho existente y puede generosamente validar algún aspecto del consuetudinario o más frecuentemente negarlo. Visto así, lo *consuetudinario* es un pequeño anaquel de un esquema mayor, de una concepción completa y general del *derecho*: positiva, jurnatural o marxista.

Tal perspectiva —equivocada en nuestra opinión— supone que la teoría del derecho consuetudinario se deriva (depende) de una visión superior y completa que la abarca como *frente*. El planteamiento que realizo es que lo consuetudinario permite una teoría completa del derecho. Presentada la cuestión en estos términos, la pregunta ¿existe derecho indígena? debe escapar a los reducidos predios en que los libros de texto la han querido encajonar cual apéndice de un engranaje mayor, para optar por una definición nueva y relativamente autónoma de lo consuetudinario, de lo indígena. Así, el abandono de la idea de lo *consuetudinario* pareciera bien justificada en esta apertura que se propone; temporalidad, constancia o permanencia no parecen el mejor modo de definir el derecho indígena cambiante y evolutivo. Por razones complementarias Hart ha sostenido:

Una estructura social de este tipo es designada a menudo como una estructura social basada en la "costumbre"; pero no usaremos esta palabra, 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 implicaciones nos referiremos a tal estructura social como una estructura de reglas primarias de obligación (1977).

En la medida que no ingresamos dando por supuesto el carácter limitante de lo consuetudinario, la propuesta de E. Evans Pritchard en el sentido de que "Una teoría sobre la naturaleza fundamental del Derecho debe cubrir claramente tanto las normas de los pueblos civilizados como las de los pueblos salvajes" (1948), resulta perfectamente ajustable a nuestras necesidades actuales de comprensión de los fenómenos jurídicos.

Como señalé, es extrañamente frecuente que los autores positivistas —incluyendo naturalmente a Hans Kelsen— se refieran directamente al *derecho primitivo* en sus construcciones teóricas. Para ellos los pueblos "primitivos" tendrían un rudimento de derecho, una *fuerza* del derecho, pero no el derecho mismo. Por diversas razones (inexistencia de un mecanismo expreso de creación y modificación normativa, ausencia de separación formal entre usos, moral y derecho, carencia de aparatos autónomos de resolución de conflictos, etcétera), se les niega haber creado derecho. Es peculiar que se confronten premisas de derecho occidental con las de otras civilizaciones, así las instituciones existentes en la realidad (particular) occidental se les cataloga como constitutivas del derecho (universal) y al no encontrarlas igualmente precisas y definidas en otras sociedades (particulares), se concluye que aquéllas no cuentan con forma alguna de derecho. Inversamente, podría plantearse una afirmación irreverente: el derecho occidental (particular) no existe, pues no se ajusta a los modelos indígenas de normatividad y control social que son los que dan cuenta del derecho (universal), de todo derecho; he aquí un perfecto solipsismo jurídico.

Cuando nos introducimos a una teoría de *sistemas* queremos anotar que no es suficiente que encontremos normas que funcionan perfectamente en un grupo humano determinado (y sobre ello tenemos abundantes ejemplos) sino que hace falta que ellas construyan un armazón completo, es decir un conjunto organizado. Tratándose de sociedades marcadas por un origen étnico propio, esa identidad parece razonablemente

apoyada en un control social extendido. Habría que preguntarse entonces si, en consecuencia, cuando estamos ante un sistema de control social nos encontramos, a su vez, ante un sistema jurídico. Inversamente, se podría decir que no todo sistema de control social es necesariamente jurídico, ni aun en términos de eficacia él implica —necesariamente— ventaja alguna sobre otras estructuras de orden, asumiendo, por ahora, que esas estructuras pudieran tener un espacio de acción relativamente independiente.

Un grupo humano que injusticia a un individuo, una comunidad que mata a un abigeo, una agrupación vecinal que flagela a un ladrón, una ronda que mata a un violador (supuesto que todas las infracciones se hubieren cometido), suscita la interrogante de si han actuado como mecanismos de derecho, y de si son jurídicas sus consecuencias, o si tal vez hacen falta otros elementos para tipificar la violencia como una de tipo jurídico. O quizá sea necesario decir, simplemente, que donde existe un nivel de división social en un grupo humano habrá derecho. Cualquiera respuesta reflejará —efectivamente— problemas profundos y latentes.

#### **DEL MUNDO PREJURIDICO AL MUNDO JURIDICO**

Hart, un positivista lúcido, nos enfrenta a la siguiente cuestión. El sistema jurídico se genera cuando ocurre la combinación de dos tipos de reglas, las primarias y las secundarias. Las primarias se encuentran en toda sociedad, demarcan una estabilidad mínima. Las secundarias son más complejas, incluyen reglas de reconocimiento (nos permiten saber cuándo estamos frente a una norma jurídica), de cambio (establecen un mecanismo de modificación de las pautas reglamentadas), de adjudicación (permiten definir a una autoridad si se ha transgredido una regla de derecho). Todo el sistema jurídico no se agota en estos dos tipos de reglas, pero sí lo definen en su núcleo.

El paso de las reglas primarias a la suma con las reglas secundarias es tan importante que

la introducción en la sociedad de reglas que habilitan a los legisladores para reformar y crear reglas de deber, y a los jueces para determinar cuándo estas últimas han sido transgredidas, es su avance tan importante para la sociedad

como la invención de la rueda. No sólo fue un paso importante, sino que, [...] puede ser considerado como el paso que conduce del mundo prejurídico al mundo jurídico (Hart 1952: 52).

Así,

El concepto de Derecho en Hart es una construcción elaborada con estas diversas distinciones. Las comunidades primitivas poseen únicamente normas primarias, y éstas son vinculantes sólo en razón de unas prácticas de aceptación. No puede decirse que tales comunidades tienen “Derecho”, por cuanto es imposible allí distinguir una serie de normas sociales; pero, tan pronto como una comunidad establece una norma secundaria fundamental que estipula cómo se identifican las normas legales, nace la idea de conjunto diferenciado de normas legales y, por ende, de Derecho (Dworkin 1980:82).

Puesto que no está en cuestión la existencia de normas primarias, ¿qué maravilla producen las secundarias para dar la partida de nacimiento a un sistema jurídico? Pareciera que la magia es sortilegio contra la falta de certeza respecto a la existencia misma de normas jurídicas.

Lo que es crucial [—señala Hart—] es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como revestida de autoridad, es decir, como la forma propia de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla (1977: 118).

Acompaña a esta ausencia de certeza el carácter estático de las reglas primarias, contra lo cual debe considerarse la presencia de las llamadas *reglas de cambio*, que son en su forma más simple

aquella[s] que faculta[n] a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores (Hart, *op. cit.*, p. 119).

La insuficiencia de la presión social difusa se resuelve con otro tipo de reglas secundarias, aquéllas que “facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria” (*ibid.*, 120), ellas “no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones” (*ibid.*).

Teóricamente estos tres problemas (certeza, estática, presión) acompañan al mundo de lo prejurídico. Discutiré a propósito del caso de la *justicia nativa*, si efectivamente esas características no se encuentran en el modo aguaruna de control, asumiendo, asimismo, que provocaré una generalización hipotética para otros casos.

Sostiene Hart que

más importante para nuestro propósito actual es la consideración siguiente. Es obvio que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común, y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales. En cualquiera otras condiciones una forma tan simple de control social resulta defectuosa, y requerirá diversas formas de complementación. En primer lugar, las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, excepto por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto se parecerán a nuestras reglas de etiqueta. Por ello, si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas, ya sea mediante referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto están revestidas de ella. Porque, obviamente, tal procedimiento y el reconocimiento del texto o personas con autoridad, implican la existencia de reglas de un tipo diferente a las de obligación o deber que, *ex hypothesi*, son todas las reglas que el grupo tiene. Podemos llamar a este defecto de la estructura social simple de reglas primarias, su falta de certeza (*op. cit.*, pp. 114-115).

Un segundo defecto es el carácter estático de las reglas. El único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligaciones; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto supone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida de esta sociedad (*ibid.*, p. 115).

El tercer defecto de esta forma simple de vida comunitaria, es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada y, salvo en las socie-

dades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación (*ibid.*, p. 116).

Así, los correctivos para cada uno de estos tres defectos permiten completar las reglas primarias de obligación con reglas “secundarias” creando —en teoría— las bases de un sistema jurídico pleno (*ibid.*, p. 117).

Creo que está bien esclarecida la posición de Hart en sus propias palabras y, no obstante lo extenso de las citas, ellas ayudan a centrar la cuestión. Tratándose de un positivista consecuente, Hart se plantea el problema desde el tamiz de las normas, es decir, encontramos un sistema jurídico allí donde únicamente están presentes aquellos dos niveles normativos. Nótese que no se trata de una disposición legislativa en particular (llámese constitución o cualquier otra) sino de una combinación de elementos que sumados nos declaran: “estamos ante un sistema de Derecho”. La cuestión central aquí tratada es que el modelo que propone Hart es aplicable a todo sistema jurídico; en consecuencia, sus condiciones se presentan como válidas para escenificar —en cualquier circunstancia— si este fenómeno es o no de derecho en el sentido pleno de la palabra. Una suerte de partida de nacimiento para lo jurídico.

Pero claro, la aceptación de que los sistemas jurídicos se basan en la presencia (combinada o no) de normas jurídicas no es cuestión definitiva. En efecto, para Dworkin el error positivista consiste en no admitir la presencia de lo que él denomina *principios*, es decir, pautas que organizan el sistema independientemente de las normas primarias y secundarias. Se refiere a ellas en los términos siguientes:

Denomino “principio” a una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral (1980: 86).

La cuestión planteada ahora es si, efectivamente, resulta posible encontrar esas pautas de organización (principios) en todo sistema; si habrán de ser las mismas para todo caso y si, finalmente, son condición para la genética de un sistema de derecho. Pero dejemos este asunto de orden moral por un momento y regresemos a la crítica de Dworkin a Hart:

La consideración de Hart sobre la costumbre representa, realmente, el reconocimiento de que existen al menos algunas normas jurídicas que no son obligatorias porque su validez se apoye en criterios expuestos en una regla magistral, sino que obligatoriedad —como la de la regla magistral— se debe a su aceptación como obligatorias por la colectividad. Esto deteriora la preciosa estructura piramidal que admirábamos en la teoría de Hart: ya no podemos decir que una regla magistral es válida sólo por su aceptación, siendo válidas todas las demás normas a tenor de aquella (Dworkin, *op. cit.*, p. 123).

Temo que en ambos casos (Hart y Dworkin) nos mantengamos demasiado sujetos a un carácter extremadamente formalista del derecho, sean principios, normas, o simplemente principios normativos, la función política de los sistemas jurídicos queda oculta. Efectivamente, vale la pena sopesar el ámbito de esta idea (política) de los sistemas jurídicos de modo que no perdamos (en pro de una visión extremadamente general) la necesaria especificidad de lo jurídico. Paralelamente, no deja de ser interesante anotar que el positivismo, la dogmática y la lógica deóntica, se definen a sí mismos como opciones formales, es decir, que ajustan su corpus a un conjunto de pautas prediseñadas (formalizadas) sobre las que despliegan su razonamiento. Tal característica les permite marcar el terreno teórico sobre el que se aplican y, en consecuencia, señalar el espacio de lo no jurídico; por consiguiente, se permiten tachar al resto de las opiniones de no manejar apreciaciones suficientemente jurídicas, de hacer política o sociología jurídica.

Más adelante regresaré a la cuestión del orden político de una sociedad, ahora se me permitirá, tras el escenario positivista, reencontrarnos con algunas aleccionadoras realidades indígenas.

## EL MUNDO JURIDICO

La confluencia de varios factores determina el nacimiento de la llamada *justicia nativa* entre los aguaruna del Alto Marañón; el primero de ellos, y sobre el que existe abundante bibliografía, que no es del caso reseñar aquí, es el impacto producido por la presencia de los nuevos valores e instituciones que provienen de agentes externos al grupo. Esos valores hacen percibir —a los nativos— un creciente conflicto entre los modos tradicionales de solución de conflictos y el papel del castigo físico. Un segundo factor es la experiencia acumulada acerca del trata-

miento a los problemas entre los aguaruna cuando fueron llevados a una instancia no indígena —como el teniente gobernador o el juez de paz—; en estos casos, la ineficiencia del aparato para dar una solución adecuada es patente, de modo que el mecanismo de justicia nativa es incentivado por la decepción del sistema oficial. Así, el motor neurálgico de su nacimiento es un proceso de mediación operado entre la forma tradicional de castigo, la inoperancia (o maloperancia contraproducente) del sistema externo, y el mantenimiento del fondo cultural aguaruna no obstante su aparente distorsión. Este acomodo corresponde a una estrategia política conscientemente adoptada y cuyo foco visible es la creación de la Organización Central de Comunidades Aguaruna del Alto Marañón (OCCAAM).

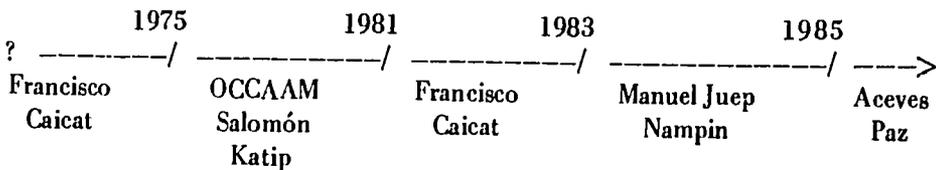
La zona del río Chiriaco, en el Alto Marañón, es el área aguaruna de mayor cercanía a los procesos de migración andina y costeña desde Chachapoyas-Cajamarca y Chiclayo. Las ciudades de Bagua (Grande y Chica) son la puerta vial, carretera, a la región. Tiene, además, un valor militar estratégico por su posición respecto a la frontera con Ecuador, asunto que hace permanente la presencia —en campamentos— de militares. Funciona allí un colegio secundario de tipo técnico manejado por los sacerdotes jesuitas.

Un ejemplo puede ayudar a entender la disfunción cultural entre los valores aguaruna y los criterios de la Guardia Civil y los Juzgados de Paz. En efecto, cuando se corta un árbol de chonta la porción del tronco que queda adherida al suelo es un lugar privilegiado para que se críen los suri (*tsampu*), de riquísimo sabor, alto grado proteínico y un verdadero manjar entre los aguaruna. La persona que efectúa el corte tiene derecho a recabar luego los gusanitos de suri allí nacidos. Pues bien, se produjo un caso de robo de suris en que el perjudicado acudió a la Guardia Civil del puesto de Chiriaco; allí los guardias civiles (además de reirse del extraño asunto que ellos no consideraban robo) dijeron al denunciante que estaban para resolver conflictos *importantes* y no estos asuntos comunales. El denunciante, decepcionado, debió recurrir a los mecanismos tradicionales hasta descubrir al ladrón y proceder a la compensación debida. Está bien ilustrado a través de un sinnúmero de situaciones que quienes no comparten el mundo cultural de los aguaruna difícilmente podrán solucionar problemas surgidos entre ellos, incluyendo —naturalmente— aquellos casos críticos de brujería.

Tradicionalmente, al aguaruna descubierto manteniendo relaciones sexuales con una mujer casada se le castiga con tres cortes en el cuero cabelludo que lo *marcan* parcialmente; es un signo tanto social como corporal. Nuestros informantes estaban de acuerdo en que tal procedimiento era demasiado sangriento; no obstante, admitían que la inexistencia actual de la práctica relajaba las relaciones entre las parejas y aumentaba el divorcio, el que era inexistente entre ellos. Prácticas como las de dar muerte a los brujos malos (que se trataba de una verdadera obligación), fueron paulatinamente modificadas en miras a evitar confrontaciones innecesarias dadas las nuevas circunstancias creadas por su contacto con la sociedad peruana.

No tengo mayores dudas respecto a la posición crítica de los aguaruna (al menos de una parte considerable de ellos) respecto a ciertas prácticas tradicionales. Paralelamente, ellos están conscientes que las soluciones buscadas en los aparatos externos han resultado ineficientes y contraproducentes. Ambos sentimientos parecen coincidir en que el modo tradicional de actuación de los lazos familiares —no obstante su eficacia pasada— prolongaba situaciones de tensión interna (como las venganzas de sangre), pues mantenía relativamente latentes (por años incluso) los problemas. Así, estos dos procesos actúan como tenaza que impulsa la *formalización* de la justicia aguaruna, y alienta el cambio de la compensación física corporal, y el pago en bienes, por los acuerdos amistosos, los arreglos monetarios o los compromisos matrimoniales. No obstante, creo que tanto la ligazón genealógica como el resultado mismo de la solución, se ajustan bien (aunque modificando externamente las normas) al fondo cultural en que operan. En otras palabras, se ha establecido una alteración funcional en el interior del sistema jurídico tradicional aguaruna.

Para que el lector tenga una mejor idea del desarrollo de la *justicia nativa*, el cronograma siguiente muestra sus etapas:



En la década de 1960 y aún antes, Francisco Caicat tiene contacto con diversas personas e instituciones no indígenas de importancia local y

nacional: el ex presidente Belaúnde, grupos religiosos y militares están entre ellos. Su manejo de la ligazón con el mundo *externo* parece haberle proporcionado una contrapartida de prestigio *interno*. Como fuere, su posición bisagra lo convierte en el primer aguaruna que tramita conflictos en la zona. Efectivamente, en aquellos años él actúa canalizando los problemas —tanto tradicionales como por violación de normas nacionales— hacia las autoridades formales o, excepcionalmente, mediando directamente entre los implicados. Como puede apreciarse, aquel periodo estuvo marcado por la fuerza de los vínculos externos al grupo, y acentuado conforme se hicieron más estrechos los lazos con las autoridades oficiales, lo cual confirmó un rol subordinado al fenómeno. Paralelamente, se va constituyendo la Organización Central de Comunidades Aguaruna del Alto Marañón (OCCAAM), de carácter gremial y representativo.

Pues bien, Francisco Caicat residía en la comunidad San Ramón y construyó allí un calabozo en el cual detenía a los “delincuentes” procesados fuera del grupo. En realidad, los casos no se solucionaban con este mecanismo del que Caicat era un engranaje más, un intérprete o ejecutor de órdenes externas, en definitiva extendía los mecanismos *nacionales* sobre las comunidades aguaruna.

#### OCCAAM Y SALOMON KATIP

La OCCAAM es constituida en el año 1975 eligiéndose como primer presidente a Salomón Katip. El nacimiento de la organización se produce por la confluencia de diversos factores, internos y externos al grupo similares a los que se presentan en otras organizaciones nativas de la Amazonia peruana (Ballón 1987), y tiene como sus inspiradores a Salomón Katip, Daniel Danducho y Adolfo Juep Nampin. De hecho, la organización canaliza diversas presiones que sobre la estructura tradicional de control social se venían acumulando entre los aguaruna, de ahí que este organismo gremial opte por asumir tareas de resolución de conflictos; empero, más que como decisión deliberada y calculada, ella parece surgir como respuesta a esas presiones. Así, antes que se produjera una decisión *ex profeso*, en los hechos van llegándole al presidente de la organización diversas solicitudes para resolver conflictos de las familias. Pudiera haberse razonado —dicen nuestros informantes— del

modo siguiente: “si ahora tenemos autoridades podemos resolver nuestros conflictos según nuestras leyes”.

En estos años, la buena actuación de Salomón Katip —canalizando las denuncias— marcará el posterior desarrollo de la justicia nativa y, no obstante haberse perdido parcialmente el modo procesal por él establecido (del cual daremos una idea general más adelante), al haber asumido con éxito esas tareas como responsabilidad de la organización, permitirá su posterior consolidación y, paralelamente, hará percibir a los dirigentes la necesidad de separar la función gremial de la judicial.

Como ya he indicado, tanto desde el punto de vista interno como por ineficacia de los mecanismos no indígenas para la solución definitiva de los casos, no se encontraba un modo apto a las nuevas condiciones sociales de la vida aguaruna y el rudimento de justicia apéndice, que aplicaba a la sazón Francisco Caicat, resultaba insuficiente. Crecen, paralelamente, las demandas irresueltas y el proceso organizativo que posibilitara, luego, su canalización.

Salomón Katip estableció una forma especial de tratamiento a los problemas que le llegaron. En efecto, recibidas las denuncias verbales, él pedía a quienes las llevaban que regresaran en unos días dándose tiempo así para informar del caso a los viejos aguaruna. Estos *viejos* eran personas reconocidas por su conocimiento de la forma en que se deberían resolver los conflictos entre nativos; es decir, se trataba de sabios. El día elegido —citadas las familias— se sentaban en círculo las parientes tanto del demandante como del demandado, junto con los *viejos de idea* como llaman nuestros informantes a estos hombres experimentados. Salomón iniciaba el proceso explicando los hechos del problema presentado, luego cedía la palabra a la familia denunciante, la cual —sin ningún límite— procedía a exponer su reclamo. El denunciado o alguien de su familia, en su nombre, hacía un descargo alegando todo aquello que considerara adecuado también sin límite. El círculo en el que todo esto ocurría, tenía, en versión de nuestros informantes, el significado que de allí debería nacer una solución al problema. El acto era solemne y estaba acompañado de la expectativa de otros familiares y personas, quienes rodeaban la cabaña en la que el círculo se reunía. Así, expuestos los puntos de vista de las partes, Salomón cedía el uso de la palabra a cada uno de los *viejos de idea*, quienes decían cómo se debía resolver el asunto.

Parece que, normalmente, escuchados quienes componían el círculo, gracias a sus propias intervenciones, se formaba un consenso que permitía a Salomón presionar a las familias para obtener el acuerdo final: que fulano de tal abandone la comunidad, que no asista a lugares donde pueda encontrarse con tales personas, que se pague una escopeta o una cantidad de dinero, que se separen los esposos, que los hijos y la mujer vivan con su familia en la comunidad, que el brujo deje la comunidad, etcétera. Para las partes involucradas —familias— se había llegado a una solución definitiva. Dependiendo de los casos, el acuerdo tiene la flexibilidad necesaria para modificarse si —con el tiempo— la disminución de la tensión hace innecesaria su aplicación rígida. Creo que —como también ocurre hoy en día— el mecanismo sirve para paralizar situaciones tensas que provienen de algunos procedimientos tradicionales, la mujer celada que bebe barbasco, el nativo muerto por brujería, etcétera. En estos aspectos, hace falta estudios más detallados. Pero, además, el acuerdo contenía sanciones mayores en caso se le infringiera.

Así, los conflictos se solucionan sobre la base de compromisos matrimoniales y de acuerdos que incluyen la compensación material (aumentando paulatinamente las monetarias), la separación física de los conflictuados (brujos, infidelidad), etcétera.

No son muy claras las razones definitivas que obligan a la modificación en la mecánica procesal que va de la organización (círculo), a la del juez (sujeto) electo. Es verdad que el liderazgo político se siente sobrecargado por las tareas judiciales y por sus implicaciones —en términos de tensión interna— para su posición; como fuera, el cambio ocurre independizando la *justicia* de la organización, y haciendo elegible el cargo de juez, es decir, individualizando la administración del proceso.

No obstante lo indicado, el tránsito entre el mecanismo original de la OCCAAM y el que posteriormente se implementa y mantiene hasta hoy, conserva un centro neurálgico evidente para ambos casos: el rol de la familia. Está absolutamente claro que los aguaruna no se refieren a una responsabilidad personal sino a una de tipo familiar; si bien un individuo es responsable directo, tanto el daño producido como su reparación se encuentran más allá de él mismo, aluden a sus lazos genealógicos y a su posición en los segmentos (Harner 1978; Larson 1977; Ballón 1987; Brandt 1986). Este aspecto no lo desarrollaré aquí, pues no tengo el suficiente conocimiento para adelantar una opinión sobre el vínculo (que sí

es evidente) entre la solución y el segmento familiar que actúa. Pero sí está muy claramente definido que las soluciones se están ajustando a algún estrato genealógico, no obstante los cambios “modernos” sufridos en la solución procesal de los casos.

## EL JUEZ AGUARUNA

Cuando la OCCAAM se decide por la elección del juez, el primer aguaruna electo es Francisco Caicat, luego lo serán Manuel Juep y después Aceves Paz (el juez actual). La mecánica de trabajo de cada uno de ellos no ha sido estudiada, a excepción de la de Aceves Paz. El Centro de Investigación y Promoción Amazónica (CIPA) tiene en desarrollo una investigación y trabajo de fortalecimiento del mecanismo y se está preparando, a cargo de Sissi Villavicencio, un estudio en profundidad.

Así, pues, alertando a los lectores respecto de que la descripción de la justicia nativa —como hoy se presenta— está basada en los datos iniciales con los cuales contamos, se puede pasar a exponerla.

No todo caso va directamente al juez nativo, existe un primer filtro que busca solución entre familias, es el jefe de la comunidad. De llegar a esta autoridad comunal la primera denuncia, el jefe se encarga de encontrarle solución; si no lo logra, la remite al juez nativo, quien actúa —en este momento— como una *segunda instancia*. No sabemos si del lugar ocupado por el jefe comunal en la línea de parentesco dependerá o no su éxito en la solución. Debe notarse, además, que muchos casos van directamente hacia el juez, tratándose entonces, en verdad, de instancias en un sentido relativo.

Supongamos que el jefe comunal con las familias involucradas no encuentran solución y han enviado el caso al juez nativo. La primera obligación o principio que, a este nivel, rige el comportamiento del juez es cuidar que la controversia se solucione de modo pacífico; para ello hace invitaciones a las familias involucradas en el conflicto y conversa con ellas. Puede, asimismo, intercambiar opiniones con otros nativos que tienen experiencia en el conocimiento de problemas. En el local que sirve como su oficina —o en el lugar elegido al trasladarse— se reúnen las dos familias y discuten el problema; es posible que allí se llegue a un acuerdo y se levante un acta de solución o de compromiso en caso de matrimonio. Si el acuerdo no se obtuviera, se concerta una nueva reunión luego

de unos días. El procedimiento siempre llega a un mismo resultado, pues tarde o temprano las familias optan por resolver el conflicto.

Uno de los medios de solución utilizados es el de la compensación monetaria, la suma es discutida y la manera de pago acordada. Se conocen casos en que esa suma —ya pactada— no ha sido pagada pero son la excepción. Otro mecanismo es el de la separación física de las personas conflictuadas (incluyendo esposos; en tales casos, se fija con quién irán los hijos). En los casos de brujería se tiende a utilizar ambos mecanismos para dar solución definitiva al problema.

Pero con todo este panorama, nos podemos preguntar: ¿qué razones han legitimado la justicia nativa? La selección del juez no puede sujetarse necesariamente a algunos de los requisitos aplicables a los antiguos *apus*; guerreros con numerosa familia, excelentes cazadores y hombres trabajadores que ocuparon lugares destacados en familias de prestigio. No obstante, en esta sociedad no existieron tradicionalmente jefaturas permanentes, solamente prestigios personales y familiares. Así, el juez tiene en parte elementos de ese prestigio tradicional que se hallan entrecruzados con nuevas aptitudes (lecto-escritura) y una legitimidad política: la que confiere el proceso *democrático* de elección por una asamblea de comunidades (sin plazo preestablecido). En la práctica, se sujeta al plazo de elección de dirigentes de la OCCAAM (tres años).

Naturalmente, la elección mediante una asamblea es, a su vez, un mecanismo que acrecienta el prestigio del elegido. Pero, además, él mismo hará crecer su influencia en la medida que haga respetar su cargo frente a terceros o actitudes disidentes. Por ejemplo, se acusa a un aguaruna, que trabajaba en casa de un colono, de haber hecho un pequeño robo; esta acusación la tramita el colono ante el teniente gobernador (no aguaruna); el juez nativo reclama que le corresponde a él la solución del caso y, efectivamente, el teniente gobernador lo envía para su solución reconociendo su incompetencia. En otro caso, un profesor aguaruna denuncia (ante el puesto de la Guardia Civil del Chiriaco) a otro nativo sosteniendo que ha violado a una hija suya, y acompañado de efectivos policiales buscan sin éxito al culpable; tanto el profesor como los guardias civiles desean que el juez nativo capture al culpable y se los entregue e, incluso, le gritan cuando se rehusa (pues alega que no le han comunicado el caso primeramente a él, y que no ha oficiado a la Guardia Civil para que vaya a las comunidades); ante tal respuesta se ven obligados a

retirarse. En opinión de los informantes, el juez se hizo respetar y el aguaruna que denunció sabe que mientras no pase por el juzgado nativo no podrá encontrar al culpable.

En la extensa región ocupada por el pueblo aguaruna existen espacios como el río Nieva que son más tradicionales; allí la situación se presenta de manera semejante como antes de que existiera la justicia nativa del Chiriaco: los nativos van donde el juez de paz del lugar y regresan sin una solución, nuestros informantes opinaron que aquellos hermanos *deben crecer*, refiriéndose a la necesidad de constituir un mecanismo propio de justicia.

En definitiva, lo que la justicia nativa está probándoles a los aguaruna es que el poder está adentro, en la medida que ellos controlan el resultado social de sus actos —como en este caso vía la justicia aguaruna— su fortaleza cultural se mantiene y renueva positivamente. Efectivamente, no se trata de un mundo aislado, ajeno al devenir nacional, pero tampoco es estático o rígido; en buena cuenta la idea de un mundo paralelo es negada por la realidad: el horizonte nacional atrapa en su lógica todos los actores sociales, indígenas y no indígenas.

#### SISTEMA JURIDICO AGUARUNA

Desearía aquí adelantar algunas apreciaciones generales no sin antes resaltar su carácter de ensayo. En primer lugar es notorio un cambio de las normas primarias existentes entre la población aguaruna del Chiriaco. No obstante la ruptura del aspecto más físico de la norma de sanción tradicional, ellas perviven bajo un mecanismo similar: el de la compensación. No se trata hoy de obtener una equivalencia mercantil de sangre, pero sí una de cierto valor. Por otra parte, parece evidente la necesidad de adecuación que esa mecánica involucra; es decir, desde el punto de vista aguaruna es necesaria la “modernidad” (la no contradicción diríamos antes que la complementación).

Una segunda cuestión es que el sistema institucionalizado o formalizado de la justicia nativa opera sobre la base procesal de los lazos familiares preexistentes y tienen a ellos como su referente de solución-castigo. En esa medida la sociedad aguaruna tiende a procesar —vía el mecanismo de justicia nativa— en un tiempo distinto sus conflictos; no se puede esperar a la actuación de la genealogía en los términos tradicio-

nales —y, por lo tanto, relativamente impredecibles en su aplicación temporal— sino a apurar un acuerdo, un *acta* factible y definitiva para hoy.

Tengo pocas dudas, en tercer lugar, que los aguaruna no puedan saber exactamente qué tipo de normas (primarias) se aplican en cada situación concreta; lo saben, y precisamente por ello han elaborado un mecanismo *ex profeso* de solución. En esa misma perspectiva creo que quien tiene un conocimiento del parentesco aguaruna y de las normas tradicionales que operan entre ellos podrá decir, con un cierto grado de certeza, qué norma debe aplicarse para solucionar el caso; en buena cuenta, la posición de un *externo al grupo* que reclaman los positivistas (en especial Ross) podría reconocer, desde fuera, el ámbito jurídico de los aguaruna.

En estas condiciones no parece producirse una ruptura entre el espacio genealógico y el modo formalizado que hoy opera, ambos se complementan y adecuan mutuamente; la sociedad aguaruna es dinámica y sus mecanismos de control social, de derecho, son cambiantes y moldeables. Por ello, los derechos consuetudinarios cuando aluden a una suerte de repetición ciega en el tiempo y a una estabilidad por contraste a los cambios, no reflejan, al menos en el caso aguaruna, la realidad. Lo mismo ocurre cuando ellos son analizados de modo ajeno al espacio nacional, como entes independientes, instancias autónomas.

Una cuarta cuestión es que efectivamente la sociedad aguaruna reconoce la validez de los cambios, y de hecho ha introducido uno de magnitud tal que no puede ser negado aludiendo a la simple fórmula de sostener que preexistía norma secundaria de *cambio*.

Una quinta cuestión requiere algo más de desarrollo. En efecto, las perspectivas de autores como Austin y Kelsen varían en la apreciación del lugar ocupado por los elementos de validez y soberanía en la genética de un orden jurídico. Mientras Kelsen hace derivar la *soberanía* de una norma primaria, Austin —inversamente— antepone la autoridad a la existencia de la norma. Hart añadiría —en el esquema de Kelsen— esta fusión de normas primarias y secundarias al modelo. Desde mi perspectiva, los aguaruna tienen un espacio concéntrico de validez (nivel genealógico), del cual se produce una determinada norma; conforme el nivel del conflicto involucra a individuos genealógicamente más lejanos, es mayor el segmento del linaje (Larson 1977) puesto en operación. Lo que la justicia aguaruna puede estar haciendo, es acercando los segmentos, dándoles un mecanismo *ex profeso* que acelera la resolución.

Una cuestión central, que ya he indicado, es con respecto al auto-control aguaruna; puesto que se nos muestra que una idea de autonomía depende, en su práctica, de algunas condiciones que el propio grupo étnico puede manejar, como en este caso ha ocurrido con la resolución de conflictos.

## **DEL MUNDO POLITICO AL MUNDO JURIDICO**

Joseph Raz define un orden legal, un sistema jurídico, como “un sistema de razones para la acción”; considera dos condiciones para que una razón lo sea desde el punto de vista jurídico: que sea aplicada por un sistema de tribunales, y que los tribunales estén obligados a aplicarlas conforme sus prácticas y costumbres.

Estos rasgos [—dirá Raz—] dan cuenta del carácter institucional del derecho: el derecho es un sistema de razones reconocidas y aplicadas por instituciones jurídicas aplicadoras autoritativas. A estas condiciones tiene que ser agregada otra: las razones jurídicas son tales que su existencia y contenido puede ser establecida únicamente sobre la base de hechos sociales, sin recurrir a argumentos morales (1986: 255).

La idea de la justicia aguaruna actuando como un tribunal parece atractiva. En cualquier caso no es un tribunal que imponga una conciliación basándose en la aceptación de una razón creada en un estado deliberativo particular sino en la sociedad considerada como un todo en equilibrio frágil; de ahí que la función del *tribunal* quede restringido a la acción procesal. Ese rico contenido político de la propuesta aguaruna es su razón activa.

Por lo sostenido, es necesario escapar al encasillamiento que supone definir la génesis de un sistema jurídico, basado en criterios formales, y reorientar el análisis en función a los criterios políticos y sociales que hacen coherente cualquier sistema normativo.

Los sistemas jurídicos no son organizaciones sociales “autárquicas”; son un aspecto o una dimensión de algún sistema político. Este hecho atañe a la delimitación temporal de los sistemas jurídicos continuos [. . .]. Los criterios jurídicos autónomos son aquellos que derivan del contenido de las disposiciones ju-

rídicas, de sus interrelaciones y de su eficacia. Confiar en ellos presupone que no sólo el funcionamiento interno, sino, también, los límites precisos del derecho pueden ser fijados sólo sobre la base de consideraciones específicamente jurídicas. Sin embargo, el derecho es un aspecto de un sistema político, ya sea un estado, una iglesia, una tribu nómada o cualquier otro; tanto su existencia como su identidad se encuentran vinculados con la existencia o identidad del sistema político del cual es parte (Raz 1986: 253).

Desde nuestro punto de vista, esa dimensión política dinamiza los elementos de toda cultura en cuanto suprime o admite elementos en su composición. Ese es el fenómeno de la justicia nativa aguaruna como aquí la he descrito.

#### NOTA

1. Al iniciar este documento, deseo dejar constancia de mi agradecimiento a los compañeros y amigos aguaruna José Lirio Yanhua, Ricardo Apanú y Acevas Paz por su desinteresada colaboración. A la compañera Sissi Villavicencio quien hizo diversas e importantes atenciones sobre la información, así como a la fundación HIVOS de Holanda por apoyar nuestro trabajo.

#### BIBLIOGRAFIA

- Ballón, Francisco  
1987 Política de la supervivencia: las organizaciones de los pueblos indígenas de la Amazonia peruana. Apuntes. 20 edición. Lima: Universidad del Pacífico.
- Brandt, Hans-Jürgen  
1986 Justicia popular: nativos, campesinos. Lima: Enfoques Peruanos Fundación Friedrich Nauman.
- Chase-Sardi, Miguel  
1987 Derecho consuetudinario chacacoco. Asunción: R. P. ediciones.
- Dworkin, R.M. (comp.)  
1980 La filosofía del derecho. México: Fondo de Cultura Económica.
- Gluckman, Max  
1978 Política, derecho y ritual en la sociedad tribal. España: Akal.
- Harner, Michael J.  
1978 Shuar, pueblo de las cascadas sagradas. Sucúa: Mundo Shuar.
- Hart, H.L.A.  
1977 El concepto de derecho. Argentina: Editorial Abeledo Perrot.
- Kelsen, Hans  
1945 Sociedad y naturaleza. Argentina: Editorial Depalma.
- Larson, Mildred  
1977 Organización sociopolítica de los aguarunas (jíbaro). Revista del Museo Nacional, vol. XLIII. Lima.
- Lozano, Mario G.  
1977 Los grandes sistemas jurídicos. Editorialista del Museo Nacional, Vol. XLIII. Lima.  
1982 Los grandes sistemas jurídicos. Madrid: Debate.

- Maine, Henry**  
1980 El derecho antiguo. México: Extemporáneos.
- Mair, Lucy**  
1970 El gobierno primitivo. Argentina: Amorrortu.
- Pritchard, E. Evans**  
1962 Essays in social Anthropology.
- Raz, Joseph**  
1986 El concepto de sistema jurídico. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Treves, Renato**  
1978 Introducción a la sociología del derecho. España: Taurus.

. 141 ~

## DERECHO OFICIAL Y DERECHO CAMPESINO EN EL MUNDO ANDINO\*

*Ana María Vidal\*\**

### INTRODUCCION

Este artículo presenta los primeros resultados de una investigación realizada por un equipo de la Comisión Andina de Juristas en tres zonas rurales de Perú: Yanaoca (Cusco), Viques (Huancayo) y El Enterador (Bambamarca), sobre el derecho en el mundo rural andino<sup>1</sup>. El conjunto del estudio se basó en la recolección de información directa sobre el terreno y la discusión de la literatura —más bien reducida— acerca del derecho consuetudinario en Perú; y tuvo como ejes temáticos la caracterización de los procesos comunales andinos, y las relaciones entre los campesinos y el derecho. Aquí se proponen algunos hallazgos de carácter conceptual que resultan del análisis de la información, y que permiten hacer algunos aportes y precisiones al estudio de lo que se ha denominado genéricamente derecho consuetudinario indígena, desde la especificidad de la experiencia andina.

\* Este texto ha sido abreviado y editado por los compiladores a partir de un extenso informe de avance de la investigación.

\*\* ANA MARIA VIDAL. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú. Para los colaboradores, véase nota 1.

Durante el desarrollo del proyecto se estudió comunidades campesinas indígenas de la sierra central y sur, y el caso de las rondas campesinas organizadas en el departamento de Cajamarca; estableciendo sus regularidades y diferencias, para alcanzar diagnósticos básicos de los procesos que las constituyen y sobre los cuales se desarrollan las relaciones jurídicas entre campesinos, entre éstos y la sociedad mayor, y respecto del Estado. Este ejercicio ha permitido destacar, por una parte, que las comunidades indígenas presentan diferencias importantes unas de otras y respecto de los modelos propuestos en la literatura; y, por otra, que las expresiones jurídicas no son meras superposiciones formales sino que representan y organizan, bajo la forma de un derecho campesino o consuetudinario, los intereses concretos de las comunidades y las condiciones de su base social.

De los resultados de la investigación, se puede desprender que sí existe un derecho campesino sumamente enmarañado con normas y prácticas del derecho formalizado, que regula aspectos importantes de su vida y que contribuye a resolver los conflictos que se suscitan en sus comunidades y pueblos. Dentro de un contexto caracterizado por una economía de subsistencia destaca la alta conflictividad entre campesinos, quienes en el interior de sus familias y comunidades procesan una serie de asuntos de tipo agrario, civil y penal, en los cuales el derecho, entendido en un sentido amplio, cumple roles que hay que destacar. La existencia de barreras sociales y culturales en el campo provoca que las normas legales oficiales sean desconocidas, presenten vacíos propios de su matriz citadina, o que su aplicación acarree problemas adicionales a los existentes; más, por el margen de autonomía interna que ejercen los miembros de las comunidades, autonomía que la propia Constitución Política del Estado les reconoce (Constitución de 1979, artículo 161), la resolución de los conflictos tiene una primera instancia entre las autoridades campesinas, las cuales apelan regularmente a las costumbres y prácticas locales, así como a algunas instituciones del derecho oficial.

Este pluralismo jurídico plantea problemas para quienes sostienen que en el país existe un estado, un derecho y un solo sistema de control social y solución de los conflictos, frente a una sociedad civil escindida y heterogénea que, o se rige por este sistema único, o se sitúa al margen del mismo.

El trabajo de campo ha permitido detectar las formas de aplicación de las normas legales por parte de las autoridades públicas, así como los usos diversos que los mismos campesinos hacen del derecho formal, dentro de las tácticas de uso múltiple de los recursos legales. Entre éstas, cabe destacar la creciente incorporación de campesinos en los primeros niveles de ejercicio del poder y la autoridad local, política e incluso jurisdiccional: alcaldes, tenientes y jueces de origen campesino (Brand 1985); situación que se suma a una serie de mecanismos de resistencia y reacción por parte de los pobladores andinos, relacionados con lo que se comprende como derecho campesino o normas consuetudinarias propias de los pueblos andinos. La existencia de estos derechos y su uso reiterado representan, además, un reto teórico que es necesario reconocer y resolver, buscando algunas respuestas que permitan explicar la realidad.

#### LOS CAMPESINOS Y EL DERECHO

La vida de buena parte de la población en Perú no discurre por los cauces del ordenamiento jurídico nacional; una cierta anarquía y arbitrariedad caracterizan su vida cotidiana, en la cual el derecho oficial no juega un papel importante, por desconocimiento e incompreensión. Más aún, las normas nacionales no son siempre respetadas por las autoridades llamadas a aplicarlas; en contraste subsisten y se aplican formas de legalidad no positivadas.

Como en la mayor parte de los países del continente, en Perú predomina una ideología jurídica legalista, según la cual la única fuente de la ley es la autoridad y su formulación no admite más participación que aquélla que organiza la labor legislativa. En esta condición, las prácticas sociales no son tenidas en cuenta para la formulación de las leyes, muchas de las cuales resultan de copiar ordenamientos jurídicos extranjeros. Los derechos y costumbres de los pueblos —y de los indígenas en particular— no alcanzan validez jurídica; y, pese a las corrientes que en diferentes momentos de la historia han puesto en evidencia el carácter diverso de la sociedad, siempre se ha legislado uniformemente, considerando a toda la sociedad como una realidad homogénea, en la cual no caben derechos distintos.

La misma legislación especial sobre comunidades indígenas, —que dio paso a partir de 1979 al reconocimiento de dos tipos jurídicos distin-

tos: comunidades campesinas y comunidades nativas— da cuenta de una notable ideologización que la aparta de la realidad y la acerca a modelos arcaicos que suponen la continuidad de los antiguos *ayllus* incaicos, y la torna poco aplicable a la realidad actual, por lo menos en lo que se refiere a la posibilidad de hacer efectiva la protección del Estado. La formación profesional de los abogados, por otra parte, presenta un perfil semejante: no presta casi ninguna importancia a la investigación jurídica de la realidad, ni en cuanto a la forma de existencia de las instituciones, ni a los mecanismos de aplicación de la ley y la impartición de justicia.

Solamente en años recientes y desde diversas disciplinas, como la antropología, la sociología y la economía, se viene desarrollando el interés por un estudio no formal del derecho; estos esfuerzos empiezan a prestar atención al funcionamiento de la ley, la aplicación de la justicia y la generación de las normas en situaciones sociales. Sin embargo, aunque las contribuciones de estas disciplinas son importantes en cuanto al conocimiento de la sociedad rural y la organización y dinámica del campesinado andino, aún son escasos los estudios específicos sobre el derecho campesino e indígena. En este campo, son pioneros los trabajos de Luis Pásara (1988), Francisco Ballón (1981) y Raquel Irigoyen (1988).

Es todavía muy difícil formular una propuesta sobre lo que podría denominarse con propiedad **derecho campesino**. Por lo pronto, hay que destacar que éste se refiere a tres áreas principales de interés; ellas son las relativas al régimen sobre las tierras, las familias, y los delitos. Se trata de un derecho que no admite división por especialidades, y que se confunde con prácticas y costumbres de la población de las cuales podemos aislarlo con fines analíticos; más aún, es un derecho que emerge en su aplicación por parte de las autoridades locales y en la vida cotidiana. Finalmente, sus linderos con el derecho oficial son muy confusos y no es fácil distinguirlos ni en su aplicación. Sus principales fuentes son las mismas prácticas y costumbres campesinas, así como algunas actas comunales y los libros de los jueces no letrados que tienen competencia en el medio rural.

Este derecho campesino, que funciona al amparo de la autonomía relativa que la ley reconoce a las comunidades andinas, organiza un sistema de autoridades locales, procedimientos y valores apropiados para solucionar conflictos y enfrentar problemas que se presentan en el medio rural. “Entre nosotros arreglamos” es el lema que resume el principio

más importante del derecho campesino. La ética presente detrás de este principio del arreglo está fundada en valores comunes entre los campesinos andinos: *la cooperación, la reciprocidad y la solidaridad*; elementos característicos de la vida de los campesinos y base de la existencia de las comunidades, y que sustentan los principios éticos y jurídicos que no se expresan en el derecho oficial.

Sin embargo, cuando los conflictos rebasan los marcos de la comunidad y entran en juego los intereses de terceros, entonces surge la tensión entre el derecho propio y el derecho oficial, y este último prevalece. De esta tensión entre el derecho estatal y los derechos del campesinado andino, que se ha producido durante más de cuatrocientos años, se ha ido generando una compleja interacción entre los usos propios y las normas oficiales. Por un lado, la norma jurídica ha ido incorporando algunos aspectos de los derechos campesinos, reconociendo formalmente su existencia, y por otro, los derechos campesinos han evidenciado la influencia del derecho oficial. Tan es así que los campesinos en sus innumerables demandas judiciales y acciones administrativas se han dirigido, y se dirigen a los aparatos formales del Estado, utilizando con frecuencia la legalidad y el derecho oficial para obtener el reconocimiento de sus derechos; y generalmente utilizan todos los recursos legales a su alcance para obtener la satisfacción de sus demandas. Esta situación demuestra no sólo un cierto conocimiento del derecho oficial sino la puesta en práctica de tácticas de utilización de la ley para obtener reconocimientos formales. El derecho, con vigencia real en la vida y la conciencia de los campesinos andinos, se viene creando y recreando dentro de esta compleja interacción entre el derecho oficial y los derechos propios; viejos usos y nuevas formas constituyen ese derecho diferente, o sea, el **derecho campesino**.

#### PROCESOS COMUNALES E IDENTIDAD ANDINA

Como ya se ha indicado, la investigación sobre el derecho campesino y el derecho oficial, a que se refiere este trabajo, se llevó a cabo entre comunidades campesinas indígenas de los Andes peruanos; mas para comprender mejor los resultados es necesario considerar, aunque sea brevemente, las características que aquéllas presentan en cuanto a su conformación y la configuración de su identidad.

En general, la situación y las condiciones de vida de los campesinos andinos responden a un sistema de dominación que los coloca entre los sectores más afectados por los efectos de las políticas de desarrollo aplicadas en las últimas décadas: migración de las ciudades, minifundización del campo, desestructuración de las comunidades, reducción del empleo en el medio rural, etcétera. Como resultado, las economías familiares campesinas tienen una importancia social y económica cada vez menor para el conjunto de la sociedad, y se reducen a sustentar su propia supervivencia en niveles de pobreza extrema. Sin embargo, dentro de este panorama crítico, el llamado **mundo rural andino** constituye uno de los engranajes de la cadena de desarrollo urbano: la pobreza campesina es la otra cara de la opulencia citadina; una parte importante de la reproducción de las familias descansa en las actividades (informales) que varios de sus miembros realizan en las ciudades, no únicamente en cuanto a su vida material, sino también en lo que se refiere al desarrollo cultural y al ejercicio de la identidad. No son pues mundos separados, sino elementos opuestos de una misma realidad. Por eso, aunque para fines de estudio se parta de la vida campesina como un hecho aislado, no se puede dejar de reconocer la intensa movilidad social, la permanente penetración campesina en las instancias locales y regionales de dominación, y su participación en un proceso democratizador del conjunto de la sociedad y el Estado.

En este contexto, lo andino es también un componente de identidad de la población campesina, que alude, no solamente al hecho de haber nacido en la sierra, sino a un conjunto de relaciones propias de las comunidades y los pueblos del interior del país, a las que se añaden otros componentes de identidad local o regional que permiten el reconocimiento de pueblos diferentes. Así, mientras la identidad campesina alude a una condición social y económica común a la mayoría de los pobladores, las identidades culturales de los cajamarquinos, huancaínos y caneños, responden a variables culturales e históricas diversas, no comunes de los distintos pueblos de Perú. Dentro de cada una de ellas, además, se encuentran fuertes identificaciones de grupos que responden a diversos conjuntos de familias ligados a territorios, costumbres y cultos diferenciados.

Los campesinos de El Enterador (Bambamarca), como muchos pueblos del norte del país, son hablantes de castellano como su forma ge-

neralizada de intercomunicación; viven en un caserío que no constituyó ni constituye una comunidad en el sentido legalmente reconocido, y han formado un tipo de asociación conocida como **ronda campesina**, fenómeno común a otros caseríos del valle de Llanca, que consiste fundamentalmente en una organización de autodefensa. Comparten una identidad como **ronderos**, que los cohesiona y los vuelve merecedores de un tipo de reconocimiento y respeto. Se reúnen regularmente, eligen sus propias autoridades, y resuelven mediante asambleas eventuales conflictos entre ronderos. Las familias de los ronderos participan de diversas maneras en esta forma de organización que, por otra parte, muestra en sus orígenes una importante influencia de los jóvenes hijos de familias campesinas, que han tenido acceso a los estudios secundarios y universitarios, y, a través de ellos, a las visiones políticas y religiosas que se debaten en el país. También han influido en su surgimiento los procesos de movilización social y las acciones de reclutamiento (levas) que realiza el ejército.

Los campesinos de Yanaoca (Cusco) y Viques (Huancayo) son hablantes de quechua como lengua materna y de comunicación interna; en los primeros el uso del castellano es todavía muy reducido mientras que en los segundos se aprecia un franco bilingüismo. En los dos casos se trata de comunidades reconocidas como tales que, pese a los procesos de reestructuración y a la influencia de los polos de desarrollo, conservan sus características de tales en tanto asociaciones de familias, con una fuerte identidad grupal y un funcionamiento comunal en cuanto al sistema de autoridades, de toma de decisiones colectivas y de solución de problemas internos. A su vez, la comunidad de Viques constituye, simultáneamente, un municipio, lo cual le da características particulares en lo que al tema se refiere.

La identidad que proviene de la comunidad, según se ha podido constatar, es tan fuerte como la que surge del hecho de ser rondero. Son formas que han permitido elaborar respuestas a las condiciones de miseria y de dominación, a las necesidades de defensa (por ejemplo contra el abigeato en el caso de las rondas), y al ejercicio del control social interno.

En los tres casos, los campesinos se resisten muy claramente a ser identificados como indios o indígenas. En el caso de El Enterador no se reconoce prácticamente ninguna identidad lingüística, de origen o de cultura. En Viques se maneja cierta idea de antecedente histórico inca,

pero solamente se acepta algún nivel de identidad funcional, ya que en la década de 1940 fue reconocida la suya como comunidad indígena para efectos legales. En Yanaoca, donde concurren muchos rasgos de identidad indígena, ésta es explícitamente rechazada por considerarse una denominación peyorativa a la que acuden los mestizos; se refieren a sí mismos como *runa cuna* (hombres), en su lengua quechua. En los tres casos la identidad central proviene de su pertenencia a la comunidad o a la ronda.

Otro factor de conformación de la identidad campesina es la oposición frente al contrario: los *mistis* (en Yanaoca y Viques), es decir, quienes ejercen poder y gozan de privilegios; y los “ladrones chicos y ladrones grandes” (para los ronderos), quienes les roban en el campo y les explotan desde la ciudad.

Una oposición global, que consolida la identidad campesina es la que los opone a la ciudad y a los ciudadanos; esto muy a pesar de la creciente migración campo ↔ ciudad, y quizá debido a ella. Más aún, muchos testimonios recientes indican que la comunidad se reproduce y fortalece en la ciudad, precisamente en los asentamientos marginales (barriadas y pueblos jóvenes), dando origen a un fenómeno de penetración de lo andino en las principales ciudades, caracterizándolas cada vez más fuertemente.

#### DERECHO OFICIAL / DERECHO CAMPESINO

Abordar la esfera de las experiencias jurídicas no es tarea sencilla. En principio, se ha partido de reconocer la existencia de un derecho equiparable a las leyes o normas jurídicas emanadas de los órganos estatales, que se proyecta a partir de allí hacia el universo complejo de pueblos y sujetos sociales diversos. Este derecho denominado positivo (con la carga valorativa que tiene el término) es fácilmente identificable, desde el punto de vista formal, en los textos legales.

La situación de este derecho se torna más complicada cuando se atiende a su aplicación a través de los agentes oficiales que lo administran en situaciones sociales diversas en las que se introducen —consciente o inconscientemente— criterios y lógicas que rebasan el texto legal. En este nivel, el derecho positivo ya no es un fenómeno sólo jurídico sino social,

por sus efectos prácticos. Dentro del sistema romano-civilista, en el cual se inscribe el ordenamiento jurídico estatal, los administradores-jueces, y demás funcionarios públicos, deben aplicar la ley y no crear derecho (que es propio de los ordenamientos jurídicos anglosajones), pues cometerían delito de prevaricato al ir contra el texto legal. Sin embargo, existen innumerables situaciones frente a las cuales el sistema jurídico formal no es un ente monolítico que se aplica con una lógica implacable en la realidad social. Hay lo que algunos autores llaman fisuras intra-sistemáticas, que se evidencian en los vacíos de la ley, los cuales no contemplan situaciones sociales diversas a las que dieron origen a las normas. En estos casos, los administradores están facultados para resolver conforme a ciertos principios generales del derecho, que aluden a criterios de justicia y equidad explicados dentro de la ideología jurídica predominante.

Por otra parte, el sistema jurídico vigente, admite dentro de sí las especialidades, que si bien giran alrededor de un eje constitucional ordenador de la globalidad, se explican como normas válidas sólo para determinadas relaciones y sujetos sociales. Por esto, es evidente que no hay un solo derecho, sino varios derechos, esferas jurídicas diferenciables incluso dentro de un único sistema jurídico. Tales son los casos, entre otras, de la legislación agraria y la de comunidades, las cuales crean un derecho particular, especialmente aplicable al campesinado, que a estas alturas de su desarrollo tiene ya una historia propia, la cual se remonta a las Leyes de Indias, y que experimenta notables transformaciones a lo largo de la colonia y la vida republicana. De algún modo la historia de este derecho especial es la del reconocimiento y la negación recurrentes de la diversidad social.

Ahora bien, el desarrollo del derecho no ha contribuido de un modo fundamental en la construcción del Estado, el cual, a pesar de los cambios experimentados desde la independencia pasando por la etapa oligárquica y el periodo moderno a partir de los años cuarenta, no constituye aún una expresión cabal de todos los pueblos ni, mucho menos, de una sola nacionalidad. Los diversos pueblos, andinos y amazónicos, así como el conjunto de sectores sociales denominados campesinos y trabajadores, jóvenes y viejos, dentro de este contexto, han resistido y creado nuevas respuestas frente a los procesos de asimilación o integración, voluntarios o forzados. Parte de estos procesos se ha expresado, también, en el ámbito del derecho. La persistencia de prácticas reiteradas, costumbres, tradi-

ciones no oficializadas, y muchas veces abiertamente ilegales, dentro del esquema clásico del derecho formal, denotan esta resistencia social y la creación de nuevas respuestas a las necesidades concretas que enfrentan. En los ámbitos campesinos y andinos, que son materia de este estudio, se han gestado y desarrollado, **formas jurídicas propias**.

Si lo que caracteriza al derecho es la existencia de normas articuladas en torno a principios y prácticas reiteradas dentro de grupos sociales que comparten identidades comunes, entonces existe no sólo un derecho no estatal sino diversos derechos, pluralidad de sistemas jurídicos. El cómo denominarlos: informales, consuetudinarios, campesinos, extralegales, implica una opción teórica y con contenidos y efectos diversos.

Los mismos campesinos hablan de “su derecho”, “derecho campesino”, “justicia campesina”, “la ley en el campo”, para diferenciarlo —por negación— del otro derecho, ciudadano y formal, que perciben como distante y ajeno. No se trata sólo de costumbres establecidas en las comunidades o pueblos andinos, pues este término es muy amplio y abarca diversas manifestaciones sociales y culturales, y no sólo jurídicas. Pero, al mismo tiempo, resulta muy difícil diferenciar las costumbres, en general, respecto de las expresiones jurídicas de las relaciones sociales vigentes en el campo. Las costumbres, dentro de este contexto, no son sólo fuente accesoria del derecho formal, sino materia y contenido de derechos vigentes entre los campesinos. Más aún, no sólo se trata de costumbres, sino de **normas y prácticas contemporáneas**, cuyos orígenes se confunden en el tiempo con instituciones modernas, coloniales y prehispánicas.

Los acuerdos de las asambleas comunales y de las rondas son ley entre los campesinos. Se ha llegado a ellos por acuerdos y consensos de las mayorías, que se obligan a cumplirlos y a ser sancionados en caso contrario. Las autoridades campesinas merecen el respeto y reconocimiento por parte de los campesinos, quienes han participado en su elección y ejercen el control sobre el ejercicio del poder encomendado. Por esta vía el derecho campesino es, a su vez, un producto histórico que corresponde a determinadas condiciones y necesidades concretas y que expresa correlaciones y posiciones en el interior de los pueblos andinos.

Los derechos campesinos vigentes entre los pueblos andinos expresan situaciones históricas concretas, en las cuales quienes son dominados dentro del sistema global también crean formas de dominación dentro de

sus esferas de acción, que se expresan como un sistema de sanciones que da fuerza a los acuerdos y asegura la cohesión social. Estos elementos comunes a cualquier sistema jurídico están también presentes en el derecho campesino. La justicia campesina de las rondas se ejerce contra los abigeos y los ladrones, pero también entre quienes se resisten a rondar. En los juicios de tierras, que conocen los ronderos, se dice: "no vamos a quitar ni a dar tierras a nadie", pero en el fondo sí se da a una parte y se quita a la otra.

En las asambleas de las comunidades se acuerda cuándo y cómo usar los terrenos comunales y las autoridades se encargan de vigilar el cumplimiento de estas normas, sancionando a quienes las infringen. Las sanciones entre los campesinos son diversas pero destacan por su dureza. El castigo que aplican los campesinos a quienes infringen sus normas es severo, aunque admite diversos grados de intensidad según la falta cometida.

Por los incumplimientos en las faenas se aplica la multa, que para los campesinos en situación de extrema miseria es una forma drástica de sanción. A los "ladrones chicos" las rondas campesinas les aplican castigos físicos; los baños en agua helada, los fuetazos y pencazos en número variable, según la falta, son formas frecuentes de sanción. Los casos, poco numerosos por cierto y difícilmente reconocidos por los campesinos, de ejecuciones a abigeos, revelan que el derecho campesino, como todo derecho, se impone coactivamente, con intensidad aun mayor de la permitida formalmente por el derecho estatal. Detrás de todo esto, sin embargo, se ha encontrado otra lógica de razonamiento, otra racionalidad y otros objetivos perseguidos con la sanción, por más drástica que ésta sea. En el caso de comunidades, la aplicación de las multas constituye más bien una amenaza, más que una forma de perjudicar económicamente a los campesinos; el destino de las multas es, siempre, el de las obras comunales, en las que se exige la participación de todos los comuneros. En las rondas se dice que quienes fueron ladrones, luego del castigo o escarmiento, se vuelven los mejores ronderos; reconociendo así que la sanción tiene un efecto beneficioso para restablecer la armonía social, así como para la recuperación del sujeto que violó las normas.

Entre los campesinos no se ha encontrado cárceles. En contados casos de reclusión es frecuente utilizar la iglesia, el local del teniente gobernador o "encargarlo" en la cárcel de la policía.

Estos sistemas jurídicos existentes en el país, el estatal y el campesino, no son fenómenos aislados entre sí, pues existen diversos vasos comunicantes entre ambos. Pareciera que en el sistema global de dominación dentro del cual el derecho estatal tiene un rol privilegiado, en tanto mecanismo oficial de control social, el derecho campesino regula las relaciones sociales de los campesinos en el interior de sus comunidades y rondas. El derecho oficial, por su vocación universalizadora, penetra entre los campesinos de diversa manera y con intensidad variable; sin embargo, está allí cuando hay un conflicto o situación que cuestiona el sistema de dominación y el principio de monopolio estatal de la fuerza. Mientras no se presenten estas situaciones, a las que algunos autores han descrito como las situaciones límites entre lo estatal y lo campesino o no formal, existe una realidad de pluralismo jurídico aceptada en cierta manera e, incluso, legalizada formalmente por el Estado al reconocer ámbitos de competencia interna fundados en la *autonomía comunal*, la que pone en sus manos la defensa de la inafectabilidad de sus tierras, y autoriza a las asambleas y juntas directivas para arreglar el orden administrativo interno. No obstante, muchas veces el ejercicio de estas funciones implica un choque con los principios constitucionales de la administración de justicia y la cautela del orden público a cargo exclusivo de los órganos especializados del Estado: el Poder Judicial y la policía.

Las rondas campesinas, con mayor intensidad que las propias comunidades, desde su origen, ejercen funciones de policía y judiciales fuera del monopolio estatal; lo cual, por decir lo menos, es tolerado por las autoridades oficiales, aunque en determinadas circunstancias, éstas repriman a los ronderos por "usurpación de funciones". En estas situaciones-límite se impone el derecho estatal con toda la fuerza que el sistema global de dominación le permite, con lo cual surge entre los campesinos el cuestionamiento de su legitimidad. Los campesinos perciben estas diferencias y conocen las respuestas represivas del Estado; por ello, dentro de sus múltiples tácticas de uso de los recursos estatales, combinan sus prácticas y su derecho campesino con los procedimientos, formas y contenidos del derecho estatal.

#### NOTA

1. El equipo de trabajo de la Comisión Andina de Juristas estuvo integrado por Ana María Vidal, Modesto Gálvez, Jaime López y Eduardo Bryce. Contó con el apoyo de Sara Levi,

Telmo Rojas, Hugo Palomino, José Luis Carbajal, Sandro Macassi, Ivonne Pacheco y Milagros Santos.

Los compiladores han suprimido, por razones de espacio, las numerosas notas y citas contenidas en el informe, relacionadas con ejemplos, textos legales y fuentes sobre algunas discusiones relacionadas con el texto (NE).

#### BIBLIOGRAFIA

Ballón, Francisco

1981 Etnia y represión penal. Lima.

Brand, Hans Jürgen

1985 Legalidad, derecho consuetudinario y justicia informal en comunidades campesinas. Lima.

Irigoyen, Raquel

1988 Las rondas campesinas de Cajamarca. Tesis inédita. Lima.

Pásara, Luis

1981 Derecho y sociedad en el Perú. Lima: Ed. El Virrey.

## **COSTUMBRE Y RESISTENCIA ETNICA MODALIDADES ENTRE LOS TONACA<sup>1</sup>**

*Victoria Chenaut\**

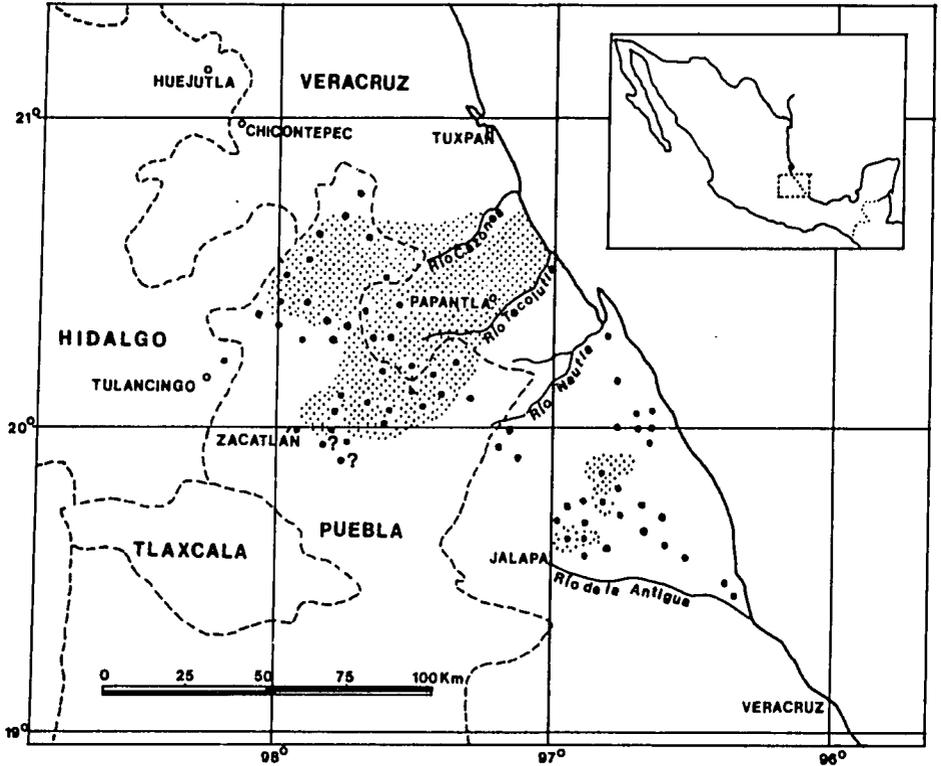
### **INTRODUCCION**

Los actuales tonaca constituyen el sector de población indígena asentado desde el río Cazonas, al norte, hasta Jalacingo, al sur, y desde Xicotepec de Juárez y Zacatlán, en el estado de Puebla, hasta las costas del Golfo de México; habiendo quedado aislado un pequeño grupo en los alrededores de Misantla, Veracruz. El antiguo Totonacapan ocupaba un extenso territorio, que en el siglo XVI llegaba hasta el río de la Antigua por el sur (véase mapa 1), pero la reducción y el desplazamiento de población, motivados por la conquista española, corrieron las fronteras hacia el norte.

En el territorio que ocupa este grupo étnico se distinguen dos regiones: la de la sierra, con una altitud promedio de 1.000 m sobre el nivel del mar, clima templado y lluvias abundantes; y la de la planicie costera, cuyo clima es más cálido y lluvioso en el verano. En ambas llama la atención el verde brillante de su variada vegetación.

\* VICTORIA CHENAUT. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), México.

Mapa 1  
 Extensión aproximada del Totonacapan en  
 tiempos antiguos y modernos



Los círculos indican los hablantes de totonaco según las fuentes del siglo XVI. El área punteada, la extensión moderna de los hablantes de totonaco (monolingües y bilingües) de acuerdo al Censo de 1940. Los municipios con 5% o menos de hablantes de totonaco no han sido tenidos en cuenta.

Fuente: Harvey y Kelly (1969).

La población de los totonaca que habitan los estados de Puebla y Veracruz se estimó en 1970, en 124.840 hablantes del idioma (Bonfil 1981). Inmersos actualmente en un mundo mestizo, mantienen desde hace siglos relaciones con los huasteco hacia el norte, los tepehua y otomí hacia el oeste, y los nahua por el oeste y sur. Se sabe que existe una clara discontinuidad histórica entre los antiguos pobladores que dejaron maravillosos monumentos arqueológicos como los de Tajín (hacia 100 aC a 1200 dC) y Zempoala (siglos XIV a XVI) y los actuales totonaca. Sin embargo, éstos reconocen esos monumentos como producidos por sus antepasados.

Dos cuestiones han llamado la atención de los antropólogos. La primera se refiere al carácter del idioma totonaco, que tiene íntimas relaciones con el tepehua. Los autores han discutido sobre las características de las variaciones dialectales del totonaco, que muchas veces tornan imposible el entendimiento entre hablantes de la misma lengua.

La segunda cuestión se refiere al carácter de las relaciones que los totonaca mantuvieron con sus vecinos nahua. Durante el reinado de Moctezuma II (1502-1520) virtualmente todo el Totonacapan pasó a estar bajo control de los mexica. Esta conquista, que fue fundamentalmente política y militar, no estableció asentamientos humanos, aunque sí se fijaron guarniciones como puestos clave de control, ya que los mexica parecen haber concentrado sus esfuerzos en la recolección del tributo (Kelly y Palerm 1952).

El contacto con la meseta central fue estrecho en tiempos de escasez; en los siglos XV y XVI hubo al menos dos grandes periodos de sequía en el Valle de México, en los cuales emigraron familias enteras a la cálida y productiva costa, estableciéndose en el Totonacapan donde fijaron su residencia permanente. Esta situación de escasez fue aprovechada por los totonaca para adquirir gran número de esclavos en el Valle de México. Para Kelly y Palerm (1952) estas influencias y relaciones, del altiplano con la costa, fueron mucho más importantes y profundas que las de la conquista mexica, que fue puramente nominal.

