

SISTEMA(S)¹ JURÍDICO(S) INDÍGENA(S)²

JOSÉ EMILIO ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNAM

Resumen: El autor ofrece un análisis comparativo de las estructuras sociales de los sistemas jurídicos que permite caracterizarlos, en su pluralidad, con las contribuciones de la sociología y la antropología. Los sistemas jurídicos indígenas se erigen como una imagen de la cosmovisión de los pueblos indios frente al positivismo formal del derecho del estado.

Resumo: O autor oferece uma análise comparativo das estruturas sociais dos sistemas jurídicos que permite caracterizá-los, na sua pluralidade, com as contribuições da sociologia e a antropologia. Os sistemas jurídicos indígenas se erigem como uma imagem da [cosmovisão] dos povos indianos frente ao positivismo formal do direito do estado.

Abstract: The author offers a comparative analysis of the social structures of the legal systems that allows to characterize them, in his plurality, with the contributions of sociology and the

*Recibido el 7 de octubre de 2008. Aceptado el 4 de noviembre de 2008.

¹ “Système, it, sistema, i.,system, System. (Del lat. Systéma, y éste del gr. Sýstema, de sýn, junto, e hístemi, poner.). Conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. // Conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto. // Medio o manera usados para hacer una cosa: tiene su propio sistema de trabajo. Filos. Conjunto de proposiciones o teorías que constituyen un todo orgánico en razón de su coherencia intrínseca En sentido amplio sistema es un conjunto de elementos relacionados entre sí funcionalmente, de modo que cada elemento del sistema es función de algún otro, no habiendo ningún elemento aislado.” Diccionario Enciclopédico Espasa, t. 21. P. C 10703. “Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente entrelazados entre sí”. “inquisitivo. Der. El que, a diferencia del acusatorio, permite al juzgador exceder la acusación y aún condenar sin ella”. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española, 1992, pp. 1338 y 1339.

² Hay quienes no aceptan tal proposición: “Para la selección del material nos basamos en el concepto de costumbre jurídica, distinguiéndolo del de “sistema jurídico indígena”, propuesto éste por Raúl Araoz y Augusto Willimsen y que comprende, implícitamente, la existencia de una concepción diferente del mundo, una cultura distinta y una manera de regular normativamente su existencia. Pero si bien tales aspectos se encuentran con frecuencia entre los pueblos indios, para establecer la definición del derecho indígena como “sistema”, diferenciado o no, requiere del análisis de su relación con el derecho nacional vigente. Mientras tanto, conceptualizar el derecho indio como “costumbre” permite avanzar en su registro, análisis y conocimiento en tanto sea reconocido como “sistema”, ya sea desde el punto de vista teórico o legal”. Valdivia Dounce, Teresa (coord), *Costumbre jurídica indígena. Bibliografía comentada*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1994. Seguramente el criterio es propio del denominado indigenismo integracionista. “Pronto nos dimos cuenta de que el universo que pretendíamos aprehender era más amplio, o por lo menos más ambiguo, que un sistema de derecho indígena, y nos acomodamos mejor a la denominación “costumbres jurídicas indígenas”. Ituralde, Diego, “Orden Jurídico y control social”, *Cuadernos de Antropología Jurídica*, 6-1, México, Instituto Indigenista Nacional, 1994, p. 12. Este cuaderno contiene un conjunto de textos, preparados con ocasión de las II Jornadas Lascasianas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

anthropology. The indigenous legal systems are elevated like an image of the figure of the world of the Indian towns against the formal ways of the right of the state.

PALABRAS CLAVES: Sistemas jurídicos, Pluralismo Jurídico, Antropología Jurídica.

KEY WORDS: Legal Systems, Legal Pluralism, Legal Anthropology.

En el marco estrictamente jurídico, con influencias positivistas, se considera sistema jurídico, al conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo y que rigen en determinada colectividad. Se señala además, la existencia de un Estado soberano.³

Desde la perspectiva de las ciencias sociales, en términos metodológicos, el análisis comparativo de las estructuras sociales de los sistemas jurídicos tiene sus raíces históricas en el estudio del derecho comparado, y propone la posibilidad de trazar una distinción analítica entre dos disciplinas. El análisis estructural comparativo es un empeño sociológico. La materia objeto de su estudio es la organización de la actividad jurídica y el carácter variable de los grupos y de los papeles sociales envueltos en el proceso jurídico; su fin primario es el descubrimiento y exposición de regularidad en las estructuras y el desarrollo institucional. El derecho comparado, por su parte, es un estudio de carácter jurídico y sus cultivadores se hallan interesados en el contenido normativo de diversos sistemas jurídicos y se mueven frecuentemente por el deseo de buscar los medios más justos y eficaces, ordenar las relaciones jurídicas de los hombres. Con todo, no debe de pasarse por alto la íntima conexión entre los dos campos. Así, el elemento sociológico es especialmente importante en una rama del derecho comparado: los estudios de la historia del derecho comparado han aceptado generalmente la proposición de que los conceptos jurídicos y las formas del pensamiento jurídico reflejan un subyacente entramado de organización social. Por ello, los historiadores del derecho han contemplado a menudo su contenido normativo desde una perspectiva sociológica.⁴ Sin embargo, esta proposición metodológica que vincula al derecho y la sociología, deja de lado, la vertiente antropológica de la cuestión, o sea, las construcciones culturales y/o étnicas, digamos las cosmovisiones de los pueblos étnicos; pero además, de que manera los hombres producen y

³ Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos del mundo occidental*, Madrid, Reus, 1957, p. 5. Como advertiremos en el mapeo sobre sistemas jurídicos, algunos refiere a familias jurídicas que desbordan las fronteras de la nación: Véase Familia del Common Law, Familia Neorromana, etcétera, y refieren también a sistemas mixtos como los de Israel, Japón, India, Filipinas y Sudáfrica. Véase Sirvent Gutierrez, Consuelo y Guadalupe Margarita Villanueva Colín, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Harla, 1998. Adelante trataremos las propuestas del pluralismo jurídico.

⁴ Sills, David L., *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, México, Aguilar, vol. 3, 1974.

reproducen su vida económica y social, y como en la superestructura política y jurídica se manifiestan.

A propósito, F. J. Caballero, en su artículo “La sociología jurídica en los planes de estudio”, apuntó:

¿Debe ser el jurista o el sociólogo quien se ocupe de la sociología del derecho? Mi parecer a este respecto es claro y contundente: Ni el jurista ni el sociólogo por separado, ya que ninguno de los dos tiene credenciales suficientes para exigir la exclusividad, sino ambos conjuntamente en estrecha colaboración [...] En definitiva, entre el sociólogo y el jurista, en el espacio de la sociología del derecho, no deben existir exclusiones ni interferencias sino complementariedad y trabajo en equipo.

Si bien el jurista y el sociólogo, conjuntamente, deben ser los actores principales en los trabajos de investigación de campo de la Sociología del Derecho, no debe olvidarse que necesitan la colaboración de psicólogos, psiquiatras, profesores, jefes de policía, asistentes sociales.⁵

Así, la propuesta del análisis de los sistemas jurídicos y particularmente en países multiétnicos, necesariamente tiene que ser interdisciplinaria, pero además, confrontado en forma plural, en cuanto a las construcciones paradigmáticas que lo interpreten y los condicionamientos históricos, sociales, económicos y culturales que los sustentan.

De lo anterior, resulta pertinente la propuesta de Humberto Cerroni, en el sentido de legitimar una ciencia social integral y a certificar una ciencia social. Quizás por ello, su ensayo sobre la “Posibilidad de una ciencia social” tiene como pensamiento inspirador: “Llegará el día en que la ciencia natural abarque la ciencia del hombre, al tiempo que la ciencia del hombre abarcará la ciencia natural: no habrá más que una sola ciencia” (Marx)⁶.

En las V Jornadas Lascasianas, Ignacio Cremades, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (España) hizo las siguientes observaciones, replicado la propuesta de considerar al sistema jurídico indígena simplemente como una costumbre, propuesta formulada por los expertos del Instituto Indigenista Nacional de México, participando en ellas, dos destacadas investigadoras, Magdalena Gómez y Teresa Valdivida, quien argumentó:

1. Ante el reconocimiento de diferentes regímenes jurídicos dentro de un Estado-nación creo que el mejor camino para nuestro propósito es el afirmar el actual derecho indígena como derecho particular o propio, *ius propium*, y no como costumbre jurídica respecto al derecho general del Estado. Es decir, se le debe reconocer su carácter de sistema de derecho completo, autóctono,

⁵ “La sociología jurídica en los planes de estudio”, en Ruiz Olabuénaga, J. I. y F. J. Caballero, *Materiales de sociología jurídica*, España, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1984, p. 74 y 80.

⁶ *Introducción a la ciencia de la sociedad*, México, Crítica-Grijalbo, 1978, pp. 11 a la 89.

que responde a unos principios generales y desarrolla sus consecuencias. Pero esto habría que demostrarlo, al menos mínimamente. No sería obstáculo el que su desarrollo pretérito y actual por circunstancias de todo conocidas haya quedado dificultado e incluso truncado. La ardua tarea de su revitalización habría que afrontarla.

2. Su carácter de derecho particular negaría que pudiera ser considerado como *ius introductum*, una norma de carácter excepcional dentro de un régimen de derecho común. Todo derecho indígena sería un sistema coexistente con el sistema general.

3. Su carácter de derecho particular le valdría el de derecho común respecto a su territorio, sin perjuicio de la existencia dentro de ese derecho común de normas de carácter especial o excepcional.

4. El caso de reconocimiento de autonomías políticoadministrativas indias, ese derecho particular quedaría absorbido por el derecho autonómico indio como una parte del ordenamiento autonómico.