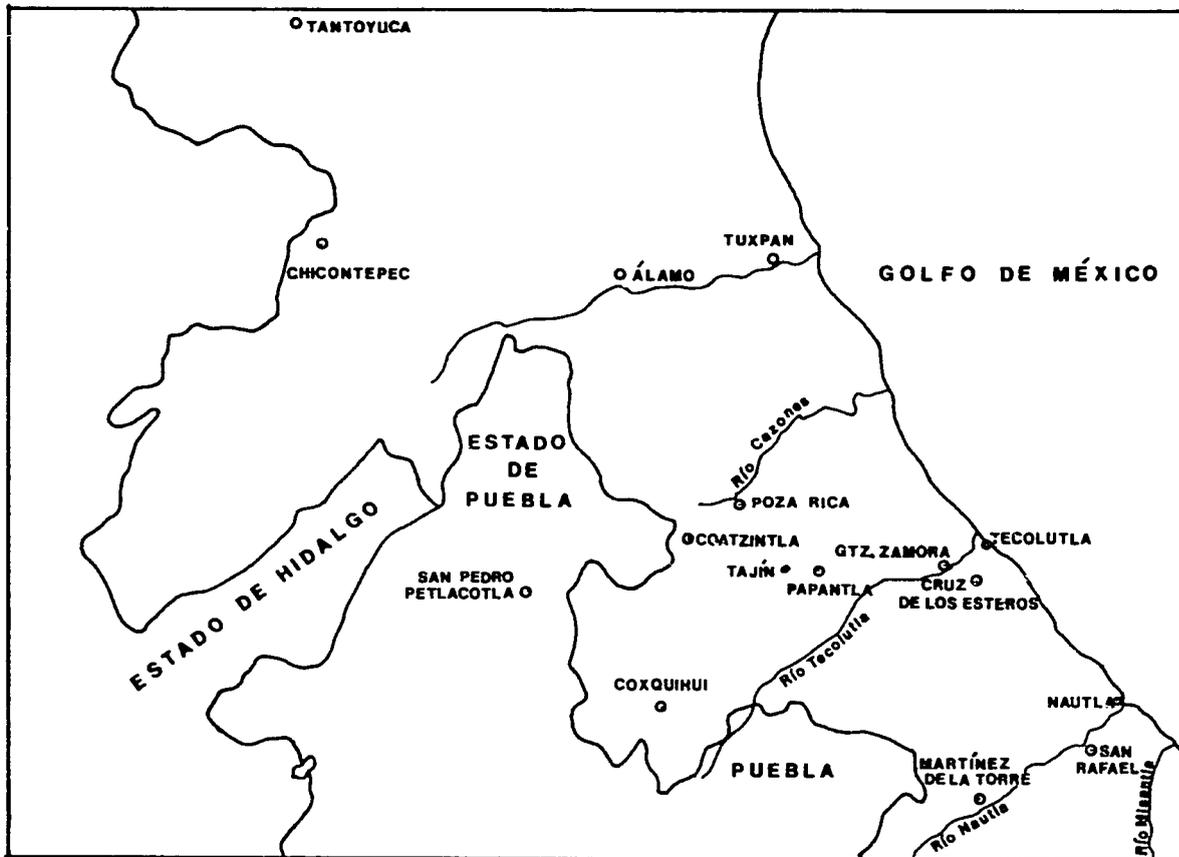
Los totonaca fueron los anfitriones de Cortés a su arribo a las costas de Veracruz (1519), y de alguna manera facilitaron su tránsito rumbo a la meseta central. En 1523, frailes franciscanos iniciaron la evangelización, mientras los españoles establecían el sistema de encomiendas, reducciones y congregaciones. Fue sólo hacia finales del siglo XIX cuando

el Estado-nación consiguió acabar con sus tierras comunales y expropiar sus recursos naturales. Casi sin pausa, a comienzos de la década de 1930, con el descubrimiento de ricos depósitos de petróleo cerca de Papantla, un gran auge petrolero mexicano se ubica precisamente en su territorio. Es desde entonces que la ciudad de Poza Rica (véase mapa 2) se transformó en centro rector de la economía regional, pero sin conseguir desplazar a Papantla como metrópoli cultural de la región.

Este trabajo es un intento por destacar, entre los totonaca, la presencia de costumbres que tienen un fuerte carácter jurídico, porque crean obligaciones entre las partes, y porque regulan las relaciones sociales funcionando como elementos de control social, asociados a ciertos valores. Con este objeto, y utilizando etnografía de los totonaca de la sierra y de la costa, mostraré algunos de los ámbitos de la vida cotidiana en donde es posible detectar el ejercicio *jurídico* de la *costumbre*.

Para este fin, se usarán dos conceptos que se consideran relevantes. Ellos son: el de reciprocidad (la obligación de dar, la de recibir y la de devolver, Mauss 1971), que permite detectar las prácticas consuetudinarias que especifican las obligaciones de unas personas y los derechos de otras, regulando las relaciones entre los sexos, los grupos domésticos, los parientes, los compadres, o los rituales colectivos de aquellos que se consideran miembros de una comunidad; y el concepto de resistencia, el cual remite a la comprensión de que las comunidades indígenas tienen sus propios sistemas de control social, de *ley* generalmente no escrita, de reglas de conducta asociadas a ciertos *valores* (Peristiany 1968), que son las que se consideran como propias y a las que se reproducen, reforzando la permanencia de una identidad particular. Ello muestra la no correspondencia, que en muchos casos se produce, entre lo que el Estado pretende sancionar a través de la aplicación de la ley, en contraposición a lo que la comunidad considera, de acuerdo a su costumbre, susceptible de sanción. El concepto de resistencia es importante para comprender la relación interétnica y la dinámica del cambio, en el sentido de que remite a los mecanismos que, a pesar del cambio, refuerzan la identidad.

La etnografía que se expone en este trabajo ha sido recogida tanto en trabajo de campo y archivos, como en la literatura antropológica. La exposición se realiza en tres partes, cada una de las cuales destaca una cuestión fundamental: el hecho de que el aspecto jurídico de la costumbre se encuentra inscrito en cualquiera de los diferentes ámbitos de la



Fuente: Gatti y Chenaut (1987).

vida social. La primera parte muestra la contraposición entre la costumbre y la ley en la relación del totonaca con la tierra, mientras que en la segunda se busca destacar el aspecto jurídico de la costumbre operando en el pensamiento mágico y el ritual. En la tercera se contraponen nuevamente la costumbre y la ley; en este caso a través de las relaciones manifiestas en el grupo doméstico. En resumen, se trata de la presencia de mecanismos de regulación de las costumbres, que abarcan situaciones histórico-geográficas y estructuralmente diferentes.

Es necesario remarcar que el manejo de la etnografía no se propone, bajo ningún concepto, impresionar al lector mostrando una sociedad sin conflictos. Lo que se hace es un recorte metodológico, con el objeto de mostrar los intersticios de la vida social, develar ese aspecto de las relaciones que, en el ejercicio de las prestaciones recíprocas, permita comprender el aspecto jurídico de la costumbre.

#### LOS TOTONACA DE LA COSTA: LA TIERRA

El caso que se expone en este apartado muestra que hay momentos en la historia de un grupo étnico en que la tensión producida entre la costumbre y la ley es tan fuerte, que se producen rebeliones y levantamientos con marcado carácter interétnico, inscritos en el marco de la resistencia de los indios contra las regulaciones del Estado. Se podría generalizar, sosteniendo que la resistencia llega a su punto de máxima tensión con la rebelión, cuando las leyes o disposiciones del Estado atentan seriamente contra la cohesión social del grupo<sup>2</sup>. Esto ocurrió entre los totonaca de la costa veracruzana, cuando en el último cuarto del siglo XIX el gobierno del estado de Veracruz decidió deslindar y fraccionar las tierras comunales de Papantla. La resistencia de los indios retrasó este cometido, motivando que en un primer momento la tierra se dividiese en grandes lotes comunales conocidos como "condueñazgos"<sup>3</sup>.

Esta cuestión de la división de las tierras comunales de Papantla implica la presencia de dos modelos diferentes y enfrentados en cuanto a la tenencia de la tierra. Bohannan es uno de los antropólogos que con mayor claridad ha presentado este problema, al plantear que en el modelo occidental de tenencia de la tierra, ésta se divide en proporciones rígidas que mantienen su integridad aun cuando los dueños cambien. La

tierra se convierte en una mercancía, y el acceso a la misma se define por una transacción que remite al modelo de las sociedades por *contrato* a que hace referencia Maine (1980). La representación ideológica, que se genera en este tipo de tenencia de la tierra, es la de una relación entre *la gente y las cosas*. Esto se debe a que, como sostiene Bohannan (1963), en este modelo la tierra es una entidad mensurable, divisible en parcelas por medio de procedimientos matemáticos y técnicos de encuesta y cartografía, que se utilizan para marcar las delimitaciones rígidamente en un mapa, relacionándolas con los puntos cardinales. Por consiguiente, se asume que la tierra es un objeto del cual se puede ser *propietario*; y es posible describir esta relación en términos de propiedad haciendo referencia a *ser dueño de, arrendar, vender, etcétera*.

En contraposición al modelo occidental de tenencia de la tierra, Bohannan muestra lo que él denomina el “mapa genealógico” de los tiv de Nigeria, que “se mueve sobre la superficie de la tierra” no existiendo una relación fija y rígida del hombre con un pedazo de la misma, debido a que el acceso a la tierra se realiza sobre la base del parentesco agnático, siendo por un periodo de 2 a 3 años, ya que el sistema de roza obliga a rotar los cultivos. Así, las tierras de cultivo de un hombre cambian continuamente de lugar, pero lo que no cambia es su *derecho* a cultivar una porción de tierra, dada su pertenencia a un determinado linaje. La representación de las relaciones de propiedad es, por consiguiente, la de una relación *entre personas*. El contraponer ambos modelos permite al autor sostener que el concepto de tenencia de la tierra, y los derechos asociados, deben ser entendidos, desde el punto de vista etnográfico, a través de la asociación de tres factores: 1) el “mapa” por medio del cual la gente se representa la región en que vive; 2) el modo de relacionarse del hombre con su entorno físico; y 3) un sistema social con su dimensión espacial. Es necesario ubicarse en esta dimensión para comprender la relación del totonaca con la tierra.

El modelo occidental de tenencia de la tierra, que el moderno Estado mexicano en consolidación impuso a los indios, buscaba convertirlos en propietarios, por lo que al desarticularse la comunidad indígena se accedería a un estadio más avanzado de acuerdo a la noción de progreso de que estaban imbuidos los gobernantes de la época. Así lo expresaba, en el año 1870, el gobernador Hernández, del estado de Veracruz,

El gobierno [. . .] no ha descansado en exigir el cumplimiento de las leyes vigentes sobre división de terrenos, convencido como está de que, hechos propietarios los referidos indígenas, llegarán pronto a la dignidad de ciudadanos y serán a su vez miembros útiles a la sociedad, mientras hoy no pueden llamarse ni productores, ni consumidores, menos contribuyentes [. . .] (Trens 1950: 91-92).

Mientras que la ley del Estado moderno parcela e individualiza<sup>4</sup>, la costumbre vigente entre los totonaca, en cuanto al acceso a la tierra, se define por la pertenencia a una comunidad, que se despliega y se apropia de un espacio adecuado para el tipo y técnica de cultivo utilizada, que es la agricultura de roza. En ésta, casi por definición, la “tierra no es una propiedad ancestral, ya que en cierto sentido, en ella el trabajo crea tierra mediante la tala y el desbroze del bosque” (Bloch 1977: 251). Si “el trabajo crea tierra”, entonces lo importante es el trabajo y no la tierra, cuya posesión es por un determinado espacio de tiempo, mientras dure la fertilidad de la misma, como en el caso de los tiv. Lo importante es, por consiguiente, la relación que las personas establecen entre sí en su uso de la tierra. El derecho de poseer la tierra deviene así, en el caso de los totonaca, de la pertenencia a un *nosotros*<sup>5</sup>; en la medida en que una persona es considerada miembro de la etnia, comparte un recurso al cual todos los otros miembros tienen acceso. Esta apropiación del espacio incluye la dimensión estética, por la que el territorio y la región son vividos también como *paisaje* (Gatti y Chenaut 1987: cap. I). La costumbre, que el totonaca mantiene en cuanto al acceso a la tierra, incorpora esta dimensión que la ley —al reconocer como única forma de propiedad la privada— no contempla.

Las tierras de los totonaca eran un lugar privilegiado donde crecía la preciada orquídea de la vainilla, planta trepadora que se reproducía sin orden en el monte, pero a la que los totonaca comercializaban ya a principios del siglo XIX. El cultivo de la vainilla, y el gran desarrollo de la producción comercial en esta región, se relaciona con la técnica de fecundación a mano, introducida hacia el año 1840 por algunos franceses de la colonia de Jicaltepec, que la enseñaron a los nativos (Gatti y Chenaut 1987: Cap. II).

Las tierras comunales de Papantla comenzaron a ser repartidas a fines del año 1875. En esta época los totonaca empezaron, coincidentemente, a pronunciarse en contra de diversas disposiciones gubernamenta-

les, lo que obligó a que la división se efectuase en grandes lotes o “condueñazgos”<sup>6</sup>. Al verse amenazada la integridad territorial y comunal, los principios de la reciprocidad que vinculaban a las diferentes comunidades totonaca, se erigieron para unificar la defensa de su identidad.

Así lo reconoció el alcalde municipal de Papantla, en el año 1913, al sostener que

[. . .] se hizo este reparto en grandes lotes, para aplacar un tanto el ánimo levantisco de la indiada que se oponía al reparto que ordenaba la Ley. Con este procedimiento, digamos de transacción, se cumplió con el espíritu de la Ley, y a la vez se contemporizó con la indiada, dejándola explotar en comunidad lotes de terreno divididos del común [. . .]<sup>7</sup>.

La tierra del común de Papantla se dividió en grandes lotes en calidad de propiedad privada, pero la explotación y manejo interno de los mismos era comunal. No operaban, todavía, los principios de la propiedad privada en cuanto al modelo clásico definido por Bohannan. Lo que operaba, por consiguiente, eran los principios de comunidad y reciprocidad que permearon la relación de los indios con la tierra del común de Papantla. En primer lugar, para tener derecho de acceso al lote o “condueñazgo” era necesario ser cabeza de familia, miembro del común, siendo beneficiaria cada familia o estirpe que perteneciera a la etnia. Este era un derecho reconocido por el gobierno estatal, como se manifiesta en el caso del cantón de los Tuxtlas, en que

[. . .] se reconoce derecho para tener parte en [dicha] división, en todos los que forman cabezas de familias y en las extirpes, hijos todos de la mencionada Villa o sea del Municipio, [y se agrega que] la división en lo general se practicará dividiéndose el terreno en lotes iguales que representen idéntico valor por su calidad y condiciones peculiares; y cada lote será aplicado por suerte a cada familia o extirpe que conforme al artículo anterior tenga derecho a ser beneficiados [sic] (*Informes*, 1986, tomo V: 2295-2296).

Los condueños de cada uno de los 25 lotes en que se dividieron las tierras comunales de Papantla entraron en posesión común de los mismos, teniendo cada uno de ellos derechos adquiridos sobre la tierra, más no propiedad privada de la misma. Lo importante en este primer momento, es que todavía las parcelas no existían, de hecho, en calidad de pro-

propiedad privada. Tanto es así, que en los títulos de propiedad que se expidieron en el año 1877, a nombre de cada condueño, no constaba el número de hectáreas que a cada uno le correspondía, ni la extensión ni la ubicación de las mismas. Sólo constaba que determinada persona era, legalmente, “condueño” de determinado lote (Archivo Notaría Núm. 1). Esto permitía, con seguridad, que se siguiese manteniendo la tradicional rotación de tierras para el cultivo de roza, aunque ahora centrada en el interior de cada lote.

La organización y manejo interno de los asuntos de cada lote eran mancomunados, así, por ejemplo, todos los condueños de un lote, en asamblea, elegían un apoderado y un tesorero del mismo, a quienes se delegaban poderes para resolver cuestiones, pero a quienes también se podía cuestionar en su actuación. Entre las facultades del primero se encuentran la de admitir nuevos colonos para que cultivasen la tierra; dar permisos para que se establecieran plantíos de café, añil, cacao, etcétera; celebrar contratos de corte de madera; permitir el establecimiento de potreros para cría o engorde de ganado, y asumir la representación de los condueños en cualquier negocio o trámite judicial (Archivo Notaría Núm. 1).

Los elementos aquí expuestos con respecto al “condueñazgo” sugieren que todavía en esa etapa lo que estaba dominando eran las fuerzas que caracterizaban a la costumbre de los totonaca, más que a la ley que el Estado comenzaba a imponer; todavía dominaba una tenencia comunal de la tierra por sobre la propiedad privada. Este fue un momento de gran tensión interétnica, en que se produjo, por parte de los indios, un reacomodo importante en cuanto al acceso a la tierra, pautas de asentamiento y organización comunal, derivados del deslinde de sus tierras comunales. Cabe mencionar, entre otros, la importancia que comenzaron a adquirir los límites que marcaban la pertenencia a uno u otro “condueñazgo” en cuanto al ejercicio de ciertas prácticas sociales, como ser la prestación de faena. Esta es una impronta que trasciende a la institución del “condueñazgo” aun mucho tiempo después de que éste hubiese desaparecido.

No es coincidencia que en estos años comenzasen una serie de levantamientos totonaca que se agudizaron entre 1885 y 1906. Todos ellos tenían un común denominador: defensa de la tierra y de la identidad totonaca<sup>8</sup>. Cabe mencionar que en 1885-1886 ocurrió en Jalacingo, Misantla y

Papantla el levantamiento que lideró Antonio Díaz Manfort, con el objeto de detener la división de terrenos, expulsar a los extranjeros, restablecer las procesiones y contra las “injustas” leyes de Porfirio Díaz. En los años 1887 y 1888 ocurrió la sublevación liderada por Antonio Vázquez y Miguel Herrera, en Papantla, para no pagar los impuestos al café y tabaco, así como los honorarios por mediciones de los terrenos comunales; en la que se propagó la intención de derrocar a las autoridades y establecer un gobierno de indios. En 1891 y 1896 se produjeron levantamientos que, entre otras causas, buscaban impedir que continuase la división de terrenos (Velasco Toro 1979: *Informes* tomos V y IX, 1986).

El gran cambio en cuanto a la tenencia de la tierra en Papantla ocurrió entre los años 1893 y 1898 en que, sofocada la revuelta totonaca de 1891, el gobierno realizó el fraccionamiento de los grandes lotes o “condueñazgos” en parcelas individuales, en calidad de *propiedad privada*. Esto implicó que se configurase un mapa de tenencia de la tierra de acuerdo al modelo occidental a que se refiere Bohannan; recién entonces comenzó a ser aplicable el símil del enrejado de la raqueta de tenis, con que ilustra el autor este modelo. Es en este momento que a cada condueño se le entrega el título de propiedad de su parcela, en el que consta la cantidad de hectáreas, áreas y metros cuadrados que le corresponden, sus linderos, y el valor calculado de cada parcela. A partir de dicho momento, el hombre queda fijado a una porción de tierra, que mantiene su integridad aun cuando los dueños cambien, y cuyos linderos se precisan escrupulosamente en las cuatro direcciones. Se considera que esa porción de tierra tiene un “dueño absoluto”, y se legaliza esta relación del hombre con la cosa, por la obligación de inscribir el título en la instancia correspondiente del aparato burocrático-administrativo, el Registro Público de la Propiedad (Archivo Notaría Núm. 1).

Poseo información acerca de la parcelación individual de 17 de los 25 lotes o “condueñazgos” de Papantla. Estos 17 lotes fueron divididos en un total de 3.396 parcelas, para ser entregadas a igual número de condueños, incluyendo las correspondientes al fundo legal de cada lote (Gatti y Chénaut 1987: cap. III). El número y la extensión de las parcelas dependía en cada caso de la extensión del lote que se dividía, de la calidad de la tierra, así como de la cantidad de beneficiarios a los que ésta se entregaba. Cabe mencionar que el tamaño promedio de cada parcela fue de 23 ha, y que las pequeñas propiedades sólo se otorgaron a aquellas personas

que justificaron con documentación sus derechos al terreno, ya sea porque ellos o sus antepasados hubiesen tenido acceso al "condueñazgo" en los repartos que se realizaron en los años 1875 a 1876 (Archivo Notaría Núm. 1). Esto significa que el derecho a la pequeña propiedad se define también en este caso por la pertenencia étnica.

El cambio en la tenencia de la tierra, de comunal a propiedad privada, se realizó definitivamente<sup>9</sup>. Pero, ¿implica esto que la ley haya logrado desplazar a la costumbre en cuanto al acceso a la tierra que era vigente entre los totonaca? El hecho de que se modificase la tenencia de la tierra, ¿implica que para los indios hayan cambiado los "usos y costumbres" a ella asociados? Igualmente, ¿de qué manera la costumbre se ha modificado y adecuado a las nuevas pautas de asentamiento y apropiación del suelo, motivados por el cambio en la tenencia de la tierra? Este problema debe ser planteado teniendo en cuenta la interrelación entre los tres factores que plantea Bohannan (1963): la manera en que los indios conciben su "mapa" de la región donde viven, su relación con el entorno físico, y los valores propios de su sistema social con una dimensión espacial. Es la interrelación de estos elementos la que está operando en los totonaca a lo largo del proceso de fraccionamiento de sus tierras comunales. No se niega, sin duda, que la concepción individualista que introduce el Estado, al fraccionar estas tierras, influye y modifica el sistema de representaciones de los indios con respecto a la misma. Un elemento importante, en este sentido, es la especulación que el gobierno mismo propició y que parece haber contado con el apoyo de algunos totonaca, en cuanto a la venta indiscriminada de parcelas fraccionadas. Tal parece ser el caso del líder indígena Simón Tiburcio, que vendió títulos de propiedad que se le confiaron, en provecho de miembros de la naciente burguesía regional y de la compañía de petróleo El Aguila (Kelly y Palerm 1952).

Es necesario tener en cuenta que si bien la ley preveía la adjudicación de las parcelas por sorteo entre los beneficiarios, de hecho la distribución de la tierra tuvo que respetar la apropiación del espacio que éstos habían realizado con anterioridad al fraccionamiento individual, otorgándoseles el lugar que ya ocupaban con sus cultivos y viviendas. Pero hubo un elemento importante que modificó la relación del totonaca con la tierra, ocasionando un obligado sedentarismo como consecuencia del deslinde y la parcelación. Al ser deslindadas las tierras, el totonaca debe —al

menos teóricamente— rotar sus cultivos en el interior de cada lote o “conducñazgo” al cual perteneciera. Al fraccionarse éste en parcelas individuales en calidad de propiedad privada, ya no puede —legalmente— expandir sus cultivos más allá de su propia parcela, sino que debe rotarlos dentro de la misma. Debe asumirse como probable el hecho de que, en la práctica, el acuerdo solidario entre los propietarios permitiría ampliar el espacio disponible para la rotación, ocupándose mancomunadamente varias parcelas contiguas. En principio, sin embargo, debe considerarse que —dada la restricción territorial— la rotación ya no es posible, lo que en corto plazo conduce a una alteración ecológica que sobre-explota la tierra.

¿Cuáles son las estrategias de supervivencia y las prácticas sociales que desplegaron estos indios sobre la tierra parcelada al criterio occidental? ¿Cómo se expresa ahora la costumbre, y a qué niveles opera la reciprocidad definiendo y regulando el acceso a la tierra? Para ilustrar sobre estas cuestiones, se señalarán sólo dos aspectos, basados en etnografía, que relevaron Kelly y Palerm a mediados del presente siglo.

En primer lugar, es necesario señalar que las parcelas individuales se han convertido en la tierra familiar, que los totonaca transmiten a sus hijos de generación en generación. El hecho de que los padres transmitan la tierra a los hijos no tendría nada de novedoso, si no fuera porque en este caso encontramos que a pesar de la parcelación los totonaca siguen manteniendo la tradición de vivir junto a la tierra que cultivan, agrupados entre sí por línea patrilineal. Esto lo han mostrado Kelly y Palerm (1952), cuando al estudiar lo que era el antiguo lote Núm. 19 (Ojital y Potrero), encontraron que en el pueblo de Tajín, antiguo fundo legal del “conducñazgo”, residían aquellas personas que no tenían tierras o las dedicadas a los servicios. La mayoría de las familias, en vez de concentrarse en el fundo legal, mantenía la antigua costumbre totonaca de vivir junto a la tierra que cultivan, agrupándose hasta ocho familias en una parcela, manteniendo normas patrilineales y patrilocales en cuanto a herencia y residencia.

Otro elemento a destacar, señalado por estos autores, es el hecho de que la faena o trabajo comunal que prestan los totonaca para el servicio público seguía delimitándose, al menos hasta mediados del presente siglo, de acuerdo a los límites espaciales de lo que era un antiguo “conducñazgo”. Es interesante anotar que, aun cuando éstos habían desapare-

cido hacía más de 70 años, su demarcación seguía funcionando como el límite reconocido por los habitantes de Tajín dentro del cual se podía prestar la faena. Esto significa que un miembro de la comunidad de Tajín (ex Potrero) puede prestar su día semanal de trabajo gratuito en la comunidad de Ojital (con la cual conformaba un “condueñazgo”), más no en cualquier otra comunidad de las que pertenecían a las tierras comunales de Papantla. Es importante destacar, entonces, como lo señala Lartigue, que

[. . .] la organización del trabajo comunal a nivel del conjunto de los dueños de parcelas del ex-condueñazgo [. . .] [es] el elemento público alrededor del cual los habitantes se identifican entre sí y se distinguen de los otros (1983: 102).

Las cuestiones aquí apuntadas permiten deducir, como ya lo plantea este autor, que la “lógica de la destrucción de lo comunal por la apropiación mercantil” no es inevitable e irreductible, sino que es necesario examinar su relación en su articulación sincrónica. Estos breves apuntes han tenido el propósito de señalar que, a pesar de las modificaciones derivadas de la introducción de la propiedad privada sobre la tierra, han persistido prácticas sociales relacionadas con ésta, que nos remiten a los valores de una costumbre anclada en la reciprocidad.

#### **LOS TOTONACA DE LA SIERRA: EL RITUAL Y LOS MUERTOS**

Siendo el ámbito del ritual un mecanismo importante de control social y ajuste (Gluckman 1978), me interesa mostrar con etnografía de los totonaca de la sierra poblana, que el rito —tanto comunitario como familiar— está fundado en derechos y obligaciones cuyo cumplimiento asegura el buen funcionamiento y garantiza la reproducción de la estructura social.

El primer gran rito que se practica en la población serrana de San Pedro Petlacotla es el destinado a garantizar la reproducción de la comunidad como tal<sup>10</sup>. Es el rito comunitario conocido como Tawilate o Gran Costumbre, que se celebra a mediados de agosto durante ocho días. Esta es la gran ceremonia para pedir por la fertilidad de la tierra y la protección del pueblo, ya que Tawilate quiere decir que “la gente viva, que no se enferme, que vivan los animales”<sup>11</sup>. El carácter colectivo de la fiesta

se manifiesta en el hecho de que toda la comunidad tiene que participar en ella; en primer lugar, coopera con dinero y bienes, ya que en esos días se consume una gran cantidad de refino, mole y tamales. Toda persona que asiste, recibe comida y bebida. Y toda la noche se bailan los sones rituales, adornados los presentes con collares y coronas de flores de cempasúchil, llevado en las manos sonajas de palma trenzadas, mientras arpa y violín acompañan el monótono mover de los cuerpos.

El Tawilate se realiza para honrar a los "ídolos" de la comunidad, figuras de piedra y arcilla, que representan a las principales divinidades o dueños (dueño del maíz, del chile, de la tierra, etcétera)<sup>12</sup>. Estos "ídolos" se veneran en dos cuevas ubicadas en extremos opuestos del poblado, a donde se llevan ofrendas y se baila, luego de lo cual la gente se reúne en el centro del pueblo. El largo y complicado rito del Tawilate es oficiado por cuatro "brujos" (dos hombres y dos mujeres), a los que se denomina Tlahuaná, quienes tienen a su cargo la realización del sacrificio, que se encuentra en el centro de todo el rito. Muerte que da vida, el sacrificio de innumerables pollitos y algún guajolote, permite rociar con sangre las ofrendas de maíz y frijol que cada participante lleva. Garantizada así la fertilidad de la tierra, es necesario proteger los límites de la comunidad, para lo que se entierran ciertas ofrendas en cuatro direcciones diferentes.

Es necesario remarcar el carácter colectivo y comunitario del rito, y para ello se apuntarán algunos elementos que fue posible entrever en cuanto a su organización. En primer lugar, el derecho a participar (y, por consiguiente, a recibir los beneficios derivados del ritual de fertilidad y protección) se deriva de la pertenencia a la comunidad, e implica la obligación de colaborar en la organización de la fiesta. Esta es una obligación que atañe a todos los miembros de la comunidad cuando, hacia finales del mes de julio, se designa a los nuevos *piscales*, encargados de guardar y custodiar los "ídolos" en sus casas. Una vez que se ha producido el cambio (que amerita una buena salva de cohetes), los nuevos *piscales* llaman a una asamblea, donde se decide acerca de la realización del Tawilate. Una vez tomada la decisión positiva, se envía a los topiles<sup>13</sup> para que recolecten las aportaciones personales. La obligatoriedad de esta cooperación (que también implica el trabajo en la confección de adornos y alimentos) es enfáticamente señalada por todos los informantes.

No es posible dejar de mencionar aquí que San Pedro ofrece un perfil semejante a la distante comunidad, también serrana y totonaca, de

Eloxochitlán, que describieron Viqueira y Palerm (1954). En este sentido, considero igualmente aplicable a San Pedro el planteo de que el eje de la vida social se ubica en la comunidad, y se ha construido alrededor de los valores de la riqueza para su dispendio en fiestas comunales, del ejercicio de la autoridad, y de la magia con una activa brujería.

En San Pedro encontramos otro rito, que también recibe el nombre de “costumbre”<sup>14</sup>. Es el que realizan las familias en el seno de la vida doméstica, siendo la ceremonia fundamental para curar cierto tipo de enfermedades: aquellas producidas por la acción de la *sombra del muerto* debido a la continua interferencia de los muertos en la vida de los vivos<sup>15</sup>. Esto ocurre sólo cuando los familiares no han contentado al pariente fallecido, luego de su muerte, con una “costumbre”; por lo general, esta obligación es para con los muertos cercanos, como padres o abuelos. Si la familia no ha cumplido con el rito prescrito (en general porque insume demasiado tiempo, dinero y esfuerzo su organización), es entonces que se realiza la interferencia del muerto sobre algún *familiar* vivo. La reciprocidad que opera en el interior del grupo doméstico involucra en este caso tanto a los vivos como a los muertos, y el incumplimiento de las obligaciones derivadas del parentesco (en este caso lo que en San Pedro denominan el “no despedirse bien de los muertos”) es fuente de males y desgracias. La sombra del muerto puede afectar tanto a niños como a adultos, sin importar la edad ni el sexo, enviando cualquier tipo de enfermedades.

Es por ello que cuando alguien enferma, inmediatamente se consulta a los “brujos”; si éstos diagnostican que esa persona “agarró el chillido del muerto” —según la expresión que se usa en la localidad—, la única manera de curarlo es realizando una “costumbre de contentación”. A ella deben acudir todos los parientes del muerto<sup>16</sup>, y se realiza invariablemente en la noche del día viernes al sábado<sup>17</sup>. Existen estrictas normas de parentesco que definen quién es el pariente vivo más cercano del muerto, a quien le corresponde la organización de la “costumbre”, y con quien todos deben cooperar con dinero, trabajo y bienes. Un ejemplo de esta situación es el caso de Pancho, de tres años, quién “agarró el chillido” de su abuela materna y no quería comer; pero no era su padre, sino su abuelo, marido de la difunta, quien debía tomar la iniciativa de realizar la ceremonia para curar al niño. Como ésto no ocurría, el padre del niño se lo exigió, pues de otra manera nadie de la familia podía organizarla.

En toda "costumbre" está siempre presente la necesidad de despedirse bien de los muertos, y es por ello que en una "costumbre grande" se utiliza un "relevo" (una persona del mismo sexo del muerto), que se presta a tomar en la ceremonia el lugar del difunto, y a la que los familiares obsequian y piden perdón, como si se estuvieran dirigiendo al familiar que ha fallecido.

El "relevo" desempeña un papel central en la compleja ceremonia; parte del ritual prescribe un acto de purificación por el que se lo baña en un pozo o corriente de agua, tarea que realiza cada hijo o pariente cercano del muerto, usando cada uno un jabón diferente, que luego le regalan. Asimismo, se le regalan prendas personales de la persona difunta, y al finalizar la ceremonia le corresponde (al igual que a los oficiantes, músicos, y otros) una parte de la comida que se preparó, la que se aparta antes de ofrecer a los presentes.

En caso de que la "costumbre" se realice para un matrimonio que ha fallecido, se necesitan dos "relevos", hombre y mujer. En el transcurso de la ceremonia ambos bailan los sones rituales, debiendo llevar el primero un pañuelo sobre los hombros, y la segunda listones de colores en el cabello, mientras los parientes les piden por turno perdón. Se denomina "bailar al relevo" al hecho de que cualquiera de los presentes en la ceremonia lo tome del brazo y baile los sones con él. En la localidad hay varias personas que cumplen con determinados requisitos como para poder funcionar como "relevos" en las diferentes ceremonias para contentar que se realizan; pero ellos no pueden ofrecer sus servicios, ya que son los parientes del muerto quienes deben pedírselo.

De acuerdo con las posibilidades económicas de cada familia, se puede realizar una "costumbre grande", porque en ella se baila, se come en abundancia y dura una o varias noches; mientras que una "costumbre chica" es aquella en que no se bailan los sones, se gasta menos en comida y adornos, realizándose por lo general a la tarde. En ambos casos debe ser oficiada por un "brujo" (sea hombre o mujer), y el sacrificio de los pollitos y el tendido de los palitos de ocote es parte invariable del rito<sup>18</sup>. Ambas requieren la colaboración económica, en partes iguales, de todos los hijos o parientes cercanos del difunto. La "costumbre grande" (que insume una fuerte inversión) es un acontecimiento largamente comentado en el pueblo, apreciándose una fuerte competencia redistributiva entre las familias, en cuanto a cuál la realiza antes que la otra, cuál la rea-

liza mejor<sup>19</sup>. Esta puede ser una de las maneras de canalización del antagonismo y la competencia interdoméstica.

Las ceremonias para contentar a los muertos a fin de curar a los vivos muestran una manifiesta interdependencia entre vivos y muertos y la centralidad que tiene esta relación en la vida ritual de San Pedro. Pero ¿cómo caracterizar esta manifestación de los muertos sobre los vivos? Ichon (1973) considera que los totónaca de la sierra utilizan las palabras *alma*, *espíritu* o *sombra* como equivalentes para referirse al alma de una persona<sup>20</sup>. Según este autor, habría dos tipos de alma; la del principio vital, que se sitúa en todos los puntos del cuerpo en que late el pulso (*listákna*), y la del principio del conocimiento, cuya sede es la cabeza (*likatsin*). La muerte sobreviene cuando la primera abandona el cuerpo, pero ambas permanecen cerca de los vivos de la familia durante un periodo de cuatro años, en que pueden transtornarlos. Pasado este tiempo, se produce el alejamiento definitivo. Pero es el alma que confiere la vitalidad la que trastorna especialmente a los vivos, al igual que la que se aleja del cuerpo cuando una persona sufre de “espanto”, y por ello se debilita.

Ichon denomina *quitar la sombra del muerto* a la ceremonia dedicada a contentar a los difuntos. De la misma manera, al comentar Turner (1980) los rituales de aflicción entre los ndembu, utiliza la expresión *sombra del muerto* para referirse a los espíritus de los parientes muertos que han sido olvidados por los vivos, y que causan enfermedades. Al analizar Gluckman (1978) esta concepción que se encuentra presente en diferentes etnias del África, sostiene que los espíritus ancestrales causan desgracias debido a dos tipos de malas acciones: 1) por no cumplir las obligaciones debidas a los mismos espíritus; 2) por el incumplimiento de las obligaciones para con los parientes vivos, como ser el desconocimiento de la autoridad de los ancianos. En ambos casos se presenta los derechos y obligaciones derivados del parentesco como el punto nodal que regula y controla las relaciones sociales.

El rito (la “costumbre”) es oficiada en San Pedro por los “brujos” que operan como agentes de control social en la comunidad, a través de la brujería, que tiene gran importancia en la vida social. Gran parte de las decisiones que se toman depende del posible daño que los adversarios puedan hacerle a uno. El “daño”, su posibilidad, está presente en la vida cotidiana, se vive y se convive con el temor a los “brujos”<sup>21</sup>.

Estos, asociados con lo malo, son temidos y poderosos. Es necesario aclarar que utilizo la expresión "brujo" ya que ésta es la comúnmente usada en la comunidad. En esta categoría (que a su vez involucra diferentes jerarquías) los sampedreños incluyen a aquellos oficiantes del rito que no sólo pueden causar daño, sino que también pueden curar. De esta manera, la posibilidad de dañar y de curar se unen en la misma persona. Sólo estos "brujos" están capacitados para officiar "costumbre", y es también a través de una "costumbre" que conocerán cuáles son sus poderes adivinatorios y curativos<sup>22</sup>. La brujería que ellos practican se convierte en una de las causas de enfermedad, que puede causar la muerte, y contra la que hay que protegerse con "limpias"<sup>23</sup>.

Hay muchas razones que motivan el que una persona sea destinataria de un "daño"; ya sea porque una muchacha a la cual solicitaron en matrimonio se negó, o porque a una "bruja" poderosa la envidian sus colegas, o por disputas por tierras, o por disputas por hombres, o por venganza de sangre, etcétera.

Uno de estos casos es el de Pilar, una joven de 25 años, con quien hice amistad en San Pedro. Ella se encontraba en este tiempo en un serio dilema, ya que se veía requerida en matrimonio por don Víctor, hombre de 55 años y exitoso comerciante, cuya segunda mujer lo acababa de abandonar. Pilar dudaba en aceptar por dos razones: a) la posición económica que tendrían sus propios hijos a la muerte del marido, tomando en consideración que el candidato ya tenía varios hijos de uniones anteriores; lo cual no era un serio problema, puesto que ya que él no estaba casado legalmente con ninguna de las anteriores mujeres, Pilar pondría el matrimonio como condición; b) la segunda y más importante razón, que la llevaba a dudar, era el temor a la brujería. Esto se debe a que la madre de la segunda mujer de don Víctor es considerada en la comunidad como una persona que cree en la brujería y la practica. Al punto de que para ilustrar esta aseveración se sostiene que por disputas de terrenos, en relación con su solar, mandó hacer "daño" a su vecina, a quien se le murieron dos hijas. Con estos antecedentes, es comprensible que Pilar tuviese sus dudas. (Véase el trabajo de Magdalena Gómez, que muestra el caso polar en que en algunas comunidades se dio muerte al "brujo", con la creencia de que así el agraviado se liberaría de la causa de sus males y enfermedades).

En realidad, el problema se origina porque don Víctor sostenía no creer en la brujería; su incredulidad lo haría vulnerable al “daño”, ya que él no estaría de acuerdo en someterse a “limpias” para protegerse. Así, en caso de que fuera sujeto de brujería, sería posible que regresase irremediabilmente con su segunda mujer. La protección que Pilar conseguiría, a través de “limpias”, sería socialmente ineficaz ante la desprotección en que la colocaría la incredulidad de don Víctor. No llegué a conocer cómo se resolvió esta situación, pero éste es un caso que nos muestra a la brujería controlando y regulando las relaciones sociales.

Esta regulación parece no tener límites temporales, ya que no importa la distancia entre el momento en que se realiza el “daño”, y aquel en que aparecen sus efectos, pudiendo llegar al destinatario así pasen varios años. Esto ocurre, por ejemplo, en casos de venganza de sangre, cuando no se sabe quién es el homicida de un pariente muerto. Pero con el tiempo, el asesino confesará, impresionado por las visiones y el “esparto” que el “daño” le producen. El hecho de que la brujería llegará inexorablemente al homicida, desplaza sin duda la tensión que motiva la venganza de sangre.

Un caso de este tipo ocurrió durante mi estancia en la localidad. Una mañana se descubrió el cuerpo de un joven que había sido degollado. A pesar de que el asesinato se realizó cerca de varias viviendas, no hubo una sola persona capaz de proporcionar información sobre el atacante. Cabe preguntarse si ésto no fue una saludable medida para evitar agresión por parte de los parientes del asesino. Pero ello no era motivo de preocupación en el pueblo: se daba por hecho que a instancias de los parientes del muerto, los “brujos” estaban comenzando a “trabajar”. Esto implicaba que “tarde o temprano” se conocería quién era el asesino. Esta seguridad que los sampedreños manifiestan, en las fuerzas que regulan la vida social, es una manera de expresar que en el interior de la comunidad el ejercicio de la justicia (= el castigo del culpable), se define, también, por la relación con lo sobrenatural.

Estos ejemplos muestran la presencia, en San Pedro, de una estrecha interdependencia entre rito, brujería y medicina, que forma parte de un sistema de pensamiento que se articula —fundamentalmente— con base en la relación del mundo de los vivos con el mundo de los muertos. Las obligaciones vinculantes derivadas de la reciprocidad se inscriben en el centro de este sistema.

**LOS TOTONACA DE LA COSTA:  
EL GRUPO DOMESTICO**

Viqueira y Palerm (1954) apreciaron que en la comunidad de Tajín, en la planicie costera veracruzana, el eje de la vida social reside en la familia. Para quien observa en la actualidad a los totonaca de la costa, es efectivamente la vida doméstica la que se percibe como el núcleo dominante de la organización social. Entre los antropólogos, el terreno de la familia ha sido quizás el más fértil para detectar las obligaciones y derechos que vinculan a los sexos y a los grupos, creando y reproduciendo una costumbre que norma y regula las prácticas sociales<sup>24</sup>. No en vano Lévi-Strauss (1975), al definir este fenómeno euasi universal que es la familia, establece como una de sus características el aspecto legal de la relación que une a las partes: lazos legales, derechos y obligaciones, una red de prohibiciones y privilegios.

Utilizando el concepto *grupo doméstico*<sup>25</sup>, me centraré en describir el caso de una familia poligínica con la que conviví durante la temporada de campo de los años 1980 y 1981 en el ejido de Cruz de los Esteros, Veracruz<sup>26</sup>; ello permitirá señalar algunos mecanismos del ejercicio de las normas jurídicas operando en los grupos domésticos de los totonaca de la costa, y al mismo tiempo percibir la oposición entre las prácticas consuetudinarias, sancionadas y aprobadas por la comunidad, y la ley, sancionada por las regulaciones del Estado. (Véase el trabajo de Teresa Sierra, en que se analiza la conciliación indígena como instancia de litigio a nivel comunal, donde se produce la vinculación de las prácticas consuetudinarias con las prácticas legales del derecho positivo nacional).

Cabe recordar que una familia totonaca típica de la costa es definida por la literatura antropológica (Kelly y Palerm 1952; González Bonilla 1942; Harvey y Kelly 1969; Walter 1977; Viqueira y Palerm 1954) como centrada alrededor de la acumulación de bienes (especialmente a través de la comercialización de la vainilla) y de la familia extensa patrilocal, debiéndose fidelidad estricta a la autoridad y mandatos del *pater familia*. La mujer, sin embargo, cuenta con un alto estatus en la sociedad y participa en un plano de igualdad con el hombre en el desempeño de las tareas agrícolas. Todos los miembros que integran el grupo doméstico constituyen una unidad de producción y consumo, en que los niños son incorporados activamente a las labores productivas desde la edad de 6 a 7 años,

en relación con sus capacidades y su sexo. La temprana inserción en las actividades de producción y reproducción del grupo doméstico corre paralela con una temprana sexualidad y el desarrollo de matrimonios precoces.

La tradicional "boda" totonaca implica transacciones muy formales, intercambio de regalos, bendición ritual de los padres y comprobación de la virginidad de la novia (Walter 1977), pero la crisis económica y la modernidad hacen cada vez más difícil la celebración de la fiesta que ésta implica. Lo más común es el "robo", el matrimonio por consenso, que la comunidad acepta y legitima, independientemente de que se haya celebrado o no por el rito civil y religioso.

Las normas de residencia son patrilocales. La pareja recién casada vive con los padres del novio, siendo muy difícil el caso inverso, que resulta prácticamente inconcebible: la mujer podría aprovecharse de la situación y violar las normas de la preeminencia masculina. Luego de vivir un par de años con la familia del novio, la pareja puede construir su propia casa, por lo general en el solar paterno, o —como en el caso de Tajín— en las parcelas familiares que se transmiten de generación en generación. La pauta de residencia, por consiguiente, está constituida por un conjunto de viviendas cuyos miembros se relacionan entre sí por línea paterna (Harvey y Kelly 1969; Walter, *op. cit.*). La transmisión de la herencia es patrilineal: la tierra se divide por partes iguales entre los hijos varones, aunque en casos de producción ganadera no es conveniente su división, sino el trabajo conjunto por parte de los hermanos (Walter, *ibid.*).

El aspecto más espectacular de la organización social de las familias totonaca de la costa son los matrimonios poligínicos, que se explican en función del prestigio, la acumulación de bienes y la división del trabajo a nivel del grupo doméstico. En estos matrimonios, la esposa principal tiene autoridad sobre las otras esposas (aunque por lo general sea sólo una más), con las que divide el trabajo agrícola y doméstico. Autores como Harvey y Kelly (1969) sostienen que la tradicional participación de la mujer totonaca en las tareas agrícolas tiende a favorecer la poliginia, debido a la ventaja económica que para el grupo doméstico significa el trabajo agrícola de la segunda mujer y de sus hijos. Walter (*ibid.*), que tomó conocimiento de doce casos de poliginia en la comunidad que él denomina Progreso, cercana a Papantla, también considera importante marcar el aspecto de la división del trabajo como una estrategia adaptativa de estos grupos domésticos poligínicos.

Esta cuestión de la división del trabajo es importante para la delimitación de los derechos y obligaciones que se ejercen en el grupo doméstico, y la manera específica que a ello imprimen los totonaca. Este es el momento en que se debe distinguir entre el hecho de la división del trabajo entre los sexos, que es prácticamente universal, del modo por medio del cual se distribuyen las diferentes tareas entre uno y otro sexo. Es justamente aquí donde se reconoce la "influencia de los factores culturales" (Lévi-Strauss 1975), donde es posible apreciar la especificidad del contenido que los totonaca imprimen a la relación hombre-mujer.

En la costa veraacruzana, el caso de don Pedro y su familia (el único de poliginia que he detectado en Cruz de los Esteros) puede ayudar a comprender el funcionamiento de algunas de las normas que regulan el grupo doméstico totonaca. Aun siendo un caso excepcional, y quizás justamente por esto, el de don Pedro remite a una situación en que, al no estar dadas las condiciones para el cumplimiento de las normas de residencia y herencia vigentes entre estos totonaca, es necesario forzar ciertas relaciones entre parientes, con el objeto de que el cumplimiento de la costumbre quede garantizado.

Don Pedro ha logrado realizar una considerable acumulación de tierra<sup>27</sup>, en la que tiene ganado y cultiva maíz y naranjos, abandonando hace unos años el cultivo de la vainilla por la citricultura, que requiere menos cantidad e intensidad de trabajo. A los 16 años se casó con su primera mujer, doña Lupe (53 años), que en esos momentos sólo tenía 13 años, siendo también totonaca originaria de Boca de Lima. Su segunda mujer, doña Ofelia (45 años), nació en el ejido, y con ella don Pedro no tuvo hijos. Según fui informada a mi llegada a la localidad, con su primera mujer don Pedro tuvo cuatro hijos, de los que murieron dos siendo muy pequeños, mientras que Trinidad (40 años) está casada y vive en el ejido y Orlando (18 años) estudia en Puebla en la Universidad de las Américas. Por las normas de residencia, la única hija mujer reside en un solar aparte en el ejido, cercano a los familiares de su marido, quien atiende sus propios asuntos sin intervenir para nada en los de su suegro.

Cuando don Pedro tenía vainillales, sus dos esposas salían juntas al campo a fecundar vainilla, al mismo tiempo que se encargaban de beneficiar las vainas ya maduras<sup>28</sup>. En la actualidad, sin embargo, se observa entre ellas una clara división del trabajo: doña Lupe hace todo el quehacer de la casa del ejido (una choza de barro y palma). Esta es la casa *prin-*

*cipal* de don Pedro, la cual —por correspondencia— es el ámbito de la esposa principal, con la jerarquía y los derechos que le corresponden. Así, doña Lupe emplea su tiempo en los múltiples detalles que requieren las varias tareas de la casa, preparar la comida, alimentar a los animales, hacer el aseo, atender a los fuereños (cumpliendo con su papel de anfitriona), etcétera.

Doña Ofelia, en cambio, es quien ayuda al marido en lo que implica desplazarse fuera del universo del hogar; ella es, de las dos, quien lo acompaña a ordeñar las vacas, quien viaja con él a atender los asuntos de la tierra que tienen en el sur del país, quien lo acompañó a Xalapa cuando partió un grupo de ejidatarios por trámites de la dotación, quien asiste especialmente a las asambleas ejidales. Su vigor, su carácter y sus relaciones políticas corren parejas con el hecho de que, entre las dos mujeres, ella es la que ha sido acusada de caciquismo junto con don Pedro y un par de ejidatarios más. Quien está en la casa del ejido es doña Lupe, pero el trabajo de doña Ofelia es también fundamental para la economía doméstica, sobre todo teniendo en cuenta que el único hijo varón de don Pedro vive fuera del ejido.

A esta división de roles entre ambas mujeres parece posible corresponder una división que es también espacial. Don Pedro rentó una casa en la cercana ciudad de Gutiérrez Zamora cuando Orlando tuvo que asistir a la escuela secundaria, y esta casa es, fundamentalmente, el ámbito de doña Ofelia, quien se desplaza continuamente de la ciudad al ejido. El ámbito de doña Lupe, en cambio, se encuentra en el ejido. Don Pedro circula entre ambos, repartiendo sus días entre las dos casas, mientras las mujeres conviven o no de acuerdo a las circunstancias. La relación entre ellos, de franca cordialidad, está ciertamente basada en la organización interna del grupo doméstico y en las relaciones de reciprocidad inmediata que les son inherentes. Es posible deducir esto de la convivencia efectiva que se observa entre las dos mujeres en la vida cotidiana, ya sea en su plática incansable mientras cosen, mientras se ayudan en el quehacer culinario, en los viajes que realizan juntas a Puebla a visitar a Orlando, o para asistir a bodas y celebraciones familiares. Pero las relaciones jerárquicas, que marcan en la segunda mujer un estatus inferior al de la primera, no parecen amedrentar a doña Ofelia, que suple esta carencia con un genio demasiado vivo, y la efectiva dominación que ejerce sobre Orlando, a quien trata como si fuera su propio hijo.

A lo largo de mi estancia en la localidad, comencé a visualizar lo complicado de la situación familiar. Si fue relativamente difícil el que se aceptara en mi presencia que se mantenía una relación poligínica, lo fue más el que se reconociera que Orlando no era el hijo, sino el nieto. Al señalar esta cuestión, quiero marcar que entreveo en ella los mecanismos que permiten mantener el ejercicio de ciertas prácticas sociales en el ámbito de la costumbre comunitaria, que son aceptadas por consenso, y que a nadie interesa que pasen al ámbito de lo público. Es la contraposición en el seno del grupo doméstico, entre la costumbre y la ley: el forastero, aquel que no pertenece a la comunidad, sólo puede ver la cara formal que se le presente; pero sólo a través de la convivencia y la aceptación es que esas prácticas sociales subterráneas comienzan a ser develadas.

Orlando fue el primogénito de Trinidad, la única hija viva de doña Lupe y don Pedro. A los pocos meses de nacer, los abuelos se apropiaron del niño, a quien dieron su apellido y criaron como hijo, llegando a enterarse de la situación recién en su adolescencia, ante el inevitable comentario de algún miembro de la comunidad. La paternidad biológica fue así reemplazada por la paternidad social, con la creencia de que la convivencia, la cotidianidad y el cumplimiento de ciertos deberes y derechos, es lo que efectivamente genera la relación padres-hijos. Afortunadamente para los abuelos, Trinidad tuvo otros cinco hijos, dos de los cuales fueron varones. Con esta última familia, con quien doña Ofelia sólo es pariente por afinidad, se establece el parentesco ficticio del compadrazgo, nombrándosele madrina de bautismo de una de las hijas.

Esta apropiación, que los abuelos realizaron de su nieto mayor, parece explicarse en función de las normas de residencia y herencia, y en la necesidad de don Pedro de garantizar la continuidad de su casa, y de sus bienes. Esto sólo podía realizarse a través de un hijo varón. Como se explicó al comienzo de esta sección, la patrilinealidad y patrilocalidad determinan la herencia y residencia por la línea masculina; al no tener don Pedro hijos varones a quien heredar y que perpetúen su casa, su nombre desaparecería y sus bienes pasarían a su hija mujer y a su marido. Don Pedro prefirió forzar las relaciones sociales, y a través de la paternidad social estatuirse en padre de un hijo que no es su hijo sino su nieto, con lo que se garantiza el cumplimiento de la norma en cuanto a residencia y herencia.

Esto no significa, sin embargo, la obligatoriedad de que el hijo viva y trabaje en el campo junto al padre. Ya se señaló que Orlando estudiaba

en la universidad; sin embargo, cada vez que el joven visita el ejido, ayuda a don Pedro en todas las tareas del campo. El problema de este último reside en que él es el único hombre en el grupo doméstico para hacerse cargo de las labores agrícolas. Si bien la necesidad lo obliga a contratar peones cuando es necesario, se muestra renuente a ello y prefiere que las diferentes tareas sean realizadas por los miembros del reducido grupo doméstico. Ante la escasez de esta fuerza de trabajo, una de las estrategias que adopta don Pedro es la venta de su naranja por "huerto", lo que implica que el comprador adquiere la fruta todavía en el árbol, encargándose de cosechar, pesar la naranja y sacarla fuera del ejido<sup>29</sup>.

En esta situación familiar, se perciben dos núcleos de tensión en la relación que se establece con la persona extraña a la comunidad. Me refiero tanto a la poliginia, relación no aprobada por el Estado ni por la Iglesia, pero que la comunidad acepta y es práctica usual entre los totónaca, como a la apropiación del hijo, ya que para la ley civil esto también constituye un delito. Ambas situaciones se entrecruzan en la vida familiar, ya que las dos mujeres denominan "hijo" al joven, actuando ambas como su madre. Orlando, a su vez llama "mamá" a las dos, y eventualmente para aclarar de quién está hablando, antepone esta denominación al nombre de cada una. A don Pedro le otorga el tratamiento de padre.

Es interesante hacer notar que son los propios miembros del grupo doméstico quienes, en diferentes situaciones, me hicieron conocer los hechos, no recibiendo ninguna alusión al respecto por parte de los otros habitantes del ejido. Con esta referencia apelo al consenso de la comunidad con respecto a estas prácticas sociales que, si bien no son ejercidas por todos los miembros, pertenecen al ámbito de las costumbres privadas, las cuales no necesariamente deben trascender fuera de la comunidad. De esta manera, son los involucrados en el caso los que deben decidir informar y develar el asunto.

En esta compleja situación familiar parece estar operando la defensa del ejercicio de una costumbre que regula las relaciones entre los sexos y entre los miembros del grupo doméstico. La práctica de las normas de residencia y herencia, más los valores asociados a la necesidad de garantizar la continuidad de la casa y el nombre, se imponen fuertemente en un grupo social en el que el eje de la vida social se encuentra en el grupo doméstico. Esto lleva al extremo de forzar las relaciones de parentesco, pero ello sólo se puede realizar por la fuerza de las obligaciones vinculantes que relacionan a sus miembros entre sí.

## CONCLUSIONES

LAS OBLIGACIONES VINCULANTES:  
BASE DE LA COSTUMBRE

Al manejar la etnografía, a lo largo de este trabajo, me propuse mostrar que las obligaciones vinculantes, al regular las relaciones entre los sexos y los grupos, son la base de una costumbre que establece *quién* debe hacer *qué* cosa bajo determinadas circunstancias. Esto plantea el problema de en qué situaciones una costumbre (como conducta reiterada) permanece como *hecho*, y en cuáles otras se convierte en parte de lo que los diversos autores han denominado costumbre jurídica o, con más precisión, derecho consuetudinario. La diferencia estriba, según Castillo Ferreras (1973), en la obligatoriedad. Esto significa que hay hechos que se repiten constantemente en la vida social, pero que en el momento en que comienzan a considerarse como normativos, como lo que *debe* hacerse, se entra en el campo de la costumbre jurídica. El autor plantea así la importancia de la fuerza normativa de los hechos, lo que denomina hechos-norma. La costumbre jurídica es *jurídica* debido a su bilateralidad y coercitividad, y *costumbre*, por su especial carácter fáctico. Este cuerpo de costumbres se caracteriza por tener un origen totalmente independiente de la ley, y es derecho consuetudinario (Castillo Ferreras, *op. cit.*).

Es necesario destacar la importancia que adquiere la costumbre funcionando en su calidad de norma, de reglas de conducta. Ello, a pesar de que en una definición genérica se encuentran varias clases de normas (costumbres, *mores*, reglas y leyes). En los distintos ejemplos que se han desarrollado en este trabajo se trató de resaltar este aspecto normativo y obligatorio de la costumbre. El caso extremo es el de los totonaca de la sierra, para los que el incumplimiento de las normas con respecto a los muertos familiares ocasiona la enfermedad y hasta la muerte (caso II).

Las cuestiones aquí planteadas remiten a un problema que está presente en varias de las ponencias que integran este libro, el que se refiere a cuál es la especificidad que denota el concepto *derecho consuetudinario*. ¿Hasta qué punto tanto este término como el de *costumbre jurídica* plantean una contradicción intrínseca a ambos conceptos? Me refiero a que, por un lado, remiten a una práctica reiterada, mientras que por el otro apelan al ámbito de una ley aplicable o no. Esta es una cuestión

a profundizar en el futuro, pero hay que analizar de qué manera y hasta qué punto se debería reservar la palabra costumbre para aquellas relaciones que son anteriores (por profundas) a la existencia de un Estado, pero que cuando conviven con él, pertenecen al ámbito de lo privado, como se señaló al exponer el caso III de este trabajo.

Es necesario tener en cuenta, sin embargo, la complejidad de la relación que se establece entre la costumbre y la ley. Los diferentes criterios de clasificación de la relación entre ambas muestran los variados matices por los que la ley muchas veces admite expresa o tácitamente a la costumbre. Lo inverso también es posible, en casos en que la ley se *hace* costumbre, robusteciendo su eficacia (Castillo Farreras, *ibid.*). Se deduce que no es posible establecer límites fijos e inamovibles entre el campo que abarcan una u otra. En este trabajo se adoptó la posición de que el Derecho y lo jurídico remiten al campo de la legalidad del poder público y del Estado, por lo que se usa la denominación *costumbre*, en lugar de costumbre jurídica o derecho consuetudinario. Pero la interrelación entre ambos forma parte de la cotidianidad de la sociedad indígena, que no puede eludir la presencia del poder del Estado y de la sociedad mestiza sobre su estructura tradicional.

Con el material expuesto en este trabajo, creo haber mostrado que la costumbre opera en todos los niveles de la vida social, no sólo en las relaciones que regulan la propiedad, el matrimonio y la herencia (casos I y III), sino, incluso, en las relaciones con la fantasía y el mundo sobrenatural, tan constitutivas de la vida social como las anteriores (caso II). Ello muestra que en sociedades indígenas, como la de los totonaca, todavía es posible percibir lo que Mauss (1971) denominó el *hecho social total*, ya que ni el derecho, ni la economía, ni la religión, etcétera, conforman niveles que se diferencian claramente uno de otro. Como sostiene este autor

se expresan a la vez y de golpe todo tipo de instituciones: las religiosas, jurídicas, morales [. . .] y económicas [. . .] y a las cuales hay que añadir los fenómenos morfológicos que estas instituciones producen (1971: 157).

En el futuro, habría que profundizar este análisis hasta poder probar más explícitamente que las relaciones de costumbre, a que se hizo referencia en este trabajo, están efectivamente *incrustadas* en una estructura

de relaciones, de acuerdo a la caracterización establecida por Karl Polanyi (1975).

El análisis de la reciprocidad, como una teoría general de las obligaciones y el intercambio, fue establecido por M. Mauss en 1925 (1971), aunque en forma inacabada. Es importante destacar que este autor estudia el cambio-don como un *sistema de derecho*, y en este sentido destruye la antigua opinión de juristas y antropólogos de la época que consideraban que las sociedades “primitivas” sólo tenían derecho penal. Los estudios de la reciprocidad, que con tanto acierto sistematizaron Mauss y Malinowsky, y que luego profundizaron Polanyi (*op. cit.*) y Sahlins (1977), parecen fundamentales para comprender las formas de organización social de sociedades que, aun cuando no es posible denominarlas “primitivas” o “arcaicas”, se mantienen marginales con respecto al aparato productivo y reproductivo del Estado moderno. En estos casos, los intercambios basados en principios de reciprocidad no tienen que ver con los intercambios mercantiles, son relaciones no transformadas en *mercancía*, cuyo cálculo obedece a una lógica distinta a la del Modo de Producción Capitalista (Gatti 1981).

Los antes citados autores han remarcado la importancia del parentesco y las relaciones simétricas en el ejercicio de la reciprocidad. Sin embargo, Sahlins (*op. cit.*) destaca bien que ésta no es el intercambio uno por uno, y que hay una gradación desde la reciprocidad puramente altruista a los intercambios recíprocos que se hacen con un claro objetivo económico, por lo que la reciprocidad se ubica en la unidad doméstica y el linaje, en el poblado y la tribu, y en la relación intertribal. En este trabajo se muestra la reciprocidad operando en distintos niveles de la vida social, ya sea en el ámbito doméstico (caso III), como el interdoméstico y comunitario (caso II), o el que articula a distintos agrupamientos totonaca en defensa de una identidad común (caso I). Si en este último caso la ideología de la reciprocidad une con firmeza a los totonaca en defensa de su costumbre contra la ley, en los otros dos el conflicto no parece tan evidente, aunque no deja de estar presente. Entre los totonaca de San Pedro Petlacotla (caso II) llama la atención la presencia de una brujería activa en una comunidad donde el rito, tanto comunitario como interdoméstico, es central en la vida social. ¿Cómo conciliar el rito de la fertilidad con el “daño”? Habría que analizar si la brujería no se convierte también en una vía de canalización de la frustración, marginación y el atraso de que se saben parte estos totonaca.

Entre los totonaca de la costa (caso III), en cambio, se muestra un grupo doméstico que, gracias al comercio de la vainilla, ha logrado realizar una considerable acumulación de tierras. La estratificación social se percibe en las acusaciones de caciquismo a que ha sido sometido don Pedro y algunos de sus parientes. Sin embargo, a pesar de ello, y del evidente poder político que esta familia disfruta en la comunidad, don Pedro no se ha separado del trabajo de la tierra, y comparte con los miembros de la comunidad una serie de valores y normas de conducta que, más allá de lo económico, remiten al problema de la identidad.

#### NOTAS

1. Deseo expresar aquí mi agradecimiento a Luis María Gatti por sus sugerentes comentarios a este trabajo; igualmente, a François Lartigue y a los miembros del Seminario sobre Derecho Consuetudinario que coordina Rodolfo Stavenhagen en El Colegio de México. La responsabilidad de la versión final es sólo mía.
2. Utilizo el término *cohesión social* en el sentido de Mauss para quien  

esta cohesión general se traduce materialmente [. . .] en cualquier caso, en la sensación del espacio y del territorio social [. . .]. Estas fronteras, estos espacios, comúnmente encierran un número determinado de personas que ostentan un mismo nombre (1970, III: 197).
3. Las tierras del común de Papantla se extendían desde el río Cazones al río Tecolutla, y desde la costa del Golfo de México al municipio de Coatzacoatlán. Entre los años 1875 y 1878 fueron divididas en 25 grandes lotes o "condueñazgos". El fraccionamiento de éstos en parcelas individuales se realizó recién entre los años 1893 y 1898 (véase Gatti y Chenaut 1987: cap. III).
4. Un hito importante en esta concepción es la ley del Estado de Veracruz del 22 de diciembre de 1881, que comprendía y reglamentaba todas las disposiciones relativas a la propiedad particular, la que era considerada inviolable y sagrada su derecho. Por consiguiente, el propietario tenía derecho a cercar y cerrar su propiedad (Trens 1950). Manifestación de la época, esta ley no le debe nada a las que llevaron a alambrar las pampas argentinas.
5. Concepto desarrollado por Gatti, Cuello y Alcalá (1979) y Bonfil (1981).
6. Los totonaca estuvieron representados en este reparto por tres comisionados que promovieron el sistema de "condueñazgos" basándose en la cláusula de la Ley de 1826 que permitía grandes lotes en los casos en que no fuera practicable el reparto individual (Ducey 1987). Esta cláusula es reiterada en el Decreto estatal del 7 de diciembre de 1874 (Florescano M.). El de los "condueñazgos" es un tipo de reparto que se realiza también en otros cantones del estado de Veracruz, como son los de Acayucan, Chicontepec y Minatitlán.
7. Carta de Vergara, alcalde municipal de Papantla, al jefe político del distrito, 4 de marzo de 1913 (Archivo Notaría Núm. 1).

8. En el año 1896 Teodoro Dehesa, gobernador del estado de Veracruz, reconoce que
 

esta resistencia [de los indios], así como los antiguos y reñidos litigios pendientes entre los pueblos sobre la propiedad de dichas tierras, explica porqué después de tantos años, ni la propiedad está enteramente dividida, ni la desamortización de los bienes de los Ayuntamientos ha llegado a su completa realización (*Informes*, tomo IX: 4653).
9. A lo largo del presente siglo se dotó de ejidos a la región de Papantla, afectándose a los acaparadores de pequeñas propiedades que operaban a través de prestanombres. Según el *Censo Agrícola* del año 1970, el municipio de Papantla tiene 66 ejidos y 2.508 pequeñas propiedades. Para mayor claridad del lector, hay que señalar que según cifras de los discutibles censos, en 1980 había en el estado de Veracruz 117.533 hablantes de totonaco mayores de 5 años, de los que 35,40% se encuentran en el municipio de Papantla (*Censo General de Población, 1980*).
10. La etnografía que se expone en este apartado fue relevada a lo largo del año 1982 en la comunidad de San Pedro Petlacotla, Puebla, ubicada a un costado de la carretera México-Poza Rica, en el declive serrano hacia la costa. A pesar de su relativa cercanía a esta carretera, San Pedro era un pueblo que vivía sumamente aislado del "progreso", con caminos de difícil acceso y ningún medio público de transporte. Esto debe haber influido —en contraposición a Tajín— en la preservación del monolingüismo y de las prácticas mágicas y rituales. Este es el único pueblo, entre los que estudió Ichon (1973), en que los indios no han sido desplazados por los mestizos y tienen en sus manos la administración del pueblo. La tierra (ejidal y pequeña propiedad) es escasa y muy fragmentada, siendo el café la producción principal. He presentado una primera versión acerca de estas cuestiones en "El ritual y los muertos entre totonacas de la Sierra de Puebla", en la Primera Reunión Multidisciplinaria sobre la Sierra Norte de Puebla y sus Articulaciones Regionales, Huauclínango, julio de 1983.
11. Esta definición acerca del Tawilate fue recogida en San Pedro Petlacotla. Debido al alto costo de la ceremonia, la excesiva dedicación que requiere por parte de los involucrados en la misma, y la crisis económica que viven comunidades como San Pedro, en los últimos años ha sido muy difícil su realización. De hecho, Ichon (1973) la considera ya extinguida; pero en 1982 los sampedreños plantearon la posibilidad de realizarla, lo que finalmente no ocurrió.
12. Según Ichon (1973) los dioses y los señores se dividen en tres categorías de acuerdo a su poderío: a) los grandes dioses, como el Sol; b) las divinidades secundarias, como la Luna, Venus y las estrellas; c) los dueños, que no son creadores sino propietarios de las cosas que el hombre aprovecha y se apropia para su beneficio: los animales salvajes, los animales domésticos, el temazcal, el hogar, las plantas cultivadas, etcétera.
13. Los *topiles* son ayudantes nombrados por el presidente auxiliar. Entre sus funciones se encuentran: avisar casa por casa cuando hay faena, buscar a los borrachos para ser encerrados en la cárcel, recoger cooperaciones en dinero cuando es necesario, etcétera. El *piscal* o fiscal es, ante todo, el guardián de la Iglesia católica (Ichon 1973).
14. Es interesante notar que el rito es designado con la palabra costumbre que remite a una práctica consuetudinaria. Ello muestra la estrecha relación que se establece entre la costumbre y lo sobrenatural, y señala cuán lejos está lo jurídico de situarse —en estas sociedades— en un ámbito claramente delimitado de la vida social, sino que, por el contrario, está *empotrado* en ella.

15. Entre los totonaca de San Pedro la relación de un hombre con su enfermedad está mediada por la pertenencia a la comunidad; si alguien enferma es generalmente porque una persona de la comunidad, ya sea un muerto o un vivo, ha interferido provocando la enfermedad. En este último caso, se debe a un acto de brujería. Resulta así que el ámbito de la medicina moderna es sumamente reducido, aunque debe respetarse el dominio reservado a uno y otro. Así, se acude al médico del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) cuando un niño tiene diarrea o fiebre intestinal, pero no cuando tiene "torcedura" o se le "sume la mollera", para lo cual se acude a la curandera. No hay que negar, sin embargo, la ayuda mutua que ambos ámbitos se prestan: una buena "limpia" nunca está de más para ayudar al doctor.
16. No poseo suficiente información que me permita aclarar cuáles grados de parentesco serían los obligatorios en la observancia del rito, pero seguramente comprende a los hijos y nietos del difunto.
17. Existe otro tipo de "costumbre", aquella en que el destinatario es alguien que está vivo. En este caso, el rito se realiza en la noche del sábado al domingo. Tiene diversos fines, como ser causar "daño" a una persona, conseguir que regrese la mujer que dejó al marido, o conocer los poderes adivinatorios y curativos de los "brujos" (si podrá adivinar con cristales, curar extrayendo la enfermedad por succión con un tarro, o solamente por medio de "limpias", etcétera).
18. La sierra poblano-veracruzana, región de fuerte contacto entre los diferentes grupos étnicos allí asentados, evidencia un compartir creencias mágicas que hace inútil el preguntarse acerca del origen étnico de estas prácticas. El relato de Williams García (1963) sobre las ceremonias curativas de los tepehua de Miraflores Veracruz, grupo étnico emparentado con el totonaco, muestra cuán diluidas pueden ser las fronteras étnicas en estos casos.
19. Para ilustrar el *derroche* que implica este *modo de consumo*, cabe mencionar que el costo de una "costumbre grande" que presencié en marzo de 1982, se calculó en 15.000 pesos, lo que incluye el precio de un puerco en 3.000 pesos. Como comparación, anoto que en esa época un cuartillo de maíz costaba 12 pesos, y el jornal diario en el campo era de alrededor de 130 pesos.
20. Lo mismo sostiene Williams García (1963) para el caso de los tepehua. Autores como Aguirre Beltrán (1963) y López Austin (1984) profundizan en el concepto de *sombra* y su relación con la creencia en el *tonalli* de los antiguos mexicanos. La idea de *tonalli*, en la actualidad equiparada a la de *sombra*, se refiere a una fuerza que da al individuo vigor, calor y valor, y cuya falta provoca enfermedad y muerte.
21. Viqueira y Palerm (1954) han señalado este fenómeno entre los totonaca de Eloxochitlán, Puebla, en donde una fuerte organización política de la comunidad se relaciona con la canalización de la agresión a través de la magia malévola como sucedáneo de la agresión física. Como contrapartida, en Tajín, Veracruz, una débil organización política se relaciona con la canalización de la hostilidad a través de la agresión física.
22. En San Pedro se distingue al "brujo/a" del "curandero/a". Esta última categoría se refiere a la persona que se dedica a curar con "limpias" y rezos, no pudiendo "dañar", aunque a veces pueda llegar a convertirse en "brujo/a". Otra categoría corresponde a la "partera", quien puede ser tanto una "curandera" o una "bruja". La "partera" medica a la madre, recibe al niño, lava la ropa de la parturienta, y tiene en el pueblo numerosos "nietos de ombligo", los niños que ella trajo al mundo. El ámbito de la medicina indígena se encuentra, así, jerarquizado y estructurado.

23. Es posible que en este caso opere el mismo principio que Evans Pritchard discute para explicar la noción de causalidad entre los azande:

La brujería explica las circunstancias concretas y variables de un acontecimiento y no las generales y universales [...]. Una cualidad universal del fuego es quemar, pero quemar a uno no es una cualidad universal del fuego. Puede que no ocurra nunca; o que ocurra una vez en la vida, si uno ha sido embrujado (1976: 88).

24. La bibliografía es abundante y es imposible adentrarse en ella en este trabajo. Basta recordar tanto el universo de las reglas de Lévi-Strauss, como las estipulaciones especiales a que está sujeta la relación anfitrión-huésped de acuerdo a la "ley de la hospitalidad", según Pitt-Rivers (1973).
25. Este concepto, a diferencia del de familia nuclear, hace referencia a un núcleo de padres y sus hijos, más las esposas de los hijos y sus descendientes, y otros parientes reales o ficticios, que están ligados por lazos de co-residencia, el compartir la tierra y otras formas de estrecha interdependencia económica (Walter 1977).
26. El trabajo de campo se realizó en el ejido Cruz de los Esteros, ubicado en tierras bajas cercanas al mar y al pueblo de pescadores de Tecolutla, su cabecera municipal. Los cítricos y la ganadería son la principal producción ejidal, que en los últimos 25 años desplazaron al cultivo de la vainilla. El núcleo de población comenzó a emigrar a este lugar hacia 1930, siendo la mayoría habitantes de origen totonaco, provenientes de diversos puntos de la región como ser Papantla, Boca de Lima y Misantla (Gatti y Chenaut 1987: cap. II).
27. En 1980 don Pedro tenía 20 ha en el ejido, 14 ha en la tierra familiar que recibió de sus padres en Boca de Lima, de donde es oriundo, y 67 ha que compró en una colonización en un estado al sur del país.
28. *Fecundar* a mano la vainilla (permitir que el polen fecunde la flor) es una tarea que exige extremo cuidado y delicadeza. Es también un placer estético que se disfruta, ya que el vainillal es, en realidad, "como un jardín" de flores que luego de fecundadas se convertirán en vainas. *Beneficiar* es el proceso que consiste en deshidratar gradualmente la vaina. En el caso que se relata en el texto, el beneficio se realizaba en el solar, tendiendo las vainas para que recibiesen sol; luego se envolvían en costales para que al "sudar" se deshidratasen. Este proceso se realizaba día tras día durante meses (Gatti y Chenaut 1987: cap. II).
29. La relación vendedor-comprador se legaliza a través de un contrato que convierte el precio de venta fijado en inamovible. La desventaja de este contrato para el vendedor reside en que el precio de la naranja en el mercado puede subir luego de realizado el trato.

#### BIBLIOGRAFIA

- Aguirre Beltrán, Gonzalo  
1963 Medicina y magia. El proceso de aculturación en la estructura colonial. México: Instituto Nacional Indigenista (INI).
- Bloch, Maurice  
1977 La propiedad y el final de la alianza. En M. Bloch, comp. Análisis marxistas y antropología social. Barcelona: Anagrama.
- Bohannon, Paul  
1963 "Land", "tenure", and "land tenure". En Daniel Biebuyck, ed. African agrarian systems. Oxford University Press.

- Bonfil, Guillermo  
1981 Utopía y revolución. El pensamiento político contemporáneo de los indios en América Latina. México: Nueva Imagen.
- Castillo Farreras, José  
1973 Las costumbres y el Derecho. México: Secretaría de Educación Pública (SEP). Colección Sep/Setentas Núm. 107.
- Ducey, Michael T.  
1987 Tierras comunales y rebeliones en el norte de Veracruz antes del Porfiriato, 1821-1880: el proyecto liberal frustrado. México. Mimeo.
- Evans-Pritchard, E.E.  
1976 Brujería, magia y oráculos entre los azande. Barcelona: Anagrama.
- Florescano M., Sergio  
s/f El proceso de destrucción de la propiedad comunal de la tierra y las rebeliones indígenas en Veracruz, 1820-1910. La palabra y el hombre. Revista de la Universidad Veracruzana, Núm. 52.
- Gatti, Luis María  
1981 Clases sociales y reciprocidad interdoméstica. Crítica Núm. 10-11.
- Gatti, Luis María, D. Cuello y G. Alcalá  
1979 Historia y espacios sociales. Boletín Bibliográfico de Antropología Americana, vol. XLI, núm. 50.
- Gatti, Luis María y V. Chenaut  
1987 La costa totonaca: cuestiones regionales II. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS). Cuadernos de la Casa Chata Núm. 158.
- Gluckman, Max  
1978 Política, derecho y ritual en la sociedad tribal. España: Akal.
- Gómez, Magdalena  
1988 La defensoría jurídica de presos indígenas, análisis de una experiencia. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.
- González Bonilla, Luis Arturo  
1942 Los totonacas. Revista Mexicana de Sociología, vol. 4, pp. 81-101.
- Harvey, H. R. e Isabel Kelly  
1969 The totonac. Handbook of Middle American Indians, vol. 8, parte 2. Austin: University of Texas Press.
- Ichon, Alain  
1973 La religión de los totonacas de la sierra. México: INI-SEP.
- Kelly, Isabel y Angel Palerm  
1952 The Tajin Totonac. Washington: Smithsonian Institution. Publicación Núm. 13.
- Lartigue, François  
1983 El proceso agrario en la Huasteca: elementos para interpretar la dimensión comunal de una historia. México: CIESAS. Mimeo.
- Lévi-Strauss, Claude  
1975 La familia. En Harry L. Shapiro, ed. Hombre, cultura y sociedad. México: Fondo de Cultura Económica (FCE).
- López Austin, Alfredo  
1984 Cuerpo humano e ideología. Las concepciones de los antiguos nahuas. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Maine, Henry  
1980 El derecho antiguo. México: Extemporáneos.
- Mauss, Marcel  
1970 Obras. Barcelona: Barral.

- 1971 Ensayo sobre los dones. Motivo y forma del cambio en las sociedades primitivas. Sociología y Antropología. Madrid: Tecnos.
- Peristiany, J. G.  
1968 El concepto del honor en la sociedad mediterránea. Barcelona: Labor.
- Pitt-Rivers, Julián  
1973 Tres ensayos de antropología estructural. Barcelona: Anagrama.
- Polanyi, Karl  
1975 La gran transformación. México: Juan Pablos Editor.
- Sahlins, Marshall  
1977 Economía de la Edad de Piedra. España: Akal.
- Sierra, Teresa  
1988 Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.
- Trens, Manuel B.  
1950 Historia de Veracruz. México. Tomo VI.
- Turner, Víctor  
1980 La selva de los símbolos. España: Siglo XXI.
- Velasco Toro, José  
1979 Indigenismo y rebelión totonaca de Papantla, 1885-1896. *América Indígena* XXXIX (1): 81-105.
- Viqueira, Carmen y Angel Palearm  
1954 Alcoholismo, brujería y homicidio en dos comunidades rurales de México. *América Indígena* XIV (1): 7-36.
- Walter, Gilberto  
1977 Economic development and domestic group organization in a lowland totonac community. Madison, Wisconsin. 1977. Mimeo. Tesis.
- Williams García, Roberto  
1963 Los tepehuas. Xalapa: Universidad Veracruzana.

#### FUENTES

- Archivo de la Notaría Núm. 1 de Papantla.  
Archivo del Registro Público de la Propiedad de Papantla.  
Estado de Veracruz. *Informes de sus gobernadores 1826-1986*. Xalapa: Gobierno del Estado de Veracruz, 1986.  
Estado de Veracruz. *V Censo Agrícola, Ganadero y Ejidal, 1970*.  
Estado de Veracruz. *X Censo General de Población y Vivienda, 1980*.

.191-

## LOS INTERMEDIARIOS CULTURALES EN LA SIERRA TARAHUMARA

Delegación de autoridad y elaboración  
del derecho consuetudinario

*François Lartigue\**

### INTRODUCCION

En la Sierra Tarahumara, las modalidades de existencia de un orden jurídico son, digamos, suficientemente endebles como para no prestar atención a las múltiples dudas expresadas por los actores sociales acerca de la realización manifiesta de un estado de derecho. Semejante constatación no autoriza, sin embargo, a concluir acerca de la ineficacia del derecho como operador de cierta regulación de las relaciones sociales; sino lleva a interrogarse acerca de cómo se produce esta regulación. Dicha regulación se efectúa por medio de algunas acciones institucionales y, sobre todo, de muchas estrategias sociales que son desplegadas en sus prácticas de interacción por los grupos y los individuos del escenario regional.

Esta propuesta, que consiste en estudiar el proceso mismo de regulación, y que implica que éste no es reducible, ni en su globalidad, al impacto de un sistema de reglas jurídicas más o menos formalizadas

\* FRANCOIS LARTIGUE. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), México.

François Lartigue

sobre la dinámica de relaciones sociales, nos lleva a examinar el peso de las prácticas e instituciones jurídicas en su relación con otros condicionamientos o fuerzas que también constituyen la regulación observada.

Un abanico de fenómenos sociales y culturales que, quizá, tienen en común la propiedad de apuntar hacia una problemática de la pluralidad normativa, constituye el universo que vamos a tratar en este documento. Se impone empezar poniendo énfasis en tal pluralidad a partir de una constatación superficial e inicialmente de sentido común<sup>1</sup>. En la medida en que encontremos y logremos conocer las situaciones donde opera un sistema normativo único de alcance general, creo que llegaríamos a ver que se trata de situaciones tan excepcionales como estas otras, hipotéticas, en las cuales no se encontraría ninguna regla expresa.

Tan interesante como puede ser el examen de ocurrencias extremas, aun si se trata de simples posibilidades teóricas más fáciles de manipular especulativamente, un investigador —moderadamente proclive a sondear la realidad con recursos empíricos— tendrá que adecuar sus estrategias de observación y de análisis a la disposición compleja de la configuración plural que le será dada como objeto de comprensión. Son pocas las situaciones que podamos tener aquí, ahora, bajo examen, y que no nos muestren una u otra de estas disposiciones que me llevan a hacer su examen desde un enfoque que plantea la pluralidad como constitutiva, inicial (incluyendo el caos bíblico ordenado por el verbo, que es una figura particular de cómo se da cuenta de la pluralidad reduciéndola o negándola).

Al hablar de pluralidad normativa, de sistema normativo, me estoy refiriendo a la existencia de reglas conscientes acerca de las relaciones entre actores sociales y acerca de los usos sociales de los recursos del entorno. Estas reglas se presentan en estados de formalización bastante diversos según la estructura de la organización social donde operan, y según la posición social de quienes las transmiten, las emiten o las cumplen. Son parte de la cultura de un pueblo, y en ese sentido sus formas son tan variables como lo es la cultura de aquél, sometida a cambios, modificaciones, variaciones y reinterpretaciones. Así como una forma cultural es expresiva de una práctica social, pero se configura también en relación dialógica con otras formas culturales que se reconocen como propias de otros, la forma de una regla o de un sistema de reglas procede de la interacción entre las reglas conocidas, sean o no consideradas como propias y apropiadas para las prácticas de uno.

Cuando uno emprende el examen de la configuración del dispositivo normativo existente en una situación interétnica concreta, tan plural y compleja como se le presente aquélla, no puede negar el interés específico y estratégico que ofrecen ciertos puntos de esta constelación; se trata precisamente de los que le son presentados como los más constantes y estables y que, por lo tanto, son los elementos normativos más aptos para ser transmitidos, sea en el tiempo, sea a lo ancho del tejido social, y a lo largo de la relación intercultural.

De alguna manera estas expresiones normativas de las prácticas y costumbres se reiteran con más fuerza en la medida en que se distinguen de otras; un poco al estilo de lo que entre nosotros separa lo público de lo privado. Y en ese sentido se pueden considerar como la carta de presentación pública elaborada por un pueblo para expresar su singularidad así como su comprensión de la relación sociocultural en la cual está ubicado.

En las condiciones generales en que se producen estas expresiones públicas del conjunto normativo que rige las prácticas e interacciones propias de los pueblos indios en América Latina, me parece interesante que nos detengamos un poco en el examen de lo que pasa allí acerca de la autoridad y de las instituciones que la ejercen. Me parece que éste es uno de los temas puestos de actualidad por las reivindicaciones de los pueblos indios. Tiene, además, la propiedad de permitirnos enfocar nuestras observaciones hacia la consideración de algunas prácticas políticas indias que, al negociar sus derechos en el contexto de las leyes y de las fuerzas que los condicionan, nos podrían ilustrar acerca de cómo se elabora un derecho consuetudinario y de cómo esta elaboración obedece a la dimensión juridicopolítica de la dinámica de las relaciones interétnicas en una situación concreta.

En la situación contemporánea de la Sierra Tarahumara, un derecho consuetudinario está siendo poco a poco formalizado por un grupo tarahumara que ocupa una posición estratégica de intermediación entre los grupos locales indígenas y la variante regional de la sociedad mexicana. Letrado y socialmente diferenciado, este grupo de intermediación cultural busca asegurar su hegemonía sobre la estructura tradicional de autoridad tarahumara, y trata de transformarla de modo que ésta se ajuste a una administración más jurídica de las relaciones sociales y de la circulación de bienes. Al ejercer este intento de adecuación, los interme-

diarios culturales intentan dar a las costumbres tarahumara la forma de reglas jurídicas codificadas y escritas que no han tenido hasta ahora; también buscan modificar la institucionalización de la autoridad tarahumara y convertirla en una rutina de modo que sean ellos quienes la deleguen, la concentren y la representen.

A continuación, pasaré a examinar las instituciones tarahumara que son depositarias de alguna autoridad ligada a alguna esfera de normatividad; conjuntamente presentaré algunas apreciaciones acerca de ciertas expresiones de las normas en relación con ciertas prácticas. Después expondré las condiciones modernas en las cuales se define la posición de los intermediarios culturales y sus estrategias políticas, que incluyen la formulación de un derecho consuetudinario para afirmar su propia autoridad. Finalmente, presentaré algunas consideraciones acerca de las condiciones de ocurrencia del derecho consuetudinario.

#### **LA AUTORIDAD: NORMAS Y EJERCICIOS**

El escenario de los acontecimientos, cuyo proceso se intenta analizar aquí, es el de la Sierra Tarahumara; la parte serrana del estado noroeste de Chihuahua donde se asientan más de 80.000 tarahumara dispersos a lo ancho de un territorio de cerca de 40.000 km<sup>2</sup>. Los centros de población concentrada en pueblos o pequeñas ciudades, que se han formado en la región de estudio, son el asentamiento de la población mestiza no autóctona que parece superar, ahora, a la población tarahumara. Estos centros, que se formaron junto a estaciones de ferrocarril, campamentos madereros, pueblos mineros, sedes administrativas, y que concentran el comercio así como la casi totalidad de los servicios públicos, han crecido de manera significativa en las últimas décadas de este siglo.

Por su parte, los tarahumara habitan en rancherías conformadas por grupos de dos a quince casas. Esta dispersión se entiende principalmente como una función del ajuste logrado entre las prácticas agrícolas y pastorales disponibles y los recursos de tierra cultivable, pastizales y agua accesible. En lo sociopolítico, un grupo de veinte a cincuenta rancherías constituye lo que se reconoce como un pueblo tarahumara, y suele llevar el nombre de una ranchería reconocida como el centro del pueblo, al cual acuden periódicamente los tarahumara desde sus lejanas rancherías para reuniones a las que son citados por los gobernadores del pueblo o

por intermedio de ellos. Pueblos así hay como doscientos, que —salvo algunas excepciones notables de pequeñas constelaciones de pueblos interconectados en torno a un centro de mayor jerarquía—, se presentan como unidades actualmente aisladas y subordinadas, en virtud de la costumbre regional, a las administraciones municipales que rigen amplias extensiones territoriales en esta zona de baja densidad poblacional.

Los gobernadores de cada pueblo tarahumara, los cuales son dos, tres o cuatro por pueblo, gozan así de un reconocimiento público de su autoridad; pero existe también en cada pueblo un comisario de policía, quien es nombrado por el presidente municipal para desempeñarse como representante de éste. En la actualidad, esta función tiende a ser desempeñada por un tarahumara, pero hace pocos años todavía se prefería que fuese un mestizo del lugar quien se encargase de ella. En los últimos cuarenta años, y principalmente como una modalidad ligada al ordenamiento de la extracción de madera en esta sierra que fue una rica zona forestal, se ha generalizado la forma ejidal de tenencia de la tierra para dotar a cada pueblo de un derecho colectivo y exclusivo sobre bosques y terrenos cultivables, que sólo el Estado puede condicionar en los términos de la ley de reforma agraria vigente. Convertidos así en unidades de poseedores colectivos, los pueblos tarahumara han tenido que dotarse de autoridades ejidales elegidas en asambleas de derechohabientes, que incluían a los mestizos reconocidos como miembros del ejido por su residencia o los que lograban este reconocimiento.

Así, gobernadores, comisarios y representantes del comité ejidal desempeñan una autoridad que les es reconocida y otorgada por los habitantes de las ranherías de un pueblo, las funciones que en su conjunto marcan el conjunto históricamente establecido e instituido de relaciones de inserción del grupo local en el tejido sociopolítico serrano. Estas funciones de autoridad y estas relaciones son también expresivas de las distintas sujeciones que los tarahumara han tenido que aprender a aceptar o soportar a lo largo de su experiencia singular. La institución de los gobernadores es el resultado del ordenamiento de grupos locales, los llamados pueblos, por la misión jesuítica que organizó la zona a principios del siglo XVIII, después del agotamiento de una larga serie de grandes rebeliones armadas. El establecimiento de los comisarios corresponde a la administración del territorio y de la población por la célula del sistema político de la República Mexicana a partir del siglo XIX, el municipio. Los miembros del comité ejidal son los responsables de asegurar la

adecuación de las prácticas productivas locales a la dinámica económica nacional, y la conformidad de las relaciones productivas a las leyes agrarias que ordenan los aspectos estratégicos de la producción de los núcleos ejidales.

Habría que dar cuenta de la variación que presentan estas configuraciones locales de la autoridad en el espacio y en el tiempo serrano. El peso relativo de cada función en un lugar y en un momento dado tiene mucho que ver con la forma en que su portador la desempeña, y con su capacidad para reducir o subsumir las actuaciones de las otras autoridades; o sea, con la inteligencia que en su práctica política cada uno muestra tener de esta distribución tripolar de la autoridad, así como de los condicionamientos definidos por esta distribución en tanto que limita la posible ocurrencia de una capacidad de control de la totalidad de los lazos por los cuales fluye la delegación de autoridad.

Es posible pensar que esta multiplicidad de las instituciones y puestos de autoridad presente en cada pueblo, así como el hecho de que cada una de estas autoridades obedece a una reglamentación funcional y determinada desde fuera, sean los elementos claves para comprender que en cada situación local la autoridad se presenta como limitada, y su ejercicio poco adecuado a una representación que enfatizaría la coerción legitimada como atributo sustancial de aquélla.

Hay algunos elementos que no se pueden ignorar para apreciar el peso de la autoridad política o administrativa en la sociedad tarahumara. Las observaciones de los primeros cronistas misioneros de la sierra tarahumara acerca de la ausencia de alguna forma estable de poder jerárquico o político; la constatación de que sólo en las épocas históricas en las cuales la presión ejercida sobre la población tarahumara para hacerla tributar en trabajo o en especie requirió de alguna delegación del poder de coerción, épocas en las cuales aparece una institución de la autoridad que presenta alguna solidez. Asimismo, la dispersión del hábitat de una población que es demográficamente muy poco densa y asegura globalmente su subsistencia por medio de formas de cooperación sencillas y que involucran principalmente a parientes y vecinos cercanos, son otros elementos que ayudan a comprender las pocas posibilidades de una institución que concentraría la autoridad con base en necesidades materiales e ideológicas.

Gobernadores tarahumara arbitrando conflictos y verbalizando la búsqueda colectiva de un arreglo consensual, comisarios de policía con nombramientos casi honoríficos, presidentes de comités ejidales sin nada que tramitar o regular, tales parecen haber sido los desempeños de estos depositarios de autoridad, conservados durante largos años en puestos que a pocos importaba hasta que se produjeron nuevas dinámicas políticas hacia la sierra y la sociedad regional.

Es posible encontrar en la sierra tarahumara expresiones concernientes a algún conjunto de usos y costumbres valorado como propio y antiguo, reconocido como diferenciado de las prácticas de otros agentes de la sociedad regional, y legitimado por la referencia a algún reconocimiento de su vigencia por parte de alguna autoridad regional igualmente reconocida. Pienso conveniente hablar de expresiones, poniendo así de relieve la existencia de una pluralidad de voces, algo que debe ser examinado y comprendido, sean variantes o sean contradicciones, si se trata de apreciar mejor las condiciones de existencia y de operación (eficacia) de las referencias normativas en una configuración sociocultural como la tarahumara.

Un registro sumario de esta pluralidad de expresiones acerca de las normas tarahumara lleva de entrada a encontrar un primer paquete de aquellas que los sectores no autóctonos de la región interétnica emiten acerca de los tarahumara. Este mismo paquete pierde su aparente homogeneidad al poco tiempo de reunirlos. Se presenta como fuertemente cargado de estereotipos y teñido por una especie de consenso modal acerca de lo que no se debe esperar de las normas tarahumara; sin embargo, y al tratar de contrastarlo con las expresiones tarahumara acerca de sus propias normas, cuando uno las empieza a registrar, muestra diferencias que, a su vez, se vuelven significativas en función de la diversidad de prácticas, actitudes, estrategias de relación que los emisores manifiestan en su experiencia con los tarahumara. No serán ellos antropólogos, pero su experiencia vivida en la región interétnica permite a muchos de éstos una comprensión de aspectos sustanciales acerca de cómo los tarahumara norman su existencia y su comercio e, incluso, acerca de lo que no está tan normado en las prácticas tarahumara.

En este sentido, se nos ofrece así un primer *corpus* de expresiones acerca de las normas instituidas por los tarahumara. Estas expresiones se presentan más bien como recetarios, es decir, son portadoras de ense-

ñanzas aprendidas en un trato directo y concreto, reiterado a lo largo de una vieja interacción en la cual se ha tomado alguna medida de las instituciones tarahumara y de sus relaciones con las prácticas de los tarahumara. Se pueden ver como una clase de vulgata regional acerca de los tarahumara, resultante del comercio mantenido con ellos. Este fundamento empírico no va acompañado de mucha sofisticación en su formulación, pero no está exento de fineza en la comprensión del juego que se abre a la percepción de los cambios que se producen, o sea, a la consideración de un desajuste relativo, variable pero tal vez sustancial.

Otro hecho que me parece interesante acerca de estas expresiones serranas de la normatividad tarahumara es que sus portadores las vehiculan incluso en su trato con los tarahumara, dándoles así una imagen reflejada de ellos mismos, y esto en situaciones donde se marca también algún valor trascendental atribuido a otro conjunto instituido de normas, incluso leyes, que, siendo diferentes requieren subordinación de lo propio o, por lo menos, una mínima compatibilidad.

Las expresiones de los tarahumara acerca de sus normas y de sus instituciones forman otro conjunto que, inicialmente, se puede discriminar entre las que son dirigidas a los propios tarahumara y las que se dirigen a otros. Aquéllas son más sintéticas porque buscan principalmente recordar imperativos en torno de los cuales se presume existe consenso general, éstas más descriptivas y, diría yo, teñidas de un comparativismo al cual recurre un tarahumara para darse a entender con un fuereño que ubica socialmente en un mundo jerárquicamente instituido.

Estas últimas expresiones tarahumara, de sus normas para no tarahumara, no consisten en contradicciones propiamente dichas pero tienden a exagerar la eficacia de las normas y a convertir su carácter de orientadoras de las prácticas en algo que las vuelva obligatorias, sancionadas por castigos incluíbles y vigiladas en su obediencia por autoridades poderosas. La residencia en una ranchería tarahumara, durante algún tiempo, permite constatar que se trata de normas que no tienen carácter obligatorio salvo precisamente cuando alguna acción considerada como fuera de costumbre es realizada por alguien que no participa de las relaciones permanentes de interacción social. Sucede algo parecido con la fuerza de la autoridad y de sus detentores; así, cuando se trata de relaciones con algún agente exterior a la comunidad que presentan algún riesgo para ésta, la autoridad instituida se manifiesta con un mayor grado de consistencia y con una mayor capacidad de intervención.

Los tarahumara ubicados en las relaciones sociales regionales con una posición de intermediación cultural son quienes suelen enfatizar de esta manera la obligatoriedad de las normas y la fuerza de la autoridad. Si bien es cierto —como algunos se lo critican con razón— que los antropólogos recurren frecuentemente a una tradición jurídica de la eficacia de las normas sociales que transforma su significación social, los intermediarios culturales hacen algo parecido por razones que les son propias.

## LOS INTERMEDIARIOS CULTURALES

En la década de 1920 se emprenden, en la sierra, las primeras misiones culturales promovidas por la administración educativa de los gobiernos postrevolucionarios. Estas pretenden sacar a los tarahumara de su aislamiento, y crear las condiciones de su incorporación a las dinámicas socioculturales nacionales. Los maestros rurales encargados del proyecto encuentran, entonces, cómo su zona de operación ha sido ya ocupada por los internados escolares que la misión jesuita estableció allí poco después de su regreso a la sierra, hacia fines del siglo XIX y con el apoyo del gobierno de Porfirio Díaz. La confrontación entre la Iglesia y el Estado marca esta época de la vida nacional, y se expresa localmente a través de los enfrentamientos entre los agentes de los dos proyectos. Estos se resuelven con el tiempo dando paso al despliegue inicial del sistema educativo en la zona. Pero no solamente son las formas experimentadas por los jesuitas las que son adoptadas sino que es con el personal inicialmente reclutado por los jesuitas como la escuela rural echa a andar sus misiones y sus internados.

Estos tarahumara habían sido elegidos en tanto que eran reconocidos como portadores de prestigio y autoridad en extensos sectores de la población nativa. Los jesuitas de la época indican esto en sus escritos, aclarando también, aunque sin mucha precisión, que el prestigio y la autoridad estaban depositados en ciertos grupos familiares y transmitidos entre parientes. El caso es que ellos son quienes forman el núcleo de promotores indígenas y, posteriormente, de maestros bilingües que aparecen entonces. Hasta la fecha, y al ritmo de la expansión de los programas de desarrollo emprendidos por las agencias gubernamentales (Departamento de Asuntos Indígenas, Reforma Agraria, Instituto Nacional Indigenista, Plan Tarahumara, etcétera), este grupo va a adquirir una presencia signifi-

cativa en la sierra, tanto por la posición diferenciada que ocupa en el tejido sociocultural serrano como por el papel estratégico que primero se le adscribe y que, luego, parece querer asumir como propio. Sus iniciadores aparecen como los organizadores del primer congreso de la raza tarahumara, en 1937, y ellos serán los integrantes del Consejo Supremo Tarahumara que formula, a principios del decenio de 1940, un proyecto radical de organización de un gran ejido tarahumara coextensivo al área serrana donde se asienta la casi totalidad de los indígenas, el cual conlleva la propuesta de expulsión de los mestizos, con su indemnización y reasentamiento en otras zonas. Tal proyecto fue descartado por los gobiernos siguientes y remplazado por una política de dotaciones ejidales múltiples cuando la reforma agraria se efectuó para preparar las condiciones sociopolíticas regionales de aprovechamiento empresarial de los ricos recursos forestales de la sierra.

Movilizados, entonces, como promotores de las acciones indigenistas del Centro Coordinador del Instituto Nacional Indigenista (INI) establecido en Guachochi, en 1952, y que se encarga de las iniciativas federales en materia agraria, educativa, forestal y de salud, los integrantes de esta fracción tarahumara alfabetizada y asalariada actúan así como los agentes auxiliares imprescindibles de una política indigenista que tutorea los nuevos ejidos forestales tarahumara, representa sus intereses en las negociaciones con los grandes empresarios forestales, organiza la convivencia entre mestizos e indígenas, y administra la repartición de las ganancias en función de las formas de participación en la producción forestal. El grupo se amplía poco a poco; sus miembros adquieren una condición laboral permanente; su presencia se expande hasta abarcar al conjunto del territorio y de la población de los pueblos tarahumara, pero se hace sentir con mayor intensidad en los pueblos y ejidos cercanos a los centros de operación de los programas federales que se tienden a concentrar alrededor de los internados y de las escuelas albergue. Estas escuelas están principalmente ubicadas en los pueblos donde se asientan los grupos familiares a los cuales pertenecen los promotores, y son preferentemente sus hijos o parientes quienes acceden a la educación básica que se convierte en requisito formal para poder aspirar a conseguir después una plaza de promotor.

A comienzos de la década de 1970 se inicia una amplia reorganización de la acción federal en la sierra, se intensifican programas llevados

a cabo por un amplio abanico de agencias gubernamentales que multiplican la presencia de empleados federales en la zona. La extracción forestal en unos bosques ya muy talados pasa a encargarse directamente a ejidos dotados de estatutos empresariales en materia forestal y organizados en uniones de empresas ejidales. Los administradores de las empresas ejidales adquieren, así, mayores responsabilidades productivas y la posibilidad de incrementar sus ingresos personales, aunque los ejidos y la gran mayoría de sus integrantes tengan que cargar con los costos crecidos de una producción de extracción forestal que no se puede detener dada la demanda empresarial y nacional de materia prima.

Es en esta coyuntura cuando se da un nuevo impulso al Consejo Supremo Tarahumara, al buscar configurar a éste como el interlocutor copartícipe del plan federal de transformación de la sierra en favor de los tarahumara. Los integrantes del consejo, y sus representantes en distintas partes de la sierra, son escogidos entre los viejos promotores tarahumara de la acción indigenista, quienes se dedican, entonces, a la dura tarea de hacerse reconocer por la población indígena como autoridades representativas de sus intereses y capaces de defenderlos en las nuevas negociaciones políticoeconómicas instauradas por la administración pública. La forma ejidal de organización local es la que presenta las mejores condiciones para lograr este fin; y como se requieren ahora directivos de los comités ejidales así como administradores de las empresas ejidales más capacitados, son los promotores, convertidos en el mismo lapso en maestros bilingües, quienes son impulsados por el Consejo Supremo para ejercer estas funciones así como para buscar que los ejidos que dirigen pasen a integrar las uniones de empresas ejidales forestales, y hagan de éstas un sustrato más sólido en lo económico y en lo político para mejor asentar ahí la autoridad regional del Consejo Supremo.

Sin embargo, ni los nuevos organismos federales de regulación de la producción forestal regional, ni la Central Nacional Campesina (CNC), a la cual se incorporan los ejidos, las empresas ejidales, las uniones de empresas y el mismo Consejo Supremo Tarahumara, se muestran dispuestos a aceptar que el reconocimiento formal del consejo como interlocutor útil implique alguna modalidad de subordinación de la población regional en su conjunto, lo cual incluye a los numerosos mestizos de los grandes centros regionales e, incluso, los que residen en los terrenos ejidales, a una organización de indígenas tarahumara. La posición prepon-

derante que los mestizos han adquirido en la actividad forestal, sea como trabajadores calificados, transportistas, contratistas, representantes de los grandes negocios empresariales, impide que se los deje de tener en cuenta so pena de detener la producción.

El dinamismo de los programas de desarrollo regional se detiene con la reducción de los fondos públicos por una administración federal que empieza a enfrentar una grave crisis financiera y el Consejo Supremo Tarahumara debe limitarse al desempeño de actividades estrechamente definidas por las agencias que le transfieren los subsidios que le permiten subsistir. Los maestros bilingües, que ya son más de 500 en la sierra, siguen constituyendo su principal sustento potencial, pero más como un grupo profesional con intereses específicos que como un grupo de activistas capaces de movilizar a los grupos locales tarahumara a partir de la defensa de sus ejidos forestales. Las uniones de empresas ejidales forestales se encuentran en una situación de quiebra económica permanente y, por consiguiente, su potencial político se reduce. Las empresas ejidales forestales tienen éxitos diversos y, las que no informan pérdidas, se reincorporan a las relaciones contractuales de subordinación a los grandes intereses madereros. Los grandes contingentes de ejidatarios tarahumara siguen encontrando empleos esporádicos y mal pagados en la actividad forestal o percibiendo utilidades igualmente esporádicas y bajas. Ellos continúan sustentándose básicamente de sus actividades agrícolas; pero allí se manifiesta una nueva tendencia: la agricultura tarahumara enfrenta una serie de malos ciclos climáticos y entra en una decadencia que provoca la generalización de las migraciones temporales que anteriormente caracterizaban a unos pocos pueblos solamente. En los últimos años, estas migraciones parecen haber dado lugar al establecimiento permanente de varios miles de tarahumara en las periferias de la ciudad del estado de Chihuahua, y los medios de comunicación masiva han resaltado la participación de los tarahumara en el aumento de los delitos criminales, algo que inquieta en ciudades cuya dinámica urbana está sustancialmente determinada por las inversiones del capital transnacional.

Es en esas condiciones que nuestros intermediarios culturales inician una nueva estrategia de institucionalización de su autoridad que, esta vez, los lleva a interesarse más en los gobernadores de los pueblos tarahumara. Frente a la contracción de la economía forestal serrana, afectada por la crisis financiera de los sectores públicos y privados, y al hecho de que el Consejo Supremo Tarahumara no logró imponer su presencia de manera significativa en la administración de la extracción ejidal forestal,

los maestros bilingües vuelven a mirar la organización de los pueblos tarahumara y sus autoridades tradicionales como una posible fuente de legitimidad para asentar la autoridad de su propio grupo y de la organización que éste controla.

Es en ese momento cuando empiezan a buscar activamente que ellos mismos sean quienes den un nuevo carácter, más formal, a las funciones de autoridad de los gobernadores así como a las normas que definen estas funciones. Más aún, se ponen a intervenir en la designación de los gobernadores y tratan de que estas funciones se vuelvan accesibles para ellos mismos o para sus allegados. Estas actividades corren paralelas con el trabajo sobre las normas de autoridad y de ejercicio del poder que realizan para dar a éstas una fundamentación jurídica consuetudinaria.

#### **EL DERECHO CONSUECUDINARIO, UNA TRANSFORMACION JURIDICA DE LA COSTUMBRE**

El derecho, consuetudinario o positivo, aparece como ordenador potencial de las prácticas en las cuales los individuos y grupos interactúan. En situaciones interétnicas, los procesos de relación presentan momentos de imposición más o menos coercitiva de un cuerpo jurídico sobre otro u otros, momentos de confusión (o fusión) entre derecho y costumbre, momentos de formulación de un cuerpo jurídico que se presenta como propio, autóctono, a la vez que nuevo pero coherente con una tradición ancestral, momentos de autonomía considerable.

Una ruta progresiva, que no es la aquí expuesta, puede ser reconocida y presentada como una línea evolutiva; pero nos hemos propuesto examinar cómo estos "momentos" de expresión normativa se imbrican y se combinan en las formulaciones y en las prácticas políticas de los portadores potenciales de autoridad, que son los agentes indígenas encargados de articular a los grupos locales con los procesos sociopolíticos y económicos de la sociedad nacional.

Estas formulaciones, y estas prácticas políticas son consideradas como reveladoras de la inteligencia comprensiva que es propia de tales intermediarios, y las examinamos como expresiones privilegiadas de la conciencia del cambio legal que atraviesa la dinámica sociocultural de la sierra tarahumara.

Es frecuente encontrar que los antropólogos tienden a identificar como derecho consuetudinario a un conjunto de normas, preferencias y prescripciones que han logrado registrar en su estudio y que reconocen dotado de una consistencia lógica significativa. La costumbre antropológica de atribuir a estas costumbres el carácter de un sistema jurídico o de un casi derecho conlleva una reducción y una confusión. La reducción (recopilación y codificación) de las costumbres a un derecho consuetudinario es un proceso específico que no parece ocurrir más que en condiciones de aculturación donde entra en juego una dinámica de institucionalización de la subordinación cultural y sociopolítica. La confusión se establece entre lo que el antropólogo hace, la documentación de los hechos normativos operando en una situación concreta, y las interpretaciones que requiere la formalización jurídica de las costumbres normativas en un sistema jurídico, como lo es un derecho consuetudinario. Esta formalización tiene, en realidad, poco que ver con las aportaciones de un estudio antropológico en materia de conocimiento y de explicación. Es una operación propiamente jurídica, su soporte es tan literario como lo es un código de derecho; su elaboración es realizada igualmente por un grupo más o menos clerical y diferenciado de los agentes sociales a propósito de los cuales define un derecho. Así puede intentarse la elaboración de un derecho consuetudinario para reducir los efectos del imperio de leyes heterónomas que constriñen la autonomía, o para establecer un sistema de mediaciones políticas que va a buscar así una nueva institucionalización legítima. El efecto de un derecho consuetudinario no consiste en ubicar a los actores sociales fuera de la esfera jurídica, sino en producir una ampliación de esta esfera y subordinar tanto formal como sustancialmente las costumbres a un derecho en el cual las relaciones de poder se expresen en los términos de la cultura propia y en el idioma materno. No debe extrañar, entonces, que los intermediarios culturales tiendan a ser activos codificadores del derecho consuetudinario de sus pueblos.

#### NOTA

1. La antropología se despliega, en tanto disciplina de comparación metódica de las diversas configuraciones socioculturales existentes, a partir de una experiencia común y vivida. El rigor del derecho comparado radica también en el ordenamiento de la exploración de algo anteriormente constatado o experimentado: la diversidad de formas normativas, su variedad y la problemática reductibilidad de ésta a una teoría general del derecho.

## LENGUAJE Y CONFLICTO INTERÉTNICO EN EL DERECHO CONSUETUDINARIO Y POSITIVO

*Rainer Enrique Hamel\**

### LENGUAJE DEL DERECHO Y DERECHO DEL LENGUAJE: EL PUNTO DE PARTIDA

Los conflictos que estallan entre sociedad nacional y minorías indígenas, en un estado nacional, suelen cristalizarse típicamente en torno a todos aquellos rasgos que resaltan la alteridad étnica del grupo subalterno. Destacan, entre ellos, la lengua indígena y diversas formas de organización sociocultural, incluyendo las costumbres jurídicas.

Desde el punto de vista del Estado nacional asimilador, que basa su política en la ideología de la homogeneidad como primer requisito de la unidad, la diferencia cultural representa un obstáculo a vencer para poder integrar a la población indígena al Estado y a la nación. Desde una posición pluricultural, surge la pregunta: ¿cuáles son las condiciones necesarias, de orden económico, sociocultural, jurídico y lingüístico, que hacen posible la supervivencia de los pueblos indígenas como parte de sociedades nacionales en rápida transformación... ¿Es acaso factible, dentro del proyecto de formación de los estados-nación, conciliar la construcción de una identidad nacional con la preservación de la diversidad lingüística y cultural? Las múltiples iniciativas históricas de legislar la vida de los indígenas como minorías en lo agrario, político, penal o lingüístico, se enmarcan en una u otra de las posiciones mencionadas.

\* RAINER ENRIQUE HAMEL. Universidad Autónoma Metropolitana, México.

Existen dos esferas étnicas íntimamente relacionadas que juegan un papel clave para la preservación de los grupos indígenas: 1) las normas y costumbres que rigen diversos aspectos de la organización sociocultural, y que se han llegado a llamar derecho consuetudinario; y 2) el sistema de comunicación, de expresión y de simbolización de identidades étnicas, basado en las lenguas vernáculos.

En torno al concepto de derecho consuetudinario se ha desarrollado un acalorado debate: ¿se trata de dos sistemas igualmente positivos, aunque insertos en una relación de dominación?, o ¿podemos hablar tan sólo de prácticas jurídicas, expresión del folklore, del "atraso" y de la falta de integración a la sociedad nacional? Si existe el derecho consuetudinario, ¿se refiere el concepto, en un sentido amplio, al conjunto de normas que regulan el funcionamiento de una sociedad; o sólo a aquella parte de las normas que está codificada y que les sirve a los miembros de un grupo para categorizar, interpretar y normar su entorno sociocultural?

No cabe duda que una definición explícita y exhaustiva del concepto será, en el mejor de los casos, el resultado, no el punto de partida, de una serie de debates e investigaciones que hace falta encaminar, para poder responder a las interrogantes planteadas. Habrá que estudiar el derecho consuetudinario desde diferentes perspectivas; investigar su funcionamiento, valorar su importancia para el mantenimiento y reproducción de la identidad étnica, y establecer su relación con el derecho positivo.

La lengua y el discurso indígenas, como la segunda esfera constitutiva de lo étnico que habíamos mencionado, se han estudiado como parte de un *conflicto lingüístico*, caracterizado como diglosia sustitutiva, es decir, como relación asimétrica entre una lengua dominante y otra dominada. En su dimensión de cambio en el tiempo, se puede conceptualizar como relación dialéctica entre dos tendencias históricas: una que representa la expansión de la lengua dominante y el consecuente desplazamiento de la lengua indígena; y la otra que articula los factores de resistencia lingüística y étnica. En una situación de bilingüismo social, la relación entre las lenguas, y particularmente el estatus y ámbito de la lengua indígena, constituyen un importante punto de cristalización, el objeto y muchas veces el instrumento de un conflicto interétnico<sup>1</sup>.

La cuestión central que se plantea desde la sociolingüística se refiere al papel que juegan el conflicto lingüístico y la lengua vernácula para la reproducción de la identidad étnica y la supervivencia del grupo indígena como tal. En la mayoría de los estudios sociolingüísticos recientes, se ha podido demostrar la alta relevancia de la lengua y el sistema discursivo autóctono para la cohesión y preservación de una etnia (*cf.* Hamel 1988a, 1989).

Estos dos subsistemas que fundan lo étnico, lo jurídico y lo lingüístico-discursivo, se interrelacionan de múltiples maneras. El ejercicio explícito de las costumbres jurídicas representa una forma específica de comunicación de práctica verbal y se basa, por lo tanto, en el lenguaje y, en un sentido más amplio, en la estructuración cultural del discurso. Este hecho refleja el papel primordial que juega el lenguaje, entendido como discurso, para toda cultura: es a la vez núcleo y organizador de la identidad étnica, su fundamento, referente simbólico, su medio de expresión y comunicación. El lenguaje es también, como lo saben los pueblos subyugados, un formidable instrumento de dominación. Por esta razón, el "problema lingüístico", el conflicto entre lengua dominante y dominada, se ubica en el centro de toda relación de dominación de un pueblo sobre otro y es objeto de políticas como también de iniciativas de legislación.

Exploraremos aquí esta doble relación entre derecho (consuetudinario y nacional) y lenguaje que se expresa como *lenguaje del derecho* y *derecho del lenguaje*, subrayando así la relevancia que tiene un acercamiento sociolingüístico y discursivo para el estudio de un sistema simbólico como lo es el derecho. Analizaremos primero el funcionamiento lingüístico-discursivo de las prácticas jurídicas consuetudinarias y de la administración del derecho positivo nacional en grupos indígenas; y discutiremos, a continuación, el estatus jurídico de las lenguas minoritarias, particularmente indígenas mexicanas, en el contexto de los debates sobre políticas del lenguaje y derechos lingüísticos.

El papel clave del lenguaje en las prácticas jurídicas, tanto positivas como consuetudinarias, revela la necesidad de su estudio; subraya además la importancia de la defensa de las lenguas indígenas como derecho colectivo fundamental para la supervivencia de las etnias.

## EL LENGUAJE COMO ORGANIZADOR DEL DERECHO

El lenguaje organiza el derecho en sus múltiples aspectos<sup>2</sup>; como discurso de la ley, de la ciencia del derecho y como discurso de sus actores profesionales, los jueces y abogados. Nos limitaremos aquí a un tipo de discurso jurídico; mostraremos de qué manera una serie de prácticas jurídicas (o sociales con implicaciones jurídicas) se inserta, a través de su estructuración cultural-discursiva, en el conflicto interétnico global. La sociolingüística de la comunicación intercultural<sup>3</sup> nos abre una vía para analizar tanto las prácticas y costumbres tradicionales como la administración del derecho nacional en el medio indígena, como instancias articuladas del conflicto interétnico a través de su organización discursiva y simbólica.

En un proyecto colectivo de investigación sociolingüística que realizamos en el valle del Mezquital, región indígena ñañ'hú (otomí) de la meseta central de México<sup>4</sup>, estudiamos las modalidades del conflicto lingüístico entre el español (lenguaje nacional) y el ñañ'hú (lengua indígena subordinada). Una parte fundamental del estudio se centró en el funcionamiento discursivo de una serie de eventos claves para la orientación sociocultural de la comunidad: procesos de trabajo colectivo, cooperativas, asambleas, conciliaciones, etcétera. Analizando las estrategias discursivas y las relaciones de poder que se expresan y se reproducen en estas instancias, pudimos reconstruir las normas y costumbres propias de la etnia que rigen la organización social del trabajo y del poder político, el ejercicio de la autoridad y la resolución de conflictos internos (cf. Sierra 1987, 1988a, 1989; Hamel 1988a). Todas ellas contienen rasgos jurídicos, en un sentido amplio. El procedimiento analítico discursivo nos permitió interpretar el funcionamiento de asambleas, litigios, etcétera, sin tener que calificar de antemano su carácter o adscripción cultural, ya sea al ámbito de lo étnico (incluyendo el derecho consuetudinario) o de la sociedad nacional (incluyendo el derecho positivo).

### CONCILIACIONES Y LITIGIOS

Quizás en pocos eventos comunales de carácter jurídico se revela con mayor claridad que en las conciliaciones la estrecha relación entre

organización discursiva y costumbre jurídica. En este volumen, el trabajo de M. T. Sierra, que proviene del mismo proyecto de investigación, analiza detalladamente el funcionamiento discursivo de las conciliaciones indígenas, de modo que podemos limitarnos a recordar aquí de manera esquemática sus principales características.

Las conciliaciones ocupan un lugar clave en la reproducción socio-cultural de las comunidades indígenas, ya que en ellas se dirimen conflictos internos referentes a robos, pleitos de propiedad, violación de derechos ajenos, cuestiones de honor, etcétera. Dado que en ellas se aclaran, se legitiman y se reproducen las normas y costumbres de manera relativamente explícita, las conciliaciones ofrecen un acercamiento privilegiado a la vida interna de los pueblos, a su sistema de normas y valores.

En la figura del *juez*, la máxima autoridad en los pueblos, confluyen dos funciones, la de alcalde y la de juez conciliador<sup>5</sup>. Predomina el papel de autoridad política que organiza y dirige las actividades de la comunidad. Esta síntesis entre dos funciones, la ejecutiva y la jurídica, se refleja en la mayoría de las labores que realiza el juez. A ellas se añade su papel de vecino, es decir, de campesino, maestro o comerciante, que interviene en el ejercicio de su cargo. En las conciliaciones se manifiesta claramente su necesidad de autolegitimarse permanentemente en su doble función, como ciudadano común y autoridad jurídica y política.

En suma, se perfila en las conciliaciones una serie de estructuras discursivas y procedimientos propios que contrastan con el funcionamiento típico de las instituciones del aparato jurídico estatal: el tratamiento sumario y totalizador de los casos, donde no se establece una separación nítida entre lo penal y lo civil, lo jurídico y lo político; el carácter de construcción emergente, negociada paso a paso, que refleja el sustancialismo típico del derecho consuetudinario; el uso preferente de la lengua indígena y el trato paciente, respetuoso que desarrolla el juez, basándose en patrones culturales y estilos discursivos étnicos, para fomentar la confianza entre los involucrados; por último, el despliegue verbal explícito de normas y costumbres de la comunidad.

Al mismo tiempo, las conciliaciones revelan los conflictos que conlleva la creciente integración del grupo étnico a la sociedad nacional, el debilitamiento de las normas y costumbres tradicionales y la perspectiva de una posible disolución sociocultural a largo plazo. En las conciliaciones, esta tendencia se refleja en el surgimiento y la difícil resolución de

problemas y retos como la violencia caciquil y el alcoholismo; las exigencias de la sociedad moderna en cuanto escolaridad, buen dominio del español y ciertos conocimientos técnicos; los crecientes conflictos originados por los compromisos, las obligaciones y lealtades, irreconciliables muchas veces, entre la comunidad y la sociedad nacional que surgen como tópicos en las conciliaciones. Estos se manifiestan, por ejemplo, como antagonismo entre el trabajo asalariado en la ciudad, hoy sustento económico indispensable, y las obligaciones de ocupar cargos comunales que requieren la presencia en el pueblo. En cuanto a los aspectos simbólico-discursivos, los cambios se reflejan en la desaparición progresiva del *respeto* como práctica y referente de una cosmovisión indígena<sup>6</sup>.

En el proceso conciliador mismo, la creciente hegemonía de la sociedad nacional hispanohablante se manifiesta en la cada vez mayor incorporación de recursos y estilos propios del derecho positivo y de la administración estatal. Llamam la atención las referencias a la ley, las estrategias y los estilos discursivos que reflejan estructuras argumentativas del campo jurídico estatal; como también la incorporación de términos técnicos, fórmulas jurídicas y administrativas, préstamos y cambios de código que paulatinamente transfieren el discurso de la lengua indígena al español.

Observamos, en síntesis, una amplia gama de modalidades de conciliación que revela, por un lado, la existencia de un conjunto de elementos que podríamos interpretar como instancias de un derecho consuetudinario propio de las etnias indígenas; por otro, encontramos determinadas prácticas en las conciliaciones y en otras actividades que reflejan la influencia del derecho positivo y de la administración pública, municipal y regional.

Podemos concluir, en una primera aproximación, que el derecho consuetudinario, en la medida en que existe como un conjunto no sistematizado ni codificado de costumbres étnicas, no constituye un cuerpo de normas independientes del derecho positivo, al igual que las culturas no sobreviven en aislamiento, sino como parte indisociable de la sociedad nacional.

#### DERECHO POSITIVO Y LENGUAJE EN EL MEDIO INDIGENA

Las conciliaciones son eventos interétnicos que en nuestros estudios se revelan, en su mayoría, como instancias propias de la cultura indígena;

reina la confianza y el respeto, se afianzan por lo general las normas y costumbres de la etnia, a pesar de las múltiples formas en que se hace presente la sociedad nacional.

En lo que se refiere a las formas culturales de organización, el enjuiciamiento de indígenas en el sistema judicial estatal, especialmente en los juicios penales, se ubica quizás en el otro extremo imaginable de los procedimientos jurídicos. Cuando pensamos en la violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, en las formas extremas de sumisión y humillación, nos vienen inmediatamente a la memoria los casos de indios presos, enjuiciados y condenados a largas penas de prisión.

En todas las fases del proceso jurídico, los ciudadanos indígenas se encuentran en desventaja y con sólo escasas posibilidades de una defensa justa, como lo demuestra la amplia documentación del programa de Defensoría Indígena del Instituto Nacional Indigenista (INI) (cf. Gómez 1988a y 1988b). Ya en la averiguación previa, efectuada normalmente por los agentes del ministerio público, se "fabrican" las declaraciones de los acusados, arrancándoles confesiones amplias a los indígenas que posteriormente resultan muy difíciles de contrarrestar por parte de la defensa.

En los juicios penales a individuos indígenas, como en otros eventos de intervención estatal, la asimetría estructural inherente a la institución jurídica se ve agravada por tres hechos complementarios en que interviene el discurso: 1) el desconocimiento por parte de los indígenas de la ley, de sus procedimientos y, sobre todo, de sus lógicas culturales subyacentes; 2) el manejo casi inexistente del discurso jurídico; y 3) el dominio frecuentemente muy precario del español que tienen los indígenas.

Esta falta de conocimientos es muchas veces usada por los abogados defensores como factor atenuante, haciendo alusión implícita o explícita al supuesto estado "semi-salvaje" de los acusados, desde la lógica de la cultura dominante que no reconoce otra civilización legítima que la suya. Más allá de esta argumentación defensiva, el conflicto intercultural se debe al arraigo de los indígenas en el sistema de normas y costumbres propias, no reconocidas por el derecho positivo.

Cabe señalar además que, a diferencia de otros países multilingües, en México el reo indígena no tiene el derecho de litigar en su propia lengua. A lo sumo, el juzgado le concede la ayuda de un intérprete quien se

ve enfrentado a la difícil tarea de —no sólo traducir de una lengua a otra— sino de tener que intermediar entre dos sistemas culturales diferentes.

A pesar del contraste tan tajante entre ambas situaciones, existe un elemento de comparación importante, desde el punto de vista sociolingüístico: tanto en las conciliaciones como en los juicios penales, el lenguaje (como discurso) juega un papel fundamental como organizador del proceso jurídico. En las conciliaciones la lengua indígena y sus estructuras culturales refuerzan, por lo general, la identidad étnica y las costumbres jurídicas del derecho consuetudinario; en las instancias del aparato jurídico estatal, el español y el discurso jurídico reproducen la hegemonía de la sociedad nacional.

#### EL DISCURSO ADMINISTRATIVO COMO IMPOSICION DEL DERECHO POSITIVO

Si bien los juicios penales constituyen probablemente los casos más llamativos y evidentes de conflicto intercultural, existen múltiples otras formas de imposición del derecho positivo a individuos o grupos indígenas que implican violaciones sistemáticas de las costumbres étnicas.

El siguiente ejemplo representa un caso muy común en la vida cotidiana de las comunidades indígenas. Nos demuestra que las relaciones entre derecho positivo y consuetudinario rebasan ampliamente el espacio de las instancias propiamente jurídicas. Veremos que muchos eventos de organización comunitaria contienen rasgos jurídicos con implicaciones sumamente relevantes para los participantes.

El caso que presentamos trata de una asamblea de ejidatarios ñañ'hú en la cual participa un funcionario de la Secretaría de la Reforma Agraria (SRA); éste tiene la tarea de ratificar una elección anterior de autoridades ejidatales (presidente, secretario, tesorero) y de entregar las credenciales respectivas. La asamblea consiste principalmente en una prolongada lectura de oficios, aplicando así los dictámenes correspondientes, una breve discusión y la firma del acta. Como nos demuestra un análisis detallado del proceso discursivo<sup>7</sup>, el funcionario asume la dirección formal de la asamblea desde su inicio; mantiene el control de todas las fases sin concesión o consideración alguna para con las costumbres culturales de los ejidatarios indígenas, su lengua o sus conocimientos de los procedimientos administrativos.

La asamblea se inicia con la lectura de la convocatoria contenida en un oficio del ministerio. Continúa con la ejecución de los dictámenes de ratificación que se efectúa a través de la lectura rápida y monótona de los oficios correspondientes. Se trata de patrones predominantemente jurídicos, puesto que la aplicación de las resoluciones contenidas en los dictámenes consiste precisamente en su lectura. Si partimos del supuesto que en las leyes se cristalizan y se expresan las relaciones de poder existentes en una sociedad, tenemos aquí un ejemplo revelador de las relaciones de poder entre las instancias burocráticas del Estado y los ejidatarios: la institución tiene que ratificar explícitamente las decisiones tomadas por ellos para que entren en vigencia. Además, la ley se aplica con la enunciación verbal de la misma.

Este hecho podría haberse concebido inicialmente no sólo como una imposición explícita de la autoridad legal, sino también como defensa de los afectados, en el sentido de que es necesario referirse explícitamente a la ley correspondiente para proporcionar la información exhaustiva al interesado. En ese sentido, las largas lecturas que emprende el representante no son capricho personal, sino una obligación legal.

En una asamblea de ejidatarios indígenas, sin embargo, con las características sociolingüísticas mencionadas, este propósito formal se transforma en su contrario; de ninguna manera las lecturas rápidas pueden cumplir una función de explicación y aclaración; es poco probable que los ejidatarios comprendan siquiera el contenido semántico de los dictámenes y mucho menos sus efectos y consecuencias pragmáticas, lo que revela el objetivo de fondo que persigue la producción de este tipo de discursos: se pretende, a través del rito que sólo alcanza como mensaje acústico (tono oficial) a los oyentes, manifestar la autoridad, dejar a los ejidatarios en la incertidumbre que produce los efectos deseados de inseguridad, miedo y sumisión. No es por casualidad que el representante no explique en ningún momento el contenido de las leyes ni de los procedimientos evocados.

Esta situación ejemplifica con mucha claridad el conflicto etnolingüístico entre el español y el ñañ'hú, como la consecuente asimetría en las relaciones de poder y la tendencia hacia la hegemonización y el desplazamiento de la lengua y cultura indígenas. De hecho, en una reunión de ejidatarios de lengua materna ñañ'hú, que disponen —en muchos casos— de un dominio limitado del español, la lengua indígena queda

excluida. Se impone, como diría Paulo Freire, la cultura del silencio para aquellos que no tienen un dominio suficiente de la lengua y del discurso dominantes.

Los indígenas se encuentran en una triple situación de desventaja: en primer lugar, se ven obligados a recurrir a la lengua dominante y tienen que moverse, por lo tanto, en terreno ajeno; en segundo lugar, el representante dispone de la variante estándar del español que le garantiza una serie de ventajas discursivas; y en tercer lugar, se apoya en el discurso jurídico —discurso dominante por definición— que establece el marco de toda la discusión y de las posibles controversias que pudieran llegar a verbalizarse.

El representante de la SRA mantiene, por lo tanto, un control casi exclusivo sobre la situación. Su capacidad profesional y autoridad institucional le permiten fijar los parámetros del discurso, de hacerse escuchar y obedecer a lo largo de la situación comunicativa. Cualquier oposición tendría que cuestionar las reglas del juego establecidas “por la ley” y romper los cánones previstos por el desarrollo de la asamblea, puesto que ningún ataque en el campo discursivo del adversario, desde una posición de triple desventaja lingüística, tendría alguna perspectiva de éxito.

Sin embargo, la oposición evidentemente existe y refleja el conflicto de dominación subyacente; pero como está a la defensiva, no llega a articularse en forma verbal y argumentativa en esta reunión.

#### LA ARTICULACION DEL CONFLICTO LINGUISTICO

Tanto la administración de justicia en el medio indígena como los eventos de organización comunal bajo control directo de instancias estatales, corresponden a la misma configuración sociolingüística que articula las relaciones entre Estado y grupos indígenas. No se expresa simplemente a través de una oposición entre el español y la lengua indígena; las relaciones de hegemonía se reproducen más bien mediante una estructuración discursiva compleja que se refleja en las oposiciones que se presentan en el cuadro 1.

*Cuadro 1*  
*Administración y derecho positivo en el medio indígena*

El aparato jurídico y sus agentes	El indígena
sociolecto del español estándar	día/sociolecto étnico del "español indígena"
registro formal de situaciones públicas	dominio precario del registro formal
lenguaje especializado jurídico-administrativo	lenguaje cotidiano
código escrito (oficios, etcétera)	dominio nulo o precario del código escrito

Sin perder de vista que no existen espacios sociales aislados o lógicas culturales totalmente independientes, podemos llegar a una conceptualización global, en un nivel de mayor abstracción, de todos los eventos que hemos analizado hasta aquí; las conciliaciones y otras expresiones del derecho consuetudinario, los eventos de imposición del derecho positivo a ciudadanos indígenas y la administración estatal de la vida comunitaria obedecen a un dominador común: son instancias del conflicto interétnico e intercultural entre sociedad nacional y pueblo indígena. Esta relación se organiza en tres niveles de articulación sociolingüística, discernibles analíticamente (véase cuadro 2).

En síntesis, podemos constatar que existen diferencias culturales importantes en las diversas prácticas del derecho que se observan en el medio indígena. Estas abarcan una amplia gama de esferas y formas, desde la conciliación intraétnica tradicional hasta la aplicación de los procedimientos típicos del aparato jurídico-administrativo estatal a los individuos y grupos indígenas.

Distinguiamos dos polos opuestos: por un lado, se asocian determinados procedimientos jurídicos consuetudinarios con prácticas consideradas típicas y centrales para la reproducción de la identidad étnica indígena, incluyendo el uso de la lengua autóctona y sus estructuras discursivas; por otro, el ejercicio del derecho positivo abarca un amplio espec-

*Cuadro 2*  
*Niveles de articulación del conflicto lingüístico*

1. **Esquemas culturales (sistemas simbólicos):** concepciones y definiciones de derechos y delitos, procedimientos de litigio, organización de procedimientos resolutivos, relaciones sociales de respeto, etcétera.
2. **Estructuras y estrategias discursivas:** lenguajes especializados frente a cotidianos, estrategias verbales, técnicas de argumentación y narración, patrones de interacción verbal, etcétera.
3. **Estructuras y formas lingüísticas:** selección y uso de las lenguas (español frente a lengua indígena), cambio de códigos, préstamos, variación interna de cada lengua, etcétera.

tro de las relaciones interétnicas, pero también intraétnicas, donde predominan prácticas culturales identificadas con la sociedad nacional y el proceso de hegemonización cultural.

Lo importante es que, de acuerdo con los resultados de nuestra investigación, no existen campos separados con prácticas jurídicas aisladas y culturalmente “puras”; por el contrario, en todos los procedimientos observados constatamos la actuación de múltiples modalidades de sobreposición cultural, de sincretismos y de formas de dominación. No se perfila, por lo tanto, una posición nítida que permita yuxtaponer de manera dual sociedad nacional y etnia indígena, derecho positivo y consuetudinario, español y lengua vernácula. Al igual que el español como lengua nacional dominante, el derecho positivo no solamente interviene en las relaciones *interétnicas*; penetra también los eventos *intraétnicos*, internos de la comunidad. Los mismos indígenas —campesinos, jueces, maestros, dirigentes— recurren o hacen referencia tanto a las normas y costumbres tradicionales como a “la ley”, según su conveniencia y las ventajas comparativas que piensan obtener a través de cada uno de los sistemas. Sus estrategias variables, sin embargo, no rebasan salvo excepcionalmente el marco de la asimetría general, caracterizada por las múltiples desventajas que sufren los grupos e individuos indígenas frente al aparato jurídico-administrativo, desventajas que incluyen la subordinación lingüística.

Queda en evidencia, de esta manera, el papel central del lenguaje (como discurso) para la organización de las prácticas jurídicas. Desde el punto de vista metodológico, cabe mencionar que el acercamiento sociolingüístico no sólo permite descubrir la estructura discursiva de estas prácticas; permite al mismo tiempo reconstruir las actividades jurídico-culturales, incluyendo los sistemas de normas y valores, en su dinámica de gestión y reproducción, es decir, como *procesos*, y no solamente como productos cristalizados.

### **POLITICAS DEL LENGUAJE Y DERECHOS LINGUISTICOS**

La discusión anterior pone en relieve, en el campo específico de lo jurídico, la importancia del lenguaje (discurso), tanto para la organización y resistencia sociocultural de un grupo subalterno, como también su papel de instrumento de dominación. Se revela así la estrecha relación entre lenguaje y poder. Por esta razón, no puede causar sorpresa que las lenguas hayan sido, desde tiempos remotos, no sólo instrumento, sino también y sobre todo objetos de conflictos, de políticas y de intentos de legislación.

La relación recíproca entre lenguaje y derecho, como lenguaje del derecho y derecho del lenguaje, se torna más específica en el caso del derecho consuetudinario y de las lenguas indígenas; la lengua y particularmente el discurso indígena operan como fundamento del derecho consuetudinario; por otro lado, derechos consuetudinarios y derechos lingüísticos se complementan como factores constitutivos para la supervivencia de un pueblo indígena subordinado.

### **EL CASO MEXICANO**

La historia de la política y legislación de las lenguas indígenas mexicanas<sup>8</sup> demuestra con claridad esta mutua determinación. Desde la conquista hasta nuestros días, se han enfrentado en México dos posiciones fundamentales, insertadas en el proyecto histórico de constitución nacional, que se perfilaron con mayor nitidez a partir de la Revolución Mexicana: una que veía en la desaparición de los pueblos indígenas la condición previa a la construcción del Estado nacional, y otra que pugnaba

por la preservación de las culturas y lenguas autóctonas en este proceso. Sin lugar a duda, en la práctica se impuso casi siempre la primera posición, más allá de los planteamientos programáticos.

Hasta cierto punto, a esta controversia le correspondió en la educación y la enseñanza del español —que constituyó desde siempre el pilar fundamental de la política lingüística y cultural dirigida hacia los indígenas— una contraposición entre dos procedimientos básicos: la castellanización directa (programas de sumersión, en términos modernos) y la asimilación indirecta a través de diversos métodos bilingües, donde a la lengua indígena se le asigna, por lo menos, un papel instrumental de apoyo en la enseñanza (programas de transición); en algunos pocos casos se proponía una alfabetización rudimentaria en la lengua vernácula.

Si bien en las últimas décadas se observan importantes avances, sobre todo en lo programático, para llegar a una educación verdaderamente bilingüe y bicultural, podemos constatar que en los hechos predomina hasta nuestros días una práctica de castellanización en la mayor parte de las regiones indígenas (*cf.* Hamel 1988*b*).

La línea dominante de la política del lenguaje se funda, desde fines del siglo XIX, en la ideología del mestizaje entre la raza y cultura de los españoles y aquella de las altas civilizaciones indígenas. Esta simbiosis funcionaba como símbolo de un nuevo estado nacional mexicano, mestizo, donde tanto el blanco como el indio actual, contemporáneo, son relegados a un segundo plano (*cf.* Villoro 1950; Heath 1972; Stavenhagen 1985). Lo importante es que esta conceptualización del Estado nacional desvincula por completo la relación entre el pasado idealizado y las condiciones contemporáneas de los indios, cuya existencia como campesinos pobres, “atrasados” y explotados, supuestamente obstaculiza la conformación de la unidad nacional.

Consecuentemente, la fundamentación constitucional de la nación no reconoce la existencia de los pueblos amerindios. Y como no existe ningún criterio jurídico para definir al indígena, los censos nacionales clasifican a la población autóctona y establecen el número de sus miembros de acuerdo con las lenguas vernáculas que hablan. La legislación lingüística, sin embargo, no es más específica que el resto del cuerpo legislativo en cuanto a las minorías étnicas. En ninguna parte, ni en la legislación colonial, ni en la constitución política vigente que data de 1917, se define el estatus del español<sup>9</sup> o de las lenguas indígenas.

La falta de legislación en esta materia se sustenta en el principio general de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la prohibición de cualquier discriminación por diferencias de raza, de cultura o de religión. Sin embargo, la aplicación de este principio abstracto de igualdad, en teoría inobjetable, lleva en la práctica a perpetuar la desigualdad, cuando la realidad histórica de diferencias socioculturales, étnicas y lingüísticas no concuerda con la proyección ideológica de una sociedad igualitaria.