5. Mientras, su carácter de derecho particular y común a un territorio no le eximiría de la existencia de un derecho general a todo territorio del Estado-nación, por lo que hay que resolver el problema de la compatibilidad o no de la conducción supletoria de ese derecho general respecto al derecho indígena y, si la respuesta es negativa, parcial o totalmente, se plantearía, por lo tanto, la cuestión de cómo el derecho indígena puede, y en qué medida autointegrarse, conscientes de que por la sola costumbre nueva que genere ello es imposible a corto plazo por definición. Tampoco se vería libre de esta cuestión del derecho estatal como supletorio el derecho de las autonomías indias en caso de que éstas se reconocieran.

6. Su carácter de derecho particular negaría su condición de privilegio personal, la cual, debe otorgársele, es decir, dejar la sumisión a uno u otro derecho a la elección de los ciudadanos indígenas, disminuiría la fuerza jurídica del derecho indígena casi tanto como su conceptualización como costumbre.

7. Por eso su condición de derecho particular, se tenga o no autonomía político-administrativa, exige su carácter territorial. Precisa además que se delimite un presupuesto de aplicación –quiénes están sometidos al derecho indígena y quiénes no (*ius sanguinis*, *ius soli*)– que sirva también para determinar la ley personal (por ejemplo, capacidad, estado civil derechos y deberes de familia y sucesión por causa de muerte) aplicable en los conflictos de derecho interregional. Esta circunstancia del status debería poderse hacer constar en el registro civil. Además es preciso establecer normas conflictuales de derecho interregional.

8. Los conflictos entre derechos indígenas entre sí y de éstos con el general estarían regidos, por consiguiente, por el principio *iura novit curia*, al

consistir en conflictos interregionales y no internacionales. Nadie, pues, estaría obligado a acreditar el contenido y vigencia de su derecho.⁷

En los debates desarrollados en nuestras Jornadas Lascasianas, en torno a considerar al derecho indígena como un sistema, Mercedes Gayosso y Navarrete, destacada romanista e investigadora de la Universidad Veracruzana, formuló dos observaciones:

La primera, resumiendo, establecidas las características de la cosmovisión del mundo indígena, al que estudié a través de las fuentes nahuas, éstas satisfacen los requisitos de un desarrollo filosófico, con todas sus implicaciones, conceptos y supuestos; los cuales enfrentados al concepto de sistema jurídico y subsistemas, resulta que se puede asegurar que existió un sistema jurídico náhuatl, si bien aún sin precisarse. Este sistema sobrevive y plantea una discusión real al derecho positivo formal, creando un problema de falsa posición frente al concepto de soberanía, porque tanto el sistema jurídico indígena como la coexistencia de diferentes derecho en un mismo Estado, no vulneran la categoría de soberanía;

La segunda, “que los elementos que conforma el sistema jurídico mexicano es el romano-canónico y el indígena”.⁸

Sobre la influencia del derecho indígena, Floris Margadant, estima, por un lado, que en algunas regiones de México han sentido poca influencia de la nueva civilización, traída originalmente por los españoles y pone como ejemplo a los lacandones, los indios de la sierra alta de Chiapas, en Quintana Roo y algunas regiones remotas de Yucatán y Campeche, entre los tarahumaras y los yaquis, los seris, etcétera. Dice que buscaría en balde en la legislación oficial de las entidades en cuestión. Es de suponer que se trata de supervivencias del derecho precortesiano. Por otro lado, que el derecho precortesiano sobrevive, no al margen de la legislación oficial, sino incorporado a ella.⁹

⁷ Cremades, Ignacio, “Etnicidad y derecho: aproximación jurídica al derecho indígena de América”, en *V Jornadas Lascasianas. Etnicidad y derecho un diálogo postergado entre los científicos sociales*, México, UNAM, 1996, pp. 170- 172.

⁸ “La cosmovisión de los nahuas, punto de partida para una interpretación sistemática de su derecho”, *Revista Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1992, pp. 74 y 79. La idea que el derecho indígena influenció al derecho mexicano actual lo retoma de la apreciación que para América Latina sostiene Pierangelo Catalano según informa. También para esclarecer lo de sistema jurídico y tradición, retoma a “Merryman, que prefiere utilizar tradición, porque para él “un sistema jurídico” [...] es un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas” (aquello que en la primera posición enunciada se identifica como ordenamiento formal o derecho estatal o nacional) y afirma que, en cambio, “la tradición jurídica relaciona al sistema jurídico dentro del ámbito cultural”, *La tradición jurídico romana canónica*, trad. de Carlos Sierra), México, FCE, p. 13.

⁹ Margadant S., Guillermo F., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, Editorial Esfinge, 1986, pp. 25 y 26. Que varios ecos de esas costumbres jurídicas precortesianas son mencionadas en el estudio de Aguirre Beltran, G y R. Pozas A., “Instituciones indígenas en el México actual”, México, *Memorias del Instituto Nacional Indigenista*, núm. VI, 1954, pp. 173 y ss.

El Instituto Colombiano de Antropología, realizó investigaciones de campo entre los pueblos étnicos Tukano, Chami, Guambiano y Sikuaní, sobre sus sistemas jurídicos. En la Guía metodológica para la elaboración de las tipologías de los sistemas jurídicos, el equipo de trabajo, sostiene:

Por definición, un sistema jurídico comprende el conjunto de normas de actuación que una cultura posee para mantener o retomar a los ideales de comportamiento colectivamente interiorizados, para lo cual existen los siguientes medios sancionados por la cosmovisión, por la costumbre inveterada o por el acuerdo de las colectividades: un conjunto de normas “sustantivas” de prevención o corrección, un conjunto de autoridades que deciden sobre las conductas a seguir y garantizan su implementación y un conjunto de procedimientos específicos tendientes a su cumplimiento.

Sin embargo, ello no es suficiente para caracterizar los sistemas jurídicos. Esta tarea se logra a través de la comprensión de la forma específica en la cual una cultura maneja la concepción de su cosmos a partir de la dinámica de la dicotomía de las categorías caos/orden. Para ello es necesario responder a las siguientes preguntas: ¿Existe un cosmos entendido como un orden que por virtud de los actos humanos se pueda convertir en caos, evento en el cual es necesario tomar una serie de medidas, culturalmente establecidas, para retomar el orden natural de las cosas, bien se enmarque en ellos en el contexto social o en la interacción con fuerzas de la naturaleza o de carácter sobrenatural?¹⁰

Para Raúl Aráoz Velasco, los pueblos indígenas son portadores de un sistema, ya que:

Un sistema jurídico es el conjunto de principios y normas jurídica que se formulan y aplican en una o varias regiones geográficas, que tienen una determinada concepción del mundo y una manera de vivir y de hacer su vida. En otros términos, es el conjunto de la visión del mundo que tiene un pueblo o varios pueblos de la humanidad, su manera de vivir y hacer su vida y su forma y manera de regular normativamente su existencia”.¹¹

Aráoz estima que el sistema jurídico indígena tiene:

1. Una concepción diferente del mundo y sobre el particular, recuerda el Manifiesto de Tiawanacu de los indios de Bolivia, cuando dicen: “No se han respetado nuestras virtudes ni nuestra visión propia del mundo y de la vida, que en síntesis, tiene los siguientes principios: La naturaleza es un orden universal, digna de respeto y no de dominación; el hombre es naturaleza, convive en la

¹⁰ Perafán, Carlos César, Azcárate García, Luis e Hildur Zea Sjöberg, *Sistemas jurídicos Tukano, Chami, Guambiano y Sikuaní. Informe final presentado a COLCIENCIAS, Proyecto No. 0196-10-149.95*, Bogotá, Colombia, septiembre de 1996, pp. 341 y 342.

¹¹ *Temas jurídicos andinos. Hacia una antropología jurídica*, Bolivia, Centro Diocesano de Pastoral Social de Oruro, 1996, p. 39. Aráoz, señala que su construcción parte de las ideas de David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, París, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1973.

naturaleza, la sociedad, es la convivencia comunitaria entre hombres y éstos con la naturaleza.

2. Una cultura diferente: los indios tienen una cultura diferente, o sea una manera de vivir o hacer su vida y señala que conforme sus investigaciones en el pueblo de Resurrección, esa manera de vivir y hacer su vida, conceptualmente se expresa: “en el trabajo en la tierra, en la familia preferentemente extensa, en la unidad doméstica de producción y en la reciprocidad. Elementos que integran su vida económica, social, religiosa y normativa, constituyendo sus elementos de supervivencia en su relación de conflicto permanente con la sociedad mayor.

3. La visión del mundo y la cultura propia de los indios, se expresa objetivamente en bienes y valores los mismos que se protegen y se garantizan normativamente. Esta normatividad consiste en normas morales, religiosas, de trato social y en normas jurídicas. A manera de ejemplo, señala que en la cultura popular de Bolivia y de todo el mundo andino, el ayni, principio de reciprocidad, también es un principio jurídico concepto general de derecho que regula básicamente la vida económica y social de sus pueblos. También señala que en Bolivia y México, los hijos son indispensables pero que cuando no se tiene descendencia procede a la adopción de hijos, generalmente entre los hijos de sus parientes, cumpliendo solamente dos requisitos: integrarlos al hogar como tal y presentarlos a la comunidad como hijo suyo, con el consentimiento de sus padres y del niño, sin recurrir a las complicadas normas de adopciones establecidas en el derecho positivo.¹²

Ascario Morales, en sus estudios sobre las comunidades Kunas de Panamá, frente al pretendido estatismo del desarrollo del derecho indígena y considerarlo como sistema, observa que:

1) En las comunidades indígenas de la Comarca Kuna Yala, existen autoridades tradicionales encargadas de administrar justicia, de acuerdo con las normas consuetudinarias vigentes. Pero también observamos, la evolución y el dinamismo en la estructura judicial indígena tanto en el aspecto cuantitativo como cualitativo.