#### EL DEBATE JURIDICO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS LINGUISTICOS

Esta realidad, que caracteriza la mayor parte de los países latinoamericanos con minorías indígenas importantes (*cf.* Stavenhagen 1988), como también la situación de minorías lingüísticas en otras partes del mundo, ha llevado a una discusión jurídica internacional que opone al objetivismo abstracto de la supuesta igualdad ante la ley una argumentación alternativa con el objeto de establecer un nuevo y más adecuado fundamento legal para la protección de todo tipo de minorías que existen en el interior de los estados nacionales.

Resumiré aquí tan sólo los principales argumentos del debate sobre los derechos lingüísticos que se basa en un análisis de las condiciones de existencia de las lenguas minoritarias.

Los diversos instrumentos del derecho internacional<sup>10</sup> proporcionan una base relativamente débil para la defensa de los derechos lingüísticos; establecen tan sólo los derechos humanos fundamentales como derechos individuales en general y prohíben toda discriminación basada en diferencias de raza, sexo, religión o lengua. Estos son precisamente los principios que llevaron a no conceder un espacio específico a los grupos indígenas en la legislación mexicana. Para la defensa eficaz de los derechos lingüísticos, sin embargo, esta fundamentación es insuficiente, porque sólo fija los derechos de los individuos, y no de los grupos minoritarios en sí; y porque no establece obligaciones para los estados, exigiéndoles que tomen iniciativas de protección de las minorías.

La fundamentación precaria de los derechos lingüísticos se debe a una serie de trabas en la argumentación jurídica sobre el derecho internacional. El principal obstáculo consiste en el hecho de que no hay

consenso en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en los demás foros internacionales, ni sobre la definición jurídica de lo que es una minoría, ni de lo que es una lengua. La falta de consenso<sup>11</sup> se debe sobre todo a la resistencia de los estados a reconocer la presencia de minorías en su territorio, lo que implicaría aceptar la existencia de divisiones internas y delimitaría la soberanía nacional.

El problema de fondo es la oposición de los estados nacionales a un reconocimiento de derechos colectivos y no sólo individuales, como lo son los derechos humanos fundamentales. Para no relegar la defensa de los derechos lingüísticos hasta el día que se encuentre una solución de fondo al problema de la definición de las minorías y al reconocimiento de sus derechos colectivos, se ha tratado de salir del *impasse* buscando una argumentación que permita garantizar los derechos lingüísticos a los individuos como miembros de una minoría lingüística, relacionando los derechos lingüísticos con los derechos fundamentales.

Como veremos más adelante, sin embargo, no hay garantía plena de los derechos lingüísticos, así como de muchos otros derechos incluyendo el derecho consuetudinario, sin el reconocimiento de la existencia de derechos colectivos.

En el debate jurídico, los derechos lingüísticos no son considerados, por lo general, como derechos fundamentales del individuo. La argumentación sobre este tema se basa en una distinción entre dos funciones del lenguaje: su función de expresión y su función de comunicación. Esta distinción, que en la lingüística se considera como meramente analítica, ha servido de fundamento para atribuirle al lenguaje un estatus jurídico ambiguo, incluso contradictorio, ubicándolo en dos categorías diferentes.

Como medio de *expresión* en abstracto, es decir, como el derecho de hablar, el derecho al lenguaje forma parte de los derechos humanos fundamentales, al igual que el derecho a la libertad de conciencia, religión, creencia u opinión, ya que se consideran atributos naturales de todo individuo<sup>12</sup>.

Cuando se refieren a la función de *comunicación* del lenguaje, en cambio, los derechos lingüísticos pierden su carácter absoluto, de derechos fundamentales, y se asocian más bien con la categoría de derechos económicos, sociales y culturales (*cf.* Braen 1987: 16) que tienen que ser creados por una iniciativa del Estado<sup>13</sup>. Los derechos fundamentales pueden ser ejercidos por un individuo, mientras que no es concebible

implementar los derechos lingüísticos en ausencia de una *comunidad lingüística*.

En la medida en que los derechos lingüísticos son vistos como parte del desarrollo de la protección internacional de las minorías, se considera que requieren de dos componentes para su ejercicio eficaz:

1. El principio de igualdad en el trato de miembros de las minorías y de las mayorías; y la igualdad formal de las *comunidades lingüísticas*.
2. La adopción de medidas especiales para garantizar el mantenimiento de las características específicas del grupo.

Es tan sólo la combinación de ambos elementos lo que puede constituir la base de garantías lingüísticas en el contexto de una política de pluralismo cultural. El principio de igualdad en el trato, que prohíbe toda discriminación por razones lingüísticas, asemeja los derechos lingüísticos a los derechos humanos fundamentales, aunque no formen parte de esta categoría, en el sentido estricto.

El principio implica, no una igualdad abstracta, sino y sobre todo una igualdad de oportunidades, independientemente de la identidad social y cultural del sujeto. De esta manera, el derecho a recibir instrucción escolar de calidad en su lengua materna debería valer tanto para el niño de la minoría lingüística como para aquel de la mayoría. En el principio de igualdad lingüística de los sujetos, entendida como igualdad de oportunidades, se refleja la dimensión individual de los derechos lingüísticos en una sociedad pluralista.

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación lingüística sólo pueden cumplirse si se extiende el principio mismo a las *comunidades lingüísticas*. Esta argumentación refiere al segundo componente de los derechos lingüísticos, en el sentido que implica el reconocimiento de un trato preferencial de la minoría lingüística, incluyendo medidas e iniciativas específicas del Estado para garantizar la supervivencia del grupo minoritario. En la igualdad de las comunidades lingüísticas se refleja así la dimensión colectiva de los derechos lingüísticos.

La igualdad lingüística individual sólo puede existir plenamente cuando existe igualdad de oportunidades para las comunidades como

colectivos, ya que un individuo sólo puede exigir la vigencia de su derecho de comunicarse en su lengua en la medida en que existe y sobrevive su comunidad lingüística y se establecen mecanismos que le permiten recibir determinados servicios en su idioma.

Es en este sentido que todo derecho lingüístico se basa, en última instancia, en la comunidad y tiene, por lo tanto, un carácter colectivo. Si revisamos la legislación mexicana y, en general, latinoamericana<sup>14</sup> a la luz de esta argumentación, queda en evidencia que nos encontramos todavía a mucha distancia de un reconocimiento jurídico y político pleno de las minorías étnicas<sup>15</sup>. Prevalcen en las constituciones y legislaciones latinoamericanas concepciones de Estado nacional uniforme y una visión jurídica de homogeneidad que no admiten la existencia de colectividades autónomas, diferentes, en el interior de una pluralidad nacional.

Es el ascenso de los movimientos indígenas en América Latina, en particular, y la radicalización de sus reivindicaciones jurídicas, lo que pone en jaque al orden legal establecido (cf. Iturralde 1989, en este volumen). Así, la autoproclamación como pueblos, incluso como naciones, de muchos movimientos y grupos indígenas, la exigencia de territorios autónomos y la reivindicación de autonomía lingüística y jurídica en la organización social, incluyendo la vigencia del derecho consuetudinario, no se pueden aceptar ni satisfacer en el marco constitucional establecido. Son incompatibles con el concepto de soberanía nacional que en América Latina está fuertemente arraigado en la doctrina de seguridad nacional.

#### **LENGUAJE Y DERECHO CONSUECUDINARIO: REFLEXIONES FINALES**

Sería aventurado pensar en conclusiones definitivas sobre la temática en esta etapa de la discusión e investigación. Nos limitamos, por lo tanto, a señalar un conjunto de puntos problemáticos que requieren de una mayor profundización, y a esbozar algunas perspectivas de investigación.

El papel clave del lenguaje en las prácticas jurídicas revela, en un ámbito específico, la estrecha relación entre lenguaje, cultura y poder. En cuanto al derecho consuetudinario y las lenguas indígenas, se torna más evidente la mutua determinación como *lenguaje del derecho* y de-

*recho del lenguaje*: la lengua, y particularmente el discurso indígena, operan como fundamento y organizadores del derecho consuetudinario, en su funcionamiento como costumbre jurídica. De este modo, derechos consuetudinarios y lenguas indígenas se complementan como reivindicaciones, puesto que conforman pilares constitutivos para la supervivencia de los pueblos indígenas.

A la luz de esta realidad, queda evidente la relevancia de la defensa de los derechos lingüísticos como derechos colectivos fundamentales. Además, buena parte de la argumentación que sostiene esa defensa vale también para la reivindicación del derecho consuetudinario: su carácter eminentemente colectivo como sistema simbólico que fundamenta un grupo étnico; la imposibilidad de su ejercicio individual, al margen del grupo; y los conflictos que puede generar su ejercicio colectivo para la uniformidad del Estado y su ideología de igualdad entendida como homogeneidad.

El isomorfismo postulado se puede extender aún más. Si consideramos el derecho consuetudinario como sistema simbólico, podemos suponer que le subyace un esquema de referencia comparable con las gramáticas de las lenguas. Una gramática existe en primer lugar en la conciencia lingüística de los sujetos. Todo hablante es capaz de distinguir entre oraciones correctas e incorrectas, aceptables e inaceptables, en su propia lengua; su competencia le permite además producir un número en principio infinito de oraciones correctas y aceptables a partir de un repertorio finito de vocabulario y reglas gramaticales<sup>16</sup>; y domina las reglas pragmáticas de uso y producción de significaciones sociales, las estrategias discursivas y los estilos culturales. Pero, por lo regular, no es capaz de formular un conjunto de reglas explícitas y coherentes entre sí. En otras palabras, dispone de un formidable aparato de actuación y juicio lingüísticos, pero no de una codificación explícita. Cabe preguntarse si el derecho consuetudinario no tiene una consistencia similar a la del lenguaje oral y su gramática. El sujeto no especializado sabe actuar y juzgar en relación con un sistema de normas, pero le es sumamente difícil, quizás imposible, extraer las reglas generales que regulan las normas y formularlas como código explícito, coherente y exhaustivo.

Cuando afirmamos que las gramáticas existen en primer lugar en la conciencia de los hablantes, hacemos hincapié en el hecho de que toda gramática escrita representa un artefacto secundario, una codificación

posterior de una práctica lingüística previa. Esto es por lo menos válido para las gramáticas descriptivas. El proceso histórico de institucionalización de la lengua escrita, empero, ha llevado a que en la realidad social hayan adquirido un mayor peso las gramáticas prescriptivas, es decir, aquellas que fijan normas como referentes idealizados desde posiciones de poder y se apartan considerablemente de la lengua hablada. En la medida en que definen un estándar oficial, las gramáticas prescriptivas participan como instrumentos importantes en las políticas del lenguaje.

El punto clave para nuestra argumentación es que toda codificación se inserta en un proceso histórico-social de institucionalización que rebasa ampliamente la pura transcripción técnica y desencadena dinámicas difícilmente controlables por los actores. En primer lugar, la codificación implica una suerte de expropiación de un saber lingüístico que atraviesa por un proceso de formalización y abstracción. Regresa a los sujetos hablantes como un producto transformado, muchas veces irreconocible para ellos y de difícil (re)apropiación. En segundo lugar, toda codificación, aun aquella con intenciones puramente descriptivas, tiende a instaurar un cuadro normativo, debido a los usos sociales que se le da. Por último, la asimetría diglósica instituye desniveles culturales de prestigio entre lengua escrita y lengua oral y refuerza así los procesos que imponen la versión codificada, descriptiva o abiertamente normativa, como la única válida y legitimada, relegando la lengua oral, y con ella a los sujetos hablantes, a un plano subordinado.

Habrá que tener en cuenta estas implicaciones de toda codificación cuando se propone codificar partes del derecho consuetudinario con la intención de incorporarlo al derecho nacional vigente, o para poder tenerlo en cuenta, por lo menos, en casos de conflictos interétnicos. Como se sabe, la codificación de las lenguas indígenas ha producido un gran número de alfabetos, gramáticas y libros de texto, para impulsar el uso de la lecto-escritura en lenguas indígenas. Hoy en día, uno de los principales debates de la educación indígena bilingüe gira precisamente en torno a la alfabetización en lengua vernácula. Esta reivindicación no sólo la plantean muchos grupos y movimientos indígenas, sino también psicólogos, lingüistas y educadores que comprobaron con una serie de estudios el efecto positivo de la alfabetización en lengua materna para el desarrollo de las habilidades cognoscitivas y académicas en el niño indígena (cf. Hamel 1988b).

La alfabetización en lengua vernácula, sin embargo, no sólo encuentra apoyo, sino también una resistencia considerable en el medio indígena mismo. Y no todos los que rechazan la lecto-escritura escolar en las lenguas amerindias abogan por una rápida asimilación de los indígenas a la sociedad nacional. Parece existir, también, una resistencia étnica profundamente arraigada, que se opone a la escolarización y codificación total de las lenguas autóctonas (cf. Spolsky e Irvine 1982), justamente para contrarrestar su desplazamiento.

La codificación del derecho consuetudinario, al igual que la de las lenguas indígenas, significaría o significa de hecho trasladar una parte sustancial de las prácticas étnicas al terreno de la cultura occidental. En el caso de las lenguas, los efectos de aculturación, de subordinación a esquemas lingüísticos occidentales, desde la gramática latina hasta la tagmémica del Instituto Lingüístico de Verano, son más evidentes. Quedaría por verse lo que sucedería con el derecho consuetudinario si se aplicara un procedimiento similar. Nuestra argumentación no implica que nos oponemos a una codificación bajo cualquier circunstancia. Advierte, solamente, que toda medida de esta naturaleza tendrá que tener en cuenta las consecuencias inevitables de tal proceso y sopesar las ventajas y desventajas de una codificación.

Una política que apunta a preservar o crear espacios para la vigencia del derecho consuetudinario tendrá que enfrentarse a una serie de obstáculos comparables con aquellos que se oponen a una política del lenguaje con objetivos semejantes. En ambos casos se trata de fijar, en lo inmediato, determinadas áreas y campos de vigencia condicionados. En la política del lenguaje existen, como se sabe, dos principios que pueden regir el uso de dos o más lenguas en un territorio: el principio de *personalidad* y el de *territorialidad*, que apunta a proporcionar las condiciones al individuo para que pueda desarrollar en su lengua las actividades vitales, bajo determinadas condiciones<sup>17</sup>.

En el caso del derecho consuetudinario, sería necesario combinar aspectos de ambos principios con una tipología de casos: determinados delitos, por ejemplo, podrán ser resueltos por vía del derecho consuetudinario si son cometidos por indígenas en zonas de población autóctona. En México y en otros países latinoamericanos, las políticas de preservación y resistencia lingüísticas se plantean como uno de sus objetivos centrales el afianzamiento de las lenguas indígenas en campos de

crucial relevancia para la organización étnica, entre los que destacan la educación bilingüe y las instancias de organización y administración local. Habría que explorar hasta qué punto las dos reivindicaciones, la lingüística y la jurídico-social, pueden coincidir y apoyarse mutuamente, en el marco de las luchas del movimiento indio por una mayor autonomía en todos sus espacios vitales.

Estas consideraciones nos hacen regresar al inicio de nuestras reflexiones; aún sabemos demasiado poco sobre la consistencia, el funcionamiento y el espacio que abarca aquello que llamamos el derecho consuetudinario; además, la estrecha relación que hemos establecido entre lenguaje (discurso) y derecho, basándonos en nuestras investigaciones sociolingüísticas, requiere de una mayor profundización y un enriquecimiento por parte de otras disciplinas, especialmente la antropología y la jurisprudencia.

Por esta razón, hemos iniciado una investigación interdisciplinaria sobre la temática. En resumidas cuentas, el proyecto (*cf.* Sierra 1988c) se propone investigar las prácticas jurídicas que surgen tanto en la administración de justicia estatal en el medio indígena como, también, en los procedimientos propios de los grupos étnicos, tal como se refleja en el sistema tradicional de conciliaciones y en otras instancias de la organización sociocultural y administrativa.

Teniendo en cuenta que estas prácticas se plasman fundamentalmente en actividades discursivas, se podrán analizar como eventos comunicativos con la metodología que proporcionan la sociolingüística y el análisis del discurso oral. Este enfoque presupone que se puede entender el derecho —consuetudinario y positivo— por lo menos parcialmente como sistema simbólico y discursivo. Nuestras investigaciones sociolingüísticas de otros aspectos sociales e institucionales del conflicto interétnico nos sugieren que un acercamiento a las prácticas jurídicas desde esta perspectiva podría arrojar resultados novedosos y reveladores, sobre todo si se complementa con otros enfoques disciplinarios. Además, sería de gran utilidad poder contar con la realización de estudios semejantes en otros países latinoamericanos, para llegar a un nivel de real comparación y contraste en nuestro continente.

Tenemos la esperanza que con esta como con otras investigaciones se logre contribuir, así sea modestamente, al conocimiento científico del derecho indígena y, sobre todo, a los esfuerzos de lucha por la am-

pliación de los espacios de acción del movimiento indio, incluyendo el derecho consuetudinario y el uso de las lenguas autóctonas, como base indispensable para la supervivencia de los pueblos indígenas en América Latina.

## NOTAS

1. Para un mayor desarrollo de esta temática sociolingüística y el estudio de conflictos lingüísticos en México, véanse Hamel y Sierra (1983); Hamel (1988c); Hamel y Muñoz (1988).
2. La caracterización del derecho como discurso seguramente no es fácil de aceptar para muchos juristas. Hasta podría causar escándalo, como apunta Giménez (1981:131), ya que tal definición implica aceptar que el derecho, como cualquier otra institución social, existe siempre en un contexto de comunicación, y está determinado social e históricamente. Para un debate de las jerarquías entre derecho y lenguaje, véase Canale y Lara (1988).
3. Esta disciplina estudia los conflictos que surgen y se expresan en el discurso debido a diferentes lógicas culturales (cf. Gumperz 1982a, b; Scollon y Scollon 1981; y Verschueren 1984).
4. Este estudio se desarrolló entre 1979 y 1985 como proyecto de investigación del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) México, DF, y fue patrocinado parcialmente por la Secretaría de Educación Pública. Participaron en él cinco lingüistas, una socióloga y cinco maestros indígenas bilingües, quienes investigaron los siguientes aspectos del conflicto lingüístico en la zona: la estructura socioeconómica y política de la región (Sierra 1989); la distribución y funciones de las lenguas en las situaciones comunicativas claves (Hamel 1987; 1988a; Hamel y Muñoz 1981, 1988); la escuela bilingüe (López 1982; Hamel 1984, 1988b); las actitudes y la conciencia lingüística (Muñoz 1984, 1987; Hamel y Muñoz 1986); y la constitución y reproducción de las relaciones de poder y las prácticas discursivas de los dirigentes indígenas (Sierra 1987, 1988a, b, 1989).
5. En algunas regiones indígenas, el Estado establece la diferenciación entre un juez auxiliar y un juez conciliador (cf. Tranfo 1974; Bartra *et al.* 1975; y Galinier 1979), para desahogar las instituciones jurídicas de aquellos casos que se resuelven mejor por procedimientos jurídicos no formales, siguiendo los usos y las costumbres tradicionales.
6. La pérdida del respeto se manifiesta de múltiples maneras: por un lado, en la insistencia con la cual los jueces reclaman y —mayoritariamente— practican el respeto como valor central de la etnia; y en la mención a su lamentable desaparición en el trato intraétnico que surgió como tema central en las recientes reuniones de autoridades indígenas tradicionales que organizó el Instituto Nacional Indigenista (INI) en Oaxaca, Chihuahua, Durango y Chiapas durante 1987 y 1988.
7. El espacio limitado no nos permite desarrollar aquí el análisis que está documentado en otra parte (cf. Hamel 1987).
8. Como el tema de la política del lenguaje en México está bien documentado (véase el trabajo pionero de Heath 1972), nos podemos limitar a un brevísimo esbozo. Algunos aspectos sociolingüísticos de la problemática se encuentran en Hamel (1988c).

9. La legislación específica que existe en materia de patentes, marcas, educación, traducción, etcétera, carece, por lo tanto, de una fundamentación constitucional.
10. Me refiero a la Carta de las Naciones Unidas (1945), La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), La Convención por la Prevención y el Castigo del Crimen y del Genocidio (1948), y La Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966). Véase el resumen de Braen (1987) sobre el debate internacional de los derechos lingüísticos.
11. En este punto, la Sociedad de Naciones, que existió entre las dos guerras mundiales, ya había avanzado más en el reconocimiento de los derechos colectivos de las minorías.
12. El Estado no crea estos derechos, solamente los reconoce; así, por ejemplo, tanto Francia como México, ambos países que impulsan una política de asimilación en lo lingüístico, le garantizan al individuo su derecho de expresión en su lengua, incluso cuando ésta no es la del Estado. Es decir, no lo delimitan en sus interacciones privadas, pero tampoco garantizan que sea escuchado y que pueda ejercer el derecho de usar su lengua en los ámbitos públicos institucionales.
13. Así, el derecho a la instrucción y la obtención de servicios en su propia lengua, recién empieza a existir a partir de la intervención positiva del Estado.
14. Una excepción reciente y seguramente la más interesante, desde el punto de vista de nuestro debate, la encontramos en la nueva constitución de Nicaragua que le concede una autonomía regional sumamente amplia, incluyendo los derechos lingüísticos, a los grupos indígenas y criollos que habitan la costa atlántica (cf. Comisión de Autonomía 1987).
15. Consúltense las reivindicaciones expresadas últimamente en diversos foros internacionales, como por el Comité para la Defensa de las Lenguas Indígenas de América Latina y el Caribe quien organizó un primer Seminario sobre Políticas de Revitalización Lingüística en Pátzcuaro, Michoacán, México, en 1987 (cf. *América Indígena*, vol. XLVII núms. 3 y 4 1987).
16. A esta formulación corresponde más o menos la definición del famoso concepto de "competencia lingüística" con el cual Noam Chomsky inició una revolución en la lingüística.
17. El principio de *personalidad* establece que un miembro reconocido de un determinado grupo lingüístico puede ejercer sus derechos de lenguaje en cualquier parte del territorio donde tiene vigencia este principio. En este caso el Estado se pliega al individuo. Así, por ejemplo, en algunas provincias de Canadá o en la ciudad de Bruselas (Bélgica), los miembros de cada uno de los grupos lingüísticos oficiales pueden exigir, por lo menos en teoría, que se les proporcionen los servicios públicos en su lengua. El principio de *territorialidad*, en cambio, establece zonas de vigencia exclusivas de una u otra lengua por áreas geográficas. Aquí el individuo tiene que plegarse al Estado. En Bélgica y en Suiza, por ejemplo, los padres de familia no pueden escoger el idioma de instrucción para sus hijos; a no ser que se cambien de residencia a una región donde rija la lengua de su preferencia.

## BIBLIOGRAFIA

- América Indígena*, vol. XLVII, núms. 3 y 4: "Revitalización de las lenguas indígenas".  
1987
- Bartra, R. *et al.*  
1975 *Caciquismo y poder político en el México rural*. México: Siglo XXI.

- Braen, A.  
1987 Language rights. *En* Language rights in Canada. M. Bastarache, ed. Pp. 3-63. Montreal: Yvon Blais Inc.
- Canale, S.A. y L. F. Lara  
1988 ¿Priva la ley sobre la lengua? *En* Actas del simposio: La lengua y el derecho. R. E. Hamel y L. F. Lara, eds. México: Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) por publicarse.
- Comisión de Autonomía  
1987 Autonomía: rescate de la Unidad Nacional. Managua.
- Galmier, J.  
1979 N'yuhu (Les indiens Otomis de la Sierra de Puebla). México: Misión Etnológica Francesa.
- Giménez, Gilberto  
1981 Poder, Estado y discurso. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Gómez, Magdalena  
1988a Derecho consuetudinario indígena. México Indígena. 2a. época, año IV, núm. 25 3-5.  
1988b La defensoría jurídica de presos indígenas. Análisis de una experiencia. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. *En* este libro.
- Gumperz, J. J.  
1982a Discourse strategies. Cambridge: Cambridge University Press.  
1982b (ed.) Language and social identity. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hamel, R. E.  
1984 Sociocultural conflict and bilingual education - the case of the Otomi Indians in Mexico. *International Social Science Journal*. Núm. 99: 113-128.  
1987 El conflicto lingüístico en una situación de diglosia. *En* Funciones sociales y conciencia del lenguaje. H. Muñoz Cruz, ed. Pp. 13-44. Xalapa, México: Universidad Veracruzana.  
1988a Sprachkonflikt und Sprachverdrängung. Die zweisprachige Kommunikationspraxis der Otomí-Indianer in Mexico. Berna, Frankfurt, Nueva York, París: Verlag Peter Lang.  
1988b Determinantes sociolingüísticas de la educación indígena bilingüe. *Signos. Anuario de Humanidades* 1988, pp. 319-376. México: UAM.  
1988c La política del lenguaje y el conflicto interétnico. Problemas de investigación sociolingüística. *En* Política lingüística en América Latina E. P. Orlandi, ed. Pp. 41-73. Campinas: Pontes.  
1989 Conflicto, desplazamiento y resistencia de la lengua indígena: problemas y métodos. *En* Actas del 1er Coloquio de Lingüística Mauricio Swadesh 1987. D. Cazes, ed. México: UNAM (en prensa).
- Hamel, R. E. y H. Muñoz Cruz  
1981 Bilingüismo, educación indígena y conciencia lingüística en comunidades otomíes del Valle del Mezquital, México. *Estudios filológicos* Núm. 16, pp. 127-162. Valdivia.  
1986 Perspectivas de un proceso de desplazamiento lingüístico: el conflicto otomí-español en las prácticas discursivas y en la conciencia lingüística. *Estudios sociológicos* 4 (11): 215-240.  
1988 Desplazamiento y resistencia de la lengua otomí. *En* Sociolingüística latinoamericana. R. E. Hamel, y Lastra de Suárez y H. Muñoz Cruz, eds. Pp. 101-146. México: UNAM.
- Hamel, R. E. y M. T. Sierra  
1983 Diglosia y conflicto intercultural. *Boletín de Antropología Americana* Núm. 8, pp. 89-110. México.
- Heath, Shirley Brice  
1972 La política del lenguaje en México. De la colonia a la nación. México: Instituto Nacional Indigenista (INI).

- Iturralde, Diego A.  
 1989 Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley. *América Indígena* XLIX (2): 245-261. En este libro.
- López, G.  
 1982 Castellanización y práctica pedagógica en escuelas bilingües del Valle del Mezquital. En *México pluricultural. De la castellanización a la educación indígena bilingüe bicultural*. P.A. Scanlon y J. Lezama M., eds. Pp. 367-296. México: Secretaría de Educación Pública (SEP) y Porrúa.
- Muñoz Cruz, Héctor  
 1984 ¿Asimilación o igualdad lingüística en el Valle del Mezquital? *Nueva Antropología* Núm. 22 pp. 25-64, México.  
 1987 Testimonios metalingüísticos de un conflicto intercultural: ¿Reivindicación o sólo presentación de la cultura otomí? En *Funciones sociales y conciencia del lenguaje*. H. Muñoz Cruz, ed. Pp. 87-115. Xalapa, México. Universidad Veracruzana.
- Scollon, R. y S. B. K. Scollon  
 1981 *Narrative, literacy, and face in interethnic communication*. Norwood: Ablex.
- Sierra, M.T.  
 1987 El ejercicio discursivo de la autoridad en asambleas comunales. *Metodología y análisis del discurso oral*. Cuadernos de la Casa Chata Núm. 146. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS).  
 1988a Identidad y discurso en las conciliaciones indígenas. México (en prensa).  
 1988b Hegemonización y proceso social en el discurso de los dirigentes indígenas. *Papeles* Núm. 5. México: CIESAS.  
 1988c Proyecto de investigación: prácticas jurídicas, comunicación y conflicto en el ejercicio del derecho positivo y consuetudinario en grupos indígenas. México: CIESAS, inédito.  
 1988d Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.  
 1989 Discurso, cultura, poder. Modalidades sociales y comunicativas de las autoridades en pueblos otomíes del Valle del Mezquital. Pachuca: CIESAS, Centro de Estudios Históricos Hidalguenses, AC (CEHIHNAC), y gobierno del estado.
- Spolsky, B. y P. Irvine  
 1982 Sociolinguistic aspects of the acceptance of literacy in the vernacular. En *Bilingualism and languages in contact. Spanish, English, and Native American Languages*. F. Barkin, E. A. Brøndt y J. Ornstein-Galicia, eds. Pp. 73-79. Nueva York: Teachers College, Columbia University.
- Stavenhagen, R.  
 1985 *Aspects socio-culturels de l'inégalité et de l'équité au Mexique*. *Amérique Latine*, Núm. 22, pp. 42-49. París.  
 1988 *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y El Colegio de México.
- Tranfo, L.  
 1974 *Vida y magia de un pueblo otomí*. México: INI.
- Verschueren, J.  
 1984 Linguistics and crosscultural communication. *Language and Society*, Núm. 13, pp. 489-509.
- Villoro, L.  
 1950 *Los grandes momentos del indigenismo en México*. México: El Colegio de México. (2a. edición: México: Ediciones de la Casa Chata, 1979).

## LENGUAJE, PRACTICAS JURIDICAS Y DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA

*María Teresa Sierra\**

*[...] para resolver nosotros un caso necesito primero saber quién lo empezó, cómo pasó [...], porque yo no puedo arreglar un asunto o darle su fin cuando yo no sé cómo pasaron las cosas [...].*

*Palabras de un juez del Decá  
(traducción del otomí).*

En las conciliaciones que practican los otomí del Valle del Mezquital<sup>1</sup> llama la atención el respeto, la paciencia y la tenacidad con la cual la autoridad local dirime los conflictos entre vecinos, buscando el acuerdo de las partes. A lo largo de nuestra investigación en la región, pudimos constatar que se trata de un procedimiento eficaz para resolver disputas que se realizan en lengua materna, sin dilación, donde el acusado se encuentra frente a su acusador. Tal manera de administrar la justicia contrasta notoriamente con las prácticas verticales, impersonales, burocráticas y muchas veces vejatorias que afronta el indígena ante la ley nacional, en los tribunales judiciales.

\* MARIA TERESA SIERRA. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), México.

En la base de estos procedimientos se encuentran sistemas legales diferentes y opuestos, que se identifican, por un lado, con el derecho positivo nacional y, por el otro, con el derecho consuetudinario indígena. En lo que se refiere a su funcionamiento en el medio indio, ninguno de los dos sistemas es comprensible en su totalidad sin referencia al otro. Entre ambos sistemas se establecen relaciones complejas de oposición y de intermediación a la vez, produciendo como resultado prácticas sincréticas.

Aquí nos centraremos en el estudio de las prácticas jurídicas vigentes en los grupos étnicos. Dejamos de lado las prácticas que el aparato estatal aplica a los indígenas (Gómez 1988). Nos referimos particularmente a ese aspecto del derecho consuetudinario, también reconocido como costumbre jurídica, que cobra vida en los juicios locales, es decir, a 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.

¿Cómo dar cuenta de los usos y costumbres jurídicos, de esas prácticas de carácter legal que surgen en el momento de ventilar las disputas? ¿Cómo funciona la costumbre jurídica durante los litigios?

El tema no es nuevo en el campo de la antropología jurídica. La literatura especializada demuestra la vigencia de prácticas legales en torno a la resolución de conflictos en diferentes grupos étnicos<sup>2</sup>. Sin embargo, no ha conceptualizado su objeto de estudio como costumbre jurídica, ni en sus relaciones con el derecho nacional. Además, no ha considerado el hecho de que las prácticas jurídicas son básicamente prácticas discursivas; es decir, prácticas sociales organizadas por y a través del lenguaje; en ellas se trata de resolver conflictos con medios discursivos como la argumentación y la retórica. Visto desde esta perspectiva, el ejercicio de la costumbre jurídica constituye una forma de comunicación que se expresa a través del lenguaje y, más específicamente, en la organización cultural del discurso (Hamel 1988).

El carácter dinámico de las conciliaciones, de construcción paso a paso, las convierte en eventos comunicativos sumamente privilegiados para observar el funcionamiento de la costumbre jurídica. La reconstrucción discursiva de la conciliación ofrece, por tanto, una vía metodológica enriquecedora para mostrar cómo se hacen explícitas, *in situ*, distintas normas, reglas, y creencias, de qué manera se van construyendo y negociando y en qué sentido son utilizadas e interpretadas por las partes invo-

lucradas: jueces y litigantes. Por esta razón, nos interesa analizar la estructura y la organización discursiva de las conciliaciones, etnográficamente situadas. Intentaremos así rastrear aspectos de las prácticas jurídicas étnicas en sus procesos.

Al centrar nuestros análisis en las conciliaciones, de ninguna manera pretendemos reducir a ellas la expresión de una costumbre jurídica. Por el contrario, damos por supuesto que esas formas acostumbradas de regular la vida del grupo, de carácter obligatorio y recíproco, parten de lo que los indios llaman *la costumbre*, tocan todos los ámbitos de la organización social, tales como la regulación del trabajo, la vida familiar, el ciclo festivo y religioso, la salud, etcétera. Las conciliaciones son únicamente una de las instancias de conflicto —distintivas, por cierto— para observar el despliegue normativo en el ejercicio de la justicia indígena.

A continuación, daremos, primero, el contexto en el que se realizan las conciliaciones en las comunidades otomí del Valle del Mezquital. Más adelante, a manera de ejemplo, presentaremos cuatro casos de litigio que analizamos en detalle para reconstruir, principalmente, el proceso argumentativo y de negociación que se gesta durante los juicios. Finalmente, reflexionaremos sobre la especificidad cultural del ejercicio del derecho en los pueblos indígenas.

#### LA CONCILIACION: INSTANCIA DE LITIGIO A NIVEL COMUNAL

Innumerables pleitos, riñas o rencillas entre vecinos y parientes de los pueblos suelen terminar en disputas que deben dirimirse ante las autoridades del lugar. Se abren así los espacios a las conciliaciones como las instancias de litigio más importantes en las comunidades del Mezquital<sup>3</sup>.

La conciliación consiste, en palabras de un juez, “en utilizar los medios mediante convencimiento”, es decir, en arreglar un asunto mediante una negociación. En el desarrollo de los litigios interviene en gran medida la autoridad del juez en turno, su capacidad negociadora pero también la disposición de los vecinos para llegar a un acuerdo, lo cual se relaciona directamente con la posición social de los involucrados y con la estructura de relaciones sociales, de parentesco y de poder vigentes en el grupo. El juez es la autoridad principal del pueblo; además de su función de alcalde, de vigilante y organizador de la vida local, cumple con la tarea de

conciliar, es decir, de negociar las disputas y buscarles una solución dentro de ciertos parámetros.

En el Valle del Mezquital no se encuentra mucha información sobre el tema, a diferencia de los estudios existentes en otras regiones indígenas de México como Chiapas (véase Dorotinsky 1989) u Oaxaca. Lo que más bien ha sido documentado son los reducidos márgenes de maniobra o negociación entre los pueblos indios y los centros regionales de poder, debido sobre todo a la fuerza de los caciques y jefes políticos que han dominado la región (Nolasco 1966; Arellano 1966; Bartra *et al.* 1975). Cuando mucho, se sabe de la existencia de jueces conciliadores como partes de la estructura de poder, pero no de cómo ejercen su autoridad (Tranfo 1984). Esto mismo dificulta indagar en las maneras de administrar la justicia en épocas pasadas.

Nuestras observaciones en la zona árida del Mezquital permiten constatar un innegable margen de autonomía local para ventilar las disputas, generalmente delitos menores, aquéllos que tienen que ver con rencillas familiares, robos, daños en propiedad ajena, insultos y violaciones a los principios de la convivencia y del honor. Los hechos de sangre y sobre todo los que suelen terminar en homicidio, pasan directamente a manos del poder judicial estatal<sup>4</sup>.

Las conciliaciones en los pueblos no son sólo espacios de armonía y de consenso, sino arenas de encuentro, donde afloran las tensiones vecinales. Si las partes acceden a la conciliación es porque sienten retribuida su pena pero también por la conveniencia de resolver el asunto localmente. La reciprocidad, como principio central de las relaciones, se rompe durante los conflictos, y el juez como autoridad se ve en la obligación de restituirla, en la medida de lo posible.

Las sanciones no rebasan las disculpas, las multas o el encierro por un par de noches en la cárcel del pueblo (un pequeño cuarto junto a la escuela o el juzgado). Los golpes son algo del pasado. De hecho, pareciera ser que actualmente los espacios de la conciliación se han abierto; según cuenta la gente antes se tenía miedo a discutir, era mayor el temor al cacique o a la autoridad del propio pueblo.

Las conciliaciones como instancias de litigio se integran a la jerarquía jurídica estatal. Se distinguen diferentes niveles legales que van desde los juzgados locales a las cortes municipales y a los tribunales del distrito.

Los niveles legales se encuentran a disposición de los vecinos, y funcionan también como recurso de negociación durante la conciliación. En la elección de las instancias de litigio interviene, además del tipo de delito, un cálculo de tiempo, dinero y la posibilidad de hacer uso de ciertos contactos (se confirma lo estudiado por Collier [1968] en Zinacantán), pero también la identificación del individuo con su comunidad. Los procedimientos conciliatorios a veces tienen cabida a nivel municipal, pero las multas son mayores y aumenta la posibilidad de terminar en la cárcel. Además, el peso de las relaciones familiares disminuye, lo cual resulta en procesos más impersonales y en ocasiones arbitrarios.

Por otra parte, los vecinos tienen conciencia que en los tribunales, en el distrito judicial de Ixmiquilpan, disminuyen sus posibilidades de lograr justicia, y que se encuentran a la merced de los innumerables agentes judiciales, abogados y jueces que acostumbran "funcionar" a través de recompensas monetarias. En este nivel domina la ley nacional como la referencia de legalidad.

La relación con los distintos agentes e instancias legales genera, entre los vecinos y sus autoridades, una tensión constante que en ocasiones se transforma en resistencia organizada. No es extraño que si alguien es buscado por los judiciales sea en general protegido, defendido o escondido por los vecinos mismos, sobre todo si se sabe de su responsabilidad menor en el delito<sup>5</sup>.

## **DISPUTAS Y NEGOCIACION: LOS ANALISIS DE CASOS**

### **EL RITUAL DE LA CONCILIACION**

Para que una conciliación se inicie es necesario seguir una serie de pasos y requerimientos previos. En primer lugar, debe existir una demanda o queja ante el juez. Posteriormente se cita a los involucrados, acusados y acusadores, a una reunión que se efectúa generalmente en el juzgado del pueblo, si éste existe, o en la casa del juez. La citación se realiza a través de los topiles, o policías del pueblo. El juez no interviene si no se le presenta formalmente una queja, sobre todo cuando se trata de simples pleitos o desacuerdos entre vecinos. La conciliación se inicia una vez que los litigantes se presentan ante el juez con sus pruebas y tes-

tigos, si es necesario. El litigio involucra una serie de rituales que se manifiestan en los saludos iniciales, en los estilos y en las formas de hablar, pero también en el uso de las lenguas, el otomí y el español.

Durante la conciliación el juez debe crear las condiciones para que las partes expongan los hechos, los argumenten y, en consecuencia, puedan llegar a un acuerdo negociado. La conciliación constituye un evento comunicativo de suma importancia, ya que litigar significa debatir, vencer, dar solución a un determinado problema. A nivel del lenguaje se va construyendo la significación, y emergen los símbolos, las reglas y principios de la negociación. Por esta razón un análisis del discurso permite reconstruir las secuencias lógicas, las estrategias y procedimientos discursivos puestos en juego entre el juez y litigantes; es decir, el análisis lleva a mostrar que la conciliación responde a una serie de pasos, a un orden negociado de las intervenciones, y a esquemas y estrategias argumentativas<sup>6</sup>.

El análisis de distintos litigios en pueblos del Mezquital nos ha permitido comprobar que las conciliaciones siguen una secuencia similar, un patrón interactivo subyacente que podemos resumir en lo siguiente:

1. inicio de la conciliación: saludos y antecedentes;
2. exposición de los hechos (intervienen los involucrados);
3. evaluación (juez);
4. negociación: discusión, contraargumentaciones; y
5. acuerdos o sanciones.

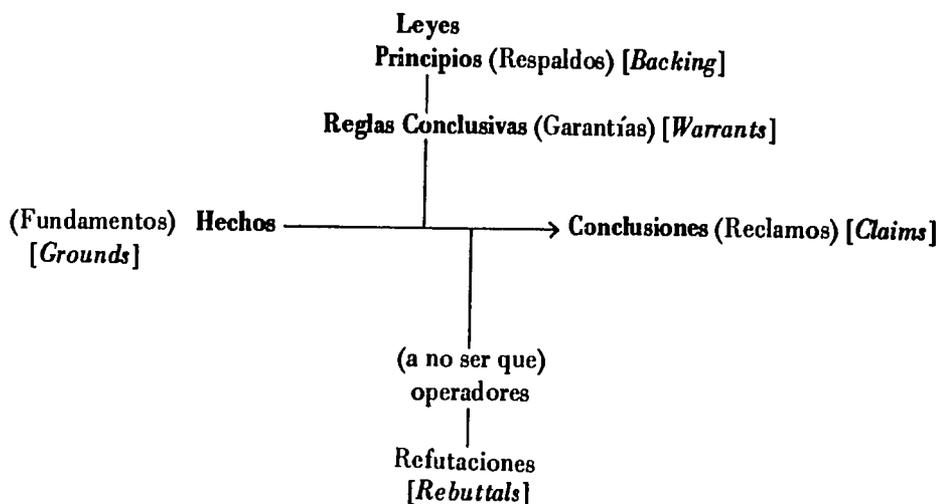
Estas secuencias interactivas varían según la capacidad negociadora del juez en turno; mas ellas nos sirven de referencia para seguir los casos que más adelante presentamos.

Por las exigencias de debatir y sustentar las posiciones, el análisis argumentativo resulta ser sumamente ilustrativo en el estudio de las conciliaciones. La argumentación sigue un esquema básico (Toulmin 1958), que puede representarse como aparece en la gráfica 1<sup>7</sup>.

En toda argumentación existe siempre un reclamo, una conclusión en disputa que debe resolverse lógicamente. El reclamo se fundamenta en hechos o antecedentes, y en principios, reglas o deberes válidos en un determinado contexto cultural. El proceso argumentativo significa relacionar los hechos con los principios o normas, pasando por ciertas

reglas para poder calificar una acción determinada. Pueden existir modalidades que cuestionen la argumentación y, por tanto, la refuten. Corresponde a un esquema básico que rige tanto la argumentación cotidiana como la argumentación jurídica o política y lo podemos también reconstruir a nivel de las conciliaciones.

Gráfica 1



Se distinguen dos niveles o aspectos de la argumentación: la *lógica argumentativa*, o el procedimiento a través del cual se da validez a una argumentación, ya que salen a relucir los principios o derechos vigentes en un determinado grupo social; tal es el caso de las normas del pueblo que legitiman la práctica del juez; la *pragmática argumentativa*, que remite a las estrategias discursivas, a los fines que se persiguen en una argumentación; tanto los jueces como las partes en litigio desarrollan estrategias para imponer su punto de vista. Sin embargo, en la búsqueda de un determinado fin no se pueden violar abiertamente los principios de la lógica argumentativa; de ahí los vínculos entre ambos aspectos de la argumentación. El juez, por ejemplo, no puede persuadir si es que no fundamenta su conclusión en una determinada normatividad.

El esquema de la argumentación nos sirve de referencia para ilustrar los casos que analizamos a continuación. Hemos tomado cuatro conciliaciones donde se observa de manera diferenciada cómo los jueces resuel-

ven las disputas. Todas se refieren a conflictos menores, de aparente fácil solución. Se desarrollan en otomí, la lengua materna del lugar, salvo en una de ellas, el cobro de multa, en donde domina un uso alternado del otomí y del español. Las sesiones las hemos grabado, transcrito y, en su caso, traducido del otomí al español<sup>8</sup>.

LAS REGLAS DE LAS VISITAS:  
UN LITIGIO VECINAL

**Lo que quiero es que la gente se visite,  
pero con respeto y de día**

La conciliación se desarrolla en la casa del juez, en el pueblo del Decá. El tema de la disputa es el siguiente: un vecino (A) es acusado de haber golpeado a otro (B), y de incapacitarlo para trabajar, por un cierto tiempo. El acusador (C), hermano del herido, justifica su queja sustentándose en la costumbre según la cual cuando alguien es golpeado merece que se le paguen sus gastos de curación y sus días de trabajo.

Por su parte, el acusado argumenta que agredió a su vecino en defensa propia, de su hogar y de su familia, ya que había entrado a su casa de noche, con un martillo en la mano y sin avisar, cuando solamente estaban presentes sus hijos (una muchacha y dos niños). Por otras fuentes, se sabe que el herido tenía la intención de "robarse a la muchacha".

Durante la discusión surgen dos líneas de argumentación que ponen en juego diferentes normas o principios comunales: el derecho a la integridad física, el derecho domiciliario, y las reglas de las visitas. El juez debe decidir cuál de los principios es más válido en este contexto y si la acusación procede o no.

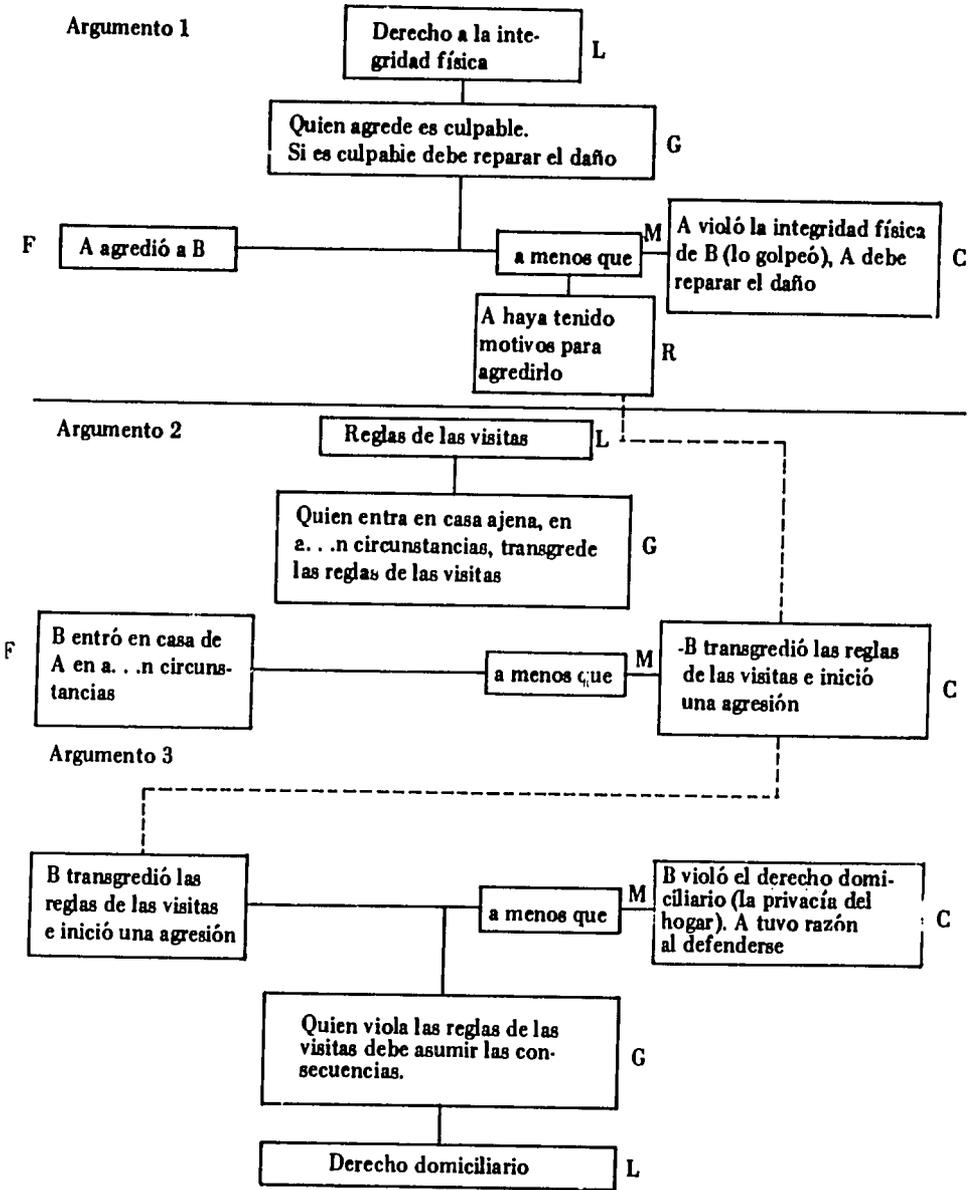
Veamos a continuación, siguiendo el esquema de Toulmin (véase gráfica 2), cómo podemos reconstruir la argumentación del juez. En ella distinguimos tres argumentos.

1. Según los acusadores, A debería pagar los gastos de curación (reclamo) por haber roto las costillas a B (hechos), conclusión a la que llega apoyándose en la costumbre según la cual quien golpea debe reparar el daño causado; costumbre que en términos legales podríamos nombrarla el derecho a la integridad física.

239

### Gráfica 2 Litigio vecinal

#### Las reglas de las visitas



Legenda con base en el esquema de Toulmin (1958)

- C: reclamo (*claim*)
- L: normas, principios, leyes (*backing*)
- G: garantías (*warrants*)
- F: fundamentos, hechos (*background*)
- M: modalidades (*modalities*)
- R: refutaciones (*rebuttals*)

sica. El juez parte de los condicionantes a este argumento, el hecho de que B provocó la agresión al irrumpir en la casa de A, para cuestionar el argumento de los acusadores. Esta conclusión resulta ser la base del argumento principal del juez.

2. El juez concluye que B violó las reglas de las visitas, lo cual dio lugar a una agresión. Al decir del acusado, los hechos que apoyan este argumento se refieren a que B entró en su casa sin avisar, borracho, de noche y con un instrumento, lo que prueba además que tenía malas intenciones, y que no tuvo en cuenta los horarios ni las formas de las visitas.
3. Esta misma conclusión le permite al juez constatar que, al romper las reglas de las visitas (hechos), infringe la privacidad del hogar y, por tanto, tiene que asumir las consecuencias.

Con este proceso argumentativo el juez pretende probar que la acusación no procede. El desarrollo lógico del argumento permite al juez jerarquizar las normas y principios vigentes en el pueblo como fundamentos para calificar el delito. Sin embargo, el razonamiento del juez no basta para persuadir a los quejosos de retirar su demanda, todavía tiene que recurrir a una larga negociación y discusión sobre los hechos, lo que realiza de manera amable, respetuosa. De las dos horas que dura el litigio, el juez pasa una hora y media negociando. La posición que sostiene la resuelve en los primeros minutos. En la persuasión intervienen, por consiguiente, otros aspectos que tienen que ver con las maneras de negociar, con las estrategias discursivas. Veamos esto en algunos fragmentos de la conciliación.

Después de escuchar las versiones de los hechos según cada parte, el juez realiza una primera evaluación.

- J: [...] *di xiahi nuga xi tanto gui bathi que henhi que uo nuga ya que ngue-e go* [...] *bi za ma lado como autoridad yagui ñenhi go ma ga umbara reglo nuna pues nuga otho ma nao ni ma na nuga ni ma naa hinto dra fatzi* porque *nuga ga fatso a na o ra persona to o brí acusa bí hin te maga ta ha* [...] *nuga nao ha* pues este [...] *nu-a hí gui cosa hi na ra cohí* por fin *to o tura culpa nuga naa di juzgo pues cometenaro* [...] pues *na ra error ga emfu* por decir de que *hí mo ha ofende bi ha ngu-u* [...].

[. . .] les digo yo ni tanto no vayan a pensar que yo por mi lado como autoridad ya van a decir que yo voy arreglar esto [a favor de alguien] pues para mí no hay ni una cosa ni otra yo ni a uno ni a otro le ayudo porque si yo ayudara a esa persona [se refiere al tío] a la que acusan no voy a ganar nada [. . .] yo este, pues este [. . .] ustedes solos deben de quedar en algo [. . .] por fin quién tuvo la culpa yo lo que juzgo es que cometió un error le decimos por decir de que se fue a ofenderlo en su casa [. . .].

Sin perder las maneras respetuosas, el juez reitera su lugar de árbitro en la disputa, con el deber de actuar por encima de las partes. Explicita su interés en que los vecinos lleguen a un acuerdo, que comprendan la situación. Para dar más fuerza a su argumento se refiere a las normas que rigen su práctica de autoridad; menciona que sólo puede juzgar las faltas cometidas y señala que fue B quien cometió el delito y, por tanto, no puede sancionar a A.

Otro argumento que ilustra la estrategia conciliadora del juez lo observamos en los trozos siguientes:

J: [. . .] *entons nuga hí di tindua ra* fin porque ni nuni too *guí* acusa *bi hí o tho mara* base *habu go jí paga embí ju tu a bí ooo oo* [. . .] oo [. . .] *hague* [. . .] o *hague in gui* reconoce [. . .]  
Si fuera *maba* ofende *bí* pues *otho ra* [. . .] *otho ra* forma *hanga gra tapa bihí o xí ca gui mu ja mara* forma *hanja ga tapabihí* [. . .]

[. . .] entonces yo no le encuentro fin [a la queja] porque a quien acusan ustedes no hay base para condenarlo y decirle que pague oo [. . .] oo [. . .] a poco ustedes no lo reconocen [. . .]

Si fuera que fue a ofenderlo [fuera de la casa] [. . .] pues no hay [. . .] no hay forma de cómo ganarle [no se le puede culpar] .

O díganme si hay una forma para acusarlo [. . .].

El juez concluye que es imposible culpar a A, y obligarlo a pagar una multa, ya que actuó en legítima defensa al proteger su espacio privado, su hogar. Se entiende que termine con una pregunta retórica: “o díganme si hay forma para acusarlo”, como una manera de comprometer a los acusadores con su argumentación, buscando que se pongan en su lugar.

A lo largo de la conciliación el juez hace prueba de su autoridad. Por ser el garante de las reglas y costumbres del pueblo, recuerda a los vecinos lo que puede y no puede permitirse, lo aceptado y lo prohibido, y

pasa a juzgar los sucesos de acuerdo a tales normas para fundamentar su conclusión. Incluso tiene que rechazar una sugerencia de uno de los acusadores (B), de que “haga un papel donde diga que ya no se visiten sus familias”, y mostrar sus limitaciones “jurídicas” ante el pueblo, ya que él no tiene “una autorización para hacer un papel donde diga que la gente no se visite”.

En suma, después de un largo proceso de negociación el juez consigue persuadir a los acusadores de la improcedencia de su queja por lo que, finalmente, deciden retirarla.

## LITIGIO FAMILIAR

### De la negociación a la amenaza

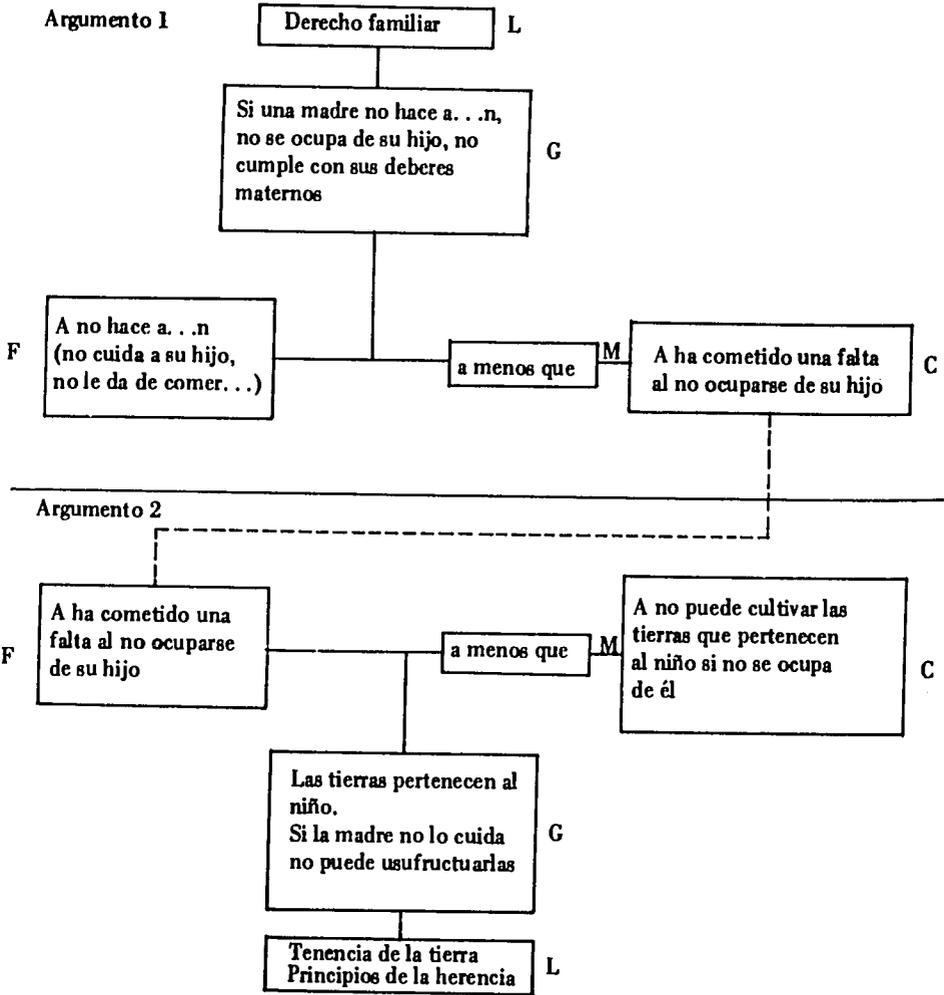
La situación es la siguiente: una señora (A), viuda, es acusada ante el juez por no ocuparse de su hijo, a quien abandonó al irse a vivir con otro vecino del pueblo. La queja la ponen las hijastras, hermanas del niño. Durante la conciliación el juez intenta persuadir a la señora de que cumpla con sus obligaciones de madre y se ocupe de su hijo. Sin embargo, en esta ocasión ni las buenas maneras, ni los argumentos del juez resultan ser suficientes para lograr el compromiso de la acusada, por lo que resulta necesario recurrir a otros procedimientos.

A lo largo de la discusión surgen dos argumentos, uno explícito, desarrollado por el juez, que busca comprometer a la señora con su hijo, tal como lo señala la costumbre en el pueblo; y otro implícito, que se encuentra en el fondo de la disputa; se le recuerda a la madre que si no se ocupa del niño no puede usufructuar las tierras que por herencia corresponden al niño, por ser el varón. Vemos así emerger, por un lado, las obligaciones morales de los padres hacia los hijos, y, por el otro, principios que regulan la herencia en la región:

En la gráfica 3 podemos seguir el razonamiento del juez, construido a partir de los dos argumentos:

1. El juez concluye que la señora ha violado las normas familiares al no ocuparse de su hijo, ya que lo abandonó, no le da de comer, y cuando lo hace le ofrece pulque (hechos), según versión de las hijastras; la señora ha cometido un delito al no cumplir con su responsabilidad materna.

Gráfica 3  
Litigio familiar



Leyenda

- C: reclamo (*claim*)
- L: normas, principios, leyes (*backing*)
- G: garantías (*warrants*)
- F: fundamentos (*backgrounds*)
- M: modalidades (*modalities*)
- R: refutaciones (*rebuttals*)

2. La señora incurre, además, en otra falta al cultivar las tierras que corresponden a su hijo. El juez le menciona las reglas de la herencia para recordarle que las tierras pertenecen al niño, y si no se ocupa de él no puede usufructuarlas.

Nuevamente, los argumentos del juez no bastan para persuadir a la señora de la falta con respecto a su hijo. Recurre, entonces, a otros argumentos y a otros estilos en las formas de hablar. Veamos esto en las frases siguientes:

J: [. . .] *bu nube embi* que *ne da di di ana-i de de momento embi xi-a to-o gui cargabi nuni na ts-u nt-u yo-o embi mada yo jamasi ni* porque para *guea di ne ga pa di to-o to-o gui cargo bi*.

M: *nde nuga di ne ga munts-i hma ngu ya zi ts-udi pe ngu yu bingui ne*.

[. . .] sí ahora este quiero o les pregunto por el momento pues quién se va a encargar de este niño o quién lo va a cuidar [. . .] porque a mí me gustaría saber quién se encarga de él.

Pues por mí yo quiero juntarlos como los pajaritos pero ellos no quieren.

El juez se dirige a las partes, la señora y las hermanas de manera amable y respetuosa, buscando que se pronuncien sobre el compromiso con el niño. La madre responde, pero da a entender que no es ella quien se niega a cuidarlo.

El juez insiste durante largo rato, asumiendo su lugar como autoridad moral, sin embargo la señora no se manifiesta, por lo que cambia de táctica persuasiva. De manera suave y condescendiente utiliza el argumento de autoridad “[. . .] le ruego así de autoridad ya ya es mucho lo que aguanto”, para aumentar la presión. Sus súplicas no logran el efecto deseado, por lo que cambia radicalmente su tono para recurrir a la amenaza.

J: [. . .] pero *nui* como madre *ngu xi-i qui pe tsa* toda la plena *obligacion* a que vea como le hace [. . .]. Porque tanta veces quizá *hixcá tso nga ra fadi peo nubú gui segui gui* desobliga *ma gui tontsa ra fa di* y que necesidad hay [. . .] *Gui otho-e* pues *ga mandahe da ts-ixai pa tsi Mohai* porque *nu ra ley nu nuna ga ena muna cargo di pershe hingo sta ahe ra pueblo xa huaxca he y nubú ra pueblo da hyandi hinga cumple hinga cumplihe te ma da ma* [. . .].

[. . .] pero usted como madre le digo tiene toda la plena obligación a que vea como le hace [. . .]. Porque tantas veces quizás no ha ido a la cárcel pero si no se compromete va a llegar a la cárcel y qué necesidad hay [. . .]. Lo que hace pues puedo mandar que la lleven a Cardonal porque la ley [. . .] o puede decir este cargo que tenemos no lo hemos pedido, sino el pueblo nos nombró y el pueblo está viendo, si no cumplimos con él qué va a decir [. . .].

El juez deja de lado las formas condescendientes y suplicantes y pasa a argumentos contundentes, amenazadores y directos, que resultan ser más eficaces en la solución del asunto. La amenaza, como último recurso, se apoya en actos futuros del posible envío del caso a instancias superiores, las municipales, donde hay menos posibilidades de lograr una solución negociada. Además, el juez refuerza la amenaza con el argumento de su autoridad delegada, sustentada en la ley del pueblo que él debe hacer cumplir.

Vemos así funcionar la amenaza como un recurso ideológico de poder, que pone en juego los diferentes niveles y jerarquías legales en la administración de la justicia. Se observa la fuerza del argumento en la reacción de la señora, quien finalmente acepta su compromiso.

#### EL CHISME Y LAS INTERPRETACIONES ENCONTRADAS

**Un vecino dice que la lengua de uno es como un veneno y es cierto porque una palabra que decimos, pues a veces el que lo decimos lo pasó a decir (Palabras de un juez del Decá)**

Las interpretaciones anteriores se confirman una vez más en esta disputa; nuevamente la persuasión, el acuerdo negociado de las partes y, en última instancia, la amenaza, así como la referencia a la autoridad delegada, resultan ser los procedimientos principales de la conciliación. En este caso, además, salen a relucir otros aspectos que tienen que ver con los canales formales e informales del control social a nivel local.

El asunto en disputa trata de lo siguiente: una mujer (A) acusa a otra (B) por difamación; por andar diciendo que ella roba animales. Pide al juez que aclare el asunto. El caso surge porque otra vecina (C) perdió unos pollos, y B le dice que seguramente A se los robó. C averigua si realmente su consuegra robó sus animales, y le cuenta el chisme. El juez

debe, entonces, aclarar el asunto y resolver si la difamación tiene o no fundamentos; es decir, si existen o no pruebas para mostrar que A roba animales. Si eso no es cierto el juez hace ver que difamar a alguien es un delito muy grave que merece sancionarse.

Los principios que salen a relucir en esta situación son los siguientes:

- la difamación es un grave delito de honor que atenta contra la dignidad personal;
- los chismes son “un veneno para las relaciones”, según palabras del juez;
- robar es un delito.

Todos ellos confluyen en señalar el principio de la buena vecindad, basado en el respeto y en el honor. Más que averiguar la “verdad” de los hechos, ya que es difícil desentrañar lo que se “dice” que “dicen” que “dijeron”, el objetivo del juez es el de restablecer las relaciones entre los vecinos, su reciprocidad.

A lo largo de la conciliación se delinean dos argumentaciones encontradas, como puede verse en la gráfica 4.

Por un lado, la posición de A; su argumentación se dirige a mostrar que ha sido difamada y, por tanto, se encuentra ofendida (reclamo). Los hechos en que apoya su queja es que “se dice” que ella roba animales pero no se lo han probado. De manera implícita fundamenta su acusación en la norma según la cual acusar sin comprobar es una difamación, y con esto se atenta contra su dignidad personal, contra el principio del honor.

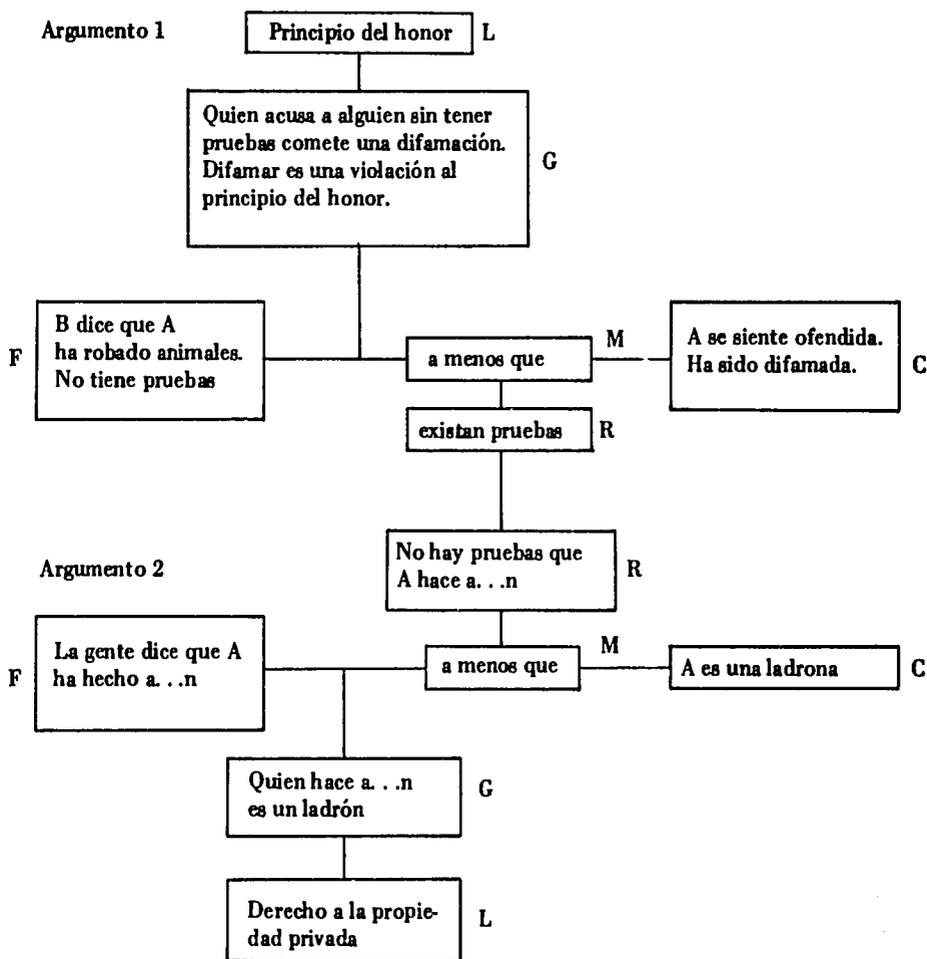
Por el otro, la acusada sustenta, a su vez, otra acusación; confirma que A es una ladrona ya que varios vecinos así lo dicen, y otros afirman haberla visto robar animales, además se sabe de casos anteriores. Tal acusación se apoya en el principio que robar es violar, atentar contra la propiedad privada, lo cual merece una sanción.

Ante estas dos posiciones el juez debe decidir si la acusación por el delito de difamación procede o no. El juez concluye que no se le muestran pruebas de que A haya robado animales; todo lo que se dice no son más que chismes, palabras de otros, y por ello no se puede afirmar la acusación.

247 -

Gráfica 4

El chisme



Leyenda

- C: reclamo (claim)
- L: normas, principios, leyes (backing)
- G: garantías (warrants)
- F: fundamentos (backgrounds)
- M: modalidades (modalities)
- R: refutaciones (rebuttals)

Las relaciones familiares entre acusada, acusadora, testigo y juez interfieren directamente en la decisión que se toma. Por lo mismo, el juez más que interesarse en conocer la “verdad” de los hechos insiste en que el asunto se arregle, en que no “anden chismeando”, sobre todo si no se tienen pruebas contundentes para acusar.

Como se muestra a lo largo de la conciliación, el chisme funciona a partir de una cadena de interpretaciones en torno a un evento. La acusada se convierte en acusadora, y se refieren a diferentes casos anteriores para mostrar que existe el chisme; que A acostumbra robar animales. El juez, no obstante, no considera que tiene pruebas para demostrar el hecho, solamente palabras de otros que no se encuentran presentes.

Muy a pesar de las advertencias del juez, el chisme funciona como un mecanismo informal de control social, de vigilancia entre los mismos vecinos; sin embargo, no puede aceptarlo como criterio legítimo para resolver un asunto. Por ello invoca continuamente su lugar de autoridad delegada, interesada en resolver la disputa en forma negociada. Veamos esto en las palabras de juez.

J: [. . .] pues *nuga ngu* de acuerdo *ra ley ha ngue ha nuga* no no importa *ma cúdo* importa *ma tiyo* no importa una cosa es que sea familiares y una cosa es que *pa -a pe fi hangue* [. . .].

[. . .] pues yo como de acuerdo a la ley. Verdad si no importa si es mi hermano, si es mi tío [. . .] no importa, una cosa es que sean familiares y una cosa es que sabe lo que hace verdad [. . .].

Más adelante continúa:

J: [. . .] *naa* como autoridad no importa mas que mas que *ra* vecino *otho* porque ya *tsu ha nixi ga ntsa* *\_naa mui* facultado en primer lugar por *na* vecino *xa nombra naa hangue ha ja* *ra* pueblo en segundo lugar *mu i* facultado por la presidencia municipal [. . .] *hin hingu ja se he ni bi ja ra thuhu na gue nzaya* sino ante de gobernación y ante ante el presidente de la república [. . .].

[. . .] uno como autoridad no importa más más que es mi vecino no hay por qué tener miedo y tampoco nos avergoncemos [. . .] Está uno facultado en primer lugar por los vecinos [. . .] por los vecinos lo han nombrado a uno si, verdad, en el pueblo, en segundo lugar está uno facultado por la presidencia municipal, no, no nada más allí [. . .] tiene su nombre ese de juez sino ante gobernación y ante ante el presidente de la república [. . .].

El juez marca claramente las jerarquías de la legalidad y la legitimidad de su cargo para dar fuerza a sus opiniones y justificar su lugar como árbitro neutral, y no como familiar. En este sentido el juez hace valer la institucionalización de su cargo como garantía para dirimir los asuntos internos y concluye su apreciación así:

J: [...] *to mi nana tomi hma nu ga didi bante-i hu* porque aquí hay una mezcla de cosas que *naa bi manga na ra cosa ma na bi manga na ra cosa* unicamente *di bante-i hu* ojalá *embi* cada *na di quehu* pues sea muy conscientes *mu xi ma jua ni xa nja ha hubu hina* pues este *o gui aumentahu o gui aumentahu* [...] *nuga* como autoridad claro está *necadi me ma* tiempo pero para *quea di mu i y xa xa nts-o* [...] *hitsi cost.u* de una palabra y *gui mahñu* es algo penoso es una difamación de honor y una difamación de honor *di cuesta ndunthi ra multa mu da mu* lleva a cabo [...].

[...] espera señora, espera pues, yo si le digo de favor a ustedes porque aquí hay una mezcla de cosas, que uno dijo una cosa [...] el otro dijo otra cosa. Unicamente les recomiendo ojalá pues cada uno de ustedes pues sea muy consciente si es verdad lo que ha hecho [...] y pues este no lo aumente [...] yo como autoridad claro está pierdo mi tiempo pero para eso estoy, estoy y SE VE MUY MAL [...] nos cuesta de una palabra y lo que dicen es algo penoso es una difamación de honor y una difamación de honor nos cuesta mucho de multa si se lleva a cabo [...].

El juez termina por calificar al chisme como veneno de las relaciones.

J: [...] *beni na zi tu qui gui petsa mazi tu qui da* cuidado porque *di padi* que como ejemplo *ma ndoña* ese es su veneno *nuu embi casi ngu da yo na ra noya* luego *ma da maa* ese su veneno [...].

[...] le ruego tenga un poquito [...] un poquito de cuidado porque yo sé que como ejemplo mi suegro [el chisme] es su veneno [...] casi como que escucha una palabra y luego se va a decirla [...].

Y le reitera la necesidad que lleguen a un acuerdo:

J: [...] *na ra cohi pos ya bi zatho cu nu-fla* no ya *hangue haa pos* muchos dolores de cabeza pero *numu hina* pues *ora* si que *nuga hindi padi* [...] *ga ena ja que thohu tai* cuando *mu ya j ja* convenio *thohuua* [...] porque *brñu de na zi tu qui* pues *ra tha ca* tiempo [...].

[...] pónganse de acuerdo ya hasta aquí nomás las palabras verdad pues para mí hasta me evitan muchos dolores de cabeza [...] que dijera que se pase a Cardonal cuando si hay ya un convenio [...] porque piensen un poquito, pues quita tiempo [...].

En suma, el juez no presiona por aclarar la veracidad de la difamación, le importa más conseguir el acuerdo negociado entre las vecinas, o bien les pone una multa a todas. También deja entrever que si no solucionan su disputa llegando a un acuerdo, habrá que pasarla a Cardonal, la cabecera del municipio, lo que sobre todo implica pérdida de tiempo y de dinero.

Una vez más el juez actúa como autoridad moral preocupado por mantener la reciprocidad y la buena vecindad. Diferentes normas y principios emergen en el debate como parámetros reguladores de la conciliación.

## LOS COBROS DE MULTA

### Conflicto e intermediación

Durante los momentos de cobrar una multa la función conciliadora del juez se reduce al mínimo, sobre todo si se trata de cumplir órdenes que vienen de otras instancias. En el caso que presentamos a continuación resaltan las formas impositivas, amenazantes y verticales del juez, lo que contrasta notoriamente con las maneras persuasivas, suaves y amables de litigar en las situaciones anteriores.

El juez exige a vecinos del pueblo que paguen la multa asignada por haber cortado magueyes en terrenos de un pueblo vecino. La queja le llegó al juez a través del juez conciliador del municipio, quien a su vez la recibió de las autoridades del otro pueblo. El juez actúa aquí como intermediario, en una triangulación de autoridades. Más que negociar si se paga o no la multa, o si se cometió o no el delito, el juez ejerce su autoridad para exigir el pago de la falta.

La estrategia del juez es muy distinta a la de los jueces anteriores durante las conciliaciones. En este caso la estructura argumentativa del juez es sencilla, ya que no se trata de convencer a través de argumentos fundamentados. Simplemente le hace saber al acusado que debe pagar su multa. Desde el inicio el juez amenaza al acusado con enviar el caso a

Cardonal, la cabecera municipal, si él no accede a pagarla. La actitud del juez violenta y tajante, contrasta con la forma sumisa del acusado quien pretende insistentemente conseguir la venia del juez para evadir la multa. Los fragmentos siguientes ilustran esta situación.

J: [...] *Yaaa dá xi-i hángu b-u hingui b-u hingui*  
 [...] Ya te dije cuánto si no los pagas te

J: [...] *ri xúdi ga zón-i M-ohai* no sé cuánto te cobren  
 [...] mando llamar a Cardonal y ahí no sé cuánto

te cobren*
<i>Y-otca</i>
Házme

A:

A: [...] *ra fábo gui pedonague* [...] *perdonagui*  
 [...] el favor de perdonarme [...] perdóname

J: [...] Por eso te digo, digo así pa' que solamente la gente.  
 Digo la gente ya ya se vaya entendiendo porque sino *pus* dice una vez lo perdonó lo ha perdonado verdá [...] así que comenzamos para que así para que ansina a ver si se dan cuenta. Lo que nosotros tampoco no digo nos ponen y perdemos tiempo ¿no? entonces nosotros quién nos está pagando ese tiempo ¿eh? [...].

El juez se vale de distintos recursos para mostrar su distancia ante el acusado: su distancia social y su distancia como autoridad. El manejo diferenciado del otomí y del español le permiten acentuar su exigencia y dar más fuerza a su amenaza. Aun así el juez no puede eludir la necesidad de justificarse ante los presentes; de ahí su insistencia en ratificar que la orden le viene de instancias oficiales, superiores, fuera de su control. Al mismo tiempo introduce el argumento de su autoridad delegada ante el pueblo, al afirmar "sino pues dice una vez lo perdonó lo ha perdonado", con lo que pretende legitimarse ante los vecinos.

Esta sesión es ilustrativa de situaciones "límites" donde prevalecen leyes externas al pueblo, diferentes a los usos y costumbres del lugar, ya que el delito involucra instancias y agentes municipales. El juez asume su posición subordinada ante autoridades superiores y su papel de intermediario, o simple ejecutor de decisiones tomadas de antemano. No obstante, se vale de ellas para sus propios fines de autoridad.

\* El signo [ marca un traslape o momento cuando las personas hablan al mismo tiempo.

**LA COSTUMBRE JURIDICA EN LAS  
CONCILIACIONES INDIGENAS**

Según hemos visto, las conciliaciones son instancias de carácter legal a través de las cuales se ejerce el control social en el interior de los pueblos. Los casos tratados, aparentemente banales, resultan ser típicos y recurrentes en la cotidianeidad comunal. La gente se pelea o disputa por sus animales, sus plantas o porque no se respetó su espacio privado o se ofendió a su familia o a su persona. Las conciliaciones nos permiten observar, como en un caleidoscopio, una diversidad de normas y principios, en donde lo moral, lo económico, lo político y lo familiar se entretajan para conformar una complejidad normativa que funciona como referencia en los actos jurídicos específicos. Sin embargo, las reglas o principios no son rígidos. Su carácter oral, no codificado, les da un toque de fluidez y dinamismo cuyo uso y jerarquía sólo cobra vida en las disputas mismas, y únicamente se entiende en relación con la estructura de relaciones sociales y compromisos vigentes en el grupo. Así, por ejemplo, el juez se remite a ellos para dirimir un juicio, haciendo valer todos sus recursos; su posición y prestigio social, sus vínculos familiares, pero también, y esto resulta muy significativo, su capacidad negociadora y argumentativa. Resolver una disputa implica un ejercicio persuasivo de la autoridad. Encontramos aquí una de las especificidades distintivas de la administración de la justicia a nivel local. Veamos cómo emergen en ella aspectos de una costumbre jurídica.

A diferencia del juez profesional en la ciudad, funcionario estatal designado, el juez en los pueblos se ve obligado a cumplir con su cargo de autoridad moral y política durante el año que cumple su servicio. En consecuencia, debe juzgar a sus vecinos, lo cual se complica por el carácter temporal y rotativo del cargo; ya que es y seguirá siendo, en primer lugar, vecino y ciudadano del pueblo, sujeto a las mismas restricciones del grupo y adscrito a las posiciones de poder en el espacio de los conflictos y luchas locales. Se entiende, entonces, la necesidad que tiene de afirmar continuamente su carácter neutral y de buscar el acuerdo y consentimiento de sus coterráneos. En unas ocasiones le toca estar al lado del juzgador, en otros momentos le podrá tocar el banquillo de los acusados.

En términos del discurso se distinguen otras constantes de la práctica conciliadora. Generalmente, el juez fundamenta sus intervenciones por

medio de argumentos recurriendo a un razonamiento que le permite evaluar los hechos y sustentar sus conclusiones. El razonamiento que sigue el juez no parece diferenciarse de las formas de argumentar en otros contextos culturales; al menos nuestro análisis no permite llegar a esa conclusión. ¿Cuáles son entonces los elementos de una costumbre jurídica en el discurso?

Lo culturalmente específico lo encontramos en los principios, reglas y leyes que salen a relucir durante el debate, y en las maneras y procedimientos de conciliar. Domina una estrategia persuasiva que oscila del convencimiento hacia la amenaza y, en última instancia, la imposición. En torno a ellas se despliegan una infinidad de normas, creencias implícitas reconocidas por el grupo que regulan lo permitido y lo prohibido, los deberes y los derechos, y establecen las sanciones y límites a la autoridad y vecinos del lugar.

A nivel de los procedimientos se expresan también otros elementos de la costumbre jurídica. Durante la conciliación surgen nuevos hechos, acusaciones y aclaraciones que el juez recupera en su argumentación. Además, se permite el cambio de actores, de acusado a acusador y, a pesar de lo largo de algunas sesiones, el juicio se dirime el mismo día. En términos jurídicos podríamos identificar este procedimiento como un *procedimiento sumario*, que contrasta notoriamente con las formas de litigar en los tribunales judiciales, donde cada acusación se dirime siguiendo su propio proceso.

Por todo esto las conciliaciones resultan ser eventos centrales en la regulación del orden social. En el discurso, en su construcción interactiva, negociada, surgen las ideologías y prácticas que rigen gran parte de las relaciones vecinales; también a nivel del lenguaje se expresan los márgenes a la acción conciliadora del juez, impuestos por las instancias municipales o estatales, reconocidas como legítimas, que modulan y pautan la negociación local y, por tanto, la costumbre jurídica.

En suma, el análisis realizado prueba que existe una normatividad latente, cristalizada en la experiencia social; pero sobre todo, y esto es fundamental, permite mostrar cómo existe y cómo es utilizada e interpretada por los vecinos mismos para resolver sus desacuerdos, y regular su vida local.

Indaguemos ahora más allá del discurso en las formas generales del ejercicio del derecho en los grupos indígenas. ¿Cómo se manifiesta la

relación entre derecho positivo y costumbre jurídica a nivel de las conciliaciones?

En los distintos litigios, al igual que en muchos otros ámbitos de la vida comunal, observamos que lo legal positivo, y sobre todo la oficialización en actas, informes, multas, etcétera, así como el uso de la amenaza (para terminar un conflicto) y la referencia al lugar del juez como intermediario, funcionan como recursos ideológicos de la negociación. Se incorporan a los procedimientos conciliatorios del juez sin generar necesariamente rupturas o conflictos. Pareciera ser que estos recursos han entrado a formar parte de la cultura jurídica local, de las maneras aceptadas y eficaces para resolver las disputas. En este sentido, podemos referirnos a los *usos múltiples de la ley*, a la *multifuncionalidad de la ley* para dar cuenta de este fenómeno en donde la apropiación de lo legal positivo funciona para ejecutar, amenazar, legitimar, pero también para sancionar y establecer límites.

Por lo anterior, al menos para los casos analizados, el conflicto entre el derecho positivo y el consuetudinario no parece manifestarse en términos de un enfrentamiento. Domina más una complementación.

- Complementación en los ámbitos de litigio, ya que la autonomía que el Estado “permite” funciona como válvula de escape a las tensiones locales.
- Complementación al garantizar la ejecución de órdenes externas oficiales (por ejemplo, multas, cooperaciones, etcétera).
- Complementación en la incorporación de recursos administrativos y formales (informes, multas, actas, etcétera), en la conciliación, y en otros ámbitos de la organización local, como las asambleas.

La insistencia en actas, oficios, no parece ser sólo el resultado de imposiciones externas sino también requerimientos que el grupo mismo se impone, como formas de legitimar sus decisiones. Sin embargo, habría que ver quiénes dentro del grupo están promoviendo esos cambios.

En estos casos, más que de oposición habría que hablar de acomodamiento o de refuncionalización de prácticas legales oficiales al ámbito

de lo jurídico-político local. En otros casos, sin embargo, es innegable la pérdida de usos y costumbres que las nuevas prácticas traen consigo. Tal situación expresa, ruevamente, el conflicto estructural y la subordinación de los grupos étnicos a la sociedad nacional.

A niveles superiores, en la jerarquía estatal, el conflicto es más evidente porque aquí las normas, referencias y procedimientos que privan ya no son los del grupo, y las relaciones familiares se diluyen. En términos del discurso, las ideologías arraigadas no funcionan más como referencias válidas para afrontar las riñas entre vecinos. Se rompen, así, los marcos de la comunidad y las legitimidades que ahí se generan; esto implica asumir otros significados, otros lenguajes y normas que no son del uso cotidiano del indígena, lo que se complica aún más por el predominio del español como la lengua de comunicación principal y del código escrito de la legislación nacional como la referencia de lo legal.

Cabe preguntarse entonces si existen o no prácticas jurídico étnicas cualitativamente diferentes a las propias del derecho nacional. Nuestra investigación prueba que efectivamente persiste una costumbre jurídica indígena con procedimientos, normas y sanciones propias aun cuando en ellas se hayan incorporado elementos del derecho positivo estatal. Estas no operan de modo autónomo sino que se definen y reproducen como parte de la alteridad étnica frente a la sociedad nacional.

#### NOTAS

1. El Valle del Mezquital se localiza al noreste de la ciudad de México, a unas dos horas por carretera. Es una de las nueve regiones culturales que alberga población otomí (Manrique 1969). Los otomí son uno de los grupos étnicos más antiguos del México central. El estudio que apoya este trabajo se realizó en comunidades del municipio del Cardonal, estado de Hidalgo, de 1980 a 1985; tuvo por objetivo investigar la relación entre el discurso y el ejercicio de la autoridad a nivel comunal. Las conciliaciones son solamente una de las instancias que se investigaron. En especial se recogió información de los pueblos del Sauz, Pozuelos y Dccá. Si bien cada comunidad es específica en cuanto a su organización y al juego de los conflictos y luchas de poder local, en general comparten estilos de vida similares, dados en las condiciones climatológicas, ecológicas y en las formas de vida social y económicas. Se trata de una zona de cultivo de temporal, con largas épocas de sequía y una muy baja productividad agrícola, lo que provoca una continua migración laboral hacia los centros urbanos o a las regiones de riego. Las comunidades se encuentran integradas en una estructura política definida por la Constitución del estado de Hidalgo. La cabecera municipal, Cardonal, es la instancia intermedia entre los pueblos y el Estado. Internamente los pueblos se rigen de acuerdo a un sistema de cargos con un cierto grado de autonomía en cuanto a su funcionamiento. Las autoridades principales del pueblo son los jueces auxiliares, ahora (desde 1986) conocidos como delegados municipales, electos en asambleas para ejercer el cargo durante un año, y reconocidos normalmente por el poder municipal.

Los pueblos estudiados tienen una población aproximada de 800 a 1.000 habitantes cada uno. Se trata de comunidades bilingües, en donde la lengua vernácula es el otomí y el español la lengua nacional, hegemónica. Un mayor desarrollo sobre las formas de vida sociales y económicas de las comunidades, así como de la estructura y luchas de poder local pueden verse en Sierra (1989).

2. Nos referimos básicamente a los trabajos que sobre el tema se han realizado en distintas zonas indígenas de México, tales como los escritos por Nader (1966) sobre los zapotecos de Oaxaca, y los de Collier (1968, 1982), sobre los tzotzil en Chiapas. Véase, también, la bibliografía citada por Dorotinsky (1989) para el estado de Chiapas.
3. Además de las conciliaciones existen otras instancias de litigio que tienen que ver con las formas de organización local y las autoridades vigentes en los pueblos; tal es lo que sucede con el Comisariado Ejidal y con el Comisariado de Bienes comunales, que afrontan los conflictos internos en el grupo. Existe, por otra parte, la asamblea general de vecinos, que se constituye en la autoridad principal del pueblo, también con legitimidad para litigar cierto tipo de delitos.
4. Esta manera de dirimir los juicios a través de la negociación y la búsqueda del acuerdo, así como la tendencia de separar los ámbitos de litigio según la gravedad del delito parece ser un hecho común en los distintos grupos étnicos del país, según lo han testimoniado autoridades tradicionales indígenas. Véanse Encuentros sobre Autoridades Tradicionales Indígenas promovidos por el Programa de Defensoría Jurídica a indígenas del Instituto Nacional Indigenista (INI); Gómez (1988). El que las autoridades judiciales intervengan en los casos de sangre, sobre todo homicidios, expresa también el control que el Estado impone a los pueblos indios.
5. Según informan los vecinos, si los agentes judiciales llegan a las comunidades sin las órdenes debidas, es decir, sin las constancias judiciales y del municipio, y sin respetar a las autoridades locales, no consiguen la cooperación de la gente para su labor, incluso en ocasiones han llegado a ser expulsados del lugar.
6. La metodología que utilizamos concibe al discurso como una práctica social y simbólica, estructurada interactivamente, de acuerdo a un orden que los hablantes establecen en sus intervenciones. La significación social no es algo dado o que simplemente se reproduce sino un fenómeno que se construye y se negocia durante la interacción. De ahí la importancia de concebir al lenguaje como una parte constitutiva de lo social, que no sólo lo refleja sino que actúa sobre él.  
Desde esta perspectiva analítica, los fenómenos sociales se conciben en su calidad de procesos en gestación continua, y no como hechos dados o resultados contruidos según el positivismo dominante. Así, por ejemplo, al estudiar las conciliaciones no basta con constatar que se resuelve una disputa a través de un acuerdo, sino cómo y bajo qué procedimientos se llegó a él. Más información sobre la metodología y su aplicación puede hallarse en Sierra (1987, 1988) y en Hamel (1982).
7. Toulmin (1958) propone un esquema básico subyacente al razonamiento de todo tipo de argumentación. Su concepción cuestiona la pretensión totalitaria de la lógica formal aristotélica, y propugna por una lógica de la práctica, o de los procedimientos (Giménez 1984).
8. Los casos que presentamos son parte de un *corpus* más amplio de sesiones de conciliación y de otras situaciones que hemos recogido en el Valle del Mezquital. Para fines analíticos, al transcribir y traducir los materiales hemos querido mantener la mayor fidelidad posible al

lenguaje or.l. Por esta razón, al presentar los textos introducimos primero la transcripción en otomí y, posteriormente, la traducción literal, así el lector podrá confrontarlos.

## BIBLIOGRAFIA

- Arellano Zavaleta  
 1966 Síntesis de la situación económica, política y social de la zona árida del Valle del Mezquital durante la primera mitad del siglo XX. *En Summa Antropológica en homenaje a Roberto Weidlaner*. Pompa y Pompa, ed. Pp. 637-658. México: Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH).
- Bartra, Roger, *et al.*  
 1975 Caciquismo y poder político en el México rural. México: Siglo XXI.
- Collier, Jane  
 1968 The selection of legal procedure in Zinacantan. Ponencia presentada en el coloquio de la Asociación Americana de Antropología.  
 1982 Justicia popular en Zinacantan. *América Indígena* XLII (1): 99-116.
- Dorotinsky, Deborah  
 1989 La investigación sobre costumbre legal indígena en los Altos de Chiapas (1940-1970). *América Indígena* XLIX (2): 275-304. En este libro.
- Frake, Charles  
 1969 Struck by speech: the Yakan concept of litigation. *En Law in culture and society*. Laura Nader, ed. Pp. 106-129. Berkley: University of California.
- Giménez, Gilberto  
 1984 Simples apuntes sobre los problemas de la argumentación. Seminario permanente del Area Ideología, Cultura, Instituciones. Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), inédito.
- Gómez, Magdalena  
 1988 La defensoría jurídica de presos indígenas. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.
- Hamcl, Rainer Enrique  
 1982 Constitución y análisis de la interacción verbal. *Estudios de lingüística aplicada*, núm. 2.  
 1988 Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.
- Manrique, Leonardo  
 1969 The otomí. *Handbook of Middle Americans Indians*, vol. 8. Austin: University Press.
- Nader, Laura  
 1966 Variations in Rincon Zapote legal procedure. *En Summa Antropológica en homenaje a Roberto Weidlaner*. Pompa y Pompa, ed. México: INAH.
- Nolasco, Margarita  
 1966 Los otomíes del Valle del Mezquital; época postrevolucionaria. *En Summa Antropológica en homenaje a Roberto Weidlaner*. Pompa y Pompa, ed. México: INAH.
- Programa de Defensoría Jurídica del INI-Oaxaca  
 1987 Primer Encuentro de Autoridades Tradicionales de la Mixteca Oaxaqueña. Sta. María Asunción, Tlaxiaco, Oaxaca, 18-19 septiembre de 1987.
- Programa de Defensoría Jurídica del INI-Durango  
 1988 Primer Encuentro sobre Derecho Consuetudinario en Sta. María Ocotán, Mezquital, Durango, 19 de abril de 1988.
- Programa de Defensoría Jurídica del INI-Chihuahua  
 1988 Primer Encuentro sobre Derecho Consuetudinario entre Autoridades Tradicionales Tarahumaras, Guachochi, Chihuahua, abril de 1988.

Sierra, María Teresa

1987 El ejercicio discursivo de la autoridad (Metodología y análisis del discurso oral). Cuadernos de la Casa Chata, Núm. 146. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS).

1989 Discurso, cultura y poder. A publicarse por Centro de Estudios Históricos Hidalguenses, AC (CEHHNAC), gobierno del estado de Hidalgo y CIESAS.

Tranfo, Luigi

1984 *Viña y magia de un pueblo otomí*. México: INI.

Toulmin, Stephen

1958 *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press.

## LA INVESTIGACION SOBRE EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA EN GUATEMALA\*

*Luis Alberto Padilla\*\**

### INTRODUCCION

En este trabajo se proponen algunos elementos para la investigación del derecho consuetudinario indígena en Guatemala. En primer lugar desarrollamos los elementos teóricos del derecho consuetudinario, y en él manifestamos nuestra adhesión a los puntos de vista de la sociología jurídica en lo que concierne a la definición del concepto derecho consuetudinario desde una perspectiva amplia, que ve en este último un derecho social por excelencia, que se apoya en los hechos normativos y en la garantía que el cuerpo social otorga al cumplimiento de éstos.

Sin abordar este tema de manera exhaustiva, hacemos ver nuestra coincidencia con aquellos autores, como Ballón (1989) o Chase-Sardi (1988) que ven en el derecho consuetudinario indígena un verdadero sistema jurídico, aunque en el caso de Guatemala éste se encuentre subordinado al sistema jurídico promulgado por el Estado. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, señalamos que el derecho basado en la costumbre puede considerarse como un conjunto sistematizado de pre-

\* Texto resumido y revisado por los compiladores.

\*\* LUIS ALBERTO PADILLA. Centro de Investigaciones, Asociación Guatemalteca Pro Naciones Unidas.

ceptos normativos, aunque obviamente no se encuentre escrito ni codificado, y para su elucidación se requiera de la realización de trabajos de investigación de campo. En forma preliminar, sin embargo, puede decirse que el mismo no es un contra-derecho (no es un sistema paralelo que se oponga al sistema legal vigente), y que es evidente que el sistema de normas estatales es utilizado por la población indígena en forma alternativa, sobre todo cuando se han agotado los recursos internos; los indígenas deben adecuar sus conductas a estas normas cuando el Estado interviene en sus comunidades por razones de índole administrativa o militar, o bien cuando se imponen sanciones penales en procesos que son de conocimiento de los tribunales correspondientes.

En la segunda parte de este trabajo abordamos la problemática del derecho consuetudinario en Guatemala mediante el análisis descriptivo de los aspectos siguientes: las instituciones que regulan la organización del poder local en el seno de las comunidades; las reglas sobre relaciones interpersonales que darían origen a lo que la doctrina jurídica llama derecho civil; y las normas que imponen sanciones por la ruptura del orden jurídico (derecho penal). Todas ellas son prácticas que constituyen un subsistema supeditado al derecho positivo estatal.

Proponemos considerar aquí que el derecho consuetudinario cambia y se modifica con el tiempo; algunos de estos cambios pueden ser de signo positivo, y otros profundamente negativos. Son de signo positivo aquéllos que contribuyen al desarrollo autónomo de las comunidades, y de signo negativo aquéllos que causan perjuicio a sus valores culturales o modifican drásticamente su identidad étnica. En este sentido, citamos algunos ejemplos de cambios que han ocurrido en forma negativa, sobre todo en los asentamientos de población desplazada por el conflicto armado que ha ocurrido en los últimos años en algunas regiones del altiplano occidental guatemalteco. Sin embargo, también se puede considerar que en un buen número de comunidades las modificaciones de este derecho consuetudinario no han sido substanciales. En todo caso, se necesita una investigación de campo para medir los alcances de ambas posibilidades.

Los ejemplos del área del derecho civil y derecho de familia intentan poner de manifiesto casos concretos en los cuales se demuestra la supervivencia del derecho consuetudinario indígena junto al ordenamiento nacional. La relación de casos atinentes al derecho penal tiene el mismo sentido; si bien en ellos la contradicción entre legislación estatal y dere-

cho consuetudinario se manifiesta crudamente, ya que buena cantidad de hechos delictivos de que son acusados los indígenas se refieren a acciones cuyo origen se encuentra en la necesidad de resolver necesidades de la vida cotidiana que están expresamente prohibidas y castigadas por la ley, como en el caso del llamado raptó impropio, un tipo delictivo que pareciera estar específicamente diseñado para reprimir una costumbre indígena. En lo concerniente a los casos de derecho procesal penal, los hallazgos de la reciente investigación realizada por el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y la Universidad Internacional de la Florida (FIU) sobre la administración de la justicia penal en nuestro país son realmente ilustrativos de dos cuestiones que nos parecen fundamentales: la subsistencia tanto de normas substantivas a nivel consuetudinario como de normas adjetivas (procesales) para conocer y juzgar casos en el seno de las comunidades; y el carácter ajeno que posee el derecho promulgado por el Estado y, en esa medida, su rechazo o utilización sólo como recurso de última instancia, o bien la imposición del mismo en aquellos casos en que el Estado interviene por razones de conocimiento de oficio o denuncias sobre la comisión de hechos delictivos.

Ahora bien, es necesario reconocer que, aunque escasos, hay algunos cambios a nivel legislativo que poseen elementos positivos. Nos referimos a las nuevas normas constitucionales que establecen la obligación del Estado de respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social, al mismo tiempo que declaran su expreso conocimiento. En cierta forma esto implica un abandono del integracionismo como filosofía oficial del Estado para abordar la cuestión indígena, la que caracterizó a dicha legislación hasta antes de la Constitución de 1985. A nuestro juicio esto ocurre, en buena medida, debido a la presión ejercida por organismos internacionales preocupados por la violencia que se abatió sobre los indígenas guatemaltecos durante el primer lustro de la década presente, así como por la necesidad de responder en forma política a las reivindicaciones indígenas que se expresaron en los movimientos masivos de finales de la década pasada y principios de la actual.

En Guatemala hay problemas latentes relacionados con su población indígena, y dichos problemas —como los relacionados con el derecho consuetudinario— sólo podrán ser resueltos si se adoptan políticas

orientadas a conceder autonomía y a respetar el derecho de libre determinación del pueblo indígena, entendido este derecho no como la facultad de desmembrarse del Estado nacional para formar su propio estado sino como la facultad de democratizar la vida política de sus comunidades y tomar por sí mismo aquellas decisiones que conciernen a los intereses sociales propios o afectan su desarrollo. Es decir, la libre determinación entendida como **etnodesarrollo**, en el sentido que este último concepto posee de acuerdo con la Declaración de San José sobre Etnocidio y Etnodesarrollo (1982).

#### **EL DERECHO CONSUECUDINARIO: ELEMENTOS TEORICOS**

Desde nuestro punto de vista, frente al excesivo formalismo de juristas que consideran al derecho exclusivamente como un conjunto de normas puestas en vigor por la voluntad del Estado (García Maynez 1964) o que definen al derecho como el

[. . .] orden que asigna a cada miembro de la comunidad, por medio de una técnica específica sus deberes y, por ende, su posición dentro de la comunidad, estableciendo una sanción, un acto coactivo dirigido contra el individuo que no cumple su deber (Kelsen 1958)

es necesario referirse al pensamiento sociológico jurídico, que ve en el derecho algo más que la regla de conducta respaldada por el Estado y que conlleva la amenaza de la sanción o del cumplimiento coercitivo en caso de inadecuación de la conducta a dicha regla, siempre por parte del Estado y, por lo tanto, considera estas reglas de conducta como susceptibles de ser respaldadas por la posibilidad de una sanción impuesta por el conglomerado social. Es decir, se trata de reglas para el control social, y es evidente que el mejor control social es aquél que se basa en el consenso (elemento subjetivo de la costumbre), puesto que éste da legitimidad tanto a la autoridad como al orden establecido.

De lo anterior se infiere que aunque el carácter imperativo —atributo de las normas jurídicas— es un elemento esencial de su definición, la eficacia de éstas no está supeditada únicamente a la posibilidad de ser impuestas por el Estado. Es más, desde nuestro punto de vista, su efectividad está ligada fundamentalmente al **consenso** que se logre crear en un

determinado conglomerado social respecto a la necesidad de su cumplimiento; en otros términos, a la convicción social de que adecuar la costumbre a la norma es lo adecuado, lo correcto, legal o justo, según sean los diferentes casos. La efectividad de una norma está ligada a la costumbre o **práctica social** mucho más que a la sanción o al temor de la sanción como sostiene el positivismo jurídico. Por lo tanto, resulta claro que debe establecerse una diferencia entre la ley y el derecho, al igual que este último puede considerarse a su vez, o como orden objetivo (norma general o decisión jurisprudencial) o subjetivo (facultad de la persona, potestad jurídica).

Al analizar el derecho objetivo, es fácil darse cuenta que éste no se agota en la ley escrita y que posee una dimensión sociológica mucho más amplia. La eficacia de las normas jurídicas será, pues, tanto mayor cuanto más enraizadas éstas se encuentren en la sociedad. Dicho de otra manera, mientras mayor sea la convicción de que “así deben ser las cosas” (*opinio necessitatis*), más se generalizará la repetición de determinada conducta, y mayor será el grado de cumplimiento de la norma. La garantía social de una norma —como diría Gurvitch (1963)— es mucho más importante que la garantía estatal, y esto explica, además, el porqué hay multitud de normas declaradas ley por el Estado que, sin embargo, no se cumplen y son letra muerta. La garantía social se apoya en la autoridad de los hechos normativos que son impuestos por cuadros sociales que realizan la justicia sin necesidad de estar organizados y aun menos de identificarse con el Estado (Gurvitch, *op. cit.*).

Está claro que la garantía social tampoco significa que todo incumplimiento de una norma sea objeto de una sanción, ya que el derecho no exige necesariamente una relación con la imposición, aunque admite la posibilidad de ser sancionado por medio de ella (véase Ehrlich, citado por Gurvitch *ibid.*, p. 213-214).

El derecho consuetudinario puede ser definido como la norma jurídica que resulta de

[. . .] una práctica general, constante y prolongada concerniente a una determinada relación de hecho y observada en la convicción de que es jurídicamente obligatoria (Sosa 1970)

o bien, como suponía Savigny, que es fruto de cierta conciencia jurídica popular.

A partir de las consideraciones anteriores, queda perfectamente claro que el derecho consuetudinario es el ordenamiento jurídico que nace espontáneamente en el seno de un conglomerado social determinado y se caracteriza por tener un grado de eficacia mayor que el del derecho positivo. Se trata pues de un derecho social por excelencia. Ahora bien, ¿este derecho social es susceptible de configurar un sistema jurídico? Ya nos hemos referido a la doctrina sociológico jurídica que da una respuesta afirmativa. Es más difícil considerarlo así desde el ángulo de apreciación propio de los positivistas, tales como Hart (1970) o Kelsen (1958). Sin embargo, creemos que el trabajo de Francisco Ballón, incluido en este mismo libro, demuestra que el derecho indígena de los aguaruna sí cumple con las características que los positivistas exigen de un sistema jurídico.

Si aceptamos el criterio que sostiene que un sistema jurídico es “el campo, a la vez espacial y temporal en el cual se producen los fenómenos del derecho” (Carbonnier 1972), y hacemos nuestra la perspectiva de Marcel Mauss, para quien en todas aquellas sociedades susceptibles de ser estudiadas desde el punto de vista etnográfico los fenómenos jurídicos son fenómenos morales (costumbres) organizados, entonces es lógico que el derecho incluya a la vez tanto las costumbres como las leyes, y constituya así

[. . .] la armazón de la sociedad [. . .] el medio de organizar el sistema de expectativas de la colectividad, así como de hacer respetar a los individuos, sus valores, agrupaciones y jerarquías (Mauss 1967).

Por consiguiente, podemos definir el derecho consuetudinario indígena como el “conjunto de normas que regulan las relaciones sociales en las comunidades indígenas con base en las costumbres jurídicas”. Esto no significa que el derecho consuetudinario sea un sistema normativo **paralelo** (puesto que es más bien un **subsistema**, y en esa medida se encuentra **subordinado**) al sistema oficial de derecho escrito promulgado por el Estado, sino más bien que se trata de normas que operan en forma alternativa al derecho oficial o también (en casos concretos) en forma complementaria, cuando se presentan litigios o conflictos de índole jurídica. Ahora bien, cuando no se trata de resolver conflictos jurídicos, tal normatividad regula las relaciones sociales de manera implícita y en el caso de las normas que regulan la administración de las comunidades con base en costumbres jurídicas (el derecho administrativo), su fun-

cionamiento es permanente y, probablemente, de mayor eficacia que las normas oficiales. Es decir, que habría dos planos de normatividad: uno de ellos concierne a la aplicación de normas en situaciones de conflicto que requieren la intervención de un juez, la **jurisprudencia**, y otro que se refiere a la regulación de la conducta en el seno de las comunidades con base en patrones de comportamiento que pueden ser denominados **costumbre jurídica**.

El subsistema de derecho consuetudinario indígena tiene tal carácter en la medida en que se encuentra subordinado al derecho positivo, o que es ignorado, no reconocido y no aplicado por los órganos jurisdiccionales del Estado. Sin embargo, no puede considerarse como subalterno en cuanto a su valor intrínseco, ya que en el interior de las comunidades indígenas su eficacia es considerable y, por consiguiente, constituye el verdadero sistema jurídico de estos conglomerados sociales, o, por lo menos, el de mayor importancia desde el punto de vista de su efectividad y de los derechos culturales. Es probable, entonces, que desde este punto de vista (el funcionamiento normal de las comunidades) sí pudiéramos pensar en un carácter paralelo del sistema, aunque admitimos que éste requiere mayor investigación.

De lo que se trata, por lo tanto, es de la existencia de un sistema jurídico basado en la costumbre, que es diferente del sistema jurídico basado en la legislación escrita promulgada por el Estado. Esto, indudablemente, tiene implicaciones teóricas en la doctrina jurídica, que se presta a una discusión muy amplia, y ante la cual reconocemos que aún no hemos fijado una posición definitiva. Nos interesa, sin embargo, dejar abierta la discusión a fin de que las cuestiones que se plantearán enseguida puedan servir de parámetros de referencia en la investigación futura de estos problemas.

## **DERECHO CONSUECUDINARIO EN GUATEMALA**

Los autores de una investigación reciente llevada a cabo en Guatemala por el ILANUD y la FIU, bajo la dirección de René Poitevin, sostienen:

Es cierto que [en Guatemala] existen “fragmentos normativos” distintos del sistema jurídico nacional pero no llegan a constituir un sistema jurídico paralelo que sea legítimo para una amplia mayoría de la población natural y de aplicación en regiones extensas. A pesar de que nuestro objetivo-guía consistió en develar vínculos y articulaciones entre una cosmovisión mayance [sic.] prehispánica con esos “fragmentos normativos” la evidencia empírica, aunque insuficiente más bien sugiere que los nexos entre ambos se han roto. Esto parece deberse, por una parte, a la desaparición parcial de las cosmogonías tradicionales (por causas endógenas o exógenas); por otra, a la imposibilidad de la población indígena de asociar los componentes cosmogónicos sobrevivientes con los sistemas normativos (como resultado del histórico hostigamiento de la cultura nativa); y finalmente porque un número significativo de problemas penales (considerados legítimamente como tales por los indígenas) responden a una realidad colonial y post-colonial (verbigracia, la propiedad de la tierra). Lo anterior no es óbice para presumir que en áreas excéntricas a las cabeceras municipales (aldeas y caseríos aislados), se practique de manera más sistemática y legítima un sistema normativo fragmentario, al menos parcialmente distinto al nacional (lo que exigiría, tal como se hace ver en las recomendaciones, una investigación específica en áreas dispersas auxiliados de trabajadores de campo bilingües) (negrillas nuestras) (ILANUD-FIU 1988)<sup>1</sup>.

Alentados por la opinión antes transcrita, iniciamos con este trabajo una exploración que nos permita establecer cuáles son los componentes de ese sistema normativo fragmentario en la Guatemala indígena, atendiendo —como se señaló en la introducción— un conjunto de esferas básicas del ordenamiento de las relaciones en el interior de las comunidades. Este texto no ofrece precisamente resultados de la investigación de campo, sino hallazgos de una primera acción de indagación en fuentes bibliográficas y documentales.

#### EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL PODER LOCAL

En Guatemala, las comunidades y localidades rurales —según su extensión en términos territoriales y demográficos— se gobiernan por el régimen municipal. Este campo viene a ser materia del derecho administrativo; las autoridades del municipio son elegidas y la administración es relativamente autónoma en relación con el poder central. Sin embargo, aquí nos interesa poner de relieve de qué manera la administración municipal en aquellos municipios con población predominantemente indígena,

así como la administración de las pequeñas localidades adscritas a determinados municipios, se encuentran sujetas a un régimen administrativo (y de poder político local) basado en el derecho consuetudinario mucho más eficaz y que funciona mejor que el previsto "oficialmente" por la legislación estatal.

Joaquín Noval ha descrito de la manera siguiente el funcionamiento de este subsistema jurídico:

Según una apreciación de Silvert, tal ley [la que regula la estructura municipal] es bastante abierta, pues permite que el gobierno local adopte variadas formas y simplemente regulariza prácticas anteriores o actuales e introduce los mandatos constitucionales pertinentes. En materia de organización, por el ejemplo, el gobierno local puede ajustar los requerimientos básicos a sus prácticas y necesidades. En el caso de San Francisco el Alto, hay dos alcaldes: uno es ladino y está investido de la más alta autoridad administrativa y judicial dentro de su jurisdicción; el otro es indígena y está comisionado para conocer todos los asuntos que afectan la población de su propio grupo étnico [. . .]. En la comunidad indígena, como en la ladina, la organización política está representada por una jerarquía de funcionarios con sede en el edificio municipal. En algunas comunidades el gobierno está en manos de los indígenas; en otras de los ladinos. En el segundo caso los indígenas siempre están representados en el mismo aunque en puesto de elección secundario. Cuando no están representados, los funcionarios más altos de los indígenas, aunque no sean estrictamente oficiales, tienen reconocimiento oficial para funcionar en el seno de la comunidad y de su grupo. Algunos de los cambios en el nivel nacional a los cuales se aludió anteriormente permitieron que los indígenas empezaran a participar e incluso a hacerse cargo del gobierno en substitución de los ladinos en sus poblados de las montañas. Hay informe confiables [*sic.*] que tal cosa estaba ocurriendo en algunos lugares al iniciarse la década pasada [1960]. En las comunidades que han conservado su antiguo tipo de y grado de integración, es decir, en las que usualmente se consideran más tradicionalistas la jerarquía civil con frecuencia se combina con la religiosa, ceremonial y festiva. En estos lugares, como en el caso de Santiago Chimaltenango (Huehuetenango) observado por Charles Wagley en 1937, un hombre adquiere el reconocimiento y la confianza de la sociedad después de haber desempeñado con acierto, alternativamente, la mayoría de los cargos civiles y de las cofradías de su comunidad. Ello ha servido de base al sistema de decisión religiosa y política que conocemos con el nombre de jerarquía por edades. En su re-visita a la misma comunidad en 1956, Wagley observó la [*sic.*] que la organización cívico-religiosa municipal, todavía funcionaba, pero habían surgido serios conflictos entre el sistema tradicional y el nuevo sistema de elección y partidos políticos [. . .]. El gobierno local está organizado a base de distribución de responsabilidades, superordinación y cambio de

funcionarios. En algunas comunidades, la observancia de las fechas festivas rituales del calendario de la misma es atribución de los funcionarios. A veces un cargo civil también corresponde a un determinado cargo de las cofradías [. . .]. En gran parte de la región indígena considerada tradicionalista, con frecuencia se halla una institución llamada “principales”, que funciona como un consejo integrado a la comunidad extraoficialmente. Aunque los requisitos para alcanzar la posición de principal varían en las diferentes comunidades, generalmente la misma está reservada para los varones de edad que han escalado puestos de prestigio mediante el servicio en los cargos de responsabilidad en las escalas civil y religiosa [. . .] (1970, vol. 8: 34-36).

¿Qué cambios han ocurrido en este régimen de derecho administrativo basado en la costumbre jurídica? No se puede responder esta interrogante sin que se emprenda una rigurosa investigación de campo. Sin embargo, se pueden formular algunas hipótesis de trabajo.

Una primera hipótesis puede ser que, aunque hay cambios sustanciales sobre todo en las áreas de conflicto, en aquellos municipios o localidades que no se han visto afectados gravemente por la violencia política el régimen basado en el derecho consuetudinario sigue siendo muy importante. Indicios de esto podrían encontrarse, por ejemplo, en el reciente desfile llevado a cabo por las cofradías indígenas en las calles de la ciudad capital, el cual de cierta manera permite considerar que el régimen jurídico basado en la costumbre no ha perdido su fuerza vinculante y se mantiene vigente<sup>2</sup>.

Sin embargo, es indudable —y esta es una segunda hipótesis— que la estructura del poder local sí ha sufrido modificaciones considerables en las llamadas “áreas de conflicto” en donde, como resultado de un periodo de violencia aguda que enfrentó a grupos insurgentes con el ejército nacional, sobre todo a principios de la década presente, la acción de las fuerzas armadas condujo al desplazamiento y reasentamiento de importantes núcleos de población en diferentes áreas geográficas que quedaron bajo control militar, principalmente en los departamentos de Huehuetenango, Quiché y Alta Verapaz (véanse Smith 1987: 13; y Arias 1987: 145-146).

Hay también otro factor de desestructuración de ese “derecho consuetudinario administrativo” a nivel local que ha incidido en ciertas regiones del país, especialmente en aquellos municipios en donde el conflicto fue de mayor envergadura: se trata del trabajo de proselitismo reli-

gioso e ideológico llevado a cabo por las llamadas "sectas fundamentalistas" de corte protestante, las cuales han sido agentes de transmisión de valores culturales ajenos a las poblaciones indígenas y, por ende, de reestructuración de los elementos ideológico-integrativos, especialmente en el caso de los indígenas ubicados en las llamadas "aldeas modelo" (véase García Ruiz 1986).

No obstante lo anterior, es interesante señalar que este derecho consuetudinario indígena que concierne a las estructuras de poder local podría recuperar sus funciones tradicionales o adquirir una nueva dinámica si los grupos étnicos se apoyan en las nuevas normas de carácter constitucional aprobadas y puestas en vigor con motivo de la transición del régimen militar a un gobierno civil, que establecen que el Estado está en la obligación de dar protección a los grupos étnicos, reconociendo, respetando y promoviendo "sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos" (Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, artículo 66).

## EL DERECHO CIVIL

Tal vez la institución más importante del derecho civil en materia de derecho consuetudinario es la institución del matrimonio. Numerosos estudios antropológicos y etnográficos se han referido a él, describiendo con detalles las características que asume el matrimonio en las distintas comunidades. Nov<sup>1</sup> se refiere al mismo de la manera siguiente:

El matrimonio es concertado por representantes de los novios, tomando los del varón la iniciativa. El novio costea la fiesta de compromiso o casamiento y si media pago, éste corre por su cuenta. Hay comunidades en las cuales los matrimonios son dispuestos por los padres, sin que medie consulta con los hijos. Sin embargo, en general no hay matrimonios preferentes con base en pautas establecidas, ni evitaciones matrimoniales [. . .]. La regla marital ordinaria es la monogamia, pero el concubinato es aceptado en la costumbre aunque sin reconocimiento formal. Las reglas de residencia después del matrimonio no son rígidas pero tienden a ser patrilocales. Las familias compuestas o extendidas, en las cuales viven dos o más generaciones unidas por la línea masculina son frecuentes (1970).

Hay indicios razonables, aun cuando no se cuenta con investigaciones sistemáticas de que el matrimonio conforme a las normas consuetudinarias sigue teniendo una importante presencia en las comunidades indígenas de Guatemala. El examen de los problemas que pueden derivarse de la falta de reconocimiento oficial a aquellos matrimonios celebrados conforme a reglas consuetudinarias, sin que se realice el matrimonio civil conforme a las disposiciones del Código Civil, es una necesidad urgente, ya que existen abundantes testimonios de los conflictos que se derivan.

Otro aspecto particularmente importante de la problemática jurídica en relación con el derecho civil es el concerniente a las formas de adquirir, transmitir y obtener seguridad jurídica por la posesión de la tierra o los bienes inmuebles. Como ha sido establecido por la antropología, la tierra constituye para los indígenas la base de su existencia física y espiritual y su importancia no se limita, por lo tanto, a su valor mercantil o productivo. La tierra es, antes que nada, el fundamento de su relación con el universo y de su visión del mundo. Es por ello que la lucha por la tierra reviste una importancia crucial en las reivindicaciones indígenas, cuando se trata, por ejemplo, de mantener la ocupación de un territorio o de recuperar tierras que han visto nacer a sus abuelos y abrigan sus sepulturas, es decir, el dominio de sus espíritus, de sus mitos y leyendas. La tierra es el espacio territorial en el cual se mantiene, se proyecta y se recrea la cultura; de ahí que, para el caso de las comunidades indígenas, deba ser objeto de una especial protección por parte del Estado, ya que el despojo de que se ha hecho víctimas a los indígenas es consecuencia en buena medida de la ausencia de mecanismos de protección legal.

En lo concerniente a esto último, los problemas legales con respecto a la tierra han sido numerosos en Guatemala. Un caso relativamente reciente es el que enfrentó a los comuneros de la comunidad indígena de Santa María Xalapan contra un grupo de "ladinos" (mestizos) que trataban de apoderarse de sus tierras. La descripción que se hace de la estructura de la comunidad es particularmente interesante desde el punto de vista que aquí nos interesa: la comunidad (señalan los documentos de los indígenas) "[. . .] será representada, de acuerdo con la antigua costumbre, por un 'consejo de principales' integrado por un mayordomo, veintidós miembros principales, un tesorero, un secretario y dos escribanos", enseguida se agrega que tales cargos serán obtenidos por elección, que la comunidad se integra con todos los nativos de Santa María

Xalapan que hayan nacido de madre indígena y padre reconocido como miembro de la comunidad. Para estos comuneros mantener su "unidad ancestral étnica" así como sus prácticas religiosas, costumbres y tradiciones familiares está estrechamente ligado a la posesión de la tierra (Orellana 1973: 43).

Dado que en el país no han existido normas legales destinadas a proteger la propiedad comunal (el Código Civil, por ejemplo, desconoce tal tipo de propiedad o forma de tenencia de la tierra) resulta novedoso que en la Constitución de 1985 aparezca una norma que establece lo siguiente:

**Protección a las tierras y a las cooperativas indígenas.** Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y la vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenezcan y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema (Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, artículo 67).

Esta norma constitucional es pues novedosa, y puede contribuir a dar efectiva protección a la organización comunal (consuetudinaria) en materia de tenencia de la tierra, siempre y cuando los propios indígenas estén en capacidad de organizarse para actuar en defensa de sus derechos constitucionales.

#### DERECHO PENAL Y NORMAS CONSUECUDINARIAS

Una de las ramas de la legislación positiva que ha dado lugar a múltiples problemas en sus relaciones con las costumbres jurídicas de la población indígena guatemalteca es la del derecho penal.

Un estudio que data de hace más de una década, pero cuyos resultados continúan siendo válidos, demostró la alta incidencia de procesos y sentencias penales por la comisión de delitos tales como la fabricación de alcohol "clandestino", el "hurto" de leña, o el contrabando, acciones que no poseen significación delictiva o criminal conforme a las normas

consuetudinarias de los indígenas, en parte por el sentido de posesión comunitaria de la tierra, muy distinto de la concepción de la "propiedad privada" que poseen los grupos no indígenas, en parte debido a la necesidad de proveerse de medios de combustión para preparar alimentos en situación en donde se desconoce o no se tiene acceso a otro tipo de medios, en parte porque (en el caso del alcohol) éste cumple, además, funciones de tipo ceremonial o litúrgico para las prácticas o celebraciones religiosas. Por su lado, para los pobladores de las regiones fronterizas el intercambio de bienes, servicios y productos forma parte de las tradiciones socioculturales así como de las relaciones de amistad y parentesco, y carece por lo tanto de la significación de "contrabando" como lo define el Código Penal (López Godínez 1972).

Otro ejemplo es el relativo a la costumbre del "rapto" de la novia en las comunidades indígenas, hecho que se produce como antecedente del matrimonio cuando el pretendiente carece de medios económicos para proporcionar los regalos que se deben entregar conforme a la costumbre. Por lo general, cuando se producen estos hechos, el asunto se soluciona a través de un procedimiento de derecho consuetudinario que consiste en la llegada de los padres del novio y otros parientes a solicitar el perdón de la familia de la novia. Una vez aceptadas las disculpas, el incidente queda resuelto y la nueva unión conyugal es respetada y aprobada por la comunidad. Sin embargo, conforme al artículo 182 del Código Penal, que tipifica el delito de "rapto impropio", este hecho puede ser sancionado con prisión de seis meses a un año. Y que este delito se castiga con relativa frecuencia en el medio rural guatemalteco lo demuestran estadísticas recientes que hemos podido consultar (ILANUD-FIU 1988: 25).

Por otra parte, en materia penal hay también numerosos problemas que se producen como consecuencia de la ignorancia del idioma español por indígenas sometidos a proceso. Existe un precepto legal que ordena dotar de traductores o intérpretes a procesados que desconocen el español. En el caso del indígena esta norma no se cumple, constituyendo un caso patente de discriminación *de facto*.

Existen, además, graves problemas que se derivan de normas legales vigentes, con carácter discriminatorio, que se presentan sobre todo cuando los indígenas se ven sometidos a procesos penales, pero que se aplican a cualquier ordenamiento jurídico. Se trata del artículo 2 de la

Ley Constitutiva del Organismo Judicial, que establece que “contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario”, el cual impide la aplicación de costumbres jurídicas en los procesos incoados por tribunales estatales.

Aquí hay que tener en cuenta el estudio ILANUD-FIU ya citado, y que concierne específicamente a la administración de justicia en el campo penal. La investigación de campo, llevada a cabo en dicho estudio, logró realizar entrevistas en once municipios pertenecientes a cuatro regiones geográficas étnicamente diferenciadas: quiché, cakchiquel, tzutuhil y mam; siendo los municipios los de San Andrés Xecul, Olin-tepeque, San Pedro La Laguna, Santiago Atitlán, Sololá, San Pedro Sacatepéquez, Comitancillo, Tacaná e Ixchiguán; y comprobar la existencia de un derecho consuetudinario indígena en Guatemala.

## CONCLUSIONES

En este trabajo hemos proporcionado evidencias acerca de la existencia de un subsistema de derecho consuetudinario que regula, con un importante grado de eficacia, la vida de las comunidades indígenas de Guatemala, sobre todo en la región de la altiplanicie central, occidental, norte y noroccidental, asiento de los principales grupos étnicos del país. Este subsistema jurídico se encuentra en situación de subordinación frente al sistema legal establecido por el Estado, lo cual produce efectos negativos en la medida en que, por ejemplo, cuando los tribunales conocen casos en los cuales se encuentran involucrados indígenas, para dictar sus fallos o resoluciones no tienen en cuenta la costumbre como fuente de derecho sino únicamente el derecho escrito promulgado por el Estado. Se hace indispensable, por lo tanto, una reforma del sistema legal a fin de autorizar expresamente a los jueces que conocen litigios o procesos en el seno de la población indígena a basarse en la costumbre como fuente de derecho de carácter prioritario; y constituye un fenómeno discriminatorio frente a un grupo de población nacional porque prácticamente se excluye al derecho consuetudinario indígena del sistema jurídico del país.

Dado que el derecho consuetudinario indígena constituye la armazón o estructura básica de la cultura propia del pueblo indígena guatemalteco, la evolución y perfeccionamiento del mismo se encuentra ín-

timamente ligada al desarrollo de este sector nacional. Es por ello que las políticas correctas que el Estado debe impulsar con respecto a los indígenas se encuentran articuladas con el **etnodesarrollo** o proceso mediante el cual los indígenas estarán en posibilidad de consolidar y ampliar los ámbitos de su propia cultura, fortaleciendo su capacidad de decisión autónoma a fin de conducir por sí mismos su propio desarrollo.

Hay asuntos novedosos, por otra parte, sobre los cuales cabría esperar un desarrollo futuro de carácter positivo. Pensamos aquí específicamente en lo que concierne a reformas jurídicas de nivel constitucional que han dado lugar a normas que establecen que el Estado está obligado a promover, respetar y proteger la cultura indígena en todas sus manifestaciones, incluyendo las costumbres, las cuales se "reconocen" en una correcta interpretación de la norma. La reforma constitucional no garantiza que se produzcan cambios en la política oficial del Estado, de los cuales hasta ahora no hay indicios de que vayan a ocurrir. Sin embargo, tal novedad constitucional puede ser una formidable palanca o punto de apoyo para orientar las reivindicaciones indígenas en una correcta perspectiva para el futuro próximo de nuestro país.

Y de la misma manera pueden funcionar importantes normas internacionales; por ejemplo, el Convenio Núm. 169 de la OIT (que sustituye al antiguo 107), cuya ratificación por el gobierno de Guatemala sería particularmente importante, ya que con base en este instrumento internacional sería factible impulsar políticas de **etnodesarrollo**.

La formulación de políticas públicas hacia la población indígena que se basan en la necesidad de promover un desarrollo participativo, autónomo y autogestionario por parte de estos grupos nacionales es también posible a partir de instrumentos como la Declaración de San José, del año 1981, y del artículo primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que por fin fue ratificado por Guatemala en octubre de 1987.

Finalmente, pero no lo menos importante, creemos que también se ha puesto en evidencia que las fuentes de información bibliográfica en torno a la problemática del derecho consuetudinario de las poblaciones indígenas de Guatemala es claramente insuficiente. Es probable que existan trabajos realizados por investigadores a los cuales no hemos tenido acceso, pero, en todo caso, se requiere darle continuidad a la investigación para proseguir su búsqueda, si es que existen.

Esto conlleva también (como lo postula la Declaración de San José), que se garantice el ejercicio del derecho de libre determinación a los indígenas guatemaltecos, entendido éste como la facultad de constituirse en "autoridad político-administrativa sobre su propio territorio" (autonomía), es decir, con capacidad de decisión sobre aquellos asuntos de tipo económico, social, cultural y político que constituyen los ámbitos de su propio proyecto de desarrollo.

En síntesis, todo parece indicar que un conocimiento riguroso y sistematizado acerca del derecho consuetudinario en el seno de las comunidades indígenas sólo podrá ser construido con base en trabajo de investigación de campo que elabore una descripción de las principales normas e instituciones, presentando un diagnóstico sobre su estado actual; diagnóstico que debería incluir los cambios que han ocurrido en la historia reciente y que debería servir de punto de partida para que los intelectuales y juristas indígenas incluyeran el desarrollo del sistema jurídico propio como uno de los elementos esenciales de una correcta política de desarrollo cultural de las comunidades indígenas guatemaltecas.

#### NOTAS

1. El estudio de ILANUD-FIU (1988) está lleno de afirmaciones que permiten corroborar este aserto: "entre los tzutuhil se obtuvieron resultados suficientes para afirmar que sí existen mecanismos de conciliación de intereses" (p. 31); "[...] algunos de ellos manifestaron preocupación [por el establecimiento de juzgados comarcales] puesto que con su presencia todos los casos, aunque nimios, se verán enfrentados a la justicia 'formal' descartándose la 'costumbre'" (p. 32); "Se recurre a los tribunales superiores sólo cuando se agotó la instancia comunal con el juez de paz y con la certeza del indígena de que en la cabecera departamental corre riesgos mayores" (*ibid.*); "el prestigio individual —en particular en las comunidades pequeñas— es importante para seleccionar 'principales' capaces de solucionar problemas legales" (*ibid.*); "los 'principales' tradicionales, como actores poseen especial importancia en las comunidades en que existen alcaldías indígenas [...]" (*ibid.*). "Para el indígena la justicia es legítima y debe tener aplicación universal, pero como en la práctica discrimina al indígena y es corrupta, desconfía de la justicia y elude hasta donde le es posible, todas las instancias extracomunales de la misma" (p. 30, negrillas nuestras) "[...] sólo cinco de quince entrevistados en el área mam afirmaron que al producirse un delito 'dan parte'. A nuestro juicio esto responde tanto al apego a las tradiciones y cultura propias como a la discriminación milenaria y, tal como se acaba de afirmar, al desconocimiento del sistema jurídico" (p. 27).
2. En esa ocasión (abril de 1988) miles de cofrades desfilaron por las calles de la capital y se congregaron en la plaza central para recibir del presidente de la república un subsidio económico extraordinario de mil quetzales. Observadores de la política local han señalado que este tipo de hechos no es ajeno al triunfo electoral de la democracia cristiana en las elecciones municipales del mes de abril.

**BIBLIOGRAFIA**

- Arias Arturo**  
 1987 *Reseña histórica del movimiento indígena 1960-1980. En Etnocidio o etnodesarrollo.* México: CEIDEC.
- Ballón Aguirre, Francisco**  
 1989 *Sistema jurídico aguaruna y positivismo.* *América Indígena* XLIX(2): 345-367.
- Chasc-Sardi, Miguel**  
 1988 *Consideraciones en torno al derecho consuetudinario en el Paraguay. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina.* Lima, julio de 1988.
- Carbonnier, Jean**  
 1972 *Sociologie juridique.* París: Armand Colin.
- García Maynez, Eduardo**  
 1964 *Lógica del concepto jurídico.* México: Fondo de Cultura Económica.
- García-Ruiz, Jesús**  
 1986 *Le religieux, l'Etat et le contrôle de la population indigene au Guatemala.* París: Centre National de la Recherche Scientifique, 1986 (inédito).
- Gurvitch, Georges**  
 1963 *Tratado de sociología.* Buenos Aires: Editorial Kapeluzs.
- Hart**  
 1970 *The concept of law.* Oxford: Oxford University.
- Hernández Sifontes, Julio**  
 1965 *Realidad jurídica del indígena guatemalteco.* Guatemala: Editorial del Ministerio de Educación.
- ILANUD-FIU**  
 1988 *Estudio jurídico antropológico sobre algunos aspectos de la relación entre el sistema de administración de justicia y las comunidades indígenas del país. En La administración de justicia penal en Guatemala, investigación dirigida por René Poitevin, (inédita).*
- Kelsen, Hans**  
 1958 *Teoría general del derecho y del Estado.* México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- López Godínez, Rolando**  
 1972 *La ignorancia de la ley en el medio indígena guatemalteco.* Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC), Guatemala.
- Mauss, Marcel**  
 1967 *Manuel d'ethnographie.* Segunda edición. París: Payot.
- Noval, Joaquín**  
 1970 *Resumen etnográfico de Guatemala.* Guatemala: Editorial Universitaria.
- Orellana Alarcón, Raúl**  
 1973 *La tenencia de la tierra y el régimen agrario de la comunidad indígena de Santa María Xalapan.* Guatemala: USAC.
- Smith, Carol**  
 1987 *Economic reorganization as a continuation of war: military impact on the Western Highlands of Guatemala.* Durham, North Carolina: Duke University, (inédito).

## EL ESTADO Y EL DERECHO FRENTE A LOS INDIGENAS

*Adolfo Triana Antorveza\**

### INTRODUCCION

Con el propósito de contribuir al esclarecimiento de las relaciones entre el Estado y las comunidades indígenas, hemos considerado imprescindible ver, en su práctica y sus fines, la dinámica de un derecho central que tiende a la universalidad, frente a la persistencia de formas internas de control social y regulación consuetudinaria, entre comunidades tradicionales y grupos étnicos.

Conviene señalar inicialmente que este problema no puede abordarse sin mirar la dinámica histórica del Estado, que en su realización, como centro legítimo de poder, tiende a profundizar su presencia, por medio de la regularización jurídica de la posesión territorial y el ofrecimiento constante de planes de desarrollo y modernización.

Para nosotros, sin embargo, la extensión de un derecho positivo central está ligada a aquellos procesos económicos dominantes que, en un momento histórico dado, buscan modificar las relaciones sociales existentes. Estos procesos se van desarrollando en forma desigual, según

\* ADOLFO TRIANA ANTORVEZA. Fundación para las Comunidades Colombianas (FUNCOL), Bogotá, Colombia.

el avance de los circuitos económicos y la resistencia de grupos sociales cuya base cultural no es fácilmente permeable a la asimilación.

La presencia de un derecho central, en zonas culturalmente diferenciadas, se puede presentar de dos maneras:

1. mediante el ejercicio formal de su jurisdicción en territorios, fuera de su frontera civil y económica, y susceptibles de incorporación, dentro de su orden social. La frontera civil puede indicar el umbral entre lo "pacificado" y la frontera de guerra;
2. frente a la población indígena, el poder del Estado se presenta con un conjunto de normas especiales, que ideológicamente han sido concebidas como mecanismos formales de "protección" y de reconocimiento de unas formas internas de organización social, las cuales se respetan en el nuevo orden, siempre y cuando no produzcan sobresaltos, ni se enfrenten decididamente al orden jurídico central.

Este derecho especial se convierte, de esta forma, en la mediación histórica entre relaciones sociales dominantes y subordinadas, que pueden tener vigencia o no, según la fuerza y profundidad de los cambios económicos y la resistencia indígena. También tiende a reemplazar las prácticas consuetudinarias internas, a la espera de que las contradicciones propias de todo conglomerado humano culminen con la aceptación, por parte de sus miembros, de la intervención judicial de las autoridades externas, dependientes del orden central o regional.

Sin embargo, en lo substancial y frente a las diversas situaciones planteadas por la presencia de colonos, empresas extractoras y múltiples instituciones estatales o privadas, interesadas en "acomodarse" en estas áreas, el derecho central tiende a convertirse en la única legitimidad.

Frente a las diversas expresiones culturales indígenas, el Estado y la sociedad nacional pretenden presentarse ante sus autoridades internas como un modelo institucional y cultural mejor logrado, es decir, lo civilizado, lo civil, lo cotidiano, dentro de un orden social. Lo indígena es visto como lo atípico, lo tradicional y lo atrasado.

El acervo de bienes materiales, "tecnológicamente superiores" a lo existente internamente, introducido por los comerciantes y cacharros tiende a reforzar tales juicios de valor, ellos provocan los impactos iniciales de admiración y codicia por su posesión y control.

No obstante que las categorías jurídicas centrales y el tipo de relaciones políticas, económicas y sociales, que sustenta el Estado, son vistas como superiores y "naturales", muy rápidamente se manifiestan con todas sus contradicciones y con una mayor o menor fuerza de agresión.

A medida que el Estado y los particulares provenientes de la llamada "sociedad nacional" van apareciendo con diversos intereses, dentro de los grupos indígenas se empiezan a operar cambios que tienen su dinámica interna de resistencia y/o adecuación a formas viejas y nuevas de desintegración social.

La propiedad privada, las relaciones laborales, la economía monetaria, las formas nacionales de organización social y familiar van penetrando más o menos rápidamente, mientras el Estado tiende a minimizar sus efectos depredadores, mediante el reconocimiento formal de los indios como ciudadanos, o el reconocimiento jurídico de su derecho a algunas tierras, para su beneficio, descontando las ocupadas por colonos, o apoyando programas agrícolas o ganaderos, y extendiendo programas de salud o educación. En esta forma la territorialidad indígena y su organización social van quedando a merced de la juridicidad central.

El Estado puede incluso, en su interés por extender su derecho universal y las categorías económicas que sustenta, en una primera instancia, colocarse por encima de intereses particulares, para ganar el espacio indispensable como poder mediador. Así, con su autoridad soberana puede exentar a los indígenas del pago de tributos, o a los jóvenes de la prestación del servicio militar obligatorio, o donarles elementos educativos, para el desarrollo de programas internos "autónomos" o facilitarles algunos recursos económicos para contribuir a su "reorganización" social y familiar.

Este conflicto, entre lo nacional y lo local, entre el derecho central y el consuetudinario y, en términos generales, entre dos culturas diferenciadas, puede conducir finalmente a:

- a) la desintegración de los grupos, generalmente segmentarios, cuyos integrantes van estableciendo nuevas formas de relación, según la fuerza y el grado de penetración y resistencia de las autoridades tradicionales internas;
- b) la recomposición de los mismos, con el surgimiento de nuevas formas de liderazgo, especialmente de jóvenes que pueden tender puen-

tes hacia estructuras externas que buscan su alianza o protección, o manipulación.

Naturalmente que estos procesos pueden ser más o menos lentos, teniendo en cuenta las posibilidades económicas de la región, la calidad de las tierras o la existencia de recursos naturales susceptibles de protección o de explotación.

Por lo anterior, nosotros consideramos indispensable ver el problema, no sólo desde el punto de vista histórico, sino también desde el punto de vista de las estructuras y coyunturas de las relaciones sociales que tienden a ser dominantes y de la multiplicidad cultural vigente en países como Colombia. Dentro de esta óptica veamos someramente el tipo de articulación presentado por el Estado, con las sociedades indígenas, en cuatro fases: a) el Estado colonial; b) la ruptura borbónica; c) el republicanismo nacional; y d) el Estado estamentario nacional. Dentro de este último esquema tendremos que mirar aquellos problemas derivados de las confrontaciones a nivel mundial, las políticas de desarrollo sostenido combinadas con la conservación de los recursos naturales, y la situación actual de las culturas indígenas frente a los retos del presente.

## EL ESTADO COLONIAL

Partimos de la existencia de varios niveles de relación establecidos históricamente entre poderes dominantes y poblaciones sometidas, en cada uno de los territorios que conforman hoy en día nuestros estados nacionales. Durante el periodo colonial el Estado metropolitano redujo las diferencias culturales de las diversas culturas indígenas a una sola categoría: lo indígena.