2) El cambio profundo que sufre la sociedad indígena debido a factores endógenos y exógenos, ha obligado a sus autoridades tradicionales a reorganizar la estructura judicial, de acuerdo con la realidad y la necesidad imperativa de la sociedad en general, roles importantes para esta evolución lo han desempeñado los intelectuales kunas y las organizaciones indígenas.¹³

Jorge González Galván, retomando las mismas fuentes doctrinarias de Aráoz, estima que es un sistema jurídico, y señala tres elementos: es dere-

¹² Aráoz Velasco, *Resurrección: estrategias de un pueblo campesino*, Tesis de Maestría en Antropología Social, Universidad Iberoamericana, México, 1987, pp. 193 y ss.

¹³ “La administración de justicia en las comunidades Indígenas Kunas y conflictos con el derecho positivo”, *Law e Antropology*, Viena, Austria, núm. 6, 1991, pp. 242 y 243.

cho es consuetudinario y recuerda que en la Mesoamérica prehispánica fue escrito.¹⁴

Considera además, que son indígenas, en el sentido de que son culturas jurídicas milenarias que corresponden a pueblos originarios. Que su característica actual es su consuetudinaria porque desde hace quinientos años se produce y reproduce de manera no escrita sino oral y en relación estrecha con las fuerzas de la naturaleza, y que el derecho indígena es la manifestación de la intuición de un orden social fundado en reglas no escritas concebidas en comunión con las fuerzas de la naturaleza y transmitidas, reproducidas y abrogadas de manera, esencialmente corporal. Sugiere el autor, que las características que presentan dichos derechos en la actualidad son de dos tipos: el primero, es de carácter práctico: corresponde a su organización político-jurídico-religiosa. Y el segundo, es de carácter conceptual: corresponde a su concepción del mundo y que esa concepción esta enraizada en la época prehispánica.¹⁵

Sobre el particular, como fruto de las reflexiones en la especialidad sobre derecho indígena, en la Universidad de San Carlos de Guatemala, con el apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, en tesis de grado presentada por Antonio Elias Quic Cholotia, de ascendencia maya-zutuhil, argumenta en las conclusiones:

Que el pueblo maya se rige por un Sistema Jurídico como una construcción conceptual propia enmarcado en una visión cosmogónica que ordena la vida del hombre como parte de la comunidad, como un ser dentro de un orden espiritual, su relación con la naturaleza no como centro de la misma sino como parte de ella, con normas no coactivas sino consensuadas y de tipo ético o moral. Que la comunidad maya Tz'utujil conserva sus prácticas jurídicas, cuya construcción conceptual y razonamiento es cosmogónico, sustentado en lo ético y los principios de lo Sagrado, el equilibrio, la armonía y el respeto. Sobre esta base se desarrollan sus prácticas normativas, instituciones y procedimientos. Que dentro de las instituciones de la comunidad investigada se evidencian la existencia de Autoridades indígenas a cuyo cargo corresponden la aplicación y observancia del Derecho Maya Tz'utujil. Que la regulación jurídica de este pueblo está en un proceso de readaptación y recreación en respuesta a los drásticos cambios sociales, políticos, religiosos y económicos de esta región.¹⁶

¹⁴ "Derecho consuetudinario indígena", *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, México, UNAM, 1994, p. 74. "Cada derecho constituye de hecho un sistema: emplea un cierto vocabulario, correspondiente a ciertos conceptos; agrupa las reglas en ciertas categorías; comporta el empleo de ciertas técnicas para formular las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; esta ligada a una cierta concepción del orden social que determina el modo de aplicación y la función misma del derecho". David, René y Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1988, p. 20.

¹⁵ *Panorama del derecho mexicano. Derecho indígena*, México, McGraw Hill-UNAM, 1997, p. 53.

¹⁶ *Derecho consuetudinario maya tz'utujil*, Guatemala, Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos, 2000, p. 45.

Por su parte, Oscar Correas, propone que un sistema jurídico se compone:

de normas que se organizan alrededor de distintas reglas de reconocimiento. México es un país en el que sucede este fenómeno: existen comunidades que obedecen normas que no han sido dictadas por el Estado mexicano organizado alrededor de la norma fundante que dice “es obligatorio obedecer la constitución dictada por los constituyentes del 1917 y posteriormente por el constituyente permanente autorizado por esa primera constitución”. Existen muchísimos grupos que “tienen costumbres” –como dicen los antropólogos con las leyes que chocan con las leyes del Estado mexicano. Y no sólo indígenas: la historia reciente muestra casos insólitos de comunidades que, como algunas universidades, se rigen por normas que provienen de fuentes distintas que las leyes universitarias del Estado mexicano.¹⁷

Nótese, el autor se refiere a costumbres.

También desde la perspectiva sociológica, algunas considera que el derecho indígena, es un sistema, y basan su fundamento en la obra de Niklas Luhmann, en la medida que el citado autor entiende el derecho como la estructura de un sistema social que garantiza la generalización congruente de las expectativas del comportamiento. Asegurando una congruencia selectiva de las expectativas del comportamiento, el derecho satisface la necesidad fundamental de la seguridad de los sujetos, facilita las relaciones sociales y es por lo tanto, se dice, un instrumento esencial de la evolución, en el entendido que en la construcción Luhmanniana se entiende por sistema, cualquier entidad constituida por elementos correlacionados entre sí, definida por determinados confines y en relación de interacción con el sistema externo. Lo expuesto independientemente que uno se adhiere a las propuestas de tan distinguido sociólogo de Bielefeld.¹⁸

Pero más allá de las observaciones propiamente jurídicas, dentro de la antropología encontramos, reconocimientos importantes en Stavenhagen y José del Val. Dice este último: Es indudable que el denominado derecho consuetudinario expresa la articulación estrecha o laxa entre la cosmovisión indígena y las normas de convivencia entre los pueblos indios. Esto puede demostrarse mediante una acumulación paciente de hechos etnográficos en el terreno de las prescripciones y las proscipciones sociales específicas y la estructura mítico-ritual de los mismos. Con una adecuada metodología que podría partir de la reflexión estructuralista se encontraría el sistema de transformaciones que articularía cosmovisión y prácticas jurídicas. No

¹⁷ *Introducción a la sociología jurídica*, México, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 1994, pp. 110 y 111.

¹⁸ Zolo, Danilo. “El léxico de Luhmann” y “Entrevistas Luhmann por Luhmann” realizadas por Javier Torres Nafarrate y Guillermo Zermeño Padilla, Víctor Alarcón Olguín y Antonella Attili, en *Las sociedades complejas. Ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, México, FLACSO, 1997, pp. 197 a 264.

obstante, nos encontraríamos frente a un campo cerrado, me explico. Esta correlación, por más estrecha que fuera, expresaría la concurrencia contemporánea de unas historias particulares en las cuales las prácticas jurídicas de los pueblos indios se encuentran subordinados a los espacios limitados de lo que Aguirre Beltrán llamó “regiones de refugio”.¹⁹

Rodolfo Stavenhagen, define que lo “legal” o lo “jurídico” en las sociedades indígenas consiste en:

normas generales de comportamiento público; mantenimiento del orden interno, definición de derechos y obligaciones de sus miembros; reglamentación sobre el acceso a, y a la distribución de, recursos escasos (ejemplo: aguas, tierras, productos del bosque); reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (por ejemplo, herencia, trabajo, productos de cacería, dotes matrimoniales; definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos con otros individuos y los delitos contra la comunidad y el bien pública; sanción a la conducta delictiva de los individuos; manejo, control y solución de conflictos y disputas; definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública. Afirma que esa lista no agota los elementos posibles.²⁰

Para algunos, una diferencia fundamental en torno a los dos sistemas jurídicos, es la inexistencia de un “Estado Indígena”, en el sentido político-jurídico, por lo que la salida es el reconocimiento del pluralismo jurídico tratándose de sociedades pluriétnicas y pactando la vigencia común de los derechos fundamentales y la jurisdiccionalidad de su aplicación.

Pero lo anterior tiene que pasar necesariamente, por una reformulación del Estado nacional, dándole un carácter pluriétnico, pues los propios indígenas no proponen tampoco crear otro estado, no existe el reclamo del derecho a la secesión. Es proponer, ni más ni menos, el fin del colonialismo interno, del monismo jurídico y el derecho pleno a la ciudadanía pluricultural.

Esto último, en reflexiones de Boaventura de Sousa, implica que:

La Declaración Universal de 1948, elaborada sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo; en el reconocimiento exclusivo del derecho colectivo a la autodeterminación, el cual, sin embargo, se restringió a los pueblos subyugados por el colonialismo europeo; en la prioridad concedida a los derechos cívicos y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales; en el reconocimiento del derecho de propiedad como primero y durante muchos años, único derecho económico. Pero también hay otro lado en esta cuestión. En todo el mundo millones de personas y millares de ONG han luchado por los derechos humanos, muchas veces corriendo grandes riesgos, en defensa de clases sociales y grupos oprimidos, y en muchos ca-

¹⁹ “Cosmovisión, prácticas jurídicas de los pueblos indios”, en *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios. Memorias de las IV Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 1994, p. 112.