Agotado el periodo de los rescates y el saqueo indiscriminado y de la definición de los poderes locales y regionales, la política oficial del Estado colonial se montó con base en la supuesta existencia de dos repúblicas. La dominante, o sea, la república de Dios, que por razón de su superioridad cultural evidente tuvo el derecho de proteger a los integrantes de la república de los indios. Como contraprestación, éstos debieron aceptar su soberanía y tributar en su beneficio y en el de la Iglesia, y prestar servicios personales a sus agentes, mandatarios y beneméritos.

El derecho central metropolitano reguló las relaciones sociales entre el Estado absoluto, sus mandatarios, y los colonizadores, encargados de expandir las formas coloniales. La corona mantuvo su poder de jefatura por la legitimación que podía otorgar sobre tierras conquistadas, indios repartidos y otorgamiento de rangos sociales, dentro de su jerarquía social.

El Derecho tuvo la virtud suprema de ser emanación de la divinidad. La ritualidad y las formas procedimentales fueron definitivas para el reconocimiento de una justicia pública, donde la horca y el cuchillo fueron el símbolo del poder soberano para dirimir, permitir, prohibir, premiar y castigar. Este poder coactivo se acompañó de un sentido preciso de las preeminencias reales y de las diferencias sociales, por razones de rango, de sangre y de color. A cargo del poder real, y como mercedes y dispensas, quedó un derecho de reconocimiento de poderes subalternos, privilegios legales, exoneración del trabajo productivo y apropiación de excedentes económicos provenientes de la actividad minera, agrícola y ganadera, a cargo de los esclavos negros o de los integrantes de la república de los indios.

La corona española estableció, por su parte, un derecho especial, el indiano, por medio del cual tendió su mediación entre lo español y lo indígena. Este derecho "protector" significó el puente entre los dominadores y los pueblos derrotados, quienes —a cambio del reconocimiento de una territorialidad reducida, y unas jefaturas internas ligadas a la administración colonial— aceptaron unas relaciones basadas en su subordinación política, su explotación económica, su aplastamiento cultural y su segregación étnica.

Cada indígena debió pertenecer a una reducción o resguardo. Su relación con el Estado se transformó en una relación indirecta de vasallaje, sea por medio de los caciques y calpizques o de los corregidores y curas doctrineros. Sus relaciones directas se dieron en el terreno económico por medio de los encomenderos, hacendados, mineros y comerciantes. Cada indígena fue vasallo nominal, a nivel político, tributario real, siervo y esclavo de encomenderos, calpizques y curas doctrineros.

El establecimiento, forzado o consentido, de estas diversas relaciones significó la renuncia de sus prácticas culturales, por lo menos externamente, frente a los españoles que combinaron formas de represión cultural con mecanismos de hispanización entre los cuales se utilizaron la

evangelización y la castellanización, para la intrumentalización de valores orientados a su sometimiento laboral.

### LA RUPTURA BORBONICA

La llegada de los Borbones al poder, en la metrópoli, a comienzos del siglo XVIII, puso fin a la política de las dos repúblicas. La estructura de encomiendas había cedido en beneficio de nuevas empresas agrícolas, ganaderas y mineras.

La organización social señalaba la existencia de estamentos perfectamente diferenciados por razones de sangre, tipo de relaciones productivas y laborales, y el surgimiento de un conglomerado importante de mestizos, definidos como libres de diversos colores, ligados por arriendos y conciertos a las haciendas o a los resguardos. Muchos de estos mestizos, junto con libertos, buscaban colonizar nuevas tierras, fuera de la frontera colonial.

El poder metropolitano hubo de ceder frente a la tendencia dominante de las haciendas para que ampliara sus dominios sobre los resguardos. En nuestro medio correspondió al fiscal Moreno y Escandón aplicar la política de supresión y reducción de tierras de resguardo. A la postre muchos de sus familiares y amigos salieron beneficiados.

Sin embargo, hay que precisar que la presión de las haciendas sobre los resguardos fue de dos tipos: *a*) la hacienda señorial intentó ligar a las comunidades por medio de formas tributarias como el terraje, y formas intermedias como el concierto; y *b*) la hacienda de plantación comenzó a limitar el empleo de mano de obra esclava, extendiendo paulatinamente las relaciones salariales.

Durante este periodo los indígenas de resguardo se vieron compelidos a readecuar sus formas de organización interna, a la manera de las existentes en las villas españolas, mediante la adopción de los cabildos y los caciques hereditarios. Además, se apropiaron del discurso jurídico hispano para defender sus derechos, reconocidos en el esquema de las dos repúblicas. La utilización de los procedimientos legales españoles fue evidente por parte de las autoridades internas indígenas. De esta forma legitimaron su poder, resistieron la presión de las haciendas y ganaron espacios utilizando las contradicciones entre el poder local y el metropolitano.

De una u otra manera, ellos utilizaron simultáneamente los memoriales y los tumultos como formas de protesta contra los intentos de ruptura del orden establecido. Esta contradicción se vio nítidamente en su participación, activa o pasiva, durante las guerras independentistas, sea en favor de hacendados o de los grupos insurgentes.

## EL REPUBLICANISMO NACIONAL

Con el advenimiento de la república y la organización del poder, con base en las teorías libertarias iusnaturalistas, la relación Estado-comunidad indígena fue transformada formalmente. El término nación apareció como una abstracción constitucional, según la cual una multitud de hombres libres, que habitan un territorio, en ejercicio de su poder soberano y en pie de igualdad jurídica, señalan el ámbito de la administración del Estado.

No obstante, en nuestros países fueron los hacendados y los comerciantes los que aparecieron como hombres libres, por el hecho de que detentaban —según la filosofía liberal— el derecho inalienable de propiedad sobre las tierras y la vocación de intermediación con los estados nacionales europeos. La historia latinoamericana señala que lo democrático aparece históricamente reducido para ciertas élites, que por múltiples causas han detentado el poder, en forma vertical, sobre una población mestiza, negra o indígena, catalogada, en su conjunto, ideológicamente como plebe, expresión peyorativa para designar al pueblo raso o trabajador.

Los libertadores ofrecieron a los indios de resguardo protección y libertad, frente al despotismo español. Pero, se profundizó su despojo, en beneficio de la hacienda. La mediación histórica, en este campo, consistió en la transformación de los indios, que pasaron de ser vasallos de España a ciudadanos de las nacientes repúblicas; y de comuneros a propietarios individuales de sus tierras, lo que facilitó su rápido despojo. La libertad ofrecida se tradujo en leyes que ordenaron su desintegración como comunidades, mediante la división y repartimiento de sus tierras, gran parte de las cuales pasaron, por venta o arriendo, a dichos hacendados o a los comerciantes.

El indio de resguardo, para el liberalismo filosófico, era una traba para el progreso, la democracia, la propiedad y el comercio libre. En

forma abstracta, su conversión a ciudadano propietario significó un trauma político-social a nivel interno. Esta visión era el desconocimiento de tres siglos de readecuación a las formas coloniales. La República era nuevamente su negación cultural y su dispersión. Su individualización era el fin de su vida social comunitaria.

La dinámica política y económica fue demostrando en forma nítida que la sociedad de rangos y la estructura política española se habían acomodado a un esquema ideológico formal donde una oligarquía nativa, de hacendados y comerciantes, ligada precariamente a nuevos centros metropolitanos, pregona su democracia para una nación necesitada de tierras comerciables, de peones mestizos e indígenas que las trabajaran, y de colonos que abrieran nuevas fronteras a la "civilización".

Sin embargo, la ruptura con el centro metropolitano hispánico de poder incrementó las pugnas internas por la hegemonía. Fue un periodo de debilidad del Estado republicano; pues la necesidad de créditos presionó la adopción de políticas de libre cambio que golpearon a los artesanos e incipientes industriales. La crisis fiscal crónica igualmente obligó a entregar extensas zonas consideradas baldías a empresas extranjeras y en beneficio de caudillos militares. Los territorios fronterizos, en donde se desarrollaba la guerra contra los indios no sometidos, fueron entregados para su apertura a la iniciativa privada y a las misiones. Las guerras entre caudillos regionales demostraron también la precariedad del nuevo Estado-nación, incapacitado para resolver lo relativo a su propio poder de centralización y de integración económica de su población.

La mayoría de las regiones permanecieron durante mucho tiempo desligadas de los circuitos económicos centrales. La quina, el tabaco y finalmente el café, expandieron fronteras, articularon regiones y por último ligaron la zona andina con el mercado mundial.

En algunas regiones, como el Cauca y Nariño, coexistieron las dos economías. En muchos sitios fue posible la convivencia entre los resguardos indígenas y las haciendas señoriales, dentro de particulares relaciones de servidumbre. Por tales razones la política de los estados soberanos, sobre división y repartimiento de resguardos, y la integración a la "civilización" de muchos grupos establecidos fuera de su frontera, varió. Ni la disolución de resguardos, ni la reducción de pueblos "bravos" se dio con la rapidez y eficiencia que una voluntad política hubiera podido desear.

LA EXPANSION COLONIAL DE FINES  
DEL SIGLO XIX

Con el desarrollo de la industria y el capitalismo en Europa y Norteamérica, la competencia por la hegemonía, entre estados poderosos, y por el control de zonas de influencia, ha conducido a nuevas formas de relación con los estados republicanos desprendidos de la ruptura hispanocolonial. Las políticas internas de consolidación y expansión sobre fronteras indígenas quedaron supeditadas a numerosas confrontaciones y nuevos esquemas dentro de la geopolítica mundial.

En pleno apogeo de las ideas liberales en Europa un analista de la guerra —Clausewitz— veía su historia como una lucha de competencia continua, que siempre implicaba riesgos, a veces más pequeños y tolerables, otros angustiosos y letales tanto para las naciones grandes y poderosas como para las débiles y desamparadas.

A mediados del siglo pasado los descubrimientos de Darwin sobre los procesos de selección natural, verificados en las especies animales, lo llevaron a concluir que en ésta no cabían principios de orden moral y jurídico. Los códigos genéticos —según él— estaban orientados a seleccionar, en un proceso evolutivo, a los más aptos. El darwinismo social extrapoló estos descubrimientos para justificar la expansión colonialista europea, con base en el criterio de la preeminencia de lo civilizado sobre lo más débil y atrasado. El término salvajismo, con el que se definió el estado de los pueblos indígenas no europeos, fue acuñado para justificar la anexión de sus territorios y la expansión de mecanismos de asimilación y subordinación o destrucción.

La idea motivadora de la expansión conllevó un principio deontológico, según el cual los pueblos inferiores carecían de códigos morales y jurídicos; era el deber de la civilización introducir, en dichos pueblos, las formas de organización social y la tecnología de la civilización occidental.

A comienzos del presente siglo, y después de los acontecimientos que condujeron a la separación de Panamá, un estadista colombiano, el general Rafael Uribe Uribe, llamó la atención de la opinión pública de nuestro país sobre las tesis esbozadas por el capitán del navío estadounidense Alfred Mahan, en relación con lo que él llamó las razas incompetentes. Este capitán era asesor, en geopolítica, del gobierno del presidente Teodoro Roosevelt.

Mahan esbozó una teoría, emparentada con el Maltusianismo, según la cual existe una relación entre dos factores: la tierra y la humanidad. El uno es fijo, el otro, variable. Hay una oferta limitada del primer factor para una demanda ilimitada de la población; por lo cual, en este planeta en que vivimos puede decirse que el metro cuadrado de terreno sube a ojos vistas. En otros términos, hay una disputa por el control de territorios, que se define en favor de los mejor organizados. Toda la política, tanto la exterior como la interior de Estados Unidos de América debe reposar sobre los soportes de supervivencia y organización.

El hombre civilizado —según Mahan— tiene necesidad, cada día mayor, de terrenos que ocupar, y va buscando espacio donde establecerse y desarrollarse. Como toda la tierra está explorada, la dirección de las corrientes humanas va orientada hacia las zonas de menor resistencia. Además, esta corriente se dirige hacia territorios ricos en posibilidades, cuya ocupación es mediocre e infecunda por la negligencia de quienes los habitan. Cuando dos pueblos, uno altamente organizado y otro de organización inferior o rudimentaria, se encuentran, el resultado no es dudoso: el primero despoce al segundo. El derecho del anterior ocupante desaparece delante del derecho del que mejor lo explota. No hay derecho inalienable, para ninguna comunidad, de retener el uso de una región, cuando lo hace en detrimento del mundo en general, de sus vecinos en particular, y aun de sus propios súbditos. El derecho del primer ocupante no es una posesión de completo reposo. O un pueblo explota su territorio para los mejores intereses del mundo entero o siquiera para los intereses de sus vecinos o deberá ceder su territorio o aceptar un control político o económico.

Un crítico de estas tesis —citado también por el general Rafael Uribe Uribe— pulía el argumento de Mahan de la siguiente manera:

Los naturales pasan alternativamente y casi sin solución de continuidad, de la tempestuosa y convulsiva demanda a mano armada, de derechos que no comprenden, a una inercia, a un silencio y a una atonía o sopor vecinos de la muerte; y de la anarquía, en que todos quieren mandar, al servilismo, en que todos quieren obedecer y en que, más por cansancio que deliberadamente, hacen el sacrificio de sus libertades ante el absolutismo de uno de los mahadis o salvadores que periódicamente no dejan de aparecer.

Para este crítico, sin embargo, el análisis anterior no podía circunscribirse a la situación de las poblaciones indígenas. También según él

Es grave error pensar que un grupo humano merezca ocupar un territorio y rango de nación con sólo haber asegurado el orden [. . .]. Exígesse, además, la capacidad para el progreso [. . .] si mantienen inexplorados e incultos vastos territorios; si no explotan o explotan mal las riquezas de las minas; si carecen de vías de comunicación o las que tienen son rudimentarias y escasas; si este orden de cosas en lo físico amenaza con prolongarse indefinidamente, sin que alcance a verse una ocasión próxima a cambiar; si además la instrucción es nula o mal dirigida, dividiendo al pueblo entre una masa general de ignorantes y una oligarquía de educación torcida; si por esto el país es un antro de vicios, y un foco de enfermedades contagiosas capaces de transmitirse al exterior; y si finalmente el sistema de gobierno es primitivo [. . .] entonces ese país es también de los que pueden incluirse entre los de raza incompetente y entre los detentadores de una porción del planeta, que el supremo hacedor destinó para toda la humanidad y no para la ocupación egoísta e improficua de agrupaciones indignas.

Tales afirmaciones impresionaron profundamente al general Rafael Uribe, particularmente con ocasión de las justificaciones estadounidenses para la anexión de Panamá.

En 1907 Uribe publicó un opúsculo, dirigido al presidente de Colombia y a los obispos y arzobispos, el cual contenía recomendaciones sobre la forma cómo debían reducirse los “salvajes” ubicados en nuestra Orinoquia y Amazonia a la vida civilizada. En el fondo de su corazón militar, Uribe se sentía preso del temor de que nuestro país, y el gobierno de ese entonces, fueran incluidos como incompetentes, por parte de los darwinistas que manejaban las cancillerías de Washington y Londres.

Esta convicción lo motivaba a presentar un proyecto estratégico que agilizara la consolidación del Estado nacional mediante la profundización de su presencia sobre poblaciones indígenas, las cuales podían convertirse rápidamente en mano de obra para cubrir las necesidades de la incipiente industria nacional. Para esta incorporación sugería la utilización de colonias militares y misioneros lingüistas, en una combinatoria de la fuerza disuasiva y persuasiva que garantizara la eficacia de la misma.

Esta nueva filosofía hizo carrera en nuestro país. Durante el gobierno del general Reyes, iniciado en 1904, y hasta 1927 hubo una constante política del Estado para acelerar la división e integración de los resguardos y penetrar nuevas áreas, donde la articulación con los indígenas se sintetizó en el *slogan*, puesto de moda por Sarmiento en Argentina, “civilización o barbarie”.

## EL ESTADO ESTAMENTARIO NACIONAL

Actualmente el Estado-nación, en nuestras sociedades, es una entelequia, en donde se sobreponen estructuras tributarias tradicionales y modernas, visibles en la jerarquización social y en las instituciones cuya existencia se manifiesta en múltiples pontazgos, peajes y retenes administrativos, que nutren una burocracia, la cual, en gran parte, se convirtió en cuello de botella para la modernización.

La estructura estamentaria, además, se evidencia por el procedimiento de clanes políticos, con sus clientes y nepotismo, los cuales se han articulado con el Estado, obligando a la población a utilizar su intermediación para la obtención de privilegios y prerrogativas; todo lo cual es más evidente en las estructuras locales de poder.

Este sistema muestra, por otra parte, una cúspide debilitada y precaria, incapaz de realizar las tareas de centralización política y administración moderna. En nuestro caso, el distanciamiento entre el Estado y la población no beneficiada está haciendo crisis, manifestándose en la persistencia y expansión de diversas formas de violencia.

En síntesis, dentro de la abstracción del Estado-nación se cobijan, bajo un mismo techo, aristócratas, burócratas con privilegios especiales dentro del Estado, junto a empresarios urbanos, empleados, trabajadores, empresarios agrícolas, peones, campesinos y comunidades indígenas que tienen relaciones precisas con la producción y que políticamente configuran esta multitud de hombres "libres", gobernados dentro de un modelo de democracia *sui generis*: el Estado estamentario nacional.

Sin embargo, la superposición de dos esquemas de dominación creó formas particulares de autoritarismo, combinadas con formas sutiles de utilización del Estado, en provecho de sectores políticos organizados alrededor de la manipulación económica y clientelista de su administración.

La racionalidad estatal del Estado-nación, que prelude la existencia y el ejercicio de la ciudadanía, ha ido muy lenta. A pesar de ello, la industrialización ha sido inducida desde afuera, particularmente por Estados Unidos de América, cuando desde la década de 1920 envió misiones encargadas de modernizar la estructura de la banca central, el sistema tributario, el manejo de las cuentas nacionales, etcétera.

La formulación de políticas internas, inducidas desde afuera, se acentuó a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la creación de organismos como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Fondo Monetario Internacional (FMI).

A medida que la industrialización inducida y la extensión de relaciones salariales se ha ido generalizando, el Estado estamentario ha tenido que ceder y cumplir cada vez funciones más protagónicas, no sólo en beneficio de ese proceso industrializador, a costa de los sectores rurales, sino también en la expansión de sus fronteras civiles, contra las comunidades indígenas que se conservaron desde la colonia, fuera de los circuitos económicos nacionales e internacionales.

Este doble conflicto, unido a la presencia cada vez más fuerte del narcotráfico, explica la actual violencia e indica que los modelos de desarrollo no corresponden a nuestras necesidades; las viejas estructuras estamentarias, prolongadas por el frente nacional, han entrado en crisis. Esto ha conllevado a privilegiar estrategias internacionales, de conservación del orden establecido, frente a la imposibilidad de modernización autónoma nacional.

## PROGRAMAS SECTORIALES

Dentro de una perspectiva macroeconómica, el sector rural de Colombia ha sido diferenciado para la implementación de los programas sectoriales de desarrollo; de ahí que aparezca subdividido en tres subsectores.

- a) Un sector agroindustrial, dinámico, aunque discriminado, con respecto a las inversiones estatales, dependiente del sector financiero, supeditado al sector industrial, orientado a la sustitución de importaciones y debilitado actualmente por la inseguridad y la violencia.

Este sector ha penetrado actualmente en muchas zonas indígenas por medio de la ganadería, la agricultura intensiva e, incluso, la producción de psicotrópicos, en especial en regiones aisladas, como la Orinoquia, la Amazonia, y otras con posibilidades económicas.

- b) Una población campesina, propiamente dicha, resultante de un proceso histórico de conformación de la propiedad rural, sobre la cual se han dirigido políticas sustitutivas de reforma agraria, buscando su dinamización, mediante la transferencia de tecnologías apropiadas, las cuales se han acompañado con programas de capacitación, que inducen una nueva mentalidad empresarial. El objetivo es lograr el aumento de su producción y productividad, a fin de superar los bajos niveles de ingreso y de consumo.

Un analista —Enrique Peñalosa Camargo— ha señalado que el incremento de la producción agropecuaria proviene actualmente, en un altísimo porcentaje, de una minoría de propietarios o de modernos empresarios agrícolas. Esto ha traído como consecuencia el empobrecimiento relativo del campesinado rural. Los empresarios han sido los beneficiarios de los aportes en investigación, semillas mejoradas, fertilizantes, crédito, vías, etcétera, puestos a su disposición (1988: 16). Quizás esto explique, en parte, la persistencia de la violencia campesina en nuestro país.

Desde el punto de vista de las expectativas, los analistas han visto que el campesinado, en su comportamiento demográfico, ha respondido a los programas de control natal, así como a la tendencia mundial de urbanización. Si en la década de 1960 la población campesina representaba más o menos 70% del volumen total nacional, actualmente representa solamente 30% de aquél. Y las proyecciones esperadas indican que constituirá apenas 10% para mediados del siglo XXI.

En nuestro país, parte de la población campesina, en proceso de descomposición, se ha orientado también a zonas de ocupación indígena, entrando en conflicto muchas veces con ella. La lucha contra el medio tropical y el fracaso de muchos colonos empobrecidos, según los analistas, han permitido su conversión como base política de la guerrilla o los ha obligado a sobrevivir con la producción de hoja de coca.

- c) Poblaciones indígenas sobrevivientes a los procesos de colonialismo y conformación de los estados nacionales. En Colombia ellas representan una población de no más de 500.000 individuos, lo cual significa menos de 2% de la población total. Su importancia radica tanto en el número de grupos que representan como en su ubica-

ción en áreas periféricas y estratégicas dentro de la geografía nacional.

Dicha población, entendida genéricamente como la indianidad, debido a los procesos históricos que ha tenido que sufrir, puede ser subdividida, para los efectos de este análisis, en dos grandes sectores.

- a) Un gran sector de población que sobrevivió a la conquista y fue reducida a resguardos. Esta población fue luego sometida a una mayor reducción, por la hacienda y el mestizaje, o a su dispersión por las políticas liberales de desintegración de la propiedad comunitaria.

Es una población campesinizada, que perdió gran parte de sus valores culturales, aunque no su identidad, y que se encuentra en proceso de recuperación de sus tierras, y ha visto posibilidades de lucha y supervivencia gracias a la utilización de la legislación especial, que actualmente ha cobrado una mayor dimensión como mediación histórica por el Estado.

- b) Otro gran sector está constituido por diferentes culturas que han sobrevivido fuera de los circuitos económicos generales, y que sufrieron, algunas de ellas, los efectos de la explotación de resinas, del caucho, etcétera. Ellas sobreviven en la costa del Pacífico, en la Sierra Nevada de Santa Marta, en la Serranía de Perijá, en la península Guajira o en las hoyas hidrográficas de la Orinoquia y Amazonia. Estos grupos, que en gran parte conservan sus formas tradicionales de organización social, no solamente son amenazados por el grande, mediano y pequeño colonato, sino por los proyectos económicos implementados por el Estado. No obstante su diversidad cultural, su tratamiento jurídico se concibe como la relación genérica entre el Estado central y la indianidad.

#### **DESARROLLO Y CONSERVACION DE LOS RECURSOS VITALES UNIVERSALES**

De acuerdo a la estrategia visualizada a nivel internacional, en la confrontación de las dos superpotencias, las comunidades indígenas,

han tomado relativa importancia dentro de las llamadas guerras de baja intensidad.

En relación con estos grupos, el Estado —convertido en motor del desarrollo— ha tenido que disminuir el volumen del discurso integracionista. A muchas comunidades ha tenido que delimitarles resguardos, no como reconocimiento de sus derechos, sino como delimitación de tierras (consideradas baldías) para su beneficio y transformación.

Con respecto a los indígenas campesinizados y reducidos al minifundio, ha hecho un gran esfuerzo para adquirirles tierras y reestructurar sus resguardos. Adicionalmente, ha intentado implementar programas económicos, básicamente de ganadería, industrias menores, artesanías y programas de salud y educación.

Esta nueva actitud del Estado no es casual: se debe a cambios filosóficos y a nuevas tendencias económicas inducidas desde el exterior. Gran parte de los esfuerzos se deben al surgimiento de nuevas organizaciones indígenas, generadas en la década de 1970, cuando las luchas campesinas por la reforma agraria tuvieron su mayor auge. Estas luchas también han sido impulsadas por las agencias internacionales de cooperación.

Frente a la producción, las organizaciones indígenas especialmente las ubicadas en la región andina, han encontrado factores adversos, debido, según ellas, a una historia de “humillación social, política, económica y religiosa” que se traduce en “una falta absoluta de educación” y “de conocimientos de tipo administrativo y contable”.

En su incompreensión de las características de los procesos económicos, y contrastando su *slogan* de autonomía, han exigido del Estado políticas “orientadas a una educación acorde a sus necesidades políticas y culturales, el respeto a sus autoridades tradicionales, los cabildos y una capacitación administrativa y técnica” (*Unidad Alvaro Ulcué* Núm. 8, 1988).

Esta situación es más evidente en áreas de reciente colonización. Muchos grupos, antiguamente guerreros seminómadas o agricultores, hacen frente hoy en día, en la reducción, a los retos de la corriente dominante, de los proyectos de desarrollo, sobre áreas reducidas o susceptibles de ocupación permanente por colonos y empresarios, o sufren las consecuencias de la guerra y de la lucha contra el narcotráfico.

En el caso colombiano, la presencia de grupos insurgentes, que se disputan con el Estado la voluntad política de las masas campesinas,

está generando situaciones que, de una u otra manera, han afectado a varias sociedades indígenas.

Con serias dificultades, el Estado se ha visto obligado a dedicar esfuerzos significativos a poblaciones consideradas marginadas y actualmente sujetas a rehabilitación.

Las condiciones de la guerra irregular, ostensible en Colombia, significan que, tanto para el Estado como para los grupos insurgentes, la lucha se da en los terrenos político, ideológico, económico y militar, y, por consiguiente, los grupos indígenas se encuentran bajo el imán estatal o el de los grupos insurgentes.

En algunas comunidades, donde persisten autoridades tradicionales, se observa el deseo de aislamiento, frente a tantos intereses que han encontrado en los jóvenes posibilidades de manejo colectivo. Estamos asistiendo a nuevas situaciones de disgregación, violencia familiar y social, y ruptura de los poderes y valores tradicionales.

#### **DERECHOS CENTRAL, ESPECIAL E INTERNO**

Como hemos dicho, el poder del Estado se ha definido por su capacidad de intermediación entre propietarios y poseedores, en un proceso continuo de expropiación de hecho, construyéndose y jerarquizándose en sentido vertical (frente a los diferentes grupos de interés), y en forma horizontal, mediante la imposición de su soberanía sobre un territorio que forma parte integral de los derechos de las poblaciones establecidas históricamente, pero sometidas al acoso de relaciones de propiedad y producción sustentadas por la fuerza y el derecho.

Este modelo, como todo modelo de organización estatal construido en la conquista, tiende a presentarse, por lo menos idealmente, como protector y como institución encargada de conjugar los intereses generales con los individuales y correspondientes a la ciudadanía. La legitimidad del poder expropiatorio no se expresa necesariamente por la fuerza bruta, busca una legitimidad trascendental y legal.

Para nosotros el derecho, como expresión de lo civil, ha sido no sólo la mediación histórica mediante la cual se han establecido nuevas relaciones de poder y de autoridad frente a la propia sociedad civil y con relación a los grupos o sociedades indígenas; sino que en su universalidad ha abierto espacios, donde las comunidades indígenas han podido resistir,

evidenciando contradicciones entre la lógica del discurso dominante con sus propias prácticas procedimentales, y las utilizadas por la sociedad nacional contra sus derechos históricos.

No es casual hoy en día que el discurso de los derechos humanos, que empieza a trascender lo nacional, tenga gran acogida entre muchos grupos.

Dicha resistencia, sin embargo, ha implicado la aceptación de la preeminencia y la obediencia a códigos coactivos establecidos por el Estado para la conservación de un orden social, aun en contra de sus derechos y de la aplicación de sus normas internas de control social.

No obstante, como ya se ha dicho, con las culturas indígenas, el derecho central, con todas sus categorías, ha buscado un tamiz por medio de la expedición de normas especiales, las cuales señalan un tratamiento diferente, aunque sin perder su filosofía integracionista. Este derecho especial se ha traducido en normas protectoras sobre las reducciones de tierras (resguardos), que tienen vigencia o no según las coyunturas históricas.

En Colombia, desde 1890, cuando había condiciones difíciles para la profundización del Estado-nación, a nivel interno, y en la esfera externa estaban de moda las teorías acerca de las razas incompetentes, los indígenas fueron clasificados como salvajes o civilizados, excluyéndolos de la aplicación de la legislación general.

A los indígenas que habían logrado la conservación de sus resguardos y que fueron clasificados como civilizados, se les permitió su manejo económico por medio de sus cabildos, conforme a sus usos y costumbres consuetudinarios. Tales tierras fueron consideradas imprescriptibles e inembargables. Los comuneros fueron relevados del pago de impuestos nacionales o catastrales.

Posteriormente, en el campo penal, se introdujeron normas que buscan un tratamiento especial de los indígenas, los cuales pueden ser considerados como inmaduros psicológicos y, por consiguiente, no penalizables, siendo susceptibles aquellos procesados por algún delito, sujetos a medidas de seguridad, una de las cuales es su reincorporación a la vida comunitaria.

Esta legislación ha sido reinterpretada por indígenas campesinizados como propia, y con ella han avanzado, en el campo legal, para la recuperación de tierras y un mejor tratamiento por parte del Estado. En la

práctica se ha convertido en una escuela de capacitación y discusión, y las propias organizaciones han sido un motor para su conocimiento, difusión y exigencia de su justa aplicación.

La legislación especial, en su aplicación, va adquiriendo una universalidad que implica que lo indígena es un fenómeno genérico, aplicable por igual a diferentes etnias. En tales condiciones el Estado trata de acomodar las diferentes culturas a un solo patrón jurídico. Por medio de ella se va introduciendo un nuevo concepto de legalidad, verificable sólo en lo escrito, lo sellado, lo oficial, lo individual. Igualmente el Estado, con los escritos oficiales va imponiendo las relaciones con la tierra y el trabajo como categorías de propiedad y legalidad del contrato de trabajo.

Por intermedio de crédito, que va condicionando cierto tipo de producción (agrícola o ganadera), y la intermediación de los productos, los indígenas de resguardo van dependiendo del mercado y de las reglas generales de la economía.

Como política complementaria, en casi todos los países se han organizado instituciones estatales encargadas de adelantar programas especiales. En diferentes condiciones y coyunturas estas oficinas han buscado ampliar o reducir esta legislación especial para los indígenas, lo cual ha permitido abrir espacios de discusión y asumir reivindicaciones frente al Estado que esboza planes y programas especiales.

Los programas oficiales tienden a reducirse a lo complementario asistencial. Solamente la lucha indígena ha obligado al Estado a afectar tierras para beneficio de las comunidades; una vez conseguida la tierra, sin embargo, surgen conflictos por su distribución, su manejo o las ayudas obtenidas, los cuales son superados, sólo mediante una sólida organización.

## **LA SITUACION DE LOS GRUPOS MAS TRADICIONALES**

¿Qué pasa en aquellas comunidades ligadas por reglas complejas de organización social, es decir, aquellas sociedades más tradicionales?

La mayoría de las culturas indígenas ubicadas en Colombia, en los llamados territorios nacionales, se caracterizan por constituir unidades segmentarias, ligadas entre sí por relaciones de parentesco, de intercambio económico o lingüístico.

Estos segmentos pueden identificarse desde la familia, la cual se engrana con grupos mayores, en diferentes niveles de agrupación. Estas familias pueden aparecer como linajes locales, agrupados en comunidades aldeanas, que pueden convertirse en federaciones. Por regla general los segmentos menores obedecen a relaciones de parentesco cohesivo; los segmentos mayores se nos aparecen como trabazones sociales de los más pequeños, integrados por lazos de parentesco personal, clánico o alianza matrimonial. Este conjunto, a su vez, se identifica por ciertas afinidades basadas en la costumbre y el lenguaje.

La existencia de relaciones o vínculos entre distintos segmentos de unidad social mayor no se evidencia a primera vista. Cada segmento puede presentarse ante nuestros ojos como independiente, el uno del otro. En realidad, ellos están imbricados en una red compleja de relaciones de reciprocidad y de alianzas de parentesco, exogámicas en su interior, y endogámicas dentro de marcos mayores susceptibles de alianza, y que pueden determinar una jerarquización segmentaria.

Estas formas de alianza pueden darse por vía matrimonial con residencia patrilocal, matrilocal o avunculocal. Las jerarquizaciones pueden responder a fundamentos sociales, expresados en mitos de origen, que explican las unidades mayores, llegando hasta las unidades de descendencia local, ligados por su identificación con un antepasado común. La estratificación puede definir la ubicación dentro de un gran territorio, sobre el cual se ejerce un dominio en equilibrio.

Para que el sistema se mantenga, y la identidad social del grupo se reitere, es indispensable la existencia de mecanismos de control social; su ruptura da lugar a sanciones que pueden traducirse en la pérdida del honor, de la pertenencia al grupo o de la vida misma.

Estos sistemas de control varían en cada cultura, y entre los segmentos y las unidades mayores. Ellos pueden responder a principios tales como las relaciones económicas, los patrones de residencia y territorialidad, la pertenencia lingüística y/o los mecanismos de parentesco, por líneas descendentes o de alianzas, así como derivarse del cuerpo ideológico de los mitos.

De acuerdo a la naturaleza de los conflictos pueden presentarse diversas instancias para la superación, que incluyen a la unidad familiar, el chamán, que tiene capacidad de convocación de los espíritus (recurrencia a lo sagrado), y el capitán, que aparece como contrachamán para lo externo, o toda la comunidad.

En este orden de ideas, la territorialidad, el sentido de pertenencia al grupo y la vida general de la comunidad, *naaa* tienen que ver con el individuo de nuestra sociedad, ni con las categorías de la propiedad, ni mucho menos con los mecanismos de poder y de castigo vigentes en lo escrito. Son dos concepciones del mundo, de la naturaleza y de la sociedad.

El mundo indígena se plantea como un problema de la llamada sociedad mayor, en razón de la posesión de un territorio, de un subsuelo, de mano de obra o de mujeres. Sin embargo, el Estado, en su afán de delimitar su propio derecho territorial, mediante la reducción en resguardos de segmentos menores, puede romper de hecho y de derecho las estructuras internas de poder y de organización social. Ya el hecho de introducir una delimitación ha provocado una situación con sabor colonial, que implica que lo externo define una nueva legalidad frente a sus propios recursos ambientales. Estas medidas llevan un implícito sentido de ruptura interna del poder tradicional.

#### CONSIDERACIONES FINALES

Muchas veces aquellos indígenas campesinizados, que sobrevivieron al periodo colonial, pero que en las actuales circunstancias pueden liderar un movimiento nacional, pretenden organizar de muy buena fe a las comunidades nativas a la manera prevista por la legislación especial.

Se proponen cabildos y organizaciones regionales que pueden operar o no, en los casos en que aparecen intereses claves como los inherentes a las tierras, a la aparición de colonos, o la penetración de múltiples agencias del Estado encargadas de ligarlas a sus programas de desarrollo o compañías interesadas en explotar los recursos del subsuelo, etcétera. El Estado, en su proceso de expansión, termina privilegiando a una organización centralizada, que sirva de interlocutor con culturas diferenciadas.

Por otra parte, grupos ya fragmentados pueden dinamizarse por intermedio de jóvenes con deseos de aprender y conocer el mundo "blanco". Ellos van aprendiendo en este tipo de luchas, a costa de la pérdida de su cultura, que va feneciendo o transformándose, frente a los problemas que le plantea el complejo mundo de relaciones sustentadas por el Estado.

La propiedad privada, el colonato, que esgrime el argumento de que la tierra es para quien la trabaja, y los diferentes esquemas de desarrollo los van rodeando, como una gota de aceite que exige su transformación, y reestructuración.

#### BIBLIOGRAFIA

- Bermúdez, Lilia  
1988 Guerra de baja intensidad. Reaseñado en Revista Solidaridad. Año X, núm. 94.
- Bobbio, Norberto y Michelangelo Bovero  
1986 Origen y fundamentos del poder político. México: Grijalbo, S.A.
- Bulnes A., Gonzalo  
1980 Los mapuches y la tierra. Rotterdam: Pequeñas ediciones INC.
- Chase Sardi, Miguel  
1987 Derecho consuetudinario chamacoco. Asunción: RP ediciones.
- González Casanova, Pablo  
s/f Las etnias coloniales y el Estado. Borrador de trabajo.
- Jimeno, Myriam y Adolfo Triana A.  
1985 Estado y minorías étnicas en Colombia. Bogotá: Fundación para las Comunidades Colombianas (FUNCOL). Cuadernos del Jaguar.
- Krader, Lawrence  
1972 La formación del Estado. Barcelona: Labor. Nueva Colección Labor.
- Marx, Carl  
1946 Crítica de la filosofía del Estado de Hegel. Buenos Aires: Claridad.
- Mende, Tibor  
1974 ¿Ayuda o recolonización? México: Siglo XXI.
- Nixon, Richard  
1984 La verdadera paz. Una estrategia para Occidente. Bogotá: Planeta.  
1985 No más Vietnams. Bogotá: Planeta.
- Páramo, Guillermo  
1987 Los cubeos. Conferencia inédita. Bogotá.
- Peñalosa Camargo, Enrique  
1988 Colombia y el siglo XXI. Revista Ciencia Política núm. 10.
- Santana, Roberto  
1986 La cuestión étnica y la democracia en Ecuador. Document de Travail núm. 37. ERSIPAL.
- Tovar Zambrano, Bernardo  
1984 La intervención económica del Estado, 1914-1936. Bogotá: Biblioteca del Banco Popular.
- Triana Antorveza, Adolfo  
1987 Estado y minorías étnicas. Grupos étnicos, derecho y cultura. Bogotá: FUNCOL. Cuadernos del Jaguar.
- Unidad Alvaro Ulcué  
1988 Núm. 8, Popayán, mayo de 1988.

**EL CONCEPTO DE DERECHO CONSUECUDINARIO  
Y LOS DERECHOS INDIGENAS EN LA  
NUEVA CONSTITUCION DE BRASIL**

*Manuela Carneiro da Cunha\**

Esta ponencia tendrá dos partes, una dirigida hacia una discusión conceptual, otra dedicada a un caso concreto y actual, a saber, el tratamiento legal que Brasil dispensa a los pueblos indígenas en su nueva Constitución. Se argumentará que la noción de derecho consuetudinario debería ser desubstantivada en un tratamiento más acorde con la antropología contemporánea, sacándose las consecuencias prácticas desde esta perspectiva. Sigue a esto un relato de la situación actual del nuevo texto constitucional brasileño en lo que dice respecto a los pueblos indígenas, esclareciendo el contexto político en el que fue elaborado, las innovaciones más importantes que introduce, y sus consecuencias para el reconocimiento del derecho consuetudinario de los indios en Brasil.

**DERECHO CONSUECUDINARIO:  
DIFICULTADES DE LA ANTROPOLOGIA**

En esta fase intermedia en la que tradicionalmente colaboran juristas y antropólogos, que es la del estudio del derecho consuetudinario, subsisten problemas de comunicación entre las dos disciplinas, problemas

\* MANUELA CARNEIRO DA CUNHA. Universidade de São Paulo, Brasil.  
Traducido del portugués por Deborah Dorotinsky; cotejado por Alina Reis.

que llevan a un uso de categorías frecuentemente inadecuado. El conocimiento que la mayoría de los antropólogos actuales tiene del derecho es cuando menos precario, y sería de gran utilidad que fuese fortalecido. Los rumbos actuales de la antropología, por su parte, tampoco son bien conocidos por los juristas y los llevan a practicar una antropología tan ingenua como lo es el derecho manejado por los antropólogos. Mi intención es discutir, a la luz de lo que se anda pensando en la antropología, ciertos presupuestos de la idea de derecho consuetudinario, esperando que el diálogo con los juristas se torne así más claro.

Llamemos a las cosas por su nombre: el problema fundamental reside en la reificación contenida en el uso que los juristas hacen de la noción de *derecho consuetudinario*. Digo en el uso, porque no obstante se admita comúnmente que la expresión no goza de una definición consensual; no se deja entretanto de usar el término sin mayores restricciones. Es así que vemos a los autores hablando, por ejemplo, del reconocimiento exclusivo o concurrente del derecho consuetudinario, o de su incorporación por referencia o por réplica (Morse y Woodman 1988). Implícita en tales tipologías está la idea de que se está hablando de un conjunto reconocible de categorías y normas legales dotadas de tres características:

- la de constituir un *corpus* delimitado, finito y de contenido tradicional;
- la de ser anteriores a los estados, por lo tanto, con autonomía en relación con éstos; y
- la de ser de naturaleza semejante a las del derecho positivo, lo que posibilita al Estado el incorporarlas explícitamente, una vez alcanzadas las condiciones políticas que lo permitan.

Ahora bien, estos presupuestos difícilmente resisten una confrontación con los hechos. Lo que se designa comúnmente por *derecho consuetudinario* es lo que tradicionalmente los antropólogos llaman *estructura social*, concepto derivado del derecho, conforme parece patente, por ejemplo, en Radcliffe-Brown (1935, 1940). No hay que olvidar que la mayoría de los padres fundadores de la antropología, en el siglo XIX, eran juristas de formación, preocupados por localizar en las sociedades, entonces llamadas primitivas, categorías análogas a las del sistema político y jurídico occidental.

La estructura social tenía, en la acepción que le daban antropólogos como Radcliffe-Brown y Meyer Fortes, por ejemplo, un contenido substantivo, permanente en el tiempo, y finito. Es así que Radcliffe-Brown puede describir, en 1930, a la horda australiana como un grupo local, patrilineal, con derechos que posee en común sobre un territorio y sus productos. En otras palabras, una unidad política con reglas de ciudadanía y reglas de derecho sobre cosas y sobre personas. Veremos a qué equívocos dio origen esto.

Gran parte de la generación que sucedió a Radcliffe-Brown y a Fortes se concentró en la cuestión de la ambigüedad de las reglas, de su multiplicidad y de su vigencia contextual. Donde Radcliffe-Brown con su "ilusorio estilo transparente" (Leach 1954) describía un universo de reglas mecánicas e imperativas, sin ambigüedades ni contradicciones, y cuya adecuación a la realidad social se resolvía a través de fracciones jurídicas que las corroboraban, sus sucesores comenzaron a percibir un campo de estrategias, asentadas en una plétora de normas no necesariamente unívocas y no siempre convergentes.

Radcliffe-Brown, para quien las sociedades eran pensadas por analogía a los organismos vivos, creía que los cambios no afectaban la forma estructural de una sociedad. Por más que un conejo envejezca, no deja de ser morfológica y fisiológicamente un conejo. Así también las sociedades, que serían concebidas sin vacilaciones con criterios substantivos. Ahora bien, a partir de fines de la década de 1960 (una obra precursora en este sentido fue la que Leach publicó en 1954, *Political systems of Highland Burma*), la antropología cuestionó las propias unidades con que trabajaba; se comenzó a indagar sobre los criterios para reconocer una sociedad. Percibió, entonces, la ruptura de los criterios substantivos y la importancia ya no de la reproducción (homeostática) sino de la producción (autopoyética) de la sociedad. Esta ya no era más, como en Durkheim, el punto de partida, autorregenerador, que se aseguraba su propia permanencia, semejante a la reproducción de las especies animales, sino un proceso de elaboración permanente. Forjando ese proceso, garantizando el reconocimiento de una identidad, intervenía lo que Hobsbawn llamaría más tarde la *invención de la tradición*. Es decir, el cambio en la estructura social se hacía, siempre se hace, bajo el signo de la tradición.

Con esta perspectiva, echó por tierra la idea de que cada sociedad tiene un *corpus* de reglas tradicionales que pueden ser simplemente transpuestas al derecho positivo, sin mayores ambigüedades. *En la medida en*

*que tales reglas son productos sociales siempre renovados, lo que debe ser reconocido a los grupos minoritarios cuyo derecho consuetudinario se pretende respetar no son reglas específicas y sí la autoridad para elaborarlas.* Esta es una primera consecuencia de la perspectiva que acabamos de describir.

Otra constatación a la que se llegó después de la descolonización de Africa, es decir, hacia finales de los años sesenta, es que, contrariamente a lo que se esperaba, había una exacerbación de las identidades étnicas en los nuevos estados, y que los rasgos culturales de cada etnia no provenían únicamente de una elaboración autónoma de cada una; más aún, estaban también externamente constreñidos a formar sistemas de contraste significativos y diferenciales con los rasgos culturales de otras etnias con las cuales interactuaban (Barth 1969; Cohen 1969; Cunha 1979, 1985) y con el Estado al cual se contraponían, identificado con alguna etnia dominante.

Estas percepciones refuerzan lo que ya se ha dicho, o sea, las condiciones en las que se procesa la producción cultural de una sociedad, condiciones que suponen la presencia e interacción de otras sociedades o grupos sociales. En cierto modo, es como si el enfoque se dislocara de la analogía de las sociedades con organismos vivos considerados en su singularidad irreductible, hacia la analogía con sistemas de comunicación. Con esto se desmoronó la ficción antropológica clásica de las sociedades observables en completo aislamiento en un registro intemporal, que constituyó durante muchos años una especie de licencia poética propia de antropólogos.

Siendo así, no hay cómo pensar ni en la anterioridad ni en la autonomía del derecho consuetudinario en relación con el Estado. Sólo existe en relación con éste, y supone su presencia, y esto de dos maneras: primero, porque únicamente tiene sentido hablar del derecho consuetudinario por oposición al derecho positivo, y éste implica la presencia del Estado; segundo, porque el propio contenido del derecho consuetudinario es, como vimos, parcialmente y por contraste, inspirado por la presencia del Estado. *Así, tanto el concepto como el contenido específico del derecho consuetudinario son tributarios de la existencia del Estado con el que éste se enfrenta.*

Finalmente, hay una diferencia, entre el derecho consuetudinario y el positivismo, que no debe ser subestimada, y esa diferencia es que este

último es escrito. La importancia de la escritura en este contexto ya ha sido enfatizada desde Max Weber. Más recientemente, el antropólogo Jack Goody llamó nuestra atención hacia las implicaciones de la escritura y de su difusión— las dos cosas no son necesariamente concomitantes— en las transformaciones de las sociedades de tradición oral (1968, 1977). Sin entrar en las consideraciones que Goody urde acerca del impacto del medio de comunicación nuevo, que es la escritura, sobre los procesos relativos al conocimiento, parece cierto que derecho escrito y derecho oral se prestan a operaciones lógicas y a usos sociales diferentes. Fue en ese sentido que traté de mostrar en otro trabajo (1983), la significación del derecho brasileño del siglo XIX de haber silenciado deliberadamente el derecho consuetudinario en lo relativo a la emancipación de los esclavos. Ese silencio era pieza clave en la construcción de lazos de dependencia personales, necesarios para la manutención del sistema.

Aquí, quiero apenas resaltar que *derecho positivo y derecho consuetudinario son de naturaleza y utilización social diferentes, pudiendo convivir pacíficamente. Esta convivencia pacífica no significa, por el contrario, que puedan ser reducidos a un sistema único. Es decir, es absurdo tratar de reproducir en la ley, de forma explícita y substantiva, un sistema de derecho consuetudinario, y a fortiori fragmentos de éste, que sólo tienen sentido dentro del sistema en que se insertan.*

Un buen ejemplo de los efectos nefastos de esa práctica es el caso de los derechos territoriales de los aborígenes australianos que durante mucho tiempo estuvieron sujetos a la caracterización que de ellos había hecho Radcliffe-Brown (1930); caracterización probablemente correcta pero que, usada a la manera del derecho positivo, no coincidía con la forma en que era socialmente utilizada por los aborígenes.

#### DERECHOS INDIGENAS EN LA NUEVA CONSTITUCION BRASILEÑA

El Estado brasileño, tradicionalmente, se resiste a reconocer el derecho interno de las minorías. Creo que este es un problema general de los estados que tuvieron que constituirse políticamente antes de que tuvieran identidades nacionales claras. La suposición, históricamente datada, de que debería haber una correspondencia biunívoca entre Estado y nación, llevó a muchos de estos países a una verdadera paranoia de la

idea de la multiétnicidad, como si el reconocimiento de la existencia de más de una etnia dentro de una unidad política debiese llevar fatalmente a su desmembramiento. Esta postura conduce, en general, a una aversión por reconocer el derecho consuetudinario de las minorías y a proponer políticas asimilacionistas.

En la nueva Constitución brasileña, esta tendencia fue revertida: si no hay un reconocimiento del derecho consuetudinario indígena como un todo, o mejor dicho, de los derechos consuetudinarios de los diferentes grupos indígenas, hay ciertamente un amplio reconocimiento en algunas partes, como veremos más adelante.

#### EL CONTEXTO Y LAS BATALLAS DE LA CUESTION INDIGENA EN LA CONSTITUYENTE

Evocaré aquí muy rápidamente los principales momentos del proceso de definición de los derechos de los indios en la nueva Constitución.

Un ensayo general fue entregado por la Comisión Afonso Arinos, grupo de *notables* nombrados por la Presidencia de la República, a quienes se asignó elaborar un anteproyecto para ser sometido a la Asamblea Constituyente. En este foro, la explotación de minas en las áreas indígenas, defendida directamente por empresarios o altos funcionarios de las empresas mineras privadas, se presentó como el punto más polémico de los derechos de los indios. Por su parte, la Unión de Naciones Indígenas (UNI), la Asociación Brasileña de Antropología (ABA) y la Coordinadora Nacional de Geólogos (CONAGE) comenzaron a manifestarse públicamente en contra de la investigación y explotación indiscriminada en las tierras de los indios. Una investigación realizada por el Centro Ecuménico de Documentación e Información (CEDI) y por la CONAGE revelaba, en abril de 1986, que habían sido ilegalmente concedidos 537 permisos de exploración mineral en áreas indígenas, de los cuales 160 eran del segundo semestre de 1985.

Los resultados de esa investigación fueron oficialmente entregados al Ministerio de Minas y Energía y al Ministerio del Interior. La ilegalidad provenía de un decreto que autorizaba la explotación de minas en áreas indígenas —obtenido por las compañías mineras en enero de 1983, cuando el presidente Figueiredo se encontraba convaleciente en un hospital— y al hecho de que jamás fue reglamentado, posiblemente en función

de la oposición que había suscitado. Ahora bien, un decreto no reglamentado no puede ser aplicado. Pero, sobre este motivo, existía el hecho de que el propio decreto estaba siendo objeto de una representación de inconstitucionalidad, que había sido acogida por el procurador general de la República. A pesar del esfuerzo de las compañías mineras, la Comisión Afonso Arinos aprobó un texto que sólo autorizaba la explotación de minas en áreas indígenas como última opción. El texto de ese dispositivo es el siguiente:

Art. 328. La investigación, explotación o exploración de recursos minerales en tierras indígenas podrán hacerse, como privilegio de la Unión cuando haya relevante interés nacional, así declarado por el Congreso Nacional para cada caso, siempre y cuando no existan reservas, conocidas y suficientes para el consumo interno, y explotable, de la riqueza mineral en cuestión, en otras partes del territorio nacional brasileño.

Esta misma norma fue aprobada por la CONAGE y por la Asociación Nacional de Ingenieros, a fines de 1986. Cuando, en marzo de 1987, iniciaron los trabajos de la Asamblea Constituyente, la CONAGE, la UNI, la ABA, la Sociedad Brasileña para el Progreso de la Ciencia (SBPC), y el Consejo Indigenista Misionero (CIMI) presentaron propuestas para el capítulo De los indios a la subcomisión que trataba de las minorías. En la votación, en esta subcomisión, fue aprobado un texto resultante de la fusión de la propuesta conjunta UNI-ABA-CIMI-SBPC con la propuesta del CONAGE. En la etapa siguiente, es decir, en la Comisión del Orden Social, a pesar de la existencia de varias enmiendas contrarias, el texto fue aprobado más o menos en los mismos términos. Finalmente, en julio de 1987, el texto fue incluido en el primer anteproyecto resultante del trabajo de las comisiones.

Mientras tanto, habían comenzado a circular dos enmiendas populares, o sea, propuestas que, reuniendo un mínimo de 30.000 firmas de electores identificados, podían ser presentadas a la Asamblea Constituyente. Estas dos enmiendas populares sobre la cuestión indígena provenían una de UNI-ABA-CONAGE-SBPC y doce entidades más, la otra del CIMI y dos entidades más, y se distinguían sobre todo por la inclusión en la enmienda del CIMI de dispositivos que insistían en el concepto de naciones indígenas. La enmienda del CIMI vedaba la explotación de minas en áreas indígenas, la de UNI -etcétera adoptaba la norma del

CONAGE y de la Comisión Afonso Arinos. Ambas enmiendas obtuvieron más de 40.000 firmas válidas.

A principios de agosto, el periódico conservador *O Estado de São Paulo* inició una campaña dirigida especialmente contra el CIMI (aunque implicando también al CEDI) a quien acusaba nada menos que de conspirar contra la soberanía nacional. Durante una semana, la mitad de la primera plana del periódico fue dedicada a acusaciones sobre la buena fe de los que defendían los derechos indígenas. Se trataba de una conspiración internacional para proteger los intereses del cartel del estaño, interesado en la no exploración de la casiterita existente en áreas indígenas. La misma campaña contra estas entidades se efectuó en otros tres periódicos: el *Correio Brasiliense*, la *Crítica de Manaus* y *O Globo do Rio de Janeiro*.

Se formó en el Congreso, inmediatamente, una Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI) para averiguar la procedencia de las denuncias. En pocas sesiones, se desmoronaron las pruebas alegadas por los acusadores. El presidente de la CPI, el diputado de Centro Roberto Cardoso Alves, deja de convocar nuevas sesiones para impedir la aprobación del informe que consagraba la improcedencia de las acusaciones, pero este informe circula con las firmas de la mayoría de los miembros de la CPI. En São Paulo, el Sindicato de Periodistas efectúa un debate y desagravio a los acusados.

Entre tanto, el impacto causado por la campaña de los periódicos (en particular el *Correio Brasiliense*, el cual es leído por todos los diputados) ya había permitido al relator Bernardo Cabral modificar completamente el texto del anteproyecto y elaborar un capítulo sobre los indios lleno de problemas. Entre otras cosas, sólo se aseguraba a los indios las tierras de posesión inmemorial en las que se hallan permanentemente localizados; se instaura la incapacidad absoluta de los indígenas juzgándose nulas las acciones emprendidas por los indios sin asistencia de la FUNAI o del Ministerio Público (recordemos que según el Código Civil, los indios son relativamente capaces, y sus actos jurídicos anulables cuando les fuesen lesivos); se permite la remoción de los grupos indígenas de sus tierras por interés de la soberanía nacional, sin que se especifique quién decide, y en qué condiciones, tal remoción; finalmente, se establece una distinción inaceptable entre los indios aculturados y los otros indios, excluyendo a los primeros de los derechos garantizados en el capítulo. En cuanto a la cuestión de la explotación de minas, la única condición que el

relator preserva, y gracias a la presión sobre todo de la SBPC y la ABA, es la de que sea de competencia exclusiva del Congreso Nacional autorizar las concesiones para la explotación de riquezas minerales en tierras indígenas.

Cuando el proyecto del relator debía ser sometido a votación de la Comisión de Sistematización, se intentó llegar a un acuerdo con los diputados del Partido Frente Liberal (PFL) para mejorar el texto. Entre tanto, la derecha consiguió evitar que los tres últimos capítulos del título de Orden Social (el de los indios es el último capítulo de este título) fueran votados; con esta maniobra, el texto del relator fue entregado, sin ninguna mejora, al plenario.

Por lo tanto, el texto llegó pésimo al plenario. Por otro lado, la coalición de derecha, el llamado Centro, presentó una enmienda igualmente mala al capítulo. No había, en ese momento, condiciones de reponer el texto y las condiciones originales para la explotación de minas, y el esfuerzo se concentró en tratar de mejorar el resto, cuya inspiración provenía directamente del Consejo de Seguridad Nacional. De las tres enmiendas que permitirían restablecer un texto aceptable, de una el autor era el senador Jarbas Passarinho, de Pará, conservador respetado y ligado a los militares. Sus relaciones con el Centro no eran, entre tanto, tranquilas. Después de muchas postergaciones, en los días 28 y 31 de mayo de 1988, se reunió la dirigencia y los parlamentarios interesados para llegar a un acuerdo.

Para el 5 de julio de 1988, el texto constitucional, tal como había sido revisado y reenumerado por el relator, diputado Bernardo Cabral, a partir de los resultados de la primera votación en plenario, fue presentado al presidente de la Asamblea Nacional Constituyente. Contrariamente a lo que dispone el reglamento, cambios substanciales fueron introducidos, en detrimento de los indios. De todos los cambios, el más escandaloso fue el que suprimió la distinción de las tierras indígenas para posesión permanente de los indios. Esperábamos, es claro, restablecer por lo menos lo que habíamos conseguido en el primer turno de la plenaria, con votación masiva (497 votos a favor, 5 en contra, 10 abstenciones en el capítulo De los indios) y que había conformado una gran victoria en relación con las opciones que existían.

EL TEXTO DE LA NUEVA  
CONSTITUCION

El 5 de octubre de 1988 fue promulgada una nueva Constitución brasileña. Llena de contradicciones, de retrocesos y avances, marca, sin embargo, conquistas importantes para los derechos de los indios.

No se lograron, sin duda, las propuestas que el movimiento indígena y las entidades no gubernamentales habían entregado al Congreso, mas se obtuvieron las garantías fundamentales para los pueblos indígenas. A pesar de la presencia activa de un poderoso *lobby* anti-indígena, en el que se aliaron empresas mineras privadas, la Unión Democrática Ruralista (UDR) y el Consejo de Seguridad Nacional, apoyados por un *bloque amazónico*, compuesto por las diputaciones de Roraima, amplios sectores de las de Rondonia y del Amazonas, y de algunos parlamentarios conservadores, y a pesar de una campaña en algunos periódicos conservadores, de proporciones y virulencia inéditos, los indios vieron reconocidos derechos originarios sobre sus tierras, derecho al usufructo exclusivo de sus riquezas naturales y la posesión exclusiva de sus territorios, su capacidad procesal y condiciones especiales de protección contra una remoción forzada, contra la explotación del subsuelo o de los recursos hídricos de sus tierras. También fueron reconocidos los derechos culturales y el Congreso Nacional pasó a ser el fiador de una nueva política indigenista.

He aquí el texto. Presentamos los artículos que hablan respecto a la cuestión indígena, esparcidos en el texto constitucional, así como el capítulo específico referente a los indios.

- Art. 20. Son bienes de la Unión;  
xi— las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios.
- Art. 22. Compete privativamente a la Unión legislar sobre:  
xiv— poblaciones indígenas;
- Art. 49. Es de competencia exclusiva del Congreso Nacional:  
xvi— autorizar, en tierras indígenas, la exploración y el aprovechamiento de los recursos hídricos y la investigación y explotación de riquezas minerales;

- Art. 115. A los jueces federales compete procesar y juzgar:  
xi— la disputa sobre derechos indígenas;
- Art. 135. Son funciones institucionales del Ministerio Público:  
v— defender judicialmente los derechos e intereses de las poblaciones indígenas.
- Art. 174. Como agente normativo y regulador de la actividad económica, el Estado ejercerá, en la forma de la ley, las funciones de fiscalización, incentivo y planeamiento, siendo éste determinante para el sector público e indicativo para el sector privado.
- § 3° El Estado favorecerá la organización de la actividad *garimpera*\* en cooperativas, teniendo en cuenta la protección del medio ambiente y la promoción económico-social de los *garimperos*.
- § 4° Las cooperativas, a las que se refiere el párrafo anterior, tienen prioridad en la autorización y concesión para la exploración y explotación de los recursos y yacimientos mineros de los *garimperos*, en las áreas en las que estén actuando, y en aquellas fijadas de acuerdo con el artículo 21, xxv, según la ley.
- Art. 182. Los yacimientos, en explotación o no, y demás recursos minerales y los potenciales de energía hidráulica constituyen propiedad distinta de la del suelo, para efecto de exploración o aprovechamiento, y pertenecen a la Unión.
- § 1° La investigación, la explotación y el aprovechamiento de los potenciales a que se refiere este artículo solamente podrán ser efectuados mediante autorización o concesión de la Unión, en el interés nacional, por brasileños o empresas brasileñas de capital nacional, de acuerdo a la ley, que regulará las condiciones específicas cuando estas actividades se desarrollen en zona de frontera o en tierras indígenas.

\* Actividad *garimpera*: la de los buscadores de minas (*garimperos*) (NE).

- Art. 210.** Serán fijados los contenidos mínimos para la educación fundamental, de manera que se asegure una formación básica común y el respeto a los valores culturales y artísticos, nacionales y regionales.
- vii— La enseñanza fundamental regular se impartirá en portugués, asegurando a las comunidades indígenas también la utilización de sus lenguas maternas y procesos propios de aprendizaje;
- Art. 215.** El Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de cultura nacional, apoyará e incentivará la valorización y la difusión de las manifestaciones culturales.
- § 1° El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas y las de otros grupos participantes en el proceso civilizador brasileño.
- § 2° La ley dispondrá sobre la fijación de fechas conmemorativas de alta significación para los diferentes segmentos étnicos nacionales.

### **Título VIII-Capítulo VIII**

#### **De los indios**

- Art. 231.** A. los indios les son reconocidos su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes.
- § 1° Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las habitadas por ellos de manera permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios a su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones.
- § 2° Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios son destinadas a su posesión permanente, cabiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes.

- § 3° El aprovechamiento de los recursos hídricos, incluido los potenciales energéticos, la investigación y el trabajo de extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas, sólo puede ser realizado con la autorización del Congreso Nacional, escuchadas las comunidades afectadas, conviniéndoles asegurada la participación en los resultados del trabajo, de acuerdo a la ley.
- § 4° Las tierras de que trata este artículo son inalienables e intransferibles, y los derechos sobre ellas son imprescriptibles.
- § 5° Se prohíbe la transferencia por parte de los grupos indígenas de sus tierras, salvo *ad referendum* del Congreso Nacional, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en riesgo su población, o en el interés de la soberanía del país, después de haber sido deliberado por el Congreso Nacional, garantizando, en cualquier posibilidad, el retorno inmediato luego que cese el riesgo.
- § 6° Son nulos y extintos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras a las que se refiere este artículo, o la exploración de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes, resguardando lo necesario al interés público de la Unión, según lo que dispone la ley complementaria, no generando la nulidad y la extinción derecho a indemnización o acciones contra la Unión, salvo, de acuerdo a la ley, en cuanto a las mejoras derivadas de la ocupación de buena fe.
- § 7° No se aplica a las tierras indígenas lo dispuesto en el artículo 174, párs. 3° y 4°.

**Art. 232.** Los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para iniciar juicios en defensa de sus derechos e intereses, interviniendo el Ministerio Público en todos los actos del proceso.

Finalmente, en las disposiciones transitorias del texto constitucional, un artículo dispone sobre las demarcaciones:

- Art. 67. La Unión concluirá la demarcación de las tierras indígenas en un plazo de cinco años a partir de la promulgación de la Constitución.

#### NUEVA CONSTITUCION Y DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA

Haré aquí sólo algunas observaciones adicionales. Es evidente por el texto actual el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena (art. 231, *cit.*). Más aún, al declarar los derechos de los indios sobre sus tierras derechos originarios, la Constitución reconoce que el derecho indígena a la tierra antecede cronológicamente al Estado brasileño, a quien toca apenas reconocer tal derecho y no otorgarlo.

La definición de lo que son tierras tradicionalmente ocupadas por indígenas (art. 321, pár. 1º) se refiere también a la vigencia de una ocupación indígena *sui generis*, diferente de la ocupación por otros segmentos de la población, caracterizando propiamente un hábitat o territorio.

En la educación, la garantía expresa de una educación en lengua indígena con procesos de socialización propios (art. 210), y la protección a los derechos culturales (art. 215), configuran una formulación detallada del reconocimiento amplio contenido en el art. 231 (*cit.*).

Finalmente, el desaparecimiento de expresiones consagradas en la tradición constitucional como la competencia de la Unión para "legislar sobre la incorporación de los silvícolas a la comunidad nacional" en favor de una competencia más amplia y no asimilacionista de "legislar sobre poblaciones indígenas" (art. 22, xiv) es importante y significativa de un cambio de perspectiva.

Resta ahora a la sociedad brasileña, en general, y al poder judicial, en particular, percibir que reconocer la organización social, las costumbres, las lenguas, creencias y tradiciones de los indios es reconocer la vigencia de una cultura viva, que se reorganiza y cambia precisamente para mantener su identidad. No se puede pensar en ese acervo cultural como algo permanentemente fijo, que cabría incorporar en la letra de la ley, pues una cultura perenne es una cultura muerta.

## BIBLIOGRAFIA

- Barth, Fr.  
1969 Introduction. *Ethnic groups and boundaries*. Bergen-Oslo: Universitets Forlaget.
- Cohen, A.  
1969 Custom and politics in urban Africa. Londres: Routledge and Kegan Paul.
- Cunha, M.C. da  
1979 *Etnicidade: da cultura, residual mas irredutivel*. Antropologia do Brasil: mito, historia, etnicidade. São Paulo: Brasiliense y EDUSP, 1986.  
1983 *Sobre os silencias da lei: lei costumeira e positiva nas alforrias de escravos no Brasil do seculo XIX*. Antropologia do Brasil: mito-historia, etnicidade. São Paulo: Brasiliense.  
1985 *Negros, estrangeiros. Os escravos libertos e sua volta a Africa*. São Paulo: Brasiliense.
- Goody, J. (ed.)  
1968 *Literacy in traditional societies*. Cambridge: Cambridge University Press.  
1977 *The domestication of the savage mind*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Leach, E.  
1954 *Political systems of Highland Burma*. Londres: Athlone Press.
- Morse, BR y G.R. Woodman  
1988 *Introductory essay: The State's options*. En *Indigenous law and the State*. Morse Woodman eds. Foris Publications.
- Radcliffe-Brown, A.R.  
1930 *The social organization of Australian tribes*. Oceania 1 (1): 34-63.  
1935 *Patrilineal and matrilineal succession*. En *Structure and function in primitive society*. Nueva York: The Free Press, 1952, pp. 32-48.  
1940 *On social structure*. En *Structure and function in primitive society*. Nueva York: The Free Press, 1952, pp. 188-204.

**DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA  
EN LA LEGISLACION PARAGUAYA  
(Siglo XX)**

*Esther Prieto\**

**INTRODUCCION**

En octubre de 1981 fue promulgada la Ley Núm. 904, Estatuto de las Comunidades Indígenas, resultado de un largo proceso de repetidos intentos de reconocimiento del modo de vivir, juzgar y actuar de los grupos étnicos de Paraguay.

Antes de entrar a desmenuzar las vicisitudes de este instrumento que de hecho, por sí mismo, conlleva su impacto a las comunidades indígenas de Paraguay, vamos a intentar hacer un recorrido por la ruta transitada en esta materia a partir del siglo XX.

En Paraguay habitan desde tiempo inmemorial diecisiete grupos étnicos pertenecientes a cinco familias lingüísticas, siendo la mayoritaria la familia guaraní.

De hecho, debemos reconocer que ninguno de estos grupos participa en la formulación de nuestras leyes, y que aquellas referidas a los indígenas tienen carácter puramente proteccionista.

\* ESTHER PRIETO. Centro de Estudios Humanitarios (CEDHU), Asunción Paraguay. Documento realizado con la colaboración de Ramón Corvalán y Mabel Benegas.

Los amagos de autogestión indígena han tropezado con muchos escollos, los espacios que les otorgamos son limitados; y más aún en un campo tan técnico desde nuestro punto de vista, como es el jurídico, por lo que no ha de sorprender que las leyes destinadas a los indígenas sean en su mayoría fruto de la iniciativa externa.

Aun cuando en Paraguay decimos que somos una nación bicultural, bilingüe, e invocamos de manera folclórica nuestra pertenencia a la raza guaraní, etcétera, a la hora de elaborar las leyes, incluso aquellas generales del derecho positivo nacional, pensamos a lo europeo, a lo argentino, etcétera. Basta decir que nos hemos regido por el Código Civil argentino desde principios de siglo, el que estuvo vigente hasta enero de 1987.

Podemos afirmar, sin embargo, que la incorporación de los usos y costumbres indígenas aparecen en nuestra vida cotidiana como elementos no asumidos racionalmente y, por tanto, aunque no están insertados formalmente en los cuerpos jurídicos institucionales formales se hallan presentes en la realidad social.

Al mismo tiempo, parece que las leyes que rigen la vida de los indígenas no son aptas para los grupos étnicos; son proteccionistas, pero nuestras leyes nacionales de corte europeo tampoco responden a la realidad de la sociedad paraguaya.

Con el intento de elaborar instrumentos jurídicos específicos destinados a proteger los derechos indígenas, no hemos valorizado la cuestión de conjunto; separamos, desintegramos, haciendo remiendos en nuestro mal construido sistema jurídico, formulando ensayos y fraccionando mediante racionalizaciones los factores que componen las áreas del Derecho occidental: penal, laboral, político, administrativo, etcétera, así como aquellos elementos que se relacionan con el reconocimiento de fondo, y aquellos que guardan relación con la aplicación de los mismos (procedimiento).

La urgencia para asegurar la tierra como prioridad, lo que es un pensamiento correcto, pero no debe ser el único, nos ha hecho postergar un análisis totalizador, descuidando el libre juego del dinamismo social de los grupos étnicos y eludiendo analogías importantes; y ocurre que como lo expresa Branislava Susnik:

No podemos manejar los supuestos derechos consuetudinarios a nuestro antojo, cuando la misma sociedad indígena busca al nuevo equilibrio,

para sentirse integrada como comunidad libre, sentirse igualitaria frente a cualquier otra comunidad moderna del país, pero siempre necesita transpasar el conflicto entre la reciprocidad personal y el derecho por reciprocidad del contacto social (1982: 67).

Por último, encontramos la posición defensiva del Estado, que ve como una amenaza todo lo que proviene de las culturas indígenas, sobre todo aquellos aspectos relacionados con las instituciones llamadas pilares de la sociedad, como la institución de la familia como núcleo, como cuestión central y el castigo de los delitos.

El retaceo para la aceptación del derecho consuetudinario indígena se materializa con la aplicación insistente de la célebre frase **orden público**. Pero, ¿qué es, al final, el orden público? Colombres trae un ejemplo interesante:

Se dirá que el Derecho Penal Nacional es de orden público irrenunciable por el Estado, pero quisiera saber qué se hará, por ejemplo, si una mujer Ayoreo entierra vivo a su hijo recién nacido, o un hijo a un padre mayor de edad si éste lo ha solicitado. Estos son hechos permitidos por la cultura de ese pueblo, pero delitos gravísimos para la Ley Nacional (1982:236).

Si bien el ejemplo revela un caso poco frecuente actualmente, debido a la “modernización” de las comunidades indígenas, el problema subsiste y es grueso, ya que la alternativa propuesta por el Estado es la de un contrato con mutuas concesiones aunque con poderes de negociación muy diferentes. El Estado le dice a los indígenas: Yo conozco la existencia legal de vuestras comunidades y vuestras costumbres. Vosotros debéis someteros a nuestro sistema de control social, a nuestros mecanismos de orden, y debéis cumplir vuestros deberes como ciudadanos.

Y esta es la cuestión con la que tenemos que lidiar, cuestión que de hecho las comunidades indígenas van resolviendo en la marcha, y que están haciendo desde hace 500 años. He aquí un ejemplo ilustrativo de conciliación entre dos culturas. Se trata del punto 7 de la Declaración de la Reunión de Dirigentes Pai Tavyterá (Tajy, mayo de 1975):

Educación actual: Consejos útiles para el manejo interno y externo de los Pai Tavyterá sobre diversos aspectos de la vida: La educación actual que está entrando en nuestra vida tiene cosas positivas y también negativas para nuestra forma de vida. Sin embargo, no tenemos que marginar nuestras tradiciones, más

bien tenemos que colocar eso bien adelante. Sólo de esta forma, los nuevos conocimientos adquiridos por la educación actual, podrán coadyuvar positivamente a nuestros conocimientos tradicionales tan positivos para todos (Misión de Amistad/ Asociación Indigenista de Paraguay [AIP] 1977: 100).

## **LAS COSTUMBRES INDIGENAS EN LA LEGISLACION**

### **Conversión de indios al cristianismo y a la civilización**

La Constitución del 24 de noviembre de 1870, apenas terminada la hecatombe de la Triple Alianza, establece en su artículo 72, inciso 13, como una de las atribuciones del Congreso:

Conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión al cristianismo y a la civilización.

Treinta años después, por Ley del 25 de junio de 1904 se establece, en su artículo 31, lo siguiente:

El Poder Ejecutivo fomentará la reducción de las tribus indígenas, procurando su establecimiento por medio de misiones y suministrando las tierras y elementos de trabajo.

Más tarde, por una ley del 7 de septiembre de 1909, más explícita que la anterior, y que lleva como denominación la de Ley que autoriza al Poder Ejecutivo a tomar medidas conducentes a la Conversión de Indios al Cristianismo y a la Civilización, se dispone:

1°) Autorízase al Poder Ejecutivo a dictar las medidas conducentes a los fines del mandato expreso del art. 72, inciso 13 de la Constitución Nacional.

2°) A estos efectos, el Poder Ejecutivo podrá disponer en las tierras fiscales de zona adecuada, cuya extensión nunca podrá exceder de siete mil quinientas hectáreas, que se fijará en cada caso, según la importancia de las tribus o parcialidades indígenas que se trata de reducir.

Por el artículo 3, se consigna el contrato del Estado con los "civilizantes", con estas palabras:

Para estimular estos trabajos, el Poder Ejecutivo podrá conceder en propiedad a la persona o sociedad que emprenda las reducciones, hasta la cuarta parte de tierras a ellas destinadas.

Por supuesto, los contratistas abundaron, muchos de ellos, la mayoría probablemente, misiones religiosas. Se calcularon las extensiones, se titularon las cuartas partes, los títulos quedaron, los indígenas no. Sólo algunos pocos permanecieron acoplados a las misiones religiosas, que hasta ahora subsisten con sus títulos de propiedad en nombre de sus respectivas denominaciones.

Las costumbres indígenas no sólo están ausentes en esta ley; la intención no es únicamente no reconocerlas, sino la de poner fin a ellas, aniquilarlas del todo. Acabar de un mazazo con las culturas autóctonas, enterrarlas. Es esta una ley etnogenocida por excelencia.

### **La post-guerra del Chaco<sup>1</sup>**

Durante la guerra con Bolivia (1932-1935), ocurrieron muchos hechos interesantes en Paraguay, especialmente con los pueblos indígenas del Chaco (región occidental), zona de litigio. Cuentan los ancianos indígenas algunos episodios de esta tragedia y las brutalidades de que fueron objeto, en muchas ocasiones, por los exhaustos e iracundos jefes militares y soldados paraguayos y bolivianos. Chase Sardi, en su valioso trabajo: "La Situación de los Indígenas en el Paraguay", señala con doloroso acierto los crímenes que ambos ejércitos en contienda cometieron contra los indios (1972: 23).

Otros grupos como los tapieté, por ejemplo, comentan y cuentan a sus hijos, las colaboraciones prestadas al ejército paraguayo como baqueanos en la impenetrable selva chaqueña. Bejarano, basado en los informes de Grünberg, apunta lo siguiente:

Los Guaraní-Chiriguano (Guarayos) y los Tapieté (Guasurangües) prestaron importantes servicios a nuestro ejército desde mediados de 1934, y al finalizar la guerra, se vieron obligados a cambiar de habitat por temor a las represalias de los bolivianos, trasladándose a la zona de Mariscal Estigarribia y Pedro P. Peña (ex-Guachalla), con la promesa de que se les daría tierra, y se les repondría sus ganados perdidos, promesa hasta ahora no totalmente cumplida (Bejarano 1976: 69).

El caso es que la Guerra del Chaco colocó por primera vez a los paraguayos, de cerca, de frente, y en el mismo terreno de los espacios geográficos indígenas, hasta aquel momento desconocidos.

### **El Patronato Nacional del Indígena**

Al retorno de la guerra, el gobierno paraguayo crea el Patronato Nacional del Indígena, fundado por Decreto Núm. 7.389 del 10 de diciembre de 1936. Los puntos de su considerando revelan en su discurso un leve pero importante avance hacia los derechos indígenas, en sus puntos 2 y 3:

El concurso abnegado y eficaz prestado por los indios del Chaco, colaborando con su trabajo personal en beneficio del Ejército Nacional en tiempo de guerra y de paz.

La necesidad de organizar a los indígenas en la forma aconsejada por la experiencia, asegurándoles asistencia en sus menesteres, trabajo remunerado contra toda clase de explotación, abusos y arbitrariedades.

Este decreto crea también el Patronato Militar de los Indígenas del Chaco. La región occidental pasa a ser zona de Defensa de la Seguridad Nacional, y en la práctica los indígenas quedan bajo protección y control de este Patronato Militar. La dualidad respecto a pueblos indígenas *versus* Control Militar se perfecciona con este decreto, se mantiene hasta hoy y está presente en la Ley 904/81. No obstante, el trabajo del Patronato Nacional hacia el reconocimiento de los derechos indígenas ha sido fecundo y altamente positivo.

El Patronato Nacional, entidad estatal que se crea en 1936, durante el gobierno de Rafael Franco llega a su máxima realización, con la presidencia de Juan Belaief en la capital y las actividades de León Cadogan en el Guairá.

En el contexto de la valorización del derecho consuetudinario indígena, Belaief diseña, en 1950, un Proyecto de Declaración Básica de los Derechos Indígenas. Con ello, se introduce por primera vez en la legislación paraguaya un instrumento escrito de reconocimiento del derecho consuetudinario indígena:

**Punto 2:** Derecho sobre la tierra donde nacieron generaciones de sus antepasados, en cantidades que serán previstas por normas y leyes, e intransmisible a cualquier individuo o institución, tomando en consideración la posibilidad de su usufructo, en forma elegida por él, conforme a sus seculares costumbres, y sin tramitaciones (Belaief: 1950).

Este hermoso trozo de Belaief aparece reflejado en varios artículos de la Ley 904/81. Belaief también indica, en su Anteproyecto sobre Protección de la Ley del Hogar, la instancia de legalización de las tierras indígenas, cuestión hasta hoy la más importante de las demandas por el derecho a la vida de todos los pueblos indígenas del mundo. Dice la propuesta:

En tanto se provea la regularización del estado civil de los indios, y hasta que el Instituto de la Reforma Agraria organice las Colonias Indígenas y resuelva la situación de las tierras que ocupan, los indios serán respetados en sus residencias actuales.

Algunos aspectos del mismo contenido se originaron en el Patronato Indígena del Guairá, según lo revelan datos encontrados en las cartas dirigidas por León Cadogan a Belaief en 1950.

### Los menonitas en Paraguay

Coincidente con la inminencia de la Guerra del Chaco, llegaron al Paraguay los menonitas. Por un contrato de migración muy particular aprobado en el seno del Congreso paraguayo por Ley Núm. 415 se instaló, entre los años 1929 y 1931, la colectividad menonita en el Chaco central, con sendos privilegios, y con acuerdos de cierto tipo de autogobierno, convirtiéndose, aunque en términos relativos, en una mini-república de 30 lenguas (56.250 ha.), dentro de la República del Paraguay. Más tarde, esta superficie se ampliaría con 58.000 ha. más, y supongo que aún más actualmente (Plett 1979:69).

La cuestión crea una situación grave por el hecho de que los menonitas vinieron a construir un enclave exactamente en territorio de los indígenas lengua y, naturalmente, muy pronto los conflictos se hicieron sentir, algunos de ellos de extrema gravedad, hasta las pérdidas de vida de uno y otro lado. Nunca las costumbres indígenas habían recibido mayor

atentado que las que sufrieron con los menonitas y que sigue hasta hoy con implicancias aún más complejas. El propio Plett reconoce que:

Ciertamente, los misioneros menonitas quedaron horrorizados cuando vieron el infanticidio y todas las demás prácticas contrarias al concepto de moral de la vida cristiana. Ya que las enseñanzas cristianas no armonizaban ni siquiera de lejos con sus prácticas, les enseñaron a abandonar esas prácticas para seguir el cristianismo (Plett 1979: 105).

### **Asociación Indigenista del Paraguay (AIP)**

En la década de 1930 trascendieron estas calamidades ocurridas en la *zona intocable por ley* y seguramente a raíz de estos hechos, junto con la experiencia vivida en la Guerra del Chaco, se sensibilizó la relación del hombre paraguayo con el indígena y surge una generación de indigenistas en su mayoría ex combatientes que se nuclea en la Asociación Indigenista del Paraguay, primera entidad privada areligiosa comprometida con los derechos indígenas.

Sus Estatutos la definen como:

Entidad civil filantrópica y de Amparo al Indígena, cuyos estatutos fueron aprobados por Decreto del Poder Ejecutivo N° 15093 del 15 de Octubre de 1942 (Estatutos: Art. 1).

Aunque en los Estatutos de la AIP no se hace ninguna mención al derecho consuetudinario indígena, es innegable que la vida de la entidad ha sido todo un testimonio en la materia. A ella se debe una gran parte de la legalización de tierras de los pueblos guaraní de la región oriental. En su seno, junto con la Asociación de Parcialidades Indígenas, nacieron las propuestas más relevantes para el Estatuto de las Comunidades Indígenas en vigencia.

### **El Departamento de Asuntos Indígenas (DAI)**

Más tarde, la política oficial fue caminando un poco en la tónica de estos pensamientos, y mucho en la tónica de control del gobierno (ya bajo la dictadura militar). Y así en el año 1958, por Decreto Núm. 134, se crea el Departamento de Asuntos Indígenas (DAI), dependiente del Ministerio de Defensa Nacional.

El DAI adopta de Belaief la idea de *organización de colonias indígenas*, en lo que se relaciona a la tierra, pero en lo que se refiere al derecho consuetudinario, rememora sofisticadamente el carácter etnocida de la Ley Núm. 1.909. En la exposición de motivos de su creación, leemos:

Vista la necesidad de adoptar medidas tendientes a nuclear en colonias organizadas a los indígenas dispersos por la Región Oriental y Occidental de la República, a modo de evitar su extinción y adaptarlos a la vida sedentaria.

A modo de evitar su extinción [...] el derecho a la vida de los indígenas, aparece en forma invertida, y en una connotación simplísticamente racista, que tal vez más que a un pensamiento político, obedece a una profunda ignorancia, y a un desconocimiento total de los derechos humanos, lo que no exonera de gravedad en responsabilidad de las ideas.

Poco después de su creación, y éste es el punto trágico, el DAI equiparó a los líderes indígenas, conforme a su supuesto rango en la comunidad, con el escalafón de jerarquía militar, otorgando estrellas y uniformes militares. Coronel, teniente, general, capitán serían en adelante los aditamentos, al lado del apellido del cacique. Esta insólita deformación del derecho consuetudinario indígena con los esquemas de las instituciones estatales se reflejan en una declaración adoptada en una Reunión de Dirigentes Pai Tavyterá (Tajy, 1975).

Punto 4: Autoridades Indígenas: Algunos necesitan todavía tener sus papeles de nombramiento. Para ello, se recurrirá al R15 en los siguientes casos:

- Capitán Victor Martínez, de Ytapoty.
- Coronel Patricio Benítez, de Parirí.
- Teniente Agustín Sosa, de Jaguapó.
- Teniente Coronel Neri Irala, de Ymorotí (Misión de Amistad/ AIP 1977:100).

### **El Estatuto Agrario. “Núcleos sobrevivientes”**

Las ideas del Patronato Nacional y la Asociación Indigenista del Paraguay encuentran eco en la legislación agraria. En 1963, el nuevo Estatuto Agrario (Ley Núm. 854) incorpora, entre sus fines, las propuestas del anteproyecto de Belaief, con disposiciones concretas concernientes a las tierras indígenas.

**Art. 16:** Los núcleos sobrevivientes de las parcialidades indígenas que aún existen en el país, serán asistidos por el Instituto de Bienestar Rural, para su organización en Colonias. Con este objeto afectará las tierras necesarias para su asentamiento, y colaborará en la medida de sus posibilidades con los organismos estatales y entidades privadas pertinentes para promover la progresiva incorporación de dichos núcleos en el desarrollo económico y social del país.

Explícitamente, no se refiere a las costumbres, pero el lugar preferencial que se otorga a las tierras indígenas, implica una aceptación del derecho histórico, el cual impulsa y reafirma en el artículo 146:

Declárese de utilidad social sujetas a expropiaciones, las tierras del dominio privado siguientes:

e) las fracciones destinadas para parques nacionales y para Colonias Nacionales Indígenas.

Expropiación de las tierras que ocupan, significa reconocimiento de sus derechos tradicionales comunitarios, factor vital en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Por eso, hemos utilizado durante años estas dos cláusulas de la Ley Agraria y el concepto de posesión inmemorial, en el proceso de defensa de legalización de las tierras indígenas. El argumento de la posesión inmemorial lo importamos de las luchas agrarias peruanas, especialmente las patrocinadas por Genaro Ledesma (M. Scorza. *La tumba del relámpago*).

### **Titularidad y tradición histórica**

Un aporte significativo para el derecho consuetudinario se realizó durante las discusiones de un equipo interinstitucional, constituido entre la Asociación Indigenista del Paraguay y el Instituto de Bienestar Rural (IBR) (año 1973)<sup>2</sup>. Dicho equipo, al trabajar con las disposiciones del Estatuto Agrario, tropezó con un límite. ¿A nombre de quién se titularían las tierras? Por otra parte, sería desaconsejable que, aunque demarcadas, permanecieran como tierras estatales en forma de colonias indígenas. A fin de buscar la fórmula legal, se formó esta comisión que, aunque no encontró en ese tiempo un modelo muy apropiado (ya que su sugerencia de cooperativas fracasó), incluye en sus conclusiones

aspectos relativos a nuestro tema, y que no podemos dejar de mencionarlo como, por ejemplo, este párrafo:

¿Quiénes serán los titulares de esas tierras?

Entendemos que la única respuesta a esta pregunta no puede ser otra que, los titulares de esas tierras serán los indígenas que no actúan como individualidades, sino como parcialidades o comunidades que no configuran una persona jurídica. Esta singularidad debe ser considerada de acuerdo con la tradición histórica de esas parcialidades en nuestro país.

### POSICIONES INDIGENAS SOBRE EL TEMA

En julio de 1974, el Proyecto Marandú había fijado su acción en tres planos. El punto 3 decía:

Uso de los medios masivos de comunicación para destruir los prejuicios y estereotipos en torno a los indígenas, productos de la ignorancia, con conocimientos objetivos sobre la vida indígena y el aporte de la cultura indígena latinoamericana al acervo del saber y la cultura universal (campaña de sensibilización de la sociedad nacional).

Agregaba en otro de sus párrafos:

La integración de todas las sociedades y culturas que habitan el Paraguay, es la única forma de sumar estas fuerzas al progreso y bienestar de la Nación (Bejarano 1976: 210).

Unos meses más tarde, el Parlamento Indio Latinoamericano del Cono Sur, reunido en San Bernardino, del 8 al 14 de octubre de 1974, deliberó extensamente sobre la realidad y deseos de los pueblos indígenas de la región. Con respecto al derecho consuetudinario indígena acordaron, aunque sin mencionarlo expresamente, que:

Debe promulgarse una ley que contemple la autogestión permitiendo a las comunidades regirse por sus propios reglamentos.

Con estos precedentes comienza, en Paraguay, todo un proceso de efervescencia para el reconocimiento del derecho indígena conforme a sus culturas; y en 1978 se plantea la elaboración de un Estatuto Indí-

gena, en cuya realización jugaron el rol más relevante la Asociación de Parcialidades Indígenas y la AIP. En un anteproyecto, preparado por Helio Vera y Esther Prieto, aparece por primera vez en la historia de la legislación indígena del Paraguay la consideración del derecho consuetudinario, con esta denominación explícita.

Capítulo VI: Del Derecho Consuetudinario Indígena. Art. 45: En los procesos civiles y penales en que estén involucrados indígenas como partes, sean individuales o colectivamente, los jueces y tribunales tendrán en cuenta al sentenciar, conforme al principio de la sana crítica, el derecho consuetudinario indígena, conforme a sus propias parcialidades, pudiendo solicitar dictamen razonado a especialistas en la materia.

Art. 46: En los casos sometidos a jurisdicción de los tribunales ordinarios estos aplicarán como principio general que la duda beneficiará al indígena atendiendo a las circunstancias de que sus normas consuetudinarias se apartan algunas veces a las consideradas obligatorias por la sociedad.

## LA LEGISLACION HOY

Cinco años más tarde, después de varias idas y venidas y conversaciones “entre bastidores”, se promulga la Ley Núm. 904/81, Estatuto de las Comunidades Indígenas, donde el derecho consuetudinario adquiere, al menos en el discurso, un reconocimiento explícito. Sin embargo, esta ley crea, en su Título II, el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), órgano de control del Estado<sup>3</sup>.

El artículo 1 del Estatuto de las Comunidades Indígenas establece:

Esta ley tiene por objeto la preservación social y cultural de las comunidades indígenas, la defensa de su patrimonio y tradiciones, el mejoramiento de sus condiciones económicas [...].

A partir de este enunciado podemos arribar a la idea de que la Ley Núm. 904/81 se halla compenetrada e identificada con el derecho de costumbre de las comunidades indígenas.

Al utilizar el término *cultura*, dicha ley acepta que las instituciones sociales de las comunidades son el resultado de un proceso de racionalización, y, por tanto, que las obligaciones y derechos establecidos por ellas para la convivencia de sus miembros surgen como disposiciones que, aunque no escritas, se hallan organizadas formando un sistema que regula el orden social.

Es cierto que, debido a la diversidad de grupos étnicos en Paraguay y que por carencia de estudios de las costumbres, o del comportamiento de las etnias desde una perspectiva juricidista, resulta aún más difícil asegurar hasta qué punto este ordenamiento se halla elaborado en cada uno de ellos, pero al menos el Estatuto Indígena está abierto a aceptarlo en términos generales, bajo la denominación de *normas consuetudinarias* (artículo 5).

Más aún, el artículo 2 afirma esta declaración cuando dispone:

A los efectos de esta Ley, se entenderá como Comunidad Indígena el grupo de familias extensas, clan o grupos de clanes con cultura y un sistema de autoridad propios que hablan una lengua autóctona y convive en un habitat común.

Esta cláusula reconoce competencia y prerrogativas para aquellos miembros de la comunidad que tienen a su cargo la administración de sus normas: las autoridades indígenas. Se reconoce pues, expresamente, la existencia de un sistema de administración autónoma de las comunidades indígenas.

Sin embargo, la dificultad se nos presenta cuando leemos al final del artículo 5:

Las comunidades podrán aplicar para regular su convivencia, sus normas consuetudinarias en todo aquello que no sea incompatible con los principios del orden público.

Con relación a este punto, que puede ser peligrosamente contradictorio, Colombres nos plantea:

Toda cultura, en la medida en que regula las relaciones entre los hombres, posee un orden jurídico con su propia coactividad. El contacto trae así la superposición de dos órdenes normativos, contradicción que por cierto, suele resolverse en favor del derecho de la sociedad dominante. El derecho del grupo subalterno queda reducido a esferas muy privadas que apenas trascienden y no afectan el orden público, o sea el orden de la sociedad dominante (Colombres 1982: 234).

El artículo 5 de la ley resulta poco explícito, aunque obviamente plantea la reacción del Estado como agente de control social. Sobre el punto, Robins nos llama la atención acerca del riesgo de esta superposi-

ción y, más aún, acerca del rango de supremacía de la sociedad dominante, cuando expresa:

Cuando pensamos en la situación de las comunidades indígenas en nuestro medio, hay varias cosas que debemos tener en mente. Tanto los indígenas como nosotros vivimos en un Estado con su ideología necesaria de la unidad nacional y su afán de autopreservación y continuidad del monopolio del poder sociopolítico. Con la incipiente industrialización y la mayor centralización del poder político y económico que ésta requiere, podemos empezar a comprender la realidad del Estado-Nación [y agrega]. Sin embargo, la presencia de las culturas indígenas en nuestro medio, ha tenido el efecto de matizar nuestro concepto de unidad nacional, y la promulgación del Estatuto de las Comunidades Indígenas ha dado reconocimiento jurídico al concepto de Comunidad Indígena como forma legalmente reconocida de organización social (Robins 1982:45).

Debemos tener presente que las comunidades indígenas, con su propio sistema de administración interna, se encuentran como grupos socialmente diferentes y peculiarísimos, dentro de una sociedad envolvente que se identifica como un Estado y se proyecta hacia ellos como unidad, presionando con los puntales del control del *orden público*, que actúa y ha actuado siempre para justificar la dominación, ignorando las culturas minoritarias.

Regehr constata un punto ventajoso de la Ley Núm. 904, al hacer suyas ciertas normas consuetudinarias indígenas, y nos ejemplifica en aquellas disposiciones relativas a la tenencia de tierra, cuando el estatuto indígena asume que ésta no es bien negociable y que, por tanto, "se transferirá a las comunidades indígenas en forma gratuita e indivisa". La tradición de la tenencia comunitaria es al mismo tiempo respetada, y la ley la asume y la inserta en sus disposiciones (Regehr 1982:201).

A partir de estas consideraciones, y teniendo en cuenta las implicancias del artículo 5, vemos que él nos limita y nos compromete en la interpretación de una cuestión vidriosa y delicada como la relativa a las fronteras entre aquello que proviene de las normas consuetudinarias de las sociedades indígenas y aquello que es dado por las costumbres de la sociedad dominante, sobre todo en lo que se refiere al orden público.

Aquí subyace una postura favorable hacia los valores de la sociedad dominante, y a que ésta impondrá su propio código de moralidad y buenas costumbres. Por otro lado, el artículo 6 previene al juez que:

En los procesos que atañen a indígenas, los jueces tendrán también en cuenta su derecho consuetudinario, debiendo solicitar dictamen fundado al Instituto Paraguayo del Indígena o a otros especialistas en la materia.

El reconocimiento cada vez mayor del derecho consuetudinario indígena concede un gran mérito a nuestro estatuto. Sin embargo, sin ánimo de cuestionar la positiva disposición de este enunciado, no debemos olvidar que el INDI es también un órgano elaborado con las referencias de la sociedad dominante, y es parte de un sistema centralizado de poder, por tanto su dictamen sería también de tendencia hacia una dominación de los valores de esta sociedad.

Más aconsejable será, a nuestro juicio, que se solicite dictamen a la comunidad de donde procede el o los indígenas implicados en un proceso judicial, ya que en el Estatuto de las Comunidades Indígenas las costumbres y el sistema de autoridad indígenas no constituyen solamente fuentes de derecho sino mucho más, integran el cuerpo legal del mismo, por expresa disposición del artículo 5<sup>º</sup>.

No obstante, es de esperar que el dictamen emanado, ya sea del INDI o de otros expertos, se incline más bien hacia la búsqueda de una conciliación por la cual las normas consuetudinarias indígenas vayan ganando gradualmente un espacio en la jurisprudencia con base en su auténtico reconocimiento y su inserción en el procedimiento judicial. Tarea que, basada en la equidad de los jueces, administradores de justicia, jugará un rol importantísimo.

Naturalmente habrá ocasiones, y probablemente en la mayoría de los casos, en que no podrá lograrse esta conciliación. Para ello, el Estatuto Indígena preve en su artículo 6, que:

El beneficio de la duda favorecerá al indígena, atendiendo a su estado cultural y a sus normas consuetudinarias.

Este artículo lo define todo: las normas consuetudinarias indígenas tienen la última palabra. Es cierto que teóricamente la tienen, pero este discurso está relativizado por la creación del INDI, instancia de control con implicancia militar introducida por el Estado en el propio Estatuto de las Comunidades Indígenas.

## PALABRAS FINALES

Con base en las experiencias comentadas en este trabajo, consideramos conveniente:

- Estimular los trabajos con las comunidades indígenas, a fin de conocer y transcribir en términos comprensibles los valores concernientes a su derecho consuetudinario, aun cuando estamos conscientes de que éstos no son codificables por efecto de su propio dinamismo. (Véase, como ejemplo, el trabajo de Chase Sardi 1987).
- Estimular investigaciones interdisciplinarias para detectar hasta qué punto existen analogías entre nuestra realidad social y las costumbres indígenas, y en qué medida nuestros sistemas jurídicos contienen figuras coloniales extrañas a nuestra realidad cultural.
- Estudiar en el contexto de las ciencias políticas antropológicas, jurídicas, etcétera, los mecanismos para contrarrestar el excesivo afán de las políticas estatales para controlar la cuestión indígena, y reemplazar gradualmente este comportamiento estatal con propuestas de una nueva teoría para la marcha hacia modelos jurídicos más adecuados a las realidades de nuestra sociedad.
- Impulsar, facilitar y afianzar la participación de los representantes indígenas de nuestros países, en las Sesiones del Grupo de Trabajo de las Poblaciones Indígenas, en el sistema de las Naciones Unidas, con el propósito de aportar ideas en la elaboración de la Declaración de Principios sobre las Poblaciones Indígenas.

## NOTAS

1. Contienda de Bolivia y Paraguay, conocida también como la Guerra del Petróleo.
2. Integrado por: Carlos Fernández Gadea, Esther Prieto, Isabel Cano Velázquez por la AIP; Diógenes Latorre y Luis Angel Decoud por el IBR.
3. Sobre los comentarios acerca del tópico relativo al derecho consuetudinario, me remito a las consideraciones que expresé en un trabajo preparado para el Equipo Nacional de Misiones y publicado en 1987 en el libro *Algunas consideraciones sobre el Estatuto de las Comunidades Indígenas* (1987:51).

4. Un año después, Tadeo Zarratea coincide conmigo en su artículo "Primer compendio del derecho indígena" (1988) al plantear que:  
No podemos pretender conocer las leyes indígenas, ignorando el resto de sus costumbres. Por tanto, el mejor juez para la aplicación de estas leyes, es el mismo indígena, en especial el líder religioso, y entre los no-indígenas, el antropólogo.

**BIBLIOGRAFIA**

- Bejarano  
1976 Informes Georg Grünberg a la Asociación Indigenista del Paraguay, 1974.
- Belaief, Juan  
1950 Declaración básica de los derechos indígenas.
- Colombres, Adolfo  
1982 Comentario crítico para la interpretación y reglamentación de la Ley 904/81. Suplemento Antropológico XVII (2): 235-240.
- Chase Sardi, Miguel  
1972 La situación de los indígenas en el Paraguay. Asunción: Centro de Estudios Antropológicos, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción.  
1987 Derecho consuetudinario chamacoco. Asunción: R. P. ediciones.
- Misión de Amistad/Asociación Indigenista del Paraguay  
1977 Declaración de la Reunión de Dirigentes Pai Tavyterá (Tajy, mayo de 1975).
- Plett, Rudolf  
1979 Presencia menonita en el Paraguay.
- Regehr, Walter  
1982 Las normas consuetudinarias en relación a la tenencia y explotación de la tierra en las comunidades indígenas. Suplemento Antropológico XVII (2): 221-225.
- Robins, Wayne  
1982 Fuentes del derecho consuetudinario para interpretar la Ley 904/81. Suplemento Antropológico XVII (2): 47-61.
- Susnik, Branislava  
1982 Realidad sociocultural de las comunidades indígenas. Suplemento Antropológico XVII (2): 67-70.
- Zarratea, Tadeo  
1988 Primer compendio del derecho indígena. Diario Ultima Hora, 12 de marzo.

# TIERRA MAPUCHE: DERECHO CONSUE- DINARIO Y LEGISLACION CHILENA

*José Aylwin Oyarzun\**

## INTRODUCCION

El mapuche constituye en la actualidad uno de los pueblos indígenas más numerosos e importantes del continente latinoamericano. Si bien no resulta fácil cuantificar su población actual, ésta ha sido estimada en alrededor de 650.000 personas. De esta población, 600.000 habitarían territorio chileno y los 50.000 restantes lo harían en territorio argentino (Hernández 1985: 11).

Aun cuando durante el último siglo se ha verificado en el interior del pueblo mapuche un fuerte proceso migratorio, que ha determinado que una parte importante de quienes lo componen hayan dejado sus tierras partiendo hacia los grandes centros urbanos, en su mayoría siguen residiendo en sus territorios ancestrales ubicados a ambos lados de la cordillera de Los Andes, en la zona sur de Chile y Argentina.

Es así como se estima que de la población mapuche chilena, alrededor de 500.000 habitan la zona rural del sur del país, en tanto que alrededor de 100.000 lo hacen en las grandes ciudades del país tales como Santiago, Valparaíso, Concepción, Temuco y Valdivia (Hernández, *op. cit.*, p. 13).

\* JOSE AYLWIN OYARZUN. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Chile.

Reservados todos los derechos.

Después de haber transcurrido más de cuatro siglos desde la llegada de los españoles a territorio mapuche, la población que compone este pueblo es hoy numéricamente inferior a la de entonces, y sus tierras han sido ocupadas por extranjeros que lo han dominado a través de la guerra y el engaño. De ahí que posean actualmente una ínfima parte de las tierras que pertenecían a sus antepasados; generalmente aquéllas de peor calidad agrícola y productiva; las cuales han sido parceladas y divididas, imponiéndoseles un sistema de tenencia y uso individual que resulta contrario a su costumbre.

Su cultura ha sido pisoteada, sus creencias religiosas han sido ridiculizadas y su idioma, el mapudungun, no es enseñado en las escuelas del país. Estas y otras transformaciones han afectado profundamente la vida y forma de ser del pueblo mapuche.

A lo largo de este trabajo nos detendremos específicamente en el análisis de aquellas transformaciones relacionadas con la tierra del pueblo mapuche, con su forma de tenencia y uso y con la evolución experimentada por ésta desde la llegada de los españoles hasta la fecha.

## **EL PUEBLO MAPUCHE A LA LLEGADA DE LOS ESPAÑOLES**

### **Territorio y población**

El territorio actualmente ocupado por Chile estuvo desde muy antiguo habitado por diversos grupos humanos que vivían de la caza y la recolección. Con el tiempo, uno de estos grupos, el mapuche, dominó a los otros, imponiéndoles su lenguaje, costumbres y creencias<sup>1</sup>.

Hoy se piensa que 2500 años atrás existía una cultura mapuche. Los mapuche ocupaban, a la llegada de los españoles, parte importante del territorio actual chileno, extendiéndose desde el valle de Aconcagua, por el norte, hasta la isla de Chiloé, por el sur.

La población indígena existente en este territorio a la llegada de los españoles alcanzaba a alrededor de 1.000.000 de habitantes, de los cuales 500.000 habrían habitado la región de la Araucanía, ubicada entre el río Itata por el norte y el río Cruces (Loncoche) por el sur<sup>2</sup>.

## Estado de desarrollo

A la llegada de los españoles los mapuche se habrían encontrado en un estado de desarrollo preagrario, esto es, conocían la reproducción de ciertas especies vegetales (fundamentalmente la papa y los porotos) en pequeña escala, pero no habían desarrollado una agricultura propiamente dicha.

Sin embargo, la vastedad y riqueza de los territorios que habitaban determinaban que la subsistencia de los mapuche estuviese asociada fundamentalmente a la recolección, a la pesca y a la caza. El mar, y los abundantes ríos y lagos existentes, proveían a los mapuche de moluscos, peces y aves. La araucaria, árbol de las cordilleras, les proporcionaba el piñón, fruto que constituía el principal alimento mapuche, y el bosque escondía una abundante fauna animal que complementaba su alimentación.

Estas condiciones hicieron posible el desarrollo de un sistema de recolección en gran escala, que determinó que a la llegada de los conquistadores éstos se encontraran con un pueblo en una situación distinta de la de otros pueblos aborígenes del continente, como los incas, por cuanto no habían experimentado en plenitud la revolución agrícola y, por lo mismo, no se habían asentado en comunidades productoras sedentarias o estables (Bengoa 1985: 21).

La situación en que se encontraba el pueblo mapuche a la llegada del conquistador sirve para explicar el espíritu libertario y la habilidad guerrera que los caracterizaba y para entender la resistencia que por siglos opusieron a los intentos de sometimiento por parte de la corona española inicialmente y del Estado chileno después<sup>3</sup>.

## Organización social

La estructura social mapuche tenía como núcleo central la familia, que comprendía a todos los descendientes masculinos del padre o jefe de familia, sus esposas, hijos y nietos; era su organización económica y social más importante.

En torno a ella se procuraba la subsistencia y se desarrollaba la vida mapuche. El padre o jefe de familia (*lonco*) era el encargado de su gobierno. Los conflictos eran regulados por los grandes sabios, viejos en general, hoy llamados *ulmen*, quienes impartían justicia y daban consejos.

Existían también las alianzas que se realizaban no sólo para la guerra sino para las faenas de caza o recolección.

Las parcialidades de las que daban cuenta los cronistas españoles estaban constituidas por familias contiguas que tenían relaciones de parentesco entre sí, que reconocían a un *ulmen* como consejero y juez, y que realizaban alianzas para situaciones puntuales de guerra o de paz (Ben-goa, *op. cit.*, p. 27).

#### RELACION DEL PUEBLO MAPUCHE CON SU MAPU (TIERRA)

Los mapuche son la gente de la tierra (*mapu-tierra, che-gente*). La tierra ha sido, a través de su historia, el elemento central de su cultura. La vida de los mapuche, su organización social, sus costumbres y creencias, su subsistencia material está asociada a la tierra.

Su subsistencia como pueblo está vinculada a la defensa del *mapu* (tierra). La relación del mapuche con su tierra, la forma de concebirla y de usarla, fue, sin embargo, fuertemente afectada por la influencia española. Es por ello que para analizar este punto se deben distinguir dos momentos; el primero, antes de la llegada de los españoles y el segundo, después de ésta.

#### El mapu antes de la llegada de los españoles

La relación del mapuche con la tierra en que habitaba, en el estado de desarrollo preagrario en que éste se encontraba a la llegada de los españoles, determinaba la existencia de un fuerte sentido de territorio común que como pueblo le pertenecía.

El mapuche podía moverse dentro de ese territorio y extraer de él lo que la naturaleza le daba. Podía cazar, pescar, recoger sus frutos, establecerse en una porción de éste, siempre que no estuviese ocupada por otro grupo o contando con la autorización del mismo, a través de su jefe (*lonco*), autorización que generalmente era otorgada.

Esta situación determinaba en él la existencia de un sentido de territorio que le pertenecía en conjunto con todos los de su pueblo. Sin embargo, no existía en el mapuche un sentido de propiedad individual de

la tierra que lo llevase a adueñarse de una porción determinada de ella para sí o para su grupo familiar, por cuanto dicha apropiación habría carecido de todo sentido. Ello se constata en los relatos de los cronistas de la época y en la historiografía existente sobre la materia<sup>4</sup>.

Guevara y Eyzaguirre señalan que los indígenas carecían del concepto de propiedad individual del territorio. Agregan al respecto que

todos los miembros de la tribu tenían derecho para establecerse donde mejor quisieran, construir sus chozas y utilizar los frutos espontáneos del campo vecino, así como los animales del bosque y los peces de los ríos. Así, frecuentemente abandonaban un hogar por otro, sin tomar el consentimiento de nadie y sin pensar en poner límites al terreno que usufructuaban (1948: 16).

### Las transformaciones introducidas por los españoles en esta relación

El arribo de los españoles produce profundas transformaciones en la vida del pueblo mapuche cambiándola radicalmente en un breve lapso. Junto con los españoles vienen las guerras y las pestes que asolarán a la población indígena. En tan sólo treinta años la población mapuche disminuirá en 40%, subsistiendo tan sólo 600.000 habitantes del total de 1.000.000 que habitaba el país hasta ese entonces (Hernández 1985: 14).

Durante casi un siglo, a contar desde la primera incursión del ejército español en territorio araucano, en 1546, hasta la suscripción por ambos bandos de las Paces de Quilín, en 1641, (parlamento por medio del cual se estableció el río Bío - Bío como frontera entre territorio español y mapuche, reconociéndose la independencia de este último frente al primero), el pueblo mapuche debió dedicarse casi exclusivamente a organizarse para la defensa de su territorio frente al invasor, convirtiéndose así en un pueblo guerrero.

### *Cambios en el uso y trabajo de la tierra*

No obstante el establecimiento de *la frontera*, la influencia de los españoles sobre los hábitos y costumbres del pueblo mapuche se dejó sentir. De ser la sociedad mapuche la sociedad preagraria antes descrita,

pasa —en breve tiempo— a convertirse en una sociedad mercantil desarrollada, con gran auge de la agricultura y la ganadería.

Los mapuche se apropian rápidamente de los animales traídos por los españoles (vacas, caballos, ovejas), dedicándose al desarrollo de la ganadería y convirtiéndose en hábiles jinetes. Además, comienzan a desarrollar en sus tierras la agricultura propiamente dicha, introduciendo el cultivo de cereales, en especial el trigo, haciendo más complejo el trabajo en el campo<sup>5</sup>.

La disminución de la población mapuche a causa de las pestes y la guerra trajo como consecuencia la ocupación por las familias mapuche de territorios mayores en extensión y su establecimiento en ellos de un modo más estable. Ello determinó que el cacique o jefe de familia pasara a tener un lugar físico relativamente determinado, disminuyéndose la movilidad característica de la situación anterior, sin llegar a la rigidez propia de un sistema de propiedad privada. La tierra (*mapu*) se consideró propiedad común de todos, y cada familia podía instalarse en cualquier lugar, en tanto que no molestase al vecino.

Hacia fines del siglo XVIII, una familia para instalarse en un lugar despoblado debía pedir permiso al cacique más cercano, considerado de alguna manera señor de ese territorio, permiso que era generalmente concedido si había terreno suficiente y en tanto sus miembros ayudaran en las guerras y malocas (Bengo 1985: 46).

Estas transformaciones nos llevan a concluir que el mapuche pasa a percibir su tierra o *mapu* como una propiedad colectiva con un usufructo familiar (familia nuclear), tierra cuya repartición corresponde al cacique o *lonco*, y cuyo trabajo es esencialmente familiar y de colaboración mutua (Vives 1982).

### *Cambios en la estructura social y la organización mapuche*

El mantenimiento de la frontera entre territorio español e indígena permitió, con el tiempo, el fortalecimiento de la agricultura y la ganadería mapuche. También se verificó en el mismo periodo, vinculado principalmente al ganado, un gran auge del comercio entre los mapuche y los españoles.

Dichas transformaciones generaron importantes cambios en las relaciones sociales en el interior del pueblo mapuche, creándose una marcada distinción entre el *lonco* (cacique) y los *conas* (mocetones o guerreros). En efecto, los primeros, sin ser dueños del territorio, pasaron a tener una especie de dominio sobre éstos y a tener el control político de los mismos, en tanto que los segundos, generalmente parientes o protegidos de los caciques, vivían bajo el mando de éstos, obedeciéndoles, cuidando su ganado y su tierra y siguiéndolos en sus aventuras de guerras, sin perjuicio de poseer sus animales y de trabajar la tierra para su consumo<sup>6</sup>.

Por otra parte, la constante amenaza de guerra con los españoles, así como los parlamentos que con éstos se verificaban, determinaron que las alianzas entre familias se convirtieran en permanentes, al igual que los caciques o *toquis* (líderes guerreros) que las lideraban. Fue así como se constituyeron los repartimientos (o *ayllarehues*, grupos de nueve *rehues* o caciques) y los *butalmapus* (grandes regiones), a efecto de posibilitar esta representación.

El proceso de constitución de alianzas entre familias de territorios contiguos se acentuó con el tiempo, de tal forma que a comienzos del siglo XIX no existían más de 100 caciques que controlaban todo el territorio mapuche. De éstos, unos quince o veinte *Ñidol loncos* (ca bezas principales) ejercían una influencia decisiva sobre el resto, controlando importantes territorios y mandando sobre las familias que allí habitaban (Bengo 1985: 68).

Estas alianzas o agrupaciones, si bien estaban relacionadas con el desarrollo de la ganadería y el comercio, permitiendo la acumulación de riqueza en sus líderes, eran fundamentalmente para la guerra o para la representación en tiempos de paz, pero no implicaban necesariamente el desarrollo de una concepción de propiedad privada sobre los territorios mapuche. Se mantiene así en la sociedad mapuche, a grandes rasgos, hasta la ocupación de la Araucanía por el ejército chileno a fines del siglo pasado, el concepto de propiedad y trabajo común de la tierra, ya mencionados<sup>7</sup>.

## EL ESTADO CHILENO Y EL PUEBLO MAPUCHE

La creación del Estado chileno, a comienzos del siglo pasado, la creación de numerosa legislación que pasó a regir la propiedad indígena

a partir de entonces, y la posterior ocupación militar de la Araucanía por el ejército chileno, a fines del mismo siglo, introdujeron nuevas y profundas alteraciones en la relación del pueblo mapuche con su tierra.

A objeto de comprender de un modo más adecuado el alcance y sentido de estas transformaciones, nos detendremos —a continuación— en el análisis de la legislación dictada por el Estado chileno sobre la materia, así como en el concepto e ideología que existe detrás de ésta, para posteriormente referirnos a los efectos producidos por esta acción estatal en el interior de la sociedad mapuche en su relación con la tierra.

### **Legislación chilena relativa a la tierra mapuche**

Desde la independencia de Chile hasta la fecha, el Estado ha dictado un sinnúmero de normas jurídicas que han afectado a los diversos pueblos indígenas del país, el principal de los cuales es el mapuche.

La mayor parte de esta legislación más que ser una legislación sobre pueblos indígenas propiamente dicha, ha sido legislación sobre tierras indígenas, y su objetivo central ha sido el posibilitar la ocupación de dichas tierras por el Estado chileno a fin de poderlas entregar a colonos chilenos o extranjeros no indígenas e integrarlas, así, al desarrollo económico y agrícola del país.

Con base en el pensamiento liberal individualista sobre el cual se constituyó el Estado chileno, pensamiento que asimilaba a indígenas y chilenos situándolos en un pie de igualdad jurídica frente a la legislación y a la justicia, se desarrolló un proceso legislativo que afectó inicialmente a los indígenas de la zona central del país (de Copiapó hasta el Bío - Bío) y más tarde a los mapuche de la zona sur del país<sup>8</sup>.

#### *Legislación sobre pueblos indígenas (1813 - 1830)*

En 1813 se dictó un primer decreto que sacó a remate las tierras de los llamados *pueblos indios*; herencia colonial que se buscó eliminar asentando a sus pobladores en villas *formales*, proporcionándoles casa y una propiedad rudal cercana para el cultivo.

Una ley posterior, en 1823, complementada por un decreto de 1830, trató la liquidación de algunos *pueblos de indios* remanentes, garantizando la propiedad a los nuevos asentados y ordenando rematar las tierras sobrantes de las que el Estado se hacía dueño.

*Legislación proteccionista (1852 - 1862)*

Años más tarde, la intención del Estado chileno de aquella época de ocupar *pacíficamente* los territorios al sur del Bío - Bío que hasta entonces permanecían en poder de los mapuche, así como de regularizar la situación jurídica de las tierras ubicadas en la zona inmediatamente al sur de esta frontera, que habían sido ocupadas por chilenos (principalmente campesinos y militares de la zona fronteriza) mediante la usurpación, la compra a bajos precios, el engaño y la fuerza, llevaron al gobierno de la época a dictar, en 1852, una legislación que, junto con crear la provincia de Arauco como avanzada chilena en territorio mapuche, autorizó al presidente de la República

para dictar las ordenanzas que juzgue convenientes para el mejor gobierno de la frontera, para la más eficaz protección de los indígenas, para proveer su más pronta civilización y para arreglar los contratos y relaciones de comercio con ellos.

En virtud de esta disposición se dictaron nueve decretos en un lapso de diez años, fijándose en ellos los procedimientos para la enajenación de terrenos indígenas, estableciendo que toda compra de terrenos a indígenas o de indígenas requiere de la intervención de un funcionario estatal (intendente, gobernador de indígenas, etc.) a objeto de asegurar que el indígena preste libremente su consentimiento, de que el terreno le pertenezca y de que sea pagado en el precio convenido, estableciendo —además— la obligación de registrar los títulos de transferencia de dichas propiedades.

Esta legislación, de carácter aparentemente protector de los indígenas, vino a establecer la incapacidad jurídica de los mismos para la celebración de actos y contratos sobre sus tierras, poniendo término al periodo de igualdad jurídica instaurado a comienzos de la república. Cabe señalar que dicha legislación resultó absolutamente ineficaz para poner fin a la usurpación de tierras indígenas que se siguió verificando durante ese periodo.

*El Código Civil y el sistema de registro de la propiedad raíz*

En 1855 se dictó el Código Civil chileno redactado por don Andrés Bello, el cual entró a regir en 1857, permaneciendo en vigencia, con algu-

nas modificaciones, hasta la fecha. Si bien dicho código no trata específicamente sobre los indígenas o sus tierras, cabe referirse a él por cuanto contiene normas relativas a la inscripción de la propiedad raíz, a las personas y contratos, y a la costumbre como derecho, que les afectan. En efecto, dicho código establece un sistema de inscripción de la propiedad raíz en un registro denominado Conservador de Bienes Raíces a objeto de mantener la historia de dicha propiedad.

La no obligatoriedad de practicar la inscripción de los títulos de propiedad existentes hasta esa fecha consagrada en este Código así como en el reglamento del Conservador de Bienes Raíces de 1859 (en razón de que se suponía que con el tiempo todos los predios quedarían inscritos ya fuese en virtud de transferencias verificadas por acto entre vivos o por causa de muerte de que fuesen objeto), tuvo graves repercusiones para los mapuche por cuanto gran parte de sus tierras ancestrales, que en ese tiempo habían sido ocupadas por chilenos, fueron inscritas por éstos a su nombre, perdiendo así los indígenas, frente a la legislación chilena, el derecho que tenían sobre las mismas.

Por otra parte, el Código Civil viene a imponer al pueblo mapuche, igual que a todos los chilenos, un conjunto de normas relativas a las personas, los bienes, los contratos, la sucesión por causa de muerte, etcétera, sin considerar en parte alguna las costumbres por las cuales ellos se regían en estas materias<sup>9</sup>. Aun más, el Código Civil impide expresamente la utilización de la costumbre de los mapuche como derecho, al disponer en su artículo 2 que "la costumbre no constituye derecho sino cuando la ley se remite a ella".

A través de este Código, en resumen, se somete al pueblo mapuche a un derecho extraño en un intento de asimilarlo al resto de la población nacional, desconociendo su identidad como pueblo, sus tradiciones y costumbres ancestrales.

### *Legislación de radicación mapuche (1866 - 1883)*

La incorporación de las fértiles tierras de la Araucanía al desarrollo nacional, a través de la ocupación de las mismas por el Estado y de su colonización por chilenos y extranjeros que las trabajaran e hicieran producir, fue una de las aspiraciones más sentidas de quienes gobernaron el país durante el siglo pasado.

La tenaz oposición de los mapuche a los intentos de ocupación por parte del Estado chileno de sus tierras demoró este proceso hasta prácticamente finales del siglo pasado. Sin embargo, dos estrategias paralelas diseñadas por los gobiernos de la época, una militar y otra legislativa, terminaron por hacer posible dicha aspiración.

Fue así como, junto con la incursión del ejército chileno en territorio mapuche en lo que fue denominado eufemísticamente como la *pacificación de la Auracanía*, que terminó en 1881 con el aplastamiento militar del pueblo mapuche, se dictaron en esa época leyes que hicieron al Estado chileno dueño de las tierras mapuche y confinaron a éstos a las denominadas reducciones o reservaciones indígenas.

La primera de esas leyes fue la de 1866, que dispone que los terrenos al sur del Bío-Bío serán tratados como fiscales, correspondiendo al Estado sacarlos a remate por su colonización por particulares<sup>10</sup>. Además, dicha ley disponía la creación de una Comisión Radicadora de Indígenas, a la cual correspondería la labor de ubicarlos en los terrenos de su pertenencia (para lo cual debían demostrar al menos un año de posesión material).

En 1883, dos años después de la ocupación militar de la Auracanía por el ejército chileno, se dicta una nueva ley que viene a completar a la antes referida y que, junto con reforzar la política de ocupación por el Estado del territorio mapuche, al prohibir a los particulares la realización de cualquier contrato con los indígenas, aun cuando éstos o la reducción tuviesen registrados sus títulos de propiedad, pone en actividad a la Comisión Radicadora de Indígenas con el fin de radicar a los mapuche en reservaciones delimitadas a través del otorgamiento de los llamados títulos de merced, dejando de ese modo el territorio libre para el desarrollo de un programa de colonización por parte del Estado.

Esta ley estableció, además, la institución del Protector de Indígenas la que ejercería las funciones antes otorgadas a los intendentes y gobernadores por la legislación de 1853, debiendo representar a los indígenas en especial en el deslinde de sus posesiones y en los contratos traslativos de dominio. En la práctica, más que ser ésta una institución de protección de los indígenas, a través de ella se pretendía validar la venta de tierras indígenas a particulares, aumentando la extensión de tierras para la colonización de la Araucanía.

En virtud del trabajo desarrollado a partir de entonces por la Comisión Radicadora de Indígenas, el Estado otorgó a los mapuche títulos de merced sobre el dominio de terrenos de extensión variable. Dichos títulos eran entregados a una o más personas, generalmente caciques, en

representación de sus grupos familiares u otros, quienes pasaban a tener un dominio comunitario e inalienable sobre las tierras que se les asignaban<sup>11</sup>.

A raíz del proceso de radicación desarrollado entre 1884 y 1919, el Estado chileno otorgó a los mapuche, entre las provincias de Arauco y Osorno, 2.918 títulos de merced con un total de 510.386,67 hectáreas, radicando a 82.629 personas (González 1986).

El proceso de radicación significó una grave quiebra en la relación del mapuche con su tierra. Además de la usurpación del territorio que éste implicó, no respetó su sistema familiar al radicar dentro de una misma comunidad a personas de diferentes familias, produciendo fuertes conflictos en el interior de éstas.

#### *Legislación divisoria de las comunidades mapuche*

A partir de 1927 se dictaron una serie de cuerpos legales destinados a lograr la disolución de las comunidades indígenas creadas con base en la legislación anterior, dando lugar a un nuevo tipo de propiedad indígena individual y enajenable.

Es así como en 1927 se dictó la Ley Núm. 4.169 que dio origen a este proceso, al disponer que para proceder a la división de una comunidad bastaba con la petición de un solo comunero ante un tribunal especial creado para estos efectos con sede en Temuco.

En 1930 se dictó la Ley Núm. 4.802 que modificó a la anterior creando los Juzgados de Indios; juzgados cuya función esencial era la de dividir las comunidades. La misma ley establecía que dicha división podría llevarse a cabo de oficio por dichos juzgados aun contra la voluntad de los comuneros, poniendo término además a la Comisión Radicadora de Indígenas.

Finalmente, en 1931 se dictó un Decreto con Fuerza de Ley que modificó a la ley anterior estableciendo como requisito para proceder a la división de las comunidades la petición de un tercio de sus miembros. Todas estas normas fueron refundidas en el Decreto Supremo Núm. 4.111, de 1931.

A partir de entonces, y hasta 1971, se verificó —en virtud de esta legislación— un proceso divisorio que afectó a un total de 832 comuni-

dades con una cantidad de 132.763,72 hectáreas del total de 2.918 constituidas por la Comisión Radicadora. Muchas de las tierras divididas fueron posteriormente traspasadas por sus adjudicatarios a particulares en virtud de la facultad para enajenarlas dispuesta por la legislación a partir de 1943.

### *Legislación indígena de 1972 (Ley Núm. 17.729)*

En el contexto del proceso de reforma agraria desarrollado en el país desde el año 1966 a objeto de introducir profundas transformaciones en el sistema de tenencia de la tierra existente hasta entonces, así como del proceso de cambios económicos y sociales impulsado por el gobierno de la Unidad Popular a partir de 1970, y de la creciente demanda de las organizaciones mapuche frente a las autoridades, a objeto de obtener una solución a sus problemas más urgentes (la falta de tierra, el acceso al crédito, etcétera), el Congreso Nacional aprobó, en 1972, no sin modificaciones, un proyecto de ley presentado por el gobierno con base en las demandas del pueblo mapuche<sup>12</sup>.

Dicha ley, además de poner término por un breve lapso al proceso divisorio de las comunidades mapuche, al disponer que su división sólo podría ser solicitada por la mayoría de los comuneros o por razones técnicas, posibilitó la recuperación de tierras comunales perdidas haciendo utilizable para ello el mecanismo de la expropiación contemplado en la ley de reforma agraria.

Asimismo, puso término a los Juzgados de Indios, los cuales fueron sustituidos por el Instituto de Desarrollo Indígena que asumió sus funciones, así como la de promover el desarrollo social, económico, educacional y cultural de los indígenas.

Finalmente, esta ley reguló la calidad de *indígena*, estableciendo que son indígenas, independientemente de si viven en la comunidad o no, o del hecho de encontrarse ésta dividida, aquellas personas que

habitando en cualquier lugar del territorio nacional, formen parte de un grupo que se exprese habitualmente en idioma aborígen y se distingan de la generalidad de los habitantes de la República por conservar sistemas de vida, normas de convivencia, costumbres, formas de trabajo o religión, provenientes de grupos autóctonos del país.

Esta legislación constituyó en todo sentido una excepción con respecto a la legislación anteriormente dictada en Chile sobre indígenas, tanto por cuanto vino a poner freno al proceso de despojo de sus tierras ancestrales del cual éstos han sido víctimas, como por cuanto a través de sus normas se reconoció la calidad de los indígenas en forma independiente de su relación con la tierra.

*Legislación etnocida del régimen militar*  
(D.L. Núm. 2.568 y 2.750 de 1979)

Con base en la filosofía liberal individualista, la cual inspira al actual régimen militar chileno que postula hacer de Chile “un país de propietarios” (individuales debe entenderse), y que niega la existencia en el interior de la sociedad de pueblos indígenas con una identidad cultural diferente a la de los demás sectores que componen dicha sociedad, en 1979 el citado régimen dictó el Decreto Ley (DL) Núm. 2.568 (modificado por el DL Núm. 2.750 del mismo año), a objeto de regular el proceso divisorio de las comunidades mapuche iniciado en la década de 1930.

Esta legislación facilitó dicho proceso al facultar a cualquier ocupante de una comunidad indígena, sea éste mapuche o no, a solicitar la división de la comunidad<sup>13</sup>, y a establecer un procedimiento expedito y gratuito para estos efectos, el cual sería llevado por un funcionario estatal, el abogado defensor de indígenas, ante el juez de letras competente.

Una vez aprobada la división de la comunidad, el juez adjudicaría en propiedad individual y exclusiva las tierras (hijuelas) resultantes de este proceso a los comuneros u ocupantes, los que deberían inscribirla a su nombre en el Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Es importante señalar que el DL Núm. 2.568, además de dividir las tierras indígenas, persiguió eliminar todo reconocimiento a la existencia de estos pueblos, al disponer en su artículo 1 que, a contar de la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces, “las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse tierras indígenas e indígenas sus dueños y adjudicatarios”.

Esta norma, derogada por el DL Núm. 2.750 pocos meses después de su entrada en vigencia debido a la fuerte crítica que suscitó, consti-

tuye la demostración más clara del carácter etnocida de esta legislación, por cuanto a través de ella se pretendía no tan sólo despojar a los indígenas de sus tierras ancestrales, sino también privarlos de su derecho a ser reconocidos como tales.

La misma legislación, si bien prohíbe la enajenación de las hijuelas resultantes de la división de las comunidades por un periodo de veinte años a contar de la fecha de su inscripción, no impide otras fórmulas como el arrendamiento por noventa y nueve años, a través del cual los nuevos propietarios en la práctica pierden su derecho sobre la tierra que les es adjudicada.

Con base en esta legislación, elaborada sin participación alguna del pueblo mapuche, se ha verificado un proceso divisorio de comunidades indígenas sin precedentes en nuestra historia. Es así como sólo entre 1979 y 1986 se dividieron un total de 1.739 comunidades (59,6% del total existente) entre las provincias de Arauco y Osorno, abarcando una superficie total de 287.849,91 hectáreas, dando lugar a la creación de 48.346 hijuelas de un promedio de 5.36 hectáreas cada una, restando en la actualidad muy pocas comunidades por dividir para dar por concluido este proceso (González 1986:10).

Es importante destacar que el proceso de división de comunidades indígenas ha incidido en el desarrollo, en los últimos años, de un fuerte proceso migratorio de los mapuche fuera de las tierras (hijuelas) que les son entregadas en propiedad privada, por cuanto el reducido tamaño de éstas hace imposible la subsistencia de un grupo familiar.

Todos estos hechos han valido a esta legislación, así como al proceso desarrollado en virtud de su dictado, fuertes críticas de parte de las organizaciones indígenas, la Iglesia y las organizaciones de defensa de derechos humanos existentes en el país.

#### **CONFLICTO ENTRE LEGISLACION CHILENA Y COSTUMBRE MAPUCHE**

Hasta aquí hemos analizado las diferentes concepciones relativas a la propiedad y formas de uso de la tierra de los mapuche, que se han dado a lo largo de la historia de este pueblo. Si bien resultan evidentes las diferentes concepciones que sobre esta materia han existido, durante los distintos periodos analizados, entre ambas sociedades, la mapuche por

una parte y la española y chilena por la otra, es del interés de este trabajo profundizar en el análisis de dichas diferencias y de los conflictos que han surgido a raíz de la imposición de una concepción sobre otra.

Dado que hasta el término del periodo colonial el pueblo mapuche no se dejó someter por los españoles, manteniendo en gran medida su independencia para usar sus tierras de acuerdo a sus propias costumbres, estos conflictos no surgen sino a partir de los intentos desarrollados por el Estado chileno desde el siglo pasado de someter a los indígenas al régimen de propiedad de la tierra impuesto por éste a través de la legislación.

A continuación analizaremos los conflictos existentes con respecto a esta materia entre la legislación chilena y la costumbre mapuche en dos situaciones específicas, la de la radicación del pueblo mapuche en reservas a fines del siglo pasado y comienzos del presente siglo, y la de la división de sus comunidades a partir de 1930 en adelante y, en particular, desde 1979 hasta la fecha.

### **La radicación de los mapuche en reducciones o reservas**

El proceso de radicación de los mapuche, verificado a partir de fines del siglo pasado, luego de la ocupación militar por el ejército chileno de la región de la Araucanía, introdujo importantes alteraciones en la relación de los mapuche con su tierra.

A pesar de que la reducción hizo posible que el mapuche siguiera poseyendo y usando la tierra en forma comunitaria, como tradicionalmente lo había hecho, ésta significó para él numerosos problemas que deben ser señalados<sup>14</sup>.

Por de pronto una parte importante de la población mapuche (40 mil de una población aproximada de 120 mil) no fue radicada en territorio alguno. Es el caso de los mapuche huilliches de las provincias de Osorno y Llanquihue a quienes no se concedió títulos de merced sobre sus tierras quedando éstas en una situación de tenencia irregular frente al derecho chileno<sup>15</sup>.

Quienes fueron radicados dejaron de ser dueños y señores del vasto territorio que ancestralmente les pertenecía para ser confinados a una parte ínfima de éste (las reducciones abarcaban 6,39% del territorio total comprendido entre las provincias de Arauco y Osorno, generalmente en las tierras más apartadas y de más baja calidad agrícola (González 1986:7).

Cabe señalar a este respecto que, mientras en el mismo periodo el Estado vendía a particulares lotes de 500 hectáreas de tierras de las que se había adueñado a través de la legislación, y concedía gratuitamente a colonos extranjeros, en territorio mapuche, hijuelas de 40 hectáreas para cada familia (más de 20 hectáreas por cada hijo varón mayor de 12 años), el mapuche era obligado a subsistir en territorios con una alta concentración de población (6,18 hectáreas por persona como promedio) para él antes desconocida (Bengoa 1985: 347 y ss.).

Otro de los conflictos generados por la radicación fue la arbitrariedad de los agrupamientos de las personas a quienes se incluía en un solo título de merced. Dicha arbitrariedad consistió en radicar bajo un mismo título de merced a personas de diferentes familias, que, por lo tanto, no reconocían al mismo cacique como jefe.

Este sistema impuesto por la legislación, opuesta a la forma de agrupamiento familiar propio de la costumbre mapuche, provocó grandes problemas en el interior de las reducciones, generándose guerras internas cuando éstas recién habían sido constituidas (Bengoa, *op. cit.*, p. 361).

No obstante los problemas y conflictos que el establecimiento de la reducción significó para el pueblo mapuche, ésta se convirtió en la práctica durante su vigencia en el espacio en el cual dicho pueblo encontró su refugio para la preservación y desarrollo de su cultura.

En su interior, y no obstante la creciente tendencia constatada en el presente siglo a considerar como individuales espacios que antes eran colectivos, se mantuvieron en gran medida las bases de la concepción mapuche sobre el uso y tenencia común de la tierra. En ella se reservan espacios comunes, tales como los pastizales en los que se alimenta el ganado, y los bosques de los que se extrae la madera, para el uso de todos sus miembros.

En las reducciones se mantuvieron las prácticas de trabajo comunitario y solidario propias de la costumbre mapuche. Tal es el caso del *mingaco*, trabajo comunal convocado por el jefe de una familia para la realización de las faenas de siembra y cosecha, y de la *vuelta de mano*, consistente en la ayuda que un comunero presta a otro para la realización de sus labores agrícolas en el entendimiento de que el otro le devuelve la mano en el futuro.

La reducción es también el espacio en donde se desarrolla la cultura mapuche, en el que se conserva su idioma, el mapudungun, la tradición

y la historia oral de sus antepasados. En ella se celebran sus ritos religiosos, el más importante de los cuales es el Nguillathún, y se venera a su dios, Ngënechén. En síntesis, la reducción se transforma

en el espacio propio autónomo e independiente, subordinado y segregado, donde es posible resituar una cultura de resistencia, una cultura que tiene como objeto impedir la aniquilación total.

### **La división de las reducciones o comunidades mapuche por el Estado chileno**

Tal como antes se señalara, la legislación que verdaderamente introduce una quiebra en el concepto y la costumbre de la sociedad mapuche sobre propiedad y uso de la tierra es aquélla que tiene por objeto obtener la división de las reducciones o comunidades en que fueron radicados, en especial el DL Núm. 2.568, del año 1979.

En efecto, con base en esta legislación se desarrolla un proceso divisorio que a la fecha ha puesto término prácticamente a la comunidad como forma de tenencia de la tierra de los mapuche, imponiendo a éstos la propiedad privada sobre las pequeñas porciones de tierra resultantes de dicha división.

La nueva forma de propiedad de la tierra impuesta por la ley, además de ser contraria a la costumbre mapuche, viene a dificultar enormemente su subsistencia económica y cultural. El proceso divisorio desarrollado en virtud de esta legislación no ha respetado en realidad, aquellos espacios comunes que por siglos han existido en la tierra mapuche, a los cuales antes se hacía referencia (bosques, pastizales, etcétera), los que eran de una gran importancia para la economía agraria del mapuche.

La división tampoco ha respetado espacios que resultan fundamentales para el desarrollo de la cultura mapuche, tales como aquéllos destinados al desarrollo de ceremonias religiosas o al descanso de los muertos.

Al quedar delimitada a espacios individuales, se ha dificultado el desarrollo —por parte de los nuevos adjudicatarios— de sus formas históricas de trabajo comunal, el *mingaco*, la vuelta de mano, etcétera.

Por otra parte, el crecimiento de la población mapuche en el interior de la comunidad, durante el último siglo, ha determinado además

la existencia de una alta densidad de población en las hijuelas resultantes de la división, fenómeno que dificulta aún más su subsistencia económica en este nuevo contexto impuesto por la legislación.

A ello se debe agregar el grave proceso de deterioro de los suelos, de erosión y desforestación, al que la utilización intensiva de las tierras divididas ha dado lugar durante los últimos años.

Si bien muchos de estos problemas no resultan nuevos para los mapuche, la división ha venido a intensificarlos de un modo alarmante, debiendo éstos —en muchos casos— traspasar las tierras que les han sido adjudicadas a particulares chilenos o extranjeros, emigrando hacia las ciudades en busca de mejores oportunidades, rompiéndose así definitivamente el vínculo de este pueblo con su tierra.

#### COMENTARIO FINAL

El conflicto existente entre la costumbre mapuche y el derecho chileno, en relación con la tierra de este pueblo, resulta demostrativo de la forma en que el Estado chileno ha actuado con respecto a los pueblos indígenas a lo largo de su historia.

Tal como antes se señalara, la política del Estado chileno respecto de los pueblos indígenas existentes en el país en el momento de su creación, más que estar destinada al reconocimiento de los mismos y a la protección de su cultura, ha respondido al interés de apropiarse de los bienes que estos pueblos poseían (la tierra en el caso de los mapuche). La legislación relativa al pueblo mapuche ratifica lo antes afirmado, siendo el DL Núm. 2.568, de 1979, el ejemplo más claro de dicho objetivo.

La política desarrollada por el Estado en relación con los pueblos indígenas ha sido de un fuerte carácter integracionista, persiguiendo como objetivo central su asimilación al resto de la población nacional.

Si bien esta política viene siendo desarrollada por el Estado desde hace más de un siglo hasta la fecha sin grandes variaciones, los extremos a los que ha llegado, con la legislación dictada por el actual régimen militar, han despertado una fuerte conciencia, tanto en el interior de los pueblos indígenas como en la sociedad chilena en general, en reacción a ella y en defensa de los derechos que a estos pueblos les corresponden.

Es así como a partir de la promulgación de esta legislación, en el año 1979, se ha verificado un fuerte proceso de organización indígena mapuche, organización cuyo objetivo central ha sido la defensa de los derechos que como pueblo le han sido arrebatados.

No obstante los problemas que han debido enfrentar estas organizaciones en su trabajo (represión, existencia de caudillismos, etcétera), en la actualidad han logrado constituir una organización única, el Futa Trawun o Coordinadora Unitaria Mapuche, a través de la cual expresan las demandas más sentidas de su pueblo, entre las cuales se cuentan la derogación del DL Núm. 2.568, la recuperación de las tierras perdidas, el reconocimiento constitucional de los distintos pueblos indígenas existentes en el país, la protección de su identidad cultural, el derecho a mantener su idioma y religión y el derecho a autogobernarse como pueblos.

Un proceso similar han experimentado los demás pueblos indígenas que subsisten en Chile, los aymara y pascuense, quienes a través de su creciente organización han reivindicado para sí, además de derechos relacionados con su situación específica, los mismos derechos demandados por las organizaciones mapuche.

Este proceso de organización y demanda de los pueblos indígenas no ha sido indiferente para el resto de la sociedad chilena. Es así como los sectores más conscientes agrupados en iglesias, organismos no gubernamentales y de derechos humanos, han manifestado una creciente preocupación por los problemas que afectan a estos pueblos así como su respaldo a las demandas que éstos han formulado en defensa de sus derechos.