²⁰ “Introducción al Derecho Indígena”, en *I Jornadas Lascasianas. Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, UNAM, año VI, núm. 17, mayo-agosto de 1991, p. 306.

son victimados por estados capitalistas autoritarios. A menudo los objetivos políticos de tales luchas son explícita o implícitamente anticapitalistas. De forma gradual se fueron desarrollando discursos y prácticas de derechos humanos contrahegemónicas, se fueron proponiendo concepciones no occidentales de derechos humanos, se fueron organizando diálogos interculturales de derechos humanos. En este dominio, la tarea central de la política emancipatoria de nuestro tiempo consiste en transformar la conceptualización y práctica de los derechos humanos de un localismo globalizado en un proyecto cosmopolita”.²¹

Pero, por otra parte, encontramos a las sociedades tradicionales en Norteamérica, en las partes tropicales selváticas y en el cono sur del Continente Americano, caracterizadas por un rasgo común muy importante: la inexistencia total de un Estado. En ellas existe un sistema de orden social, el cual generalmente funciona basándose en principios muy distintos a aquellos que funcionan en el Estado europeo moderno. La vida social se basa en la dinámica de balances y mecanismos, los cuales no permiten los establecimientos de centros de poder bien definidos. El comportamiento depende no tanto de reglas sociales explícitas, sino más bien de la autoresponsabilidad del individuo por su comportamiento adecuado en una cierta situación. No se conoce ni se reconoce una autoridad de la cual emanen las normas legales obligatorias. Los conflictos sociales, cuando los hay, se resuelven por medio de mecanismos de arbitrio, de reconciliación y también por la separación física –transitoria o definitiva– de las partes en conflicto. En general, un conflicto no está definido como un asunto de dos individuos, sino por el contrario, la esencia del asunto es la participación de precisamente la comunidad completa. El fin del conflicto depende mucho de la movilización de una opinión “pública” a favor de una solución tomada, y no de un Poder Ejecutivo.²²

En los estudios realizados en Guatemala algunos autores proponen también que el derecho consuetudinario indígena constituye un sistema; veamos como se vienen desarrollando. Es conveniente hacer notar que también en el mundo periodístico, se desató una fuerte polémica en torno a la legalidad del derecho indígena, previo a la denominada consulta sobre los derechos de los pueblos indígenas, realizada en 1999.²³

²¹ *Por una concepción multicultural de los derechos humanos*, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 1998.

²² Kuppe, Rene, *Instituciones indígenas*, op. cit., pp. 45-46.

²³ “Tocando el tema que planteamos, pretendemos hacer un análisis Psicosocial sobre los diferentes criterios planteados en los medios de comunicación, escritos por columnistas, juristas y otros que están en favor y en contra de la legalidad del sistema jurídico maya, logrando así evaluar prejuicios que conducen de una o de otra manera a la existencia de un racismo solapado que no permite ver la igualdad de unos a otros, respetando la diversidad étnica y cultural de nuestro país” Araujo S, Jorge Haroldo, *Análisis psicosocial en la prensa escrita sobre la propuesta de la legalidad del sistema jurídico maya*, Tesina presentada para optar la Especialidad sobre Derecho Indígena, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales/USAC e Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 1998, p. 1.

Flavio Rojas Lima, que junto con Julio Hernández Sifontes, son precursores de los estudios de antropología jurídica en Guatemala, dentro de sus últimas publicaciones, refieren que:

en Guatemala se puede hablar, con suficiente base empírica, de la existencia prolongada de un sistema de normas consuetudinarias que encajarían en los distintos campos del moderno derecho occidental. Se trata de un sistema debidamente vertebrado, institucionalizado de la manera como corresponde a un Derecho Consuetudinario, con sus órganos jurisdiccionales peculiares, sus normas sustantivas y adjetivas de conocimiento generalizado e inclusive con los mecanismos punitivos correspondientes.

Y que igual que otras de las expresiones superestructurales en las relaciones interétnicas, tal como estas se producen a lo largo de los periodos colonial y republicano, el Derecho fue utilizado activamente por los sectores dominantes de un lado y por los indígenas del otro.²⁴

Hernández Sifontes, hace también, en su tesis de grado en derecho, una interesante observación que va más allá del sentido religioso que se le quiere dar también al derecho indígena:

hay efectivamente normas que se obedecen, pero que no tienen carácter religioso. El trasgresor no se le conmina con ninguna sanción de tipo sagrado o mágico. Son reglas que se obedecen a fuerza de la convivencia con humanos. Satisfacen estrictos intereses personales y se exige reciprocidad. Hay un derecho-ambiente frente a una causa-ambiente y la relación puede advertirse. Malinowski insiste en que debe estudiarse detenidamente la ley obedecida, y no la ley quebrantada. No lo sensacional sino lo cotidiano. Esta ley civil está bien desarrollada y regula varios aspectos de la organización social y muestran una bien definida existencia, fácilmente distinguible de las otras normas morales, religiosas o artísticas.²⁵

En investigación in situ, en Santa Catarina Ixtahuacan, Sololá en 1969, se advirtió que la justicia se administra bajo dos sistemas: el institucional reglado, régimen de legalidad vigente y el otro bautizado con el nombre de justicia popular salomónica, recurriendo a los principales indígenas del lugar, al Chuch Cajau, y a personas que en la comunidad ejercen gran ascendencia, a quienes se designa con el nombre de Catat Cachuc (Padre-Madre) o Nima-Cajau.

²⁴ *El Derecho Consuetudinario en el contexto de la eticidad en Guatemala*, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, 1995, pp. 5 y 6. Dentro de sus primeras incursiones en el tema, tenemos: *El derecho guatemalteco como hecho social*, Tesis de Graduación como Abogado y Notario, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1975.

²⁵ *Realidad jurídica del indígena guatemalteco*, Tesis para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los Títulos de Abogado y Notario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1965, p. 109.

Son ellos los que en forma muy particular resuelven toda clase de problemas de carácter jurisdiccional o administrativo, resoluciones que se toman de conformidad con la equidad y sus costumbres y no es raro que posteriormente a esa forma de resolverlos, recurran ante la autoridad civil para darles visos de legalidad o inclusive ante la fe publica notarial.²⁶

Desde otra perspectiva, dentro de las características sistémicas, en investigaciones realizadas con los Ka`njob`al, en Santa Eulalia, a finales de 1960 y principios de 1970, Huhuetenango, se observó:

En efecto uno de los temas que destaco en este trabajo es la persistencia de un estado de derecho en Santa Eulalia, que podría denominar “dual” o “paralelo”, y surge de un contexto maya tradicional y legal a nivel nacional. Las muestras más claras de lo anterior son la persistencia del concepto tierra como un “regalo de los antepasados” (incrustados en la ideología que rodea la categoría nativa de tierra, la de stx`otx`jichman) y el uso aún vigente del mecanismo de lajtí` (o consenso) para resolver disputas por tierras y alcanzar acuerdos comunitarios o intrafamiliares en Santa Eulalia.

En otra parte dice:

Mi impresión es que mientras la gente continúe hablando sus idiomas vernáculos, estos sistemas tradicionales (con todo lo que implican en términos de cosmología, ética y sociedad) seguirán disponibles como modos alternativos de concebir la tierra, sus cualidades religiosas y espirituales y los significados sociales asociados en las áreas indígenas de Guatemala.²⁷

Los elementos señalados, son propios de sociedades agrarias en donde la tierra tiene además de su significado económico, un sentido de vinculación espiritual: la madre tierra. Por otro lado, es significativa la observación en cuanto al papel que juega el idioma, no sólo diríamos como

²⁶ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho*, Tesis para optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos de Abogado y Notario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. La tesis fue asesorada por los profesores, German Scheel Aguilar y Jean Loup Herbert, 1970, pp. 83-86. Recientemente en “Doce proposiciones en torno al denominado derecho consuetudinario indígena, una paradoja colonizadora”, *Memorial del Seminario-Taller y Foro Público La Conciliación en la solución de conflictos en la administración de justicia en los pueblos indígenas*, Guatemala, ASIES-Comisión de Fortalecimiento de la Justicia- Universidad Rafael Landívar y Banco Interamericano de Desarrollo, 2 y 3 de julio de 1997, pp. 9-29.

²⁷ Davis, Shelton Harold, *La tierra de nuestros antepasados. Estudio de la herencia y la tenencia de la tierra en el altiplano de Guatemala*, Guatemala, Centro de Investigaciones Regionales de Mesoamérica, 1997. Tesis doctoral presentada para el Department of Social Relations de la Universidad de Harvard en 1970, pp. VIII-X. El autor cuando hizo su investigación advirtió: “estos sistemas tradicionales experimentaban tensiones enormes como resultado de cambios religiosos y políticos (por ejemplo, nuevas formas de creencias religiosas, introducción de partidos políticos, educación formal y escolaridad, entre otros) que tuvieron lugar en la región de los Cuchumatates y en todo el altiplano guatemalteco en los años recientes”. Esto lo apunta en la introducción a la edición en español que sirve de referencia a la nota de pie.

medio de comunicación sino en la posibilidad de la expresión de su propia cosmovisión. De esa suerte, desde la perspectiva del derecho oficial, resulta difícil tener una comprensión exacta de lo conceptual del derecho indígena, pues va más allá de la simple traducción que en algunos casos puede no tener conceptos y categorías equivalentes con relación al derecho oficial guatemalteco.

Con relación al apego a la tierra y tradiciones, esto tiene que ver con la estructura agraria minifundista que se vive en la región, en tanto que en los departamentos del altiplano occidental del país: Quiché, Quetzaltenango, Sacatepequez, San Marcos, Huhuetenango, Totonicapán, Chimaltenango y Sololá, que constituyen la región de mayor población indígena del Guatemala, puede presuponerse a partir de investigaciones realizadas, que el indígena tiene una mayor raigambre a su tierra, a su medio, a sus tradiciones, a su cultura.²⁸

En el informe denominado *Entre la ley y la costumbre*, coordinado por Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, para el caso guatemalteco se sostiene en forma particular, que:

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 un verdadero sistema jurídico, aunque en el caso de Guatemala éste se encuentra subordinado al sistema jurídico promulgado por el Estado. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, que el derecho basado en la costumbre puede considerarse como un conjunto sistematizado de preceptos normativos, aunque obviamente no se encuentre inscrito ni codificado, y para su elucidación se requiere de la realización de trabajo de investigación de campo. En forma preliminar, sin embargo, que el mismo no es un contraderecho (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 ha 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 imponen sanciones penales en procesos que son de conocimiento de los tribunales correspondientes.²⁹

Augusto Willensem Díaz, lo denomina:

Sistema jurídico propio de los pueblos indígenas, el cual es perfectamente armonioso, tiene un orden jurídico articulado dentro de un conglomerado

²⁸ *Estructura agraria, dinámica de población y desarrollo capitalista en Centroamérica*, Costa Rica, Educa Editorial, 1978, p. 113.