Este apoyo, que durante los últimos años se ha manifestado en asesoramiento jurídico y técnico a las organizaciones indígenas del país, encuentra actualmente una expresión concreta en una iniciativa de la Comisión Chilena de Derechos Humanos, la que, a través de su filial en la ciudad de Temuco, se encuentra desarrollando en forma conjunta con las organizaciones indígenas del país un proyecto para la elaboración de una propuesta constitucional sobre pueblos indígenas en Chile.

A través de este proyecto se pretende hacer posible la formulación, por las organizaciones indígenas, de un estatuto jurídico de rango constitucional que en una futura democracia pueda reconocer sus demandas y aspiraciones más sentidas como pueblos, dándoles un cauce jurídico.

Con este proyecto, la Comisión Chilena de Derechos Humanos pretende contribuir, desde la perspectiva que le es propia, al enfrentamiento de la grave situación de marginación y sometimiento de la que históricamente han sido víctimas los pueblos indígenas en nuestro continente; situación que en este trabajo hemos podido constatar en el caso del pueblo mapuche.

## NOTAS

1. Los cronistas españoles dan cuenta de la existencia, a su llegada, de un idioma único, que se habla desde Coquimbo hasta la isla de Chiloé (Guevara y Eyzaguirre 1948:13).
2. Estimaciones hechas sobre la base del método regresivo de la Escuela de Berkeley, considerando la población muerta a causa de pestes y guerras, y teniendo en cuenta la densidad de habitantes en el territorio (Bengoa 1985: 15 y 16).
3. Estas características, sin embargo, no implican que los mapuche hayan vivido en permanente estado de guerra y violencia interna como la historiografía tradicional ha intentado demostrar.  
En efecto, dado que no había problemas de propiedad, por cuanto ésta no existía, no había robo de ganado, ya que el desarrollo de la ganadería era incipiente, ni existía la esclavitud en el interior de la sociedad mapuche, los conflictos existentes en esta sociedad sólo pudieron haber tenido su origen en el intercambio de mujeres o en materias de orden mágico o religioso (Bengoa, *op. cit.*, p. 24).
4. Al respecto, cabe destacar los relatos de Francisco Núñez de Pineda y Bascuñan en su libro *Cautiverio feliz* del año 1629, en el que éste relata su vida como cautivo en territorio mapuche en poder de los indígenas (1987).
5. Las chacras aumentaron de tamaño, y en la preparación de los campos para la siembra se comenzó a utilizar el arado simple (Bengoa, *op. cit.*, p. 27).
6. La relación entre *loncos* y *zonas*, sin embargo, nunca llegó a la relación de subordinación propia del trabajo en una sociedad capitalista. Primaban las relaciones de familia. El *lonco* tenía la obligación de alimentar a los *zonas* y a sus familias si éstos carecían de alimentos (Bengoa, *ibid.*, pp. 60 y ss.).
7. Ello no obstante existir una fuerte tendencia hacia una sociedad señorial en algunos importantes caciques integracionistas del siglo XIX, según Bengoa.
8. Este pensamiento encuentra su expresión más evidente en el Bando Supremo de O'Higgins del año 1619 que declara que los indígenas en lo sucesivo  
deben ser llamados ciudadanos chilenos y libres como los demás habitantes del Estado, con quienes tendrán igual voz y representación, concurriendo por sí mismos a la celebración de todo contrato [ . . . ].
9. Se mantiene vigente, como norma especial aplicable a los mapuche, la incapacidad de celebrar actos y contratos en relación con la compra de tierras de su propiedad.

10. Domina, de este modo, la corriente estatista de colonización sobre aquélla que pregonaba la colonización espontánea de los territorios indígenas por particulares (Bengoa, *op. cit.*, pp. 340 y ss.).
11. La Comisión Radicadora levantaba un acta de radicación en la que se señalaba, además de los beneficiarios, la fecha del otorgamiento, la cabida, deslindes y planos.
12. Demandas formuladas por las organizaciones mapuche en su Segundo Congreso Nacional, celebrado en 1970.
13. En virtud de esta norma un arrendatario no indígena de una comunidad mapuche podría solicitar la división de la misma, sin que los comuneros puedan hacer nada para evitarlo. La oposición a la división de la comunidad sólo puede fundarse, según la ley, en la existencia de una sentencia judicial o pacto de indivisión o en la existencia de una sentencia judicial o pacto de indivisión o en la existencia de un juicio que persiga la restitución del inmueble (artículo 12, DL Núm. 2.568).
14. No era la intención del legislador establecer un sistema de tenencia comunitaria de la tierra. Existen antecedentes de que esta fórmula fue utilizada por la legislación como provisoria debido a la impracticabilidad de proceder a la asignación individual.
15. A los mapuche huilliche de las provincias de Osorno y Llanquihue les fueron reconocidos como válidos los Títulos de Comisario otorgados por las autoridades chilenas entre 1827 y 1832. Con posterioridad, dichos títulos les han sido desconocidos por las autoridades chilenas y sus tierras han sido inscritas y ocupadas por particulares.

#### BIBLIOGRAFIA

- Bengoa, José  
1985 Historia del pueblo mapuche (siglo XIX y XX). Santiago: Sur.
- González, Héctor  
1986 Propiedad comunitaria o individualidad: las leyes indígenas y el pueblo mapuche. Nutram, año II, núm. 3.
- Guevara, Sergio y Rafael Eyzaguirre  
1948 Historia de la civilización y legislación indígena de Chile, memoria de prueba. Santiago: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- Hernández, Isabel  
1985 Derechos humanos y aborígenes. El pueblo mapuche. Argentina: Búsqueda.
- Núñez de Pineda y Bascuñan, Francisco  
Cautiverio feliz. (Año 1629). Santiago: Editorial Universitaria.
- Vives, Cristian  
1982 Legislación sobre indígenas en Chile: integración o asimilación. Documento de trabajo. Santiago: GIA.

## LOS INDIGENAS DE COSTA RICA Y LA TENENCIA DE LA TIERRA

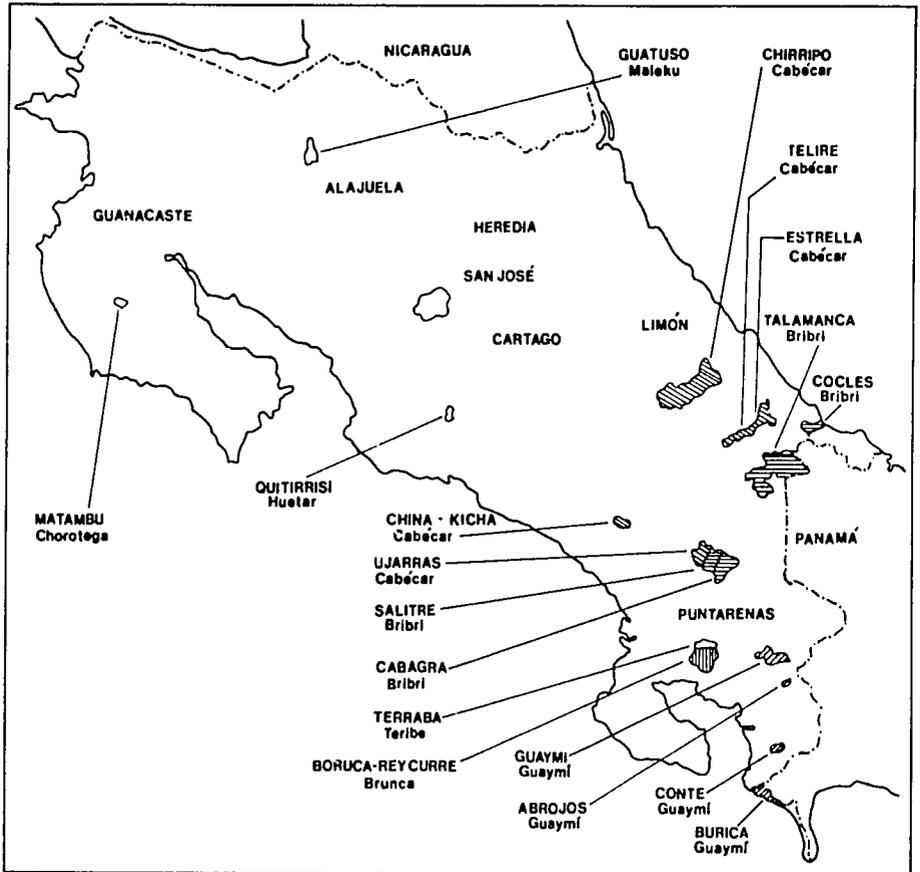
*José Carlos Morales\**

Costa Rica, país centroamericano, limitado al norte por Nicaragua y al sur por Panamá, tiene costas en ambos océanos, Atlántico y Pacífico. Su extensión territorial es de 51.000 km<sup>2</sup>, y tiene 2.800.000 habitantes, de los cuales 1% es población indígena, que posee por ley 5% del territorio nacional.

La población indígena, que se encuentra dispersa en diferentes zonas del país, principalmente en la sur, conforma ocho grupos, que son: bri-bri, cabécar, brunka, guaymí, maleku, térraba, huetar y chorotega (véase mapa). Cada uno de estos grupos tiene características propias, algunos las mantienen muy arraigadas y otros han sido prácticamente asimilados por la cultura occidental. Grupos como los guaymí, son de procedencia panameña; pero en Costa Rica, al igual que en el resto de América, al trazar las fronteras políticas y geográficas, se partieron naciones indígenas, ocasionando problemas tales como: el no reconocimiento como ciudadanos de ningún país, y el tener una larga lucha para obtener su ciudadanía y carta de identidad.

\* JOSE CARLOS MORALES. Ex presidente del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas; Director del Programa de Comisiones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, Costa Rica.

## Territorio y asentamientos indígenas de Costa Rica



Fuente: Departamento de Publicaciones, Ministerio de Educación Pública.

**EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA  
TENENCIA DE LA TIERRA**

Desde principios de este siglo, con la llegada de las compañías bananeras al país, se inicia la pérdida paulatina de la tierra comunitaria de los pueblos indígenas, ya que antes de la llegada de éstas, los territorios ocupados por los indígenas se extendían, muchas veces, hasta las costas, tanto en el Pacífico como en el Atlántico, y fue principalmente en éstas donde se inició el desarrollo y las plantaciones bananeras. Esta pérdida constante no pudo ser contrarrestada ya que no había ninguna legislación que protegiera los derechos territoriales indígenas, y no fue sino hasta 1945 en que se creó por Decreto Ley la "Reserva Indígena", término que no es aceptable por la connotación que se le ha dado.

De 1945 a 1961 no se hizo prácticamente nada que ayudara a implementar la propuesta de la creación de tales reservas, salvo la instalación de escuelas dentro de ellas, las cuales cumplían con un programa preestablecido a nivel nacional, el que no contemplaba los problemas específicos de los pueblos indígenas, ni los preparaba para el mantenimiento y protección de los derechos territoriales, ni su autodesarrollo. A través del tiempo, hemos visto, en todo esto, que los resultados han sido poco edificantes para el indígena.

En 1961, con el establecimiento de la ley de tierras y colonización, hubo una pérdida casi total de lo logrado con los decretos de 1945, ya que con dicha ley se abolió el derecho legal a la tierra en tres áreas específicas: Boruca-Térraba, Salitre y China Quichá (de esta última no fue posible su recuperación total). Situación que se agravó con la apertura de la Carretera Interamericana después de 1956, lo que generó una invasión masiva e incontrolada de campesinos de otras áreas del país a estas zonas, dando origen así a una nueva colonización en estos territorios.

Considerando lo anterior, en 1975, el gobierno del presidente de la República de ese entonces, Daniel Oduber Quirós, creó una nueva legislación —la Ley Indígena Núm. 6.172 (véase anexo)— y lo que había sido abolido, en 1961, se hizo vigente, y se cumplió la protección a la tierra de otras áreas pobladas por los indígenas, llegando a la creación de veintiuna reservas. No obstante esta nueva legislación, la pérdida ha sido de 95% del territorio que les pertenecía en la década de 1940.

En 1985 se promulgó el Decreto Núm. 16.567-G, que es violatorio al derecho de libertad de movimiento dentro del territorio nacional y a las facultades que poseen los otros ciudadanos costarricenses, por el cual se agravó esta situación (véase anexo).

#### CONCEPTO DE LA TIERRA Y SU VALOR PARA EL INDIGENA

Desde el origen mismo, la tierra ha constituido para el indígena su razón de ser; su vida misma ha sido su *madre tierra*; es de ella de la cual obtiene los productos necesarios para su subsistencia, donde ha desarrollado su cultura y se ha proyectado hacia el futuro. Ha mantenido con ella un equilibrio básico; la tierra no representa para el ciudadano indígena una mercancía.

Ante el fenómeno invasor, se han ido dando diferentes respuestas por parte del indígena. Al inicio del mismo y cuando todavía tenía suficiente espacio, optó por retirarse y adentrarse aún más en la selva, llegando en algunas oportunidades a habitar zonas que no eran de vocación agrícola, sino áreas montañosas de vocación forestal y preservación de recursos, constituyendo zonas de refugio.

Posteriormente, el manejo de la tierra pasó a ser de uno comunitario a uno individual. Ante la presión invasora de los nuevos colonos, algunos indígenas han empezado a valorar la tierra como una mercancía y se han deshecho de ella, llegando a convertirse en marginados en las áreas urbanas, en peones agrícolas o en obreros no calificados, produciendo diferentes fenómenos y desequilibrios sociales en sus propias comunidades.

Actualmente, los que habitan las llamadas "zonas de refugio", están siendo amenazados constantemente, ya que muchas de estas áreas representan una nueva fuente económica para el país, encontrándose en las mismas yacimientos minerales, recursos hídricos, así como forestales. Como vemos, ya no le queda al indígena ningún lugar a donde ir, y es a esa interrogante, de a dónde irse a vivir, a la que tenemos que dar respuesta.

**DIVERSAS RESPUESTAS AL PROBLEMA DE LA TENENCIA DE LA TIERRA****Organización**

Ante la fuerte amenaza que experimenta el indígena, agudizada desde el año 1960, se ha generado una respuesta organizativa, la cual poco a poco se ha ido consolidando. Tanto a nivel local, como nacional, hay una toma de conciencia para defender los derechos a la tierra, la que a veces ha generado violencia, y un ejemplo claro de ello fue la lucha que sostuvieron los pobladores de la Reserva de Boruca y Térraba, en la zona sur del país, quienes se opusieron a la deforestación que se estaba llevando a cabo. En marzo de 1985, fueron encarceladas, durante una semana, 19 personas, entre hombres, mujeres y niños. Luego de la intervención de personas y organizaciones que trabajan por el indígena, fueron liberados, pero el fallo de este conflicto finalizó favoreciendo al empresario, quien ilegalmente había explotado la madera en esta reserva.

La organización ha tenido una respuesta estatal. En 1973 se creó la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), cuyo mandato es la búsqueda de soluciones a los diferentes problemas que enfrenta el indígena de Costa Rica, especialmente la defensa de la tierra, en la cual es complementada con la Ley Indígena. Pero este organismo en sus quince años de existencia no ha demostrado su eficiencia; por el contrario, se convirtió en un ente burocrático más, y la participación y los derechos del indígena han sido relegados a los últimos lugares.

Se han abierto otras instancias por parte del propio indígena, como es la creación de la Asociación Indígena de Costa Rica en 1980, cuya protección jurídica es totalmente obsoleta por una ley de 1938, Ley de Asociaciones, y la Ley de Dinadeco, que no permiten una apertura de la asociación para que dé respuesta a los intereses y necesidades del indígena.

Recientemente, se ha creado una organización cultural-comercial, manejada eminentemente por indígenas, conocida como La Voz del Indio, cuyo objetivo es la explotación y comercialización de los productos agropecuarios de las zonas indígenas, así como la edición de un boletín bimensual para la divulgación de la cultura y búsqueda de solidaridad con otros pueblos indígenas y organizaciones.

### **Capacitación de maestros para zonas indígenas**

En los últimos años, se ha establecido, en el Ministerio de Educación Pública, una Oficina de Asesoría para los Maestros de Escuelas Indígenas, dándoles capacitación periódica, tendiente a establecer la educación bilingüe bicultural, cuyos resultados no han sido medidos, pero se ha observado respuestas positivas en la medida que se está respetando un derecho propio del indígena, como lo es el educarse en su lengua materna.

### **Formación de asistentes de salud indígena**

Desde el año de 1977, se inició, en el Ministerio de Salud, la formación de indígenas como asistentes en salud, para que prestaran servicios preventivos y de primeros auxilios a nivel domiciliario. Para ello, se tomaron jóvenes de los diferentes grupos indígenas del país, sin importar su escolaridad, incluso algunos nunca habían ido a la escuela; la capacitación duró seis meses, y los resultados que han dado en estos últimos diez años han sido excelentes, ya que se evita la introducción de elementos foráneos que muchas veces no entienden o no les interesa mantener las costumbres y los derechos de los pueblos indígenas. Esta experiencia ha demostrado que no necesariamente debe destruirse la medicina tradicional indígena al introducir principios de la medicina moderna.

### **Autodeterminación en la administración de la tierra y sus productos**

Con la orientación y canalización económica, la organización La Voz del Indio ha promovido la autogestión en diferentes comunidades indígenas del país, para la comercialización de productos agrícolas en forma comunitaria, lo cual ha dado resultados muy satisfactorios, beneficiando a un grupo importante de familias; actualmente está en una fase expansiva y se inicia la exportación, especialmente del plátano grande (*musácea*).

### **CONCLUSIONES**

- Los derechos de los indígenas no han sido respetados plenamente, violándose principalmente el respeto a las costumbres y tradiciones.

- La Constitución de la República no contempla derechos específicos para los pueblos indígenas.
- A pesar de la legislación y normas jurídicas existentes en el país, éstas han sido violadas frecuentemente, convirtiéndose prácticamente en letra muerta.
- Los tratados, leyes y pactos internacionales, tienen poca vigencia en la protección de los derechos de los pueblos indígenas.
- Los modos de producción del indígena dejaron de ser autóctonos debido a las invasiones sufridas, iniciadas por las compañías bananeras a principios de siglo, y agudizadas recientemente por las explotaciones petroleras, mineras y, particularmente, por el despojo indiscriminado de sus tierras por parte de los campesinos y otros invasores de las reservas.
- Las relaciones sociales de producción muestran cambios profundos: la unidad económica basada en la familia, ampliada y comunal, se transforma en la familia nuclear que percibe un salario, pasando la tierra a ser objeto comercial, y, en otros casos, generando el régimen de la pequeña finca.

#### RECOMENDACIONES

- Promover cada vez más las organizaciones locales indígenas para que éstas sean autosuficientes, en el manejo y solución positiva de su propia realidad.
- Promover, en los diferentes grupos indígenas, la defensa y conservación de los valores culturales y tradiciones autóctonas, tendientes a afianzar su propia autonomía.
- Aprovechar los diferentes foros y organizaciones internacionales para fortalecer la solidaridad entre los pueblos indígenas.

- **Buscar mecanismos que permitan la aplicación de las leyes vigentes e introducir normas en la Constitución política y las leyes, tendientes al respeto integral de los pueblos indígenas.**
- **Apoyar y promover la capacitación en todos los campos del quehacer indígena, especialmente en lo referente al conocimiento real de los derechos humanos para el logro de su aplicación.**

263

**ANEXOS**

*La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica*

*Decreta:*

La siguiente

*Ley Indígena*

Artículo 1°— Son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad.

Se declaran reservas indígenas las establecidas en los decretos ejecutivos números 5904-G del 10 de abril de 1976, 6036-G del 12 de junio de 1976, 6037-G del 15 de junio de 1976, 7267-G y 7268-G del 20 de agosto de 1977, así como la Reserva Indígena Guaymí de Burica (Guaymí).

Los límites fijados a las reservas, en los citados decretos, no podrán ser variados disminuyendo la cabida de aquéllas, sino mediante ley expresa.

Artículo 2°— Las comunidades indígenas tienen plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase. No son entidades estatales.

Declárase propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en el artículo primero de esta ley.

La Procuraduría General de la República inscribirá en el Registro Público esas reservas a nombre de las respectivas comunidades indígenas.

Las reservas serán inscritas libre de todo gravamen. Los traspasos del Estado a las comunidades indígenas serán gratuitos, no pagarán derechos de Registro y estarán exentos de todo otro tipo de carga impositiva conforme a los términos establecidos en la Ley de CONAI.

Artículo 3°— Las reservas indígenas son inalienables e imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan. Los no

\* *La Gaceta* Núm. 240, 20 de diciembre de 1977.

Traducción Page 1/1

indígenas no podrán alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas reservas. Los indígenas sólo podrán negociar sus tierras con otros indígenas. Todo traspaso o negociación de tierras o mejoras de éstas en las reservas indígenas, entre indígenas y no indígenas, es absolutamente nulo, con las consecuencias legales del caso. Las tierras y sus mejoras y los productos de las reservas indígenas estarán exentos de toda clase de impuestos nacionales o municipales, presentes o futuros.

Artículo 4° — Las reservas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o de las leyes de la República que los rijan, bajo la coordinación y asesoría de CONAI.

La población de cada una de las reservas constituye una sola comunidad, administrada por un Consejo directivo representante de toda la población; del consejo principal dependerán comités auxiliares si la extensión geográfica lo amerita.

Artículo 5° — En el caso de personas no indígenas que sean propietarias o poseedoras de buena fe dentro de las reservas indígenas, el ITCO deberá reubicarlas en otras tierras similares, si ellas lo desearan; si no fuere posible reubicarlas o ellas no aceptaren la reubicación, deberá expropiarlas e indemnizarlas conforme a los procedimientos establecidos en la Ley N° 2825 de 14 de octubre de 1961 y sus reformas. Los estudios y trámites de expropiación e indemnización serán efectuados por el ITCO en coordinación con la CONAI.

Si posteriormente hubiere invasión de personas no indígenas a las reservas, de inmediato las autoridades competentes deberán proceder a su desalojo, sin pago de indemnización alguna.

Las expropiaciones e indemnizaciones serán financiadas con el aporte de cien millones de colones en efectivo, que se consignarán mediante cuatro cuotas anuales de veinticinco millones de colones cada una, comenzando la primera en el año de 1979; dichas cuotas serán incluidas en los presupuestos generales de la República de los años 1979, 1980, 1981 y 1982. El fondo será administrado por la CONAI, bajo la supervisión de la Contraloría General de la República.

Artículo 6° — Ninguna persona o institución podrá establecer, de hecho o de derecho cantinas ni venta de bebidas alcohólicas dentro de las reservas indígenas. La presente ley anula la actual posesión y concesión de patentes de licores nacionales y extranjeros dentro de las reservas. Queda prohibido a los municipios el otorgamiento y traspaso de patentes de licores dentro de las mismas.

Los establecimientos comerciales, sólo podrán ser administrados por los indígenas. Ninguna otra persona o institución con fines de lucro podrá hacerlo.

Los negocios que se establezcan dentro de las reservas indígenas deberán ser administrados preferentemente por Cooperativas u otros grupos organizados de la comunidad.

El Consejo Nacional de Producción dará carácter prioritario al establecimiento de expendios en las comunidades indígenas.

Solamente los indígenas podrán construir casas, talar árboles, explotar los recursos maderables o plantar cultivos para su provecho dentro de los límites de las reservas.

Para conservar el patrimonio arqueológico nacional, quedan prohibidas la búsqueda y extracción de huacas en los cementarios indígenas, con excepción de las exploraciones científicas autorizadas por instituciones oficiales. En todo caso, éstas necesitarán la autorización de la comunidad indígena y de la CONAI. La violación a las disposiciones del presente inciso, serán sancionadas con las penas indicadas en los artículos 206 y 207 del Código Penal.

Los recursos minerales que se encuentren en el subsuelo de estas reservas son patrimonio del Estado y de las comunidades indígenas. Los permisos otorgados para la exploración o explotación minera, caducarán al término fijado originalmente en la concesión y sólo podrán ser renovados o prorrogados mediante autorización dada por la CONAI. Se necesitará lo mismo para los nuevos permisos.

Artículo 7°— Los terrenos comprendidos dentro de las reservas, que sean de vocación forestal, deberán guardar ese carácter, a efecto de mantener inalterado el equilibrio hidrológico de las cuencas hidrográficas y de conservar la vida silvestre de esas regiones.

Los recursos naturales renovables deberán ser explotados racionalmente. Únicamente podrán llevarse a cabo programas forestales por instituciones del Estado que garanticen la renovación permanente de los bosques, bajo la autorización y vigilancia de CONAI. Los guarda reservas indígenas, nombrados por el Gobierno, tendrán a su cargo la protección de los bosques y la vigilancia de ellas. La CONAI está expresamente facultada para revocar o suspender, en cualquier momento, los permisos extendidos; cuando estimare que existe abuso en la explotación o bien cuando se ponga en peligro el equilibrio ecológico de la región.

Artículo 8°— El ITCO, en coordinación con la CONAI, será el organismo encargado de efectuar la demarcación territorial de las reservas [sic] indígenas, conforme a los límites legalmente establecidos.

Artículo 9°— Los terrenos pertenecientes al ITCO incluidos en la demarcación de las reservas indígenas, y las Reservas de Boruca-Térraba, Ujarrás-Salitre-Cabagra, deberán ser cedidos por esa institución a las comunidades indígenas.

Artículo 10°— Declárese de nivel prioritario nacional el cumplimiento de esta ley; a este efecto todos los organismos del Estado, abocados a programas de desarrollo, prestarán su cooperación, coordinados con la CONAI.

Artículo 11°— La presente ley es de orden público, deroga todas las disposiciones que se opongan a la misma y será reglamentada por el Poder Ejecutivo con la asesoría de CONAI, en un plazo no mayor de seis meses a partir de su vigencia.

Artículo 12°— Rige a partir de su publicación.

*Comuníquese al Poder Ejecutivo*

Asamblea Legislativa.— San José, a los dieciséis días del mes de noviembre de mil novecientos setenta y siete.

Elías Soley Soler  
Presidente

Rolando Araya Monge  
Primer Secretario

Carlos Luis Fernández Fallas  
Segundo Secretario

Casa Presidencial.— San José, a los veintinueve días del mes de noviembre de mil novecientos setenta y siete.

*Ejecútese y Publíquese*

Daniel Oduber

Milton Arias Calvo  
El Ministro de Gobernación, Policía,  
Justicia y Gracia

- 269 -

*El Presidente de la República  
y el Ministro de Gobernación y Policía*

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 149 de la Constitución Política, en sus incisos 3) y 18) y con fundamento en la Ley N° 5251 de 11 de julio de 1973 y sus reformas, y la Ley Indígena N° 6172 de 29 de noviembre de 1977 y,

*Considerando:*

1°— Que es política del Estado el impedir la venta y especulación de tierras en las reservas indígenas.

2°— Que, a pesar de la prohibición expresa establecida por la Ley Indígena y decretos conexos, todavía hay numerosos casos de indígenas que venden sus tierras, y luego buscan radicarse en otras reservas, causando en éstas múltiples problemas, e incluso vuelven a incurrir en ventas ilegales de terrenos.

3°— Que, es necesario regular esta situación, para que haya un cumplimiento verdadero de la ley.

4°— Que, por otra parte, la Ley Indígena N° 6172 y decretos conexos han dado a las comunidades indígenas la facultad de manejar sus asuntos internos, a través de sus representantes legales, y se reconoció cada reserva indígena como una entidad distinta, regida por sus costumbres propias y su gobierno local.

5°— Que conforme con el artículo 38 del reglamento de Ley N° 3859 sobre el Desarrollo de la Comunidad, pueden ser desafiadas de las asociaciones de desarrollo las personas que en alguna forma dañan las actividades de la comunidad.

Por tanto,

\* *La Gaceta* Núm. 191, martes 8 de octubre de 1985.

**Decretan:**

Artículo 1°— Los indígenas que, a partir de esta fecha, incurrieran en ventas ilegales de terrenos, tal como está especificado en la Ley Indígena N° 6172, serán desafiados automáticamente de la Asociación de Desarrollo de la Reserva de la cual son vecinos, por un periodo de 10 años, y no podrán afiliarse a ninguna otra asociación de desarrollo de cualquier reserva indígena durante el mismo tiempo.

Artículo 2°— Para poder establecerse en una reserva indígena diferente de la de donde nació o ha vivido en los últimos años, cualquier indígena debe contar obligatoriamente con la autorización escrita de la Junta Directiva de la Asociación de Desarrollo de la Reserva en la cual él quiere establecerse, así como de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, CONAI; cualquier comunidad indígena tiene facultad de oponerse a la instalación de indígenas originarios de otros lugares y que a su criterio, son perjudiciales a sus intereses.

En todo caso, esta autorización únicamente puede darse a los indígenas para los cuales no se haya comprobado que hubiesen vendido terrenos a no indígenas en una fecha posterior a la de la publicación de la Ley Indígena N° 6172 de 29 de noviembre de 1977.

Artículo 3°— Las Asociaciones de Desarrollo Integral de las Reservas Indígenas del país, y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, CONAI, están expresamente facultadas para actuar en contra de los indígenas que no respetaran lo establecido en el artículo 2° del presente Decreto, asimilándoles a invasores, y aplicándoles lo previsto por los artículos 3°, 4° y 5° de la Ley Indígena N° 6172.

Artículo 4°— Rige a partir de su publicación.

Dado en la Presidencia de la República.— San José, a los veinticinco días del mes de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco.

**Luis Alberto Monge**

**Enrique Obregón Valverde**  
El Ministro de Gobernación y Policía

## LA DEFENSORIA JURIDICA DE PRESOS INDIGENAS

*Magdalena Gómez\**

### INTRODUCCION

La situación que viven los pueblos indios en nuestro país ha sido muy documentada; sin embargo, es reciente el interés por acercarse a la problemática jurídica de estos grupos. Durante décadas, los indios han sufrido la aplicación del derecho positivo mexicano sin considerar su especificidad étnica, como uno de los efectos de que su existencia como entes colectivos es desconocida constitucionalmente.

En este trabajo, nos proponemos analizar el funcionamiento del aparato estatal encargado de resolver conflictos entre el Estado y los particulares, o entre los propios particulares. Estamos conscientes de que la llamada administración de justicia se sustenta en un orden jurídico nacional, el cual refleja una particular concepción del derecho muy relacionada con la que priva en torno al Estado nacional. Aclaramos así que, si bien nuestros planteamientos implican una crítica a dicha concepción, los mismos no la agotan.

Por otra parte, es útil recordar que los rasgos que expondremos a nivel del discurso jurídico, en la administración de la justicia, operan en

\* MAGDALENA GÓMEZ. Instituto Nacional Indigenista (INI), México.

todos los casos, independientemente de que se apliquen o no a indígenas. Sin embargo, nos proponemos mostrar cómo en ese ámbito se agravia de manera específica a los grupos indígenas.

El derecho positivo está dividido en ramas o áreas específicas, de las cuales algunas se aplican más que otras entre los grupos indígenas. Poco o nada tiene que ver el indígena con el derecho fiscal, en cambio las ramas agraria y penal lo afectan cotidianamente. Si bien constituyen cuerpos normativos de muy diversa naturaleza, en la realidad muchos asuntos penales tienen como origen el problema de la tenencia de la tierra.

Las cárceles vienen a ser el espejo donde se retrata la contradicción permanente que viven estos grupos respecto al llamado estado de derecho. El trasfondo histórico de esta contradicción se remonta a los orígenes del Estado-nación, donde prevaleció la razón de Estado de la unicidad, de la igualdad ante la ley y, en síntesis, de la mexicanidad homogeneizadora.

Hoy en día, pese al desconocimiento constitucional, las comunidades indígenas sobreviven. Su capacidad de resistencia les ha permitido conservarse; si bien existen niveles diferenciales de pérdida de vitalidad étnica, en lo fundamental estos pueblos han preservado sus normas de control social coexistiendo con las establecidas por el orden jurídico nacional.

En síntesis, analizaremos las prácticas de los diferentes sujetos que intervienen en la administración de justicia en materia penal, centrándonos en los roles del juzgador y del acusado, así como ubicando al intermediario profesional, conocido como abogado. Nuestra fuente principal es la experiencia del Programa de Defensoría de Presos Indígenas, que opera en el Instituto Nacional Indigenista (INI) a partir de 1984.

A manera de contraste, ofreceremos algunas apreciaciones iniciales sobre la vigencia de las normas de control social indígena tratándose de la resolución de conflictos en su interior. Dichos elementos provienen de los diversos encuentros de autoridades tradicionales indígenas promovidos por el INI.

Con el objeto de documentar el choque cultural entre el cuerpo normativo en el medio indígena y el derecho positivo, presentaremos algunas reflexiones en torno al delito de homicidio en el medio indígena, enfatizando un caso particular donde se expresa el choque de diversos sistemas normativos y culturales.

Finalmente, compartiremos una serie de interrogantes que requieren ser retomadas en el futuro para profundizar en la investigación sobre la problemática jurídica de los grupos indígenas.

#### **LOS INDIGENAS ANTE LA LLAMADA ADMINISTRACION DE JUSTICIA: EL DISCURSO JURIDICO**

La tensa relación que se da entre los encargados de aplicar la ley y los ciudadanos receptores de la misma obedece, en materia penal, al hecho de que estar sometido a juicio implica la privación de la libertad durante un largo tiempo, al margen de que dicho proceso judicial arroje el resultado de culpabilidad o de inocencia.

Los procesos penales se inician formalmente con un auto, o declaración judicial de formal prisión, dirigido a un sujeto concreto con presunta responsabilidad en la comisión de un delito. La etapa precedente a esta declaración, conocida como la averiguación previa, es la que comprende desde el momento en que un agente del Ministerio Público, agente auxiliar o síndico municipal, toma conocimiento de la verificación de hechos que pudieran ser constitutivos de delitos. En ejercicio de facultades legales, esta autoridad procede a detener a los presuntos responsables y a realizar una rápida investigación que le permita definir si hay elementos para consignar al o los detenidos ante el juez de Primera Instancia.

Tratándose de los grupos indígenas, un hecho constatado es que suelen entregar, a la autoridad judicial más próxima, al miembro de su comunidad que haya participado en hechos de sangre. Desde ese momento se le traslada a la cabecera municipal más cercana, acompañado por lo general de un acta donde relatan su versión sobre los hechos que motivaron la detención. Dicha acta, como veremos, será definitiva en el proceso que se siga al presunto responsable<sup>1</sup>. El agente municipal expresará en ella necesariamente su apreciación personal, y es común que ésta sea definida en el contexto de las relaciones locales de poder, de las cuales él forma parte. Conforme el indígena acusado se aleja físicamente de su comunidad, lo hace también de la posibilidad de ser juzgado con objetividad. En primer lugar, va al encuentro de un mundo que utiliza un lenguaje que él ignora, que aplica una ley que él desconoce, que juzga sobre

unos hechos que sucedieron en un lugar y en un contexto étnico que el juez normalmente no conoce ni investiga. Todo lo cual no es obstáculo para que el proceso penal se desarrolle. Existe el principio jurídico de que “la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento”; existe también otro que habla de que “todos somos iguales ante la ley”, así se trate del indígena de la sierra zapoteca o del próspero comerciante de la zona rosa en el Distrito Federal.

Un ejemplo basta para ilustrarnos, Jesús Sánchez Pérez, indígena mazateco, residente en la comunidad de Zacatepec de Bravo, sin camino directo de acceso a la ciudad más próxima (a dos días de camino a pie), fue acusado de homicidio en contra de la persona de Francisco Carrera y trasladado a Tehuacán, Puebla, por los propios habitantes de dicha comunidad acompañados del agente auxiliar. En su primera declaración judicial, el acusado indicó que mató a Francisco Carrera bajo la convicción de que éste había embrujado a su pequeño hijo, quien falleció una hora antes de que él cometiera el crimen<sup>2</sup>.

Desde el inicio de los procesos se marca la distancia entre la verdad real y la verdad legal. Cuando hablamos de verdad real, nos estamos refiriendo al escenario étnico y social, donde se desarrollaron los hechos que son materia del litigio, a las redes de poder local que frecuentemente influyen en la comisión de delitos y, en general, a todo el universo de valores culturales de los grupos indígenas. La “verdad judicial”, en cambio, es la que se construye al margen de aquélla, o aun en ocasiones en su contra; es la que se va entretejiendo a partir de la interpretación judicial de la primera declaración.

En el caso que estamos comentando, la declaración del acusado toma el rango de confesión absoluta, sin mayor indagación. Precisamente, hechos como éste nos han llevado a sugerir que los abogados ofrezcan peritajes antropológicos en los juicios penales; por ello el antropólogo Carlos Jurado visitó recientemente la comunidad de Zacatepec de Bravo. Su objetivo era buscar elementos para ofrecer un peritaje antropológico y acercar al juez a la realidad étnica concreta en que se realizaron los hechos que él va a juzgar. En la comunidad se percibió que una de las personas con poder local posiblemente influyó en Jesús Sánchez para predisponerlo en torno a los supuestos actos de brujería de Francisco Carrera. Este sería sólo uno de los indicios que una real investigación debería contemplar.

Las pruebas típicas que se utilizan en los procesos penales son la confesional del acusado, testimoniales, careos, peritajes profesionales y documentales. El indígena rinde su declaración si se atreve a hablar en su lengua, sin la presencia de un traductor. Si lo hace en español, su uso y conocimiento es tan limitado que le impide expresarse ampliamente en torno a los hechos que motivaron su detención. En ambos casos es usual que antes de que termine de hablar, ya la mecanógrafa de la Agencia Municipal o Juzgado ha terminado de anotar "su declaración". El se limita a estampar en ella su huella digital. Así vemos que al afrontar un interrogatorio el indígena sólo percibe muchos papeles, muchas palabras, muchas leyes. En ningún momento siente que su discurso, su versión sobre los hechos, tenga algún sentido. Otro principio procesal es que la confesión es "la reina de las pruebas". Si el indígena reconoce, por ejemplo, que mató a alguien, para el juzgado resulta lógico condenarlo, y lo hace incluso con la convicción de que está ejerciendo su función de manera adecuada.

Tratándose de las pruebas testimoniales no es fácil conseguir que un indígena que vive en una comunidad alejada, como Zacatepec de Bravo —para seguir con nuestro ejemplo—, acuda a declarar sobre la manera en que Jesús Sánchez es valorado en la comunidad, y mucho menos referirse a la posibilidad de que el cacique local tuviera alguna participación indirecta en los hechos. Esto sucede porque existe una desconfianza generalizada hacia las autoridades judiciales, no se ve en ellas a un órgano capaz de apoyarlos. La clásica prevención a un testigo sobre las responsabilidades en que incurre por dar testimonio, aunado al ritual imperativo del interrogatorio, que se traduce en la expresión "Diga si es verdad como lo es que...", motiva respuestas tales como: "Si tú dices, así será, pues". En el mismo sentido se desahogan las otras pruebas o los careos.

No existe, en todo el proceso, un momento en que el indígena pueda ofrecer su versión y explicarla con la confianza de que sus razones cuentan, de que sus palabras valen. El juez es un ser tan alejado, que pocas veces se presenta físicamente ante el acusado. Para recibir sus declaraciones, basta un escribano. En estas circunstancias no puede hablarse de comunicación entre el juzgador y el acusado. Este, cuando es indígena, viene de una comunidad donde los conflictos se ventilan en el trato directo entre las partes, ante los ancianos respetados y dotados

de auténtica autoridad. Donde las partes hablan el mismo idioma y tienen las mismas referencias culturales y todos conocen los valores que como pueblo quieren preservar.

Por consiguiente, los momentos en que el indígena entra en contacto con la legalidad del derecho positivo mexicano son los momentos de conflicto, de violación. Para él, legalidad es sinónimo de conflicto. No conoce un ámbito donde se aplique la ley para respetar sus derechos.

Nos vamos a referir aquí al abogado postulante o litigante, a su lenguaje jurídico y al de la legislación expresada en los códigos respectivos. Nuestras observaciones no implican un rechazo o desconocimiento a la existencia de la doctrina jurídica en sus diversas tendencias y al necesario lenguaje especializado, que al igual que en otras disciplinas tiene un sentido. El problema se plantea cuando se traslada ese lenguaje especializado a las leyes destinadas a su aplicación cotidiana, en donde ya produce otro tipo de efectos.

En este contexto vamos a asumir el rol del abogado como el profesional que está dotado de conocimientos e instrumental para aventurarse entre citas legales y argumentos comprensibles por sus iguales. El conoce las barreras que la ley se da a sí misma para no ser entendida por el común de las gentes, así como los procedimientos, plazos y formalidades, sin los cuales el proceso no avanza. Con razón se dice que el juez sólo cree en el escrito del abogado. Pues bien, este imprescindible profesional no suele estar al alcance de los reos sin recursos económicos. Recordemos que hemos optado por hablar de la práctica y no de la letra de la ley; según ésta, existen los defensores de oficio cuyos servicios gratuitos son pagados por el Estado.

La experiencia de los abogados contratados por el INI muestra la enorme dificultad de lograr la aplicación de la ley en beneficio de los indígenas. Entre el indígena y el abogado se da un problema de comunicación, igual que aquél no es capaz de explicar a la autoridad judicial su versión sobre la acusación que le hacen, tampoco lo puede hacer con el abogado, por existir entre ellos también la distancia étnico cultural y lingüística. En su primera entrevista con el indígena procesado, el abogado obtiene datos confusos, igual sobre los hechos que sobre el estado del procedimiento, ¿qué va a saber el indígena si ya se ofrecieron pruebas y si se fijaron los plazos de ley? El abogado, formado en la visión de la igualdad ante la ley, se ve frecuentemente imposibilitado para interpretar

el discurso del indígena. Ante esto, toma como fuente real de comunicación, para la defensa, el contacto con el expediente del proceso.

La verdad real no puede ser reconstruida; por lo tanto, asume “la verdad judicial” y con ella litiga, en sus términos, en sus plazos y sobre todo con sus procedimientos. Ponemos énfasis en esto último porque casi todos los abogados del INI coinciden en señalar que a falta de elementos reales sobre los hechos materia del litigio, su labor estriba en localizar errores en el procedimiento, para tratar de atenuar la carga contra su defendido. Por consiguiente, litigan con y contra el juez, y en el marco del discurso jurídico homogéneo, propio de cualquier proceso, lo hacen así ante la imposibilidad de esclarecer la verdad real que debería ser el trasfondo del proceso penal. De ahí que el choque cultural entre dos discursos, uno explícito y otro reprimido, se traduce en la dominación del que impera en el derecho positivo mexicano.

Un mecanismo para lograr la liberación de presos indígenas, en la experiencia que estamos comentando, ha sido el de ejercer el derecho a la libertad bajo fianza<sup>3</sup>. Según la ley, concedida esta libertad, el proceso debe seguir su curso normal hasta dictarse sentencia. La táctica de los abogados del INI suele ser desentenderse del proceso y no insistir en que avance hacia una sentencia que —como ya saben— será en contra de su defendido.

En conclusión, vemos que en el caso de que un abogado pretenda defender al indígena procesado, su relación con éste no lo nutre mayormente para su defensa; de hecho la representación del abogado se convierte en sustitución del procesado. Habla por y a nombre del indígena.

Por otra parte, al igual que el indígena identifica legalidad con conflicto, lo hace con el abogado y la cárcel. Para él sólo en este caso extremo se requiere del apoyo de alguien que hable por él, en lugar de él, podemos afirmar.

#### **LA APLICACION DE LA LEY: TAREA DEL JUEZ**

La legalidad no es un conjunto de cartabones en los cuales cada caso pueda y deba ser ubicado. Tanto la norma como los hechos son susceptibles de interpretaciones. Inclusive el juez tiene una determinada expectativa respecto a su ubicación social, ello revela su posible orientación

ideológica en el tipo de justicia que administra. Al dictar sentencia en un proceso penal, según la letra de la ley, el juez debe valorar las condiciones en que se cometió el ilícito y los elementos que arrojan tanto las declaraciones del acusado y testigos, en su caso, como los alegatos o conclusiones del abogado en favor de su defendido. Sin embargo, esta función es frecuentemente negada, el juez se cubre bajo “el manto sagrado de la ley”, expresa lo ya previsto y dispuesto y considera por ello que existe la imparcialidad judicial. En muchas ocasiones, en nombre del legalismo se justifica la arbitrariedad. Aplicar la justicia es favorecer intereses; el que juzga a un indígena lo hace desde una cultura que se pretende superior, que en el mejor de los casos puede ofrecer generosamente su compasión al hombre “primitivo” o “salvaje”.

Nos parecerá remoto hablar en estos términos, sin embargo, el código penal vigente en el estado de Michoacán contiene en su Art. 16 como causas de inimputabilidad, la de “ser indígena analfabeto, alejado de la civilización”; por otra parte, cotidianamente se dictan resoluciones como la del juez mixto de Primera Instancia, de Guachochi, Chihuahua, que condenó recientemente a veinte años de prisión al tarahumara de 71 años Jesús Villegas, acusado de homicidio, argumentando que “el sentenciado actuó con tal cólera, furia o coraje que rebela en él una personalidad atávica y salvaje que pone de manifiesto un evidente desprecio por la vida humana”<sup>4</sup>.

El juez, cuando dicta su sentencia, está reflejando las relaciones de poder social, en cuyas redes se ubica. Decidir sobre la vida de un indígena desconocido y marginado no le produce prestigio social. Caso distinto cuando tiene que fallar en asuntos que involucren al cacique local o regional, o cuando recibe “recomendaciones” del presidente municipal o del gobernador de un estado. En estos casos se diluye la división de poderes y la autonomía del poder judicial.

#### **LAS NORMAS DE CONTROL SOCIAL INDIGENA: RESOLUCION DE CONFLICTOS**

En contraste con el andamiaje jurídico descrito, que va engrosando un expediente, mientras el indígena permanece recluso en una cárcel, observamos que tratándose de la resolución de conflictos, las comunida-

des indígenas resienten la carencia de reconocimiento para resolver y juzgar todos los conflictos que se dan en su interior.

En los encuentros con autoridades tradicionales indígenas, organizados por el INI<sup>5</sup>, pudimos observar que el hecho mismo de que una institución del gobierno los invite a platicar sobre sus costumbres, despertó cierta expectativa sobre su probable reconocimiento como instancias de gobierno indígena. Tanto entre los siríames (gobernadores) tarahumara, como los tatamandones de la Mixteca, se escucharon expresiones como éstas: “ahora el gobierno dice que nuestra costumbre sí vale”, “que bueno que les vamos a decir nuestra costumbre para que la apunten y no se pierda”.

En todos los casos, un tema obligado fue el de sus normas en cuanto al nacimiento, matrimonio y muerte. Es uno de los ejes en el cual, en buena medida, han logrado conservar su costumbre, y es un factor importante de cohesión social. También se constató que ellos relacionan su pérdida de autoridad, dentro de la comunidad, con la coexistencia con autoridades de fuera “que sí valen”.

A pesar de la situación desfavorable, los indígenas aún tienen su propia organización, sus autoridades, sus normas jurídicas, sus sanciones, sin negar que todo ello ha perdido fuerza y que su aplicación se limita a conflictos menores como riñas, robos, faltas a los padres o a la autoridad, violación de normas comunitarias, entre otros. La función integral, que antaño ejercían las autoridades tradicionales, se ha visto disminuida por la implantación de las normas del Estado nacional, las que —como se ha señalado— niegan la existencia de las comunidades, al reconocer únicamente que sólo existen ciudadanos.

Podemos observar que algunas tradiciones indígenas siguen vigentes, pero desde fuera son valoradas como un mero folklore; sus ceremonias en el nacimiento, matrimonio o muerte no ocasionan un conflicto directo con el derecho nacional. Tratándose de las normas respecto a la tenencia de la tierra o uso de la tierra la situación cambia; por ejemplo, es frecuente que varias comunidades sean agrupadas al formarse los ejidos, ocasionando conflictos ya que cada comunidad tiene sus autoridades tradicionales.

Hemos visto que existe una cultura jurídica en las comunidades; por ello, aún se conservan espacios de aplicación de la legalidad indígena (véase Sierra 1988). Cuando hay una situación de conflicto entre miembros de la comunidad, que no involucra hechos de sangre, se acude a las

autoridades tradicionales a presentar la queja. Se cita al acusado, y normalmente se le enjuicia en público, cuando el pueblo se reúne en la asamblea dominical. Aquí se observa un primer elemento de concepción sobre la sanción distinto al de derecho positivo; se busca que el inculpado sufra como sanción la vergüenza de haber sido visto por todo el pueblo. En Zongozotla, Puebla, hasta años recientes quien cometía un robo era paseado por el pueblo cargando el objeto robado, ahora les parece más fácil pagar una multa<sup>6</sup>.

Entre los indígenas sí se logra la justicia pronta y expeditiva que establece la Constitución mexicana. Normalmente los conflictos se abordan y resuelven en una sesión, durante la cual se discuten y se reconstruyen los hechos, interviniendo tanto la parte acusadora como la acusada. Los miembros de la comunidad dan su testimonio. La autoridad tradicional va orientando la discusión, señalando el tipo de valores que la comunidad quiere preservar. Este es el ámbito donde se ubica el conflicto y en el que se definen las resoluciones, que son inapelables "porque ya se diseutió bastante", según las autoridades tradicionales.

Por otra parte, no existe como pena la reclusión prolongada en la cárcel; en algunos casos tienen lugares de detención pero ésta dura unas horas o días mientras se realiza el juicio. Existe el testimonio de un caso en el estado de Nayarit, en que se sancionó a un indígena huichol obligándolo a permanecer "preso" sentado sobre una piedra por varios días, al borde de un camino, por donde pasan normalmente los miembros de la comunidad<sup>7</sup>.

Un elemento importante, al dirimir los conflictos, es el de fijar la reparación del daño de manera que las partes queden reconciliadas y conformes con la misma. Se trata de mantener la cohesión en la comunidad y de que aquéllos que incurren en faltas se corrijan. Caso distinto es el efecto que produce la penalización del indígena conforme al derecho positivo, pues se convalida con ella la ruptura del indígena con su comunidad de origen.

Existen zonas de alta concentración de población indígena, como la del estado de Oaxaca, donde se observan frecuentes combinaciones de los espacios jurídicos indígenas con los del derecho nacional. En esta región es común que las autoridades oficiales, como el síndico municipal, el comisario de Policía, sean miembros de la comunidad. Ellos, en ocasiones, ejercen sus funciones de acuerdo con las normas del derecho nacio-

nal en su parte formal, pero con el contenido de sus propias normas. Tal es el caso de la herencia, que entre ellos se realiza en vida; normalmente está establecido que los bienes del padre corresponden al hijo mayor; sin embargo, han aprendido que conforme al derecho positivo, muchas decisiones dependen en su validez de que conste por escrito. Por ello, sin referencia alguna al contenido que al respecto establece el derecho positivo, realizan el acto jurídico de transmisión de la herencia en vida de los padres. Este mismo fenómeno se observa cuando extienden constancias oficiales para acreditar que tal o cual miembro de la comunidad cumplió con una obligación, como es la de prestar el tequio, figura inexistente en el derecho nacional.

Vale aclarar que los anteriores elementos, relativos a la impartición de justicia en las comunidades, han sido segmentados para ilustrar este tema. Hemos llegado a ellos en busca de lo que *a priori* dimos en llamar la costumbre jurídica. Sin embargo, lo que apreciamos es que en las comunidades existe un sistema global de control social, cuyas normas están imbricadas unas con otras, y regulan al mismo tiempo tanto las relaciones políticas como las económicas o las familiares, sin necesidad de separarlas en esferas concretas; por ejemplo, el ámbito de lo político por un lado, el de lo económico por otro, el de lo jurídico civil por otro, o el de lo jurídico penal por otro. En la práctica de las comunidades su sistema normativo forma una unidad, y ésta obtiene la legitimidad de su vigencia en la acumulación sostenida de su aplicación a través de un largo tiempo. Con esto no pretendemos afirmar que las comunidades aplican las mismas normas desde hace doscientos o trescientos años; ellas, como todo grupo social, también han modificado sus normas para responder a la variedad de intereses y contradicciones que se mueven en su interior, así como a la presencia y relación de los fuertes intereses inscritos en la sociedad nacional, de la cual forman parte.

#### **EL HOMICIDIO ENTRE LOS INDIGENAS: UNA REFLEXION**

Dentro de los delitos que motivan la reclusión de indígenas en las cárceles, destacan los de homicidio y lesiones. En cuanto a las causas que normalmente originan la comisión de estos delitos, hemos observado que, con frecuencia, reflejan otro tipo de problemática más aguda en el inte-

rior de las comunidades; como sería el caso de conflictos por tenencia de la tierra en los que, en ocasiones, las comunidades indígenas se ven enfrentadas con los caciques y éstos utilizan el recurso de la provocación y la maquinación de falsas acusaciones para llevar al indígena a la cárcel y, así, eliminarlo de la contienda. También en otros casos, el homicidio y las lesiones son resultado de la ingestión excesiva de alcohol. Es común observar que tal práctica ya no se limita a las fiestas tradicionales. En algunas regiones constituye un serio problema, en cuyos orígenes han intervenido entre otros factores la actitud de comerciantes voraces o los mecanismos que los caciques utilizan para reforzar su poder local. Este elemento viene incidiendo desde la época colonial. Hay quienes opinan que el alcohol es un medio de escape ante la insatisfacción que genera en el indígena sus difíciles condiciones de vida, en particular la situación social de sus comunidades.

Existe, sin embargo, un tipo de homicidio que encierra una complejidad adicional, es aquél en cuya comisión interviene, de una u otra manera, el sistema de valoraciones en torno a la brujería. Es precisamente en este tipo de casos donde el sistema de valores y creencias del indígena se vuelve antagónico con el que impera en el derecho positivo mexicano.

A raíz de este tipo de casos es común que los jueces argumenten acerca del carácter "primitivo y salvaje" de los indígenas. No cabe duda de que existe una ideología que acepta la posibilidad de que se prive de la vida a alguien para salvaguardar la propiedad de un bien material; en cambio hacerlo con la convicción de que con ello se va a preservar la tranquilidad y salud de los miembros de una comunidad indígena no configura la legítima defensa que, como atenuante, contempla el derecho nacional<sup>8</sup>.

Es muy delicado abordar este último aspecto, y se corre el riesgo de incurrir en generalizaciones incorrectas. Sin embargo, queremos dejar anotado que este factor de hondas raíces históricas tiene grados alternos de vigencia entre los pueblos indígenas y tal vez no sólo entre ellos.

La creencia de que existen poderes místicos en ciertas personas, consideradas comúnmente como brujos, data de siglos atrás. Los célebres procesos franceses, contra personas consideradas poseídas por el demonio, dieron pie a toda clase de persecuciones en el marco del poder religioso, particularmente el cristiano. Estas influencias fueron, seguramente, parte del acervo ideológico que los conquistadores trajeron a la América indígena. Acá se encontraron las prácticas rituales y religiosas de los indí-

genas, e intentaron acabar con ellas imponiendo la religión cristiana. Lo que parece evidente es que el sincretismo, que resultó de esas diversas influencias, dejó un espacio para que de manera oculta prevalezcan hasta nuestros días ciertas creencias y prácticas consideradas como de brujería.

La problemática de la violencia en las zonas indígenas requiere un estudio cuidadoso. Percibimos que la frecuencia de homicidios está muy relacionada con los estrechos márgenes de las autoridades tradicionales para resolver conflictos en el interior de sus comunidades. También lo está con el debilitamiento de sus normas de control interno, a raíz de la coexistencia con las normas del derecho positivo. En el Encuentro de la Tarahumara, los siríames hablan de que ya no son obedecidos porque no tienen la autorización para aplicar castigos fuertes. Con esto reflejan, de alguna manera, que sus discursos o sermones al pueblo en las asambleas dominicales tenían como respaldo de su vigencia la posibilidad implícita de sancionar a quienes transgredieran sus valores.

#### ESBOZO DE UN CASO DE CONFLICTO EXTREMO ENTRE LA NORMATIVIDAD INDIGENA, LA NACIONAL Y LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A lo largo de las discusiones que la experiencia del Programa de Defensoría Jurídica suscitó, hemos llegado a reconocer la complejidad de la problemática jurídica del indígena. Sabemos que **no podemos hablar de lo étnico como un nuevo espacio de generalización y de unicidad**. La reivindicación del respeto a los pueblos indios no puede eludir la reflexión sobre los límites que deben definirse, de cara a los derechos de los otros, sean o no indígenas, sean o no mexicanos.

Sobre este conflicto potencial entre diversos espacios de normatividad, presentaremos un caso de homicidio en la zona tepehuana; el mismo se gestó y ejecutó en el ámbito de ejercicio de la autoridad tradicional, en la comunidad de Santa María Taxicaringa, Durango<sup>9</sup>.

El 16 de diciembre de 1984, mediante asamblea convocada por Florentino Díaz Rangel, gobernador tradicional de Santa María de Taxicaringa, se acordó ahorcar y quemar con leña verde a los indígenas Alejandro Barraza Sosa y Matilde Díaz Rangel, quienes supuestamente se dedicaban a la práctica de la brujería<sup>10</sup>. La decisión pretendía liberar a la

comunidad de la hechicería. La resolución se tomó haciendo un recuento de varias muertes que en los últimos meses se habían presentado, todas con síntomas similares y sin que los médicos encontraran explicación. En esta situación se hallaba una señora de la comunidad de nombre María Padilla, quien había tomado días antes un café que le ofreció Matilde Díaz. El 19 de diciembre de 1984 se ejecutó la sentencia en los términos acordados, con la participación de una docena de miembros de la comunidad; previamente habían encerrado a Matilde Díaz en un cuarto que usan como cárcel. Horas antes la llevaron frente a la enferma María, ante quien reconoció que ella la había embrujado, pero afirmó que sólo la podría curar Alejandro Barraza. Esto apresuró la ejecución de la decisión tomada. Los hechos fueron denunciados en la capital del estado de Durango y por ello se enviaron policías para detener a los involucrados. En total se aprehendieron a catorce miembros de la comunidad, entre ellos el gobernador tradicional Florentino Díaz Rangel.

En las primeras declaraciones de los detenidos, ante la policía judicial del estado de Durango, narraron los hechos citados sustentándose en que se trataba de una decisión de sus autoridades tradicionales. Como hemos comentado, este último argumento no tiene cabida en la lógica del discurso jurídico, por ello se procedió a considerar a los implicados por el delito de homicidio con todos los agravantes: premeditación, alevosía y ventaja. Es en este momento procesal cuando intervino el abogado del INI, quien buscó la forma de atenuar la penalidad para sus defendidos, y al avalar, implícitamente la inexistencia de facultades jurisdiccionales en las autoridades tradicionales, definió como estrategia de defensa el que los acusados se retractaran de sus primeras declaraciones, aludiendo a presiones físicas y psicológicas. Así fue como lo que en principio era una reivindicación de su derecho, se convirtió en una negación del mismo.

También en este caso se impuso "la verdad judicial" sobre la verdad real; sin embargo, tuvo matices novedosos. El INI, de manera extrajudicial, a través de la prensa y de la organización de mesas redondas con especialistas en cultura tepehuana, buscó sensibilizar a la opinión pública aduciendo las razones que tuvieron las autoridades tradicionales para enjuiciar a las personas confesas de practicar la brujería. A través de este tipo de acciones, y de la concesión de indultos por parte del Ejecutivo estatal, se logró atenuar la sentencia para los indígenas, y obtener la libertad condicional de los mismos tres años después.

Con este ejemplo se muestra el ejercicio jurisdiccional y normativo en una comunidad indígena. Sabemos que es un caso extremo y que no es lo que caracteriza a las comunidades en forma cotidiana, pero pone de manifiesto la contradicción entre los derechos colectivos y los derechos individuales. Asimismo, nos confronta con los supuestos románticos o idealistas que tienden a imaginar que todo lo que suceda en el interior de las comunidades indígenas debe apoyarse<sup>11</sup>; si bien avalamos el derecho de los pueblos indígenas a tener sus formas propias de gobierno, este caso nos plantea la duda de si estamos de acuerdo en que las decisiones de dichos pueblos puedan transgredir las normas contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La respuesta no es mecánica, este caso se presenta para llamar nuestra atención sobre las reglas que deben redefinirse en la relación de los pueblos indígenas, el Estado mexicano y los demás pueblos y estados. Lo primero, y fundamental, es lograr que se reconozca su existencia, después tendrán que abordarse los espacios normativos para asegurar el respeto a los derechos individuales y colectivos de la nación en su conjunto.

## REFLEXIONES Y PERSPECTIVAS

La experiencia que estamos compartiendo ha tenido su evolución conforme nos introducimos en su análisis<sup>12</sup>. En un principio vimos la palpable injusticia que sufren los indígenas en las cárceles y tratamos de contribuir a disminuirla. Para ello fue necesario acercarnos a las autoridades tradicionales indígenas, y escuchar de ellas su visión sobre los delitos, los conflictos y su manera de resolverlos. Constatamos, como se ha dicho, que las comunidades indígenas tienden a reconocer el poder que sobre ellas tiene el Estado mexicano. Ello no significa que den su consentimiento. Es un hecho palpable y con él se relacionan de diversas maneras, según el grupo étnico de que se trate y la mayor o menor vitalidad étnica del mismo. A la manera en que los indígenas resuelven sus conflictos la llamamos *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.

Otro problema que surgió es el de analizar las alternativas posibles para resolver el choque cultural que produce la aplicación del derecho

positivo mexicano en los pueblos indios. De los encuentros mencionados empezó a sugerirse la posibilidad de "codificar" las normas tradicionales para que se integraran al orden jurídico nacional. Por una parte, existe la creencia de que se puede detener la erosión de dichas normas si se les plasma por escrito; por otra, se piensa que si bien el realizar ciertas reformas a la legislación pueden ser paliativos, éstos tienen un sentido favorable en lo inmediato; por ejemplo, disponer de traductores indígenas en los juicios, llamar a las autoridades tradicionales a los juicios, reconocer los peritajes antropológicos.

Sin embargo, hemos visto que esta posibilidad entraña nuevos riesgos para los pueblos indígenas. Es indudable que se requiere legislar sobre los mismos; pero legislar constitucionalmente, reconocer su existencia en la ley fundamental, ya que cualquier legislación secundaria seguirá presa de la contradicción de origen. Esto nos lleva de nuevo a nuestro punto de partida, es necesario revisar la concepción que sobre el Estado nacional rige en nuestro país, y replantear la concepción positivista sobre el derecho. Este no puede seguir siendo una abstracción de validez universal y de aplicación supuestamente neutral, al margen de los intereses que protege. Debe abandonarse la vieja idea contenida en las Leyes de Indias de que las normas indígenas se aplican en aquello que "no contra- viene" al Estado nacional.

#### NOTAS

1. El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad. En el caso de los indígenas procesados, dicha norma opera en sentido inverso.
2. Expediente 567/87, radicado en el Juzgado Penal de Tchuacán, Puebla.
3. Libertad bajo fianza es aquella que se concede cuando el término medio aritmético de la pena fijada al delito de que se acusa no excede de cinco años. En ese caso se otorga, previo pago de una cantidad de dinero que fija el mismo juez.
4. Expediente 8/82, Guachochi, Chihuahua, Juzgado Mixto de Primera Instancia.
5. Véanse Relatorías de Encuentros de Autoridades Tradicionales sobre Costumbre Jurídica Indígena, México: INI, 1988: Tlaxiaco, Oaxaca (octubre de 1987), Santa María Ocotán Durango (abril de 1988), Guachochi, Chihuahua (abril de 1988), Chenalhó, Chiapas (octubre de 1988), y Zongozotla, Puebla (octubre de 1988).
6. Zongozotla es un pueblo totonaca muy aculturado a raíz de la producción y comercialización del café. En la reunión realizada por el INI, en realidad no acudieron autoridades tra-

dicionales porque no las tienen; las personas mayores, que estuvieron presentes, relacionan "la costumbre" y el sistema de cargos con el atraso y "la caña" (el alcohol).

7. Testimonio de Alberto Aguilar, médico del INI, recopilado por Hugo Ayala (Gómez 1988:5).
8. Recordemos la célebre y clásica absolución al homicida de una bruja araucana (Chile, 1953). En este caso, se dictaminó afirmando que fue "un acto de autodefensa y de defensa de la comunidad que la rodea, de modo igual que lo era la ejecución de la bruja en el mundo europeo o americano hasta fines del siglo XVIII" (Boletín Indigenista XV [2]: 164). En cuanto a la responsabilidad, sobre este hecho se consideró que recae en "nuestra sociedad, la cual a través de tantos años continuaba y continúa manteniendo diversos núcleos de indígenas en abandono cultural completo" (27 de mayo de 1953) (*ibid.*, p. 166).
9. El grupo tepehuano, que se localiza actualmente en la Sierra Madre Occidental, en los estados de Chihuahua, Durango y Nayarit, se halla asentado de manera dispersa en pequeñas rancherías, al igual que sus vecinos cora, huichol y tarahumara, con varias aldeas y centros ceremoniales (donde se concentran las autoridades cívico-religiosas elegidas anualmente), que constituyen, por lo tanto, una unidad político-administrativa. En dichos centros se encuentran la iglesia, las oficinas de gobierno, la cárcel y la casa comunal. Cada año son elegidas las autoridades tradicionales: el gobernador, el alcalde y el alguacil, que dominan la legislación civil; el fiscal y el topil, quienes imparten la justicia religiosa y administran la iglesia del lugar. Los mayordomos o fiesteros (cuatro por cada fiesta en diez ocasiones al año) organizan las festividades y pagan los gastos. La religión tepehuana es la resultante de la combinación de elementos del catolicismo con la tradición indígena. Sus deidades principales son Tat (Dios Padre, el Sol), la Estrella de la Mañana, el héroe cultural Ixcaitiungu (el que gobierna) y las católicas Jesús Nazareno, la Virgen María y la Virgen de Guadalupe. Existen chamanes que también son curanderos, y que desde el punto de vista de algunos investigadores juegan un papel importante dentro del grupo; ellos reciben el nombre de *magmag*. Las ceremonias más importantes de orden religioso son los mitotes, que pueden ser familiares o comunales. Se cree que cuando alguien no participa o cumple con el mitote, como tradicionalmente se dispone, se enferma o muere. El grupo tepehuano es uno de los más aculturados de la región. A pesar de su relativo aislamiento ha tenido un ritmo acelerado de cambio en cuanto a su cultura material, que se evidencia, sobre todo, en su elevado bilingüismo y en la pérdida de la indumentaria tradicional.
10. Luigi Tranfo comenta con respecto al fallecimiento por causa de brujería:
 

[...] existe siempre una cierta resistencia a hacer pública la cosa. Razones de distinta índole, primera entre todas el deseo que no se difunda la razón de la venganza y en consecuencia la calidad, aunque presunta, de la víctima, empujan a los familiares a guardar el secreto y pasar por natural el fallecimiento no obstante la convicción contraria. Ni siquiera hay que asombrarse del hecho de que ellos no deseen una satisfacción en el campo judicial. La cosa se explica por dos motivos principales: primero, la justicia occidental es lenta, atraviesa varios grados de jurisdicción, se realiza en tiempos tan largos que en la conciencia del otomi se pierde la conexión entre hecho y sentencia; segundo, en todo caso siempre existe la esperanza en la familia del muerto, de que un día se pueda devolver lo que se recibió, con las mismas armas, es decir, a través de la magia; sin tomar en cuenta que, en las familias que confían ciegamente en estos métodos y en su realidad (y no son pocas), una venganza de este tipo no provoca indigna-

ción en cuanto termina por ser considerada el justo fin de una trágica historia, un trueque moral que debe forzosamente acabar en paridad.

Hoy en día esta situación está desapareciendo paulatinamente en el Mezquital. Si no se dan noticias de hechos como los arriba mencionados es porque en verdad son cada vez más raros. Aunque no podemos ser tan optimistas como para afirmar que desde el tiempo de Canuta Benítez y de la vieja María, de Orizabita, no se han comprobado homicidios por causa de brujería, es cierto que acontecimientos tan trágicos, si se han producido en los últimos diez años, se podrían contar con la punta de los dedos (1975: 250-251).

11. Los artículos 3° y 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagran el derecho a la vida y la prohibición de que cualquier persona sea sometida a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
12. Las presentes reflexiones, si bien son responsabilidad de su autora, también provienen de la participación en el seminario que sobre estos temas encabeza Rodolfo Stavenhagen por El Colegio de México, con el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), el Instituto Indigenista Interamericano (III), y el INI.

#### BIBLIOGRAFIA

Gómez, Magdalena

1987 Derecho consuetudinario indígena. México Indígena Año IV, 2a. época, núm. 25, pp. 3-5.

Instituto Indigenista Interamericano

1955 Boletín Indigenista XV (2): 160-168.

Sierra, Teresa

1988 Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena. Seminario Internacional sobre Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Lima, julio de 1988. En este libro.

Tranfo, Luigi

1975 Vida y magia en un pueblo otomí del Mezquital. México: Secretaría de Educación Pública (SEP) - Instituto Nacional Indigenista (INI). Colección SEP-INI. Núm. 34.

*Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina* se terminó de imprimir el 21 de marzo de 1990 en Talleres Gráficos de Cultura, S.A. de C.V. En su composición se utilizaron tipos Bodoni de 14, 12, 10 y 8 puntos. El tiraje es de 3.000 ejemplares. Estuvo a cargo de la edición: Josefina Lusardi; tipografía y formación: María de la Luz Segura; corrección de planas: Alvaro Giraldo; dibujos: Javier Ramírez.