²⁹ Padilla, Luis Alberto, "La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala", *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 257.

humano organizado y la denominación de consuetudinario que se le ha dado es con intención descalificadora.³⁰

Para el equipo de investigadores de la Universidad Católica Rafael Landívar (1998), contiene:

- a) Normas que regulan el comportamiento social y que si se infringen, requieren de sanciones seculares.
- b) Autoridades propias y reconocidas por la propia comunidad, entre las cuales hay responsables de aplicar las sanciones.
- c) Procedimientos jurídicos, cuyos como ponentes son las maneras de formalizar los actos jurídicos y las formas recurrentes de aplicar sanciones.

Tomando en cuentas estos elementos arguyen que:

Se puede afirmar que existe un Sistema Jurídico maya, el cual por ser producto de un proceso histórico, incluye rasgos de los sistemas prehispánicos, colonial y republicano, además ha funcionado paralelamente al Sistema Jurídico Oficial, por la fuerza de la costumbre, por el nexo que existe con los valores de la cultura maya y por las deficiencias institucionales del Sistema Oficial.³¹

El marco teórico de referencia para estimar que el derecho indígena es un sistema, se inspira en Malinowski, en el sentido de que hay sistemas jurídicos en todas las sociedades, y en Seagle, Readcliffe Brown y Redfiel, que sustentan el criterio que se encuentran rasgos y sistemas jurídicos en sociedades que aún carecen de códigos escritos, de autoridades que impartan justicia y de un Estado, en el sentido actual y occidental del término. Siguiendo a estos últimos autores, pero además, a Pospisil y Bohannan, quien es el que trabaja a estos autores, advierten: “deben examinarse cada caso, puesto que la existencia de un orden jurídico no es un asunto de todo o nada sino de grado”.³²

Estas mismas orientaciones se siguieron en el material educativo del Seminario sobre la Realidad Jurídica y Social de Guatemala, que se realizó en la propia universidad en el segundo semestre de 1998.³³

Raquel Irigoyen Fajardo, considera que el derecho indígena, es un sistema legal y tiene como funciones:

³⁰ Conferencia impartida en la Especialización en Derecho Indígena, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos, Ciudad de Guatemala, 20 de mayo del 2000.

³¹ *El sistema jurídico maya. Una aproximación*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1998, pp. 91-92.

³² “Aproximación al sistema jurídico maya. Reflexiones jurídicas”, Folleto, Guatemala, 1999, p. 4 y 5.

³³ Reyes Calderón, José Adolfo y John Schwank Durán, *Derecho maya. Seminario sobre la realidad jurídica y social de Guatemala*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999.

- a) Una función normativa o de regulación de la vida social,
- b) Una función de resolución de conflictos, a la que también se le puede llamar función jurisdiccional o de justiciabilidad.
- c) Una función ejecutiva general y de organización del orden particular, y;
- d) Una función interna de funcionamiento. Esto es la capacidad propia de definir cuándo, cómo, quién, donde se pueden cambiar las reglas de validez y legitimidad de lo que el propio sistema, a lo que Hart, dice llamar: “reglas para crear reglas”.

Agrega además que la condición de existencia de un sistema jurídico o derecho que debe tener un grado de eficacia y legitimidad.

Al considerar al derecho indígena como sistema, es porque supone:

la existencia de normas o criterios para la creación de y cambios de las normas mismas, de sus instituciones, y autoridades. Dicho sistema en su conjunto debe estar “garantizado” en el sentido de que las normas deben tener un cierto nivel de eficacia (vigencia efectiva) y legitimidad (aceptación social) en la regulación de la conducta social. Para la perspectiva pluralista, no necesariamente las normas deben ser escritas generales e invariables. Puede tratarse de principios normativos y directrices para la acción concreta. Si bien es necesario que las normas estén garantizadas, la forma depende de cada contexto, cultura y modelo social.³⁴

A propósito del modelo social, recordemos el carácter colectivista y/o comunitario indígena que José Carlos Mariátegui apuntó en sus Siete ensayos sobre la realidad peruana, y su vinculación con el socialismo,³⁵ que permite apreciar la interpretación del fallecido antropólogo mixe (Oaxaca/México) Floriberto Díaz, que más que referirse a expresiones, debe entenderse que se trata de un derecho comunitario, en la medida de su ámbito territorial y su práctica social. Afirmación que es recogida, en ese sentido, por dos distinguidas antropólogas pioneras en México, Carmen Cordero de Durand, quien realiza sus estudios en Oaxaca, que le denomina con base a sus observaciones *Ley del pueblo*, y Collier, en Chiapas, *Justicia Popular*.

André Hoekema, cuando aborda la denominación, en búsqueda de una salida frente al desprecio terminológico del derecho indígena, y en su propuesta de lo que denomina el pluralismo jurídico social:

³⁴ *Justicia y pluralismo legal en Guatemala*, Tesina para optar la Especialidad en Derecho Indígena, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales/USAC e Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, Guatemala, 1998, pp. 3-7.

³⁵ Lima, Perú, Ediciones Peisa, 1973; “José Carlos Mariátegui: Precursor ante el problema agrario y el problema del indio, en Gómez González Gerardo y José Ordóñez Cifuentes (coords.), *Derecho y poder: La cuestión de la tierra y los pueblos indios*, México, Universidad Autónoma de Chapin-go, 1995. Edición en español e inglés.

se refiere a la coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social lo cual no ha sido reconocido en el derecho oficial (salvo la posibilidad de que jueces tomen en cuenta sentimientos, opiniones, obligaciones sociales derivadas de normas de folk law sin mando formal de parte del derecho estatal), constituyendo una situación que de hecho existe en muchos países.

A lo que apuntamos para el caso, al tenor de nuestro hilo conductor, es que por su naturaleza socio-económica, lo reduce a su concepto clave de “folk law”.³⁶

Desde una perspectiva filosófica, Carlos Lenkeardorf, en sus estudios sobre los mayas/tojolabales, como fruto de su convivencia e identificación, arriba a las siguientes conclusiones entorno al sistema de justicia:

En conclusión y a diferencia de la justicia de la sociedad dominante, la justicia del nosotros no es ni punitiva ni vengativa sino restitutiva y socialmente curativa. No se trata pues, de una justicia consuetudinaria sino de una justicia que va mucho más allá de las costumbres. En cada caso tiene que decidirse las medidas que hay que tomar conforme los lineamientos del nosotros. Por eso, en las comunidades se hacen revisiones periódicas de la tradición del nosotros y, criterios del mismo nosotros, se forman nuevas reglas idóneas y adecuadas para garantizar la equidad nosótrica de los comunitarios de ambos géneros, de las familias y de los familiares. Simultáneamente, se enfoca la temática de la salud social dentro de a comunidad nosótrica. Es decir la justicia curativa entra en acción. En resumidas cuentas, la JUSTICIA DEL NOSOTROS no es ni idealizada ni utópica, sino representa relaciones sociales muy exigentes [...]

Conclusión: Hemos llegado al final de nuestra exposición. La concepción particular de la justicia por los tojolabales confirma el tema presentado. La justicia, pues, no es una sola sino que hay pluralidad. Esta se ha manifestado en nuestro trabajo por sólo dos tipos de justicia, uno de los cuales es muy diferente y, por lo general desconocida en el contexto mexicano, tanto por especialistas cimi por no estudiosos de la materia. La justicia tojolabal y K'ánjobal (Guatemala) además, no representa una concepción primitiva y anacrónica sino radicalmente diferente, pero bien fundamentada que, a nuestro juicio, cuestiona la justicia existente y practicada en la sociedad dominante.³⁷

Pero veamos como los pueblos indígenas perciben su propio derecho, frente a las políticas que aspiran a la disolución de las civilizaciones dentro de la civilización occidental, o sea, lo que Robert Jaulin, llama la práctica de una civilización-cementerio:

³⁶ “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *América indígena*, México, vol. LVIII, núms. 1-2, enero-junio de 1998, pp. 266-269.

³⁷ “Pluralidad de las justicia. El caso maya”, *Juez. Cuaderno de investigación del Instituto de la Judicatura Federal*, México, vol. I, núm. 2, 2000, pp. 19-34.

de una civilización de la soledad o de la no comunicación humana, cual sucede con los muertos, quienes no sostienen ni relaciones de residencia, ni relaciones de consumo, ni relaciones de producción, ni relaciones amorosas; cuyas relaciones orden y constituyen los problemas “universales” a los cuales toda la vida, en su dimensión naturalmente colectiva, responden para poder ser.³⁸

Advertir como los propios pueblos indígenas ven su desarrollo cultural actual, es importante para una construcción dialéctica que por cierto nunca acaba pero permite contestar la pregunta que se va afirmando en ese momento de la historia de Guatemala, como lo propuso en los setenta Jean Loup Herbert: ¿Quién es el ladino? ¿Quién es el “indígena”?, que no son según su interpretación, etiquetas culturales, sino seres profundamente sociales e históricos.

Volviendo con Herbert, para los primeros,

sin embargo, hasta la fecha se ha excluido de lo histórico, propiamente dicho, lo prehispánico, al considerarlo como un elemento pasivo, dejando lo dinámico al componente español. A estas razones se agrega otra más inmediata y urgente: la necesidad de criticar los prejuicios impuestos por la conciencia colonizadora.³⁹

Dentro de las investigaciones realizadas por los propios intelectuales indígenas en Guatemala, tenemos el libro colectivo sobre Derecho indígena, que fue fruto del Seminario Internacional sobre el Sistema Jurídico de los Pueblos Originarios de América, que se orientó a promover el reconocimiento gradual para su cumplimiento en los sistemas estatales. Asimismo, conocer e intercambiar los estudios recientes sobre la evolución de los sistemas jurídicos en las sociedades originarias de América antes del arribo de los europeos y después del choque cultural con el fin de proveer el espacio propicio para hacer un balance del desarrollo en el campo del sistema jurídico.⁴⁰

Para la Coordinación de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala, Saqbíchil-Copmagua, el sistema de derecho indígena se apoya en:

- a) Una filosofía y base cultural propia, que se refleja en conceptos y categorías que se arraigan en la cosmovisión de los Mayas;
- b) Normas generales, que establecen los elementos centrales que rigen el actuar humano y las relaciones entre la persona y la familia, la

³⁸ *La des-civilización. Política y práctica del etnocidio*, México, Editorial Nueva Imagen, 1974, p. 14.

³⁹ Herbert, Jean Loup, “Sociedad precolonial. La sociedad autóctona guatemalteca antes de la colonia”, en *Guatemala: Una interpretación histórico social*, México, Siglo XXI, 1972, pp. 5 y 164. 99 Centro de Estudios de la Cultura maya, *Derecho indígena, sistema jurídico de los pueblos originarios*, Ixmulew, Guatemala, Serviprensa, mayo de 1994.

⁴⁰ Centro de Estudios de la Cultura maya, *Derecho indígena, sistema jurídico de los pueblos originarios*, Ixmulew, Guatemala, Serviprensa, mayo de 1994.

- persona y la comunidad, y la persona y su hábitat o territorio, y las relaciones entre comunidades;
- c) Prácticas cuidadosamente apegadas a los conceptos y filosofía, que se constituye en modelos de actuación de los distintos actores y circunstancias en los que se aplican, articuladas con y fundamentadas en las normas generales;
- d) Regulaciones y procedimientos que se derivan de la filosofía y de las normas, y que son aplicadas por el sistema propio de autoridades comunitarias, elegidas con la participación de todos los vecinos;
- e) Una instancia de reflexión y reformulación de las normas, constituida por la asamblea comunal y encabezada por las autoridades, que sistemáticamente actualiza las normas y verifica su aplicación con estricto apego a la equidad.
- f) Un sistema de autoridades encargadas de aplicar las normas, que se forman en procesos de servicio a la comunidad de carácter jerárquico, en lo que la persona gana experiencia y prestigio a la vez que aprende el contenido y significado de las normas.

En resumen: el derecho indígena está constituido por normas y regulaciones de distintos niveles que delimitan el comportamiento personal y comunitario, pero en realidad lo más importante son los principios rectores del mismo, y el proceso de reflexión que desata, así como el involucramiento personal de quien lo aplica.⁴¹

Como se advierte, implica el acercamiento a su caracterización y funcionamiento específico.

En la experiencia de la Defensoría Maya de Guatemala, que utiliza la expresión derecho maya, es el conjunto de principios, normas, procedimientos, leyes que regulan la vida social, económica, política, cultural, educativa, jurídica, de salud y otros aspectos de las familias, comunidades y pueblos, identificados como parte del pueblo maya. El derecho maya se concibe como la forma de participar en todos los procesos de desarrollo de vida de la comunidad, la facultad de establecer las formas de comportamiento para solventar problemas o conflictos, criterios de relación interpersonal, interfamiliar e intercomunitaria y que su funcionamiento como sistema jurídico es dinámico y creativo, en el sentido de que las autoridades al solucionar los problemas utiliza la sabiduría y la experiencia que dan como resultado soluciones sabias que satisfacen a las partes en conflicto y que la administración de justicia maya resuelve diversos problemas y en diferentes ramas, no solamente los problemas menores, como califican los abogados o juristas del

⁴¹ *Más allá de la costumbre: Cosmos, orden y equilibrio. Resultado de las investigaciones en las regiones Achí, Chuj, K'iche', Mam, Multiétnica Ixcaán, Multiétnica Petén, Q'eqch' y Tz'utujil.* La investigación fue posible gracias al apoyo financiero de los Gobiernos de Suecia y Dinamarca, a través de la Misión de Naciones Unidas para Guatemala (MINUGUA), Guatemala, 1999, p. 218.

derecho oficial. Para la Defensoría Maya, el derecho indígena posee elementos suficientes que lo caracterizan como un sistema desarrollado, el cual nace y se fortalece en la cosmovisión indígena para normar y dirigir la convivencia comunitaria de los distintos pueblos indígenas.⁴²

Para la Defensoría Maya, los elementos del sistema de justicia maya son:

- a) Flexibilidad, que se encuentra en la metodología o en los pasos para el arreglo de los problemas;
- b) Dinamismo, Este término hace referencia a la intervención de varias autoridades y familiares en la solución de un problema aunque también se escucha a los directamente involucrados; y
- c) Circulación, el derecho maya se aplica a todos los períodos de la vida del ser humano, haya o no conflicto o desajuste en la relación. Se puede considerar un derecho preventivo.⁴³

Estos elementos se manifiestan en la expresión y comportamiento del pueblo maya, el cual reconoce que la vida se guía en base a principios y que esos principios son:

- a) Dualidad: “Los contrarios se complementan vida/muerte, el día/noche; b) Procesualidad: “la vida es un camino que hay que recorrer para aprender”; c) Complementariedad: Este principio va unido al principio de dualidad y su principal expresión es la unión del hombre y la mujer; D) Respeto: “dañar al otros es dañarse a uno mismo”; e) Consenso, f) Participación, g) Aporte o contribución: “Por ejemplo, dar un pésame cuando alguien ha muerto no se manifiesta con palabras sino con el acompañamiento a los dolientes, con solidaridad colectiva” y h) escucha: “Este principio se fundamenta en el sentido de que no todo esta terminado, por el contrario la escucha permite llegar a conclusiones consensuadas y reflexionadas en grupo, es decir, se actúa entonces desde un verdadero criterio reconstruido, porque la escucha permite obtener más información sobre lo que se va a discutir; permite hacer consultas internas al grupo, en la casa o en la comunidad”.⁴⁴

⁴² 101 Véase *SUK'B'ANIK. Administración de justicia maya. Experiencia de la defensoría maya y RI QETMBÁL CHE RI SUK'B'ANIK. Experiencia de aplicación y administración de justicia indígena*, Guatemala, Serviprensa, 1999. La Defensoría Maya fue creada el 8 Noj (19 de octubre de 1993).

⁴³ La Defensoría Maya ha venido estudiando los procesos de justicia que tradicionalmente se han manifestado en las comunidades indígenas. Estos principios fueron trabajados en las experiencias de sensibilización de la defensoría. Véase Ela Tatine'. *Construyendo el pluralismo jurídico*, Alb1 Isuchl, Guatemala, 2001.

⁴⁴ *Nociones del derecho maya*, Guatemala, Defensoría Maya Guatemala. Material educativo maya, apoyado por ACDI-Peace Building Co-Development- Canadá.

A propósito de esa filosofía que se plantea, acudiendo al Pop Vuh, y del personaje denominado Siete Vergüenzas, para algunos conforma un conjunto de antivalores, de acciones socialmente rechazadas, trasgresoras de las normas establecidas que rompe con el equilibrio y la armonía (soberbia, ambición, codicia, orgullo, ira, crimen e ignorancia) sugiriendo una posible incursión comparativa del Padre Ximénez, que traería a colación los Siete Pecados Capitales, como indica Adrián Inés Chávez,⁴⁵ en su versión del libro sagrado. Estas vergüenzas también se combinan con la grandeza, jactancia, usurpación, vanidad y engaño.

Para quienes rescatan la idea expuesta (forma de pensar y razonar, de hablar o expresarse y de conducirse o comportarse de siete vergüenzas) lo que envuelve al personaje, son acciones que derivan de una actitud individual, la cual no es aceptable, es reprochable, son acciones no lícitas de realizarse, pero al afectar a una colectividad también ofenden al Creador y a sus manifestaciones, en la medida, sostienen, que al desafiar al Creador, mediante su comportamiento se torna intolerable ante sus ojos y se torna necesario reestablecer el equilibrio y la armonía inicial, el cual le es encargado al cerbatanero Shbalaké (manifestación del Creador) que derrota a Siete Vergüenzas.⁴⁶

En el informe Alcaldes comunales de Totonicapán, se consideró que pese a los efectos de la transculturización, Totonicapán ha mantenido sus valores culturales, su forma de vida y su organización social, con énfasis en la forma de nombrar o elegir a sus autoridades y en la delegación de poder, de generación en generación. También se han apropiado de instituciones jurídicas estatales para beneficio común y que la autoridad indígena se sigue caracterizando en su elección, por el consenso comunal y anteriormente con apego a los dones espirituales (día de nacimiento en el calendario maya y preparación para ser funcionario) que se ha transformando con el transcurrir del tiempo, convirtiéndose en una sana competencia en la que el valor del servicio comunal legitima la autoridad, convirtiéndose últimamente en una instancia en la cual tiene acceso: quienes mejor sirven, quienes tienen liderazgo y quienes hacen la carrera voluntaria o nombrada (iniciando desde el papel más bajo hasta el más alto).

Las autoridades indígenas mantienen un sistema estructurado de normas, denominadas consignas, que se transmiten de generación en generación oralmente.

⁴⁵ Iniciador y fundador de la Academia de la Lengua Maya Kiché. Las XI Jornadas Lascasianas Internacionales que trataron el “Derecho a la lengua de los Pueblos Indígenas” celebradas en la Ciudad de Totonicapán, Guatemala del 10 al 12 de octubre, signaron la Declaración de Totonicapán, sobre el Derecho de los Pueblos a la Lengua, que lleva su nombre.

⁴⁶ Coy Tení, Juan Francisco, Pop Ac, Amilcar, Baquix, Modesto, García, María Salomé y Pacay Fredmann, *Razonamientos y conceptualizaciones jusfilosóficas y socioantropológicas que constituyen el derecho indígena*, Guatemala, Tesina de Especialización sobre Derecho Indígena, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC, abril del 2000, pp. 6 y ss.

Las consignas sirven de base para quienes cumplen funciones anualmente, estructuradas así:

- a) Sobre bienestar y servicios comunales,
- b) Educación,
- c) Organización,
- d) Representación,
- e) Política y fiscalización,
- g) Administración comunal y de justicia,
- h) Coordinación y
- i) Comunicación.

Las consignas, “se basan en valores o sean ideas fundamentales o principios que orientan o dirigen la vida del pueblo. Son el fundamento de las concepciones del mundo, hombre y vida del pueblo indígena”.⁴⁷

Resultando de esa manera que para atender correctamente la práctica del derecho indígena descrito y su vinculación con el derecho institucional reglado, resulta importante:

El estudio de relaciones interétnicas y de clase en sociedades en donde se tejen y entretejen ropajes identitarios diferenciados y en relación asimétrica permite observar no sólo los diferentes encuentros y desencuentros sociales entre étnicas y clases sociales, sino también procesos históricos de larga duración como el proyecto de Estado/Nación.⁴⁸

El Pueblo Kaqchikel de Sololá, en su trabajo sobre Autoridad y gobierno,⁴⁹ afirma que el derecho maya se sigue practicando en el Municipio de Sololá, tratando de darle forma nuevamente (dado el impacto de la violencia sufrida en los años de la contrainsurgencia) y se mantiene la estructura de autoridad indígena, con otra modalidad que no corresponde exactamente a la estructura original de autoridad Maya, pero su esencia se mantiene: consulta de decisiones colectivas, selección de autoridades en base a cualidades y otros elementos que fortalecen las acciones y participación directa de las comunidades. La existencia del derecho maya y la estructura de la autoridad indígena contribuye a generar iniciativas y esperanza de volver a la armonía y respeto profundo por los valores del pensamiento y cosmovisión de su pueblo

⁴⁷ Tzaquitzal, Efraín, Pedro Ixchú, Romeo Tíu con la colaboración de Alcaldes Auxiliares de Tonicapán, *Alcaldes comunales de Chwimiq'ina'*, Guatemala, Serpiprensa, 2000. El informe fue posible gracias a la colaboración de la Unión Europea y la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia de la República.

⁴⁸ Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, *Relaciones interétnicas y de clase en San Miguel Tonicapán/Chuimekena. Un pueblo de los altos de Guatemala a finales de milenio*, Tesis doctoral en Antropología Social, Facultad de Filosofía y letras, UNAM, 2003, p. 192.

⁴⁹ Guatemala, Editorial Cholsamaj, 1998. Con apoyo de la Agencia Financiera Diakonia de Suecia.

y advierten que la consolidación del sistema jurídico maya y su aplicación sistemática, permitirá la pluralidad de la justicia jurídica de Guatemala.

Frente a la problemática de la lucha post armada en Guatemala, resultan importantes los modelos de la nueva organización social indígena, en lo que se ha denominado cosmovisión ciudadana, que es una rica experiencia de un pueblo atormentado en Guatemala: Santiago Atitlán, (Departamento de Sololá) que resulta un libro testimonio apasionante para entender como lo indica sus editores “para entender mejor las experiencias de descentralización, poder local y conflictos municipales, luego de que en 1996 se firmaran los Acuerdos de Paz en Guatemala”.⁵⁰

Dentro de la problemática de la guerra, es menester recordar también las experiencias de las Comunidades de Población en Resistencia que fueron asentamientos constituidos por población civil, en su mayoría campesinos indígenas y también ladinos pobres que surgieron como consecuencia de la ofensiva generalizada del ejército de Guatemala a finales de 1981 y principios de 1982, que se caracterizaron por la saña y el nivel de brutalidad con que los soldados y oficiales actuaban según el testimonio de las propias víctimas.

Lo valioso de la experiencia, es su sistema de organización que les permitió sobrevivir cohesionadamente como grupo social perseguido en donde las formas de organización comunitaria y el trabajo colectivo fueron parte fundamental para lograr su supervivencia.⁵¹

En la parte conclusiva del trabajo, refieren:

Crearon y practicaron el uso de “normativas” en la resolución de conflictos, acerca de los cuales podemos hacer las siguientes observaciones:

- 1) Son una fuerza que regula la conducta del grupo donde prevalece la seguridad y el bienestar colectivo.
- 2) Responden a las necesidades concretas de la población y al practicarse mantienen su vigencia.
- 3) La obligatoriedad se la impone la decisión de la mayoría.
- 4) Refleja el sentido de dicha mayoría aún en la diversidad de concepciones.
- 5) Su fuerza nace del interior de las comunidades y no de sectores en instancias ajenas a las CPRs.
- 6) En caso de conflictos no previstos, quienes los resuelven son las autoridades que a diferentes niveles reconocen como Comités Locales, CPI, etc.

⁵⁰ Macleod, Morna, Santiago Atitlán, *Obligación del universo Tz'utujil. Cosmovisión y ciudadanía*, Guatemala, Cholsamaj, 2000. Proyecto apoyado por Oxfam Gran Bretaña y Oxfam, Australia.

⁵¹ La descripción de la experiencia fue posible gracias a Herrera Villatoro et. al., *Las comunidades de población en resistencia CPR del Ixcán Guatemalteco: una forma inédita de organización para la vida*, Tesina presentada en el Diplomado Etnicidad, Etnodesarrollo y Derechos Humanos, San Cristóbal de las Casas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Investigaciones sobre Mesoamérica y el Estado de Chiapas, agosto de 1997.

En la investigación realizada por Herrera Villatoro y compañeros, se narran circunstancias patéticas como estas, sólo para citar dos ejemplos:

Ocurrieron cambios también en la naturaleza de los animales y cultivos. Así el maíz que no producía, más que en una época del año, logró adaptarse a ser sembrado en diferentes meses. Otro testimonio explica: Hasta los animales y el maíz han desarrollado esa capacidad. Hay gallinas que ya no cantan porque se acostumbraron a la guerra y ya saben que si cantan, mueren. Antes a los gallos les pasaban un alambre por el pescuezo para que no cantaran, ahorita hay gallos que no saben cantar. Hasta la naturaleza se ha acostumbrado a la guerra, sabe sobrevivir a la guerra.

Si una pareja quería casarse por las leyes de la CPRs, debía tener primero seis meses de noviazgo, después se redujo a tres por acuerdo de la Asamblea. Se realizaban las bodas frente a toda la comunidad y era el CPI quienes declaraban a los novios: compañero y compañera. Se bebía arroz con leche y si se podía se comía pan para celebrar el acontecimiento. Pero era organizado tomando como base la seguridad de la población, así es que la fiesta empezaba a las 20 horas y puntualmente terminaba a las 24 hrs.⁵²

La Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya, Oxlajuj Ajpop, plantea que el derecho maya surge y se sustenta en cuatro fuentes fundamentales:

1. La naturaleza;
2. El cosmos;
3. La divinidad, y
4. La humanidad.

Que de estas fuentes se cimientan también los principios y valores filosóficos, étnico-morales y espirituales que los mayas practican en la vida y que les permite preservar la armonía en la comunidad y con el entorno en general. Que las cuatro fuentes de Pixab (derecho maya), arriba citadas, son entidades en la filosofía maya k'iche, como cuatro diferentes niveles o escalas de vida. Cuatro realidades existenciales. De allí que la cuatridad, sumada a la dualidad, el treceísmo y la veintena, sean los principios básicos que sustenta la cultura maya, en la cual la ciencia no está desligada de la religión y la cultura en general.

En la portada del libro, representa a la naturaleza, por la selva y el río.

Representa el cosmos, por las constelaciones, estrellas y el espacio infinito.

Ve la divinidad reflejada a través de los veinte anuales en su representación figurada (los veinte animalitos), cada cual relacionado de manera

⁵² Lo valioso de la tesina es que la información fue recogida in-situ y se apoyo en información dada por las propias víctimas además del material hemerográfico y documental. Pp. 234 y 29.

directa, con los veinte días del calendario maya, siendo éstas: Bátz',E, Aj, I'x, Tzikin, Ajmaq, No'j, Tijax, Kawoq, Appu, Ixmox, Oq', Aqáb'l, K+at, Kan, Keme, Kej, Q+anil, Toj, Tz'í+. El mono significa Bátz': el maguey se refiere al E; el cañaveral es el aj; el tigre o jaguar el I'x, el ave es el Tzikin; el tecolote, el ajmaq, el cerebro el, el no'j; las piedras, el tixax: las rocas, el kawoq; la flor, el ajp+u; el cocodrilo y el agua, el imox; el aire, el iq', la pirámide, el aq'abal; la iguana o lagartija. El kát, la serpiente, el kan; el esqueleto, el keme; el venado, kej, el conejo, qánil; el fuego, el toj; y el lobo el anual tx'í'.

Encuentra en la humanidad, representada por la pareja de personas. Es el entorno completo. Es la fuente integral de vida, y la manifestación y reflejo integral de la misma vida.⁵³

El pixab' o derecho maya es un código de comportamiento, un conjunto de principios, normas enseñanzas, consejos y valores espirituales, morales y éticos con función educativa, formativa, preventiva, orientadora y correctiva en la vida, transmitida de generación en generación en las comunidades de lo que denominan la nación maya k'iche'. Mediante la tradición oral se inicia en el hogar, en la familia, en la relación entre padres e hijos, entre abuelos y nietos, entre maestros y alumnos. El ejemplo y testimonio de vida que es la base fundamental del pixab, pues es la experiencia y la práctica lo que otorgan credibilidad y solvencia moral a quienes transmiten las enseñanzas. El pixab' tiene como finalidad orientar al individuo respecto a todo lo correcto y lo incorrecto, lo bueno y lo malo, lo positivo y lo negativo, lo constructivo y lo destructivo en las formas de vida individual y colectiva.

Para el caso de los indígenas refugiados en México, resulta un documento interesante el Reglamento Interno de las Autoridades del Campamento el Porvenir, en el estado de Chiapas, México, de septiembre de 1996, con la participación de ACNUR/México, y se le dio una amplia participación en su elaboración a las mujeres del campamento, organizadas en una Casa de la Mujer y se considera entre los principales problemas detectados en el campamento: evitar el machismo.

La Fundación Menchú, en ponencia celebrada en las IV Jornadas Lascasianas celebradas en México, como resultado de sus investigaciones de campo, en torno a la cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas, estableció que para el mundo indígena:

1. El derecho se refiere a algo que le pertenece, que sale de su cultura, de sus costumbres. De esa manera cuando alguien esta cumpliendo con las normas del derecho indígena, se dice que está entendiendo y poniendo en práctica el derecho.
2. Que en una cultura comunitaria, cuya raíz es la vida colectiva, el derecho individual es una excepción.

⁵³ Uxe'al Pixab'Re K'iche', *Fuentes y fundamentos del derecho de la nación maya k'iche.*, Guatemala,, Serviprensa, 2001. Publicación financiada por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

3. La definición misma de derecho lleva implícita la idea de consenso, del acuerdo y del respeto por las normas establecidas por las comunidades. Desde este punto de vista, es evidente que, mientras la cosmovisión de los mestizos, marcada por la preeminencia del individuo sobre el grupo, requiere de una normatividad que orienta la búsqueda del bien común, en el caso de los pueblos indígenas esta visión está en la raíz de su concepción del derecho, lo que resulta extraño a la mentalidad ladina.

4. La base fundamental de esta idea del derecho se establece con el concepto de equilibrio. Porque la comunidad es un todo social que se autorregula: Allí están las faltas, pero también está la madurez y la sabiduría para restablecer el equilibrio.

5. La aceptación de la diversidad como una característica fundamental de la naturaleza y de la sociedad, ha permitido que las culturas indígenas puedan compaginar esta concepción del derecho con la mestiza. Sin embargo, han sido duras las condiciones aplicadas a la sociedad indígena durante su historia como cultura subalterna –desde el genocidio hasta la violación reiterada de todos sus derechos– lo que ha permitido que, combinando su criterio de diversidad de la naturaleza con el proceso de resistencia que le ha permitido sobrevivir dan por resultado una posición en la que las comunidades indígenas han combinado ambas concepciones, sin que se genere confusión, con respecto a ellas, y sin que se pueda decir, propiamente que se han generado prácticas marcadas con el sincretismo cultural.

6. Así frente a esta definición pragmática, los pueblos indígenas se han visto en la necesidad de entender los dos códigos culturales, las dos visiones del derecho, y aplicarlas de acuerdo al caso, entendiendo que su eficacia es lo que cuenta. Entendiendo, en la práctica del derecho ladino, un espacio que le permite sobrevivir y lograr sus objetivos.

7. Este entrelazamiento, para la Fundación Menchú, de las prácticas indígenas y ladinas del derecho ha sido el resultado de un largo aprendizaje, acumulado por siglos de tradición oral, en los que de una generación a la siguiente se ha consumado la apropiación de los mecanismos de funcionamiento del sistema jurídico propio y el externo a la comunidad.⁵⁴

En las propuestas de Reformas Constitucionales, que lamentablemente no prosperaron, desde la perspectiva indígena se planteó:

⁵⁴ Fundación Vicente Menchú, “Cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas*, México, UNAM, 1994, pp. 67-72.

El Estado reconoce el derecho consuetudinario indígena, entendido como las normas, principios, valores, procedimientos, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para la regulación de su convivencia interna; así como la validez de sus decisiones, siempre que la sujeción al mismo sea voluntaria y que no se violen derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, los tratados y convenios internacionales, en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, ni se afecten intereses de terceros.⁵⁵

Estas consideraciones que deviene de lo que podríamos denominar la “visión interior” de los pueblos indígenas, sobre su propio derecho y no el derecho impuesto del Estado nacional, implica que su existencia es fundamental para el mantenimiento de su autonomía como pueblos. En el diplomado para dirigentes comunitarios indígenas que impartí en la Universidad de San Carlos de Guatemala, se apuntó:

Uno de los aportes más importantes obtenidos de las entrevistas es el que se refiere a comparar el Derecho Maya con un ave, a la cual no se le pueden cortar las alas, mucho menos su libertad.⁵⁶

Ahora bien, el sistema jurídico indígena para el caso de Mesoamérica (México, Guatemala, Honduras, Belice y el Salvador) convive con administraciones de justicia en crisis, como lo reconoció en Guatemala, el Informe y recomendaciones sobre reformas constitucionales referidas a la administración de justicia. Comisión de Fortalecimiento de la Justicia de Guatemala, informes que serían de gran utilidad en todos los países de América Latina. En este informe, se señaló que la principal causa de violación al debido proceso en Guatemala, se debe a la inobservancia del derecho, al uso del propio idioma en la justicia como lo marcan los artículos 20, 90, 91, 141, 142 y 143 del Código Procesal Penal, vigente desde 1992, así como varios pactos internacionales ratificados por el Estado de Guatemala.⁵⁷ Lo mismo sucede en el resto de países, pero no se ha tenido el valor de reconocerlo.

En México, lamentablemente no existe un trabajo de esa magnitud, sino más bien ensayos académicos que de alguna manera tratan el asunto, y me

⁵⁵ En torno al debate sobre la constitucionalidad del derecho indígena, se argumento a favor: “Mienten al argumentar que legalizar los derechos indígenas nos llevará a una guerra étnica. Faltan a la verdad quienes sostienen que las reformas constitucionales provocarán la desmembración del estado [...] Es falso que reconocer derechos específicos a los indígenas contraviene el principio de igualdad ante la ley [...] Reconocer la diversidad del país en la Constitución es legítimarla no conculcarla”. Ferrigno, Víctor, “El petate del muerto”, *Cabildo Abierto*, Prensa Libre, Guatemala, 1 de mayo de 1999.

⁵⁶ Xiloj Herrea Anavella, Chojolán, Ángel Francisco, Calí Cuxil, Alberta, Acabal Gómez, Hidelbrando y Guorón, Macabeo, *Análisis del Proyecto de Estatutos Jurídicos de los Pueblos Indígenas de Guatemala. Reflexiones y aportes para el debate*, Diplomado de Comunitarios Indígenas en Derecho de los Pueblos Indígenas en torno a sus Derechos, Guatemala, III/UNAM y Facultad de Derecho/USAC, julio del 2000, p. 13.

⁵⁷ *Plan de modernización del organismo judicial*, Guatemala, 1997, p. 24.

parece como trabajo pionero, la investigación que realizo hace algún tiempo (en los ochenta) el sociólogo alemán del derecho Volkmar Gessner,⁵⁸ miembro del Comité Internacional de Sociología Jurídica, a la cual me honro en pertenecer.

Sobre la problemática de la administración de justicia penal, recientemente con el apoyo del Consejo de Investigaciones para el Desarrollo de Centroamérica, presente un trabajo.⁵⁹

Para concluir este apartado, someto a consideración mis argumentos:

Primer argumento: El sistema jurídico indígena, es un elemento socio político de la resistencia indígena para preservar su identidad étnica y constituye una respuesta frente a la dominación colonial y particularmente de las políticas integracionistas del indigenismo continental, que en Guatemala, fueron puestas en práctica por la antropología cultural norteamericana.⁶⁰

Modernamente, la más violenta de las acciones del etnocidio jurídico, es decir, la destrucción cultural del derecho indígena y sus sistemas de cargos y/o autoridad, fueron registradas durante la vigencia de las dictaduras militares en Guatemala.

El fenómeno de los linchamientos, es ajeno a la práctica jurídica del derecho indígena, resultando una intromisión dado el proceso de descomposición social vivido en las comunidades indígenas a partir de la lucha armada, particularmente de las acciones del ejército vía las patrullas de autodefensa civil.

Por medio del derecho indígena, se han conservado y consolidado los valores ancestrales que potencialmente les ha permitido garantizar su sobrevivencia y se articula como lo indica Salvador Cazzato Dávila, para su país, que es válido para Guatemala y México:

los valores específicos contenidos en cada saber o acción perpetrada por el indio, los cuales requieren de una organización funcional de ciertas normas y principios culturales hasta hoy considerados intocables (sagrados) por innumerables grupos étnicos en Venezuela.

Manuel García Elgueta, en la descripción geográfica del Departamento de Totonicapán, Guatemala, Capítulo III, hace importantes referencias a las prácticas jurídicas indígenas quichés, el Capítulo VI, a los aspectos morales que se transmitían vía los Consejos de las madres y los padres a los hijos a lo

⁵⁸ *Los conflictos sociales en la administración de justicia*, México, UNAM, 1984. Entre las propuestas metodológicas encaminadas a las “investigaciones sobre los operadores del derecho” son pioneras las propuestas de Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Tauro Ediciones, 1978, pp. 174 y ss.

⁵⁹ *Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica*, Guatemala, Magna Terra Editores, 1997.

⁶⁰ Véase mi ensayo “Etnocidio antropológico: la versión de la antropología cultural norteamericana sobre los indios en Guatemala”, op. cit., pp. 127-168.

que consideró “hay una parte interesantísima que puede considerarse como un compendio de alta moral y tierna y urbanidad”, y remata:

Pero todo aquel buen código de sencilla moral y urbanidad, aquellas instituciones de su derecho administrativo y penal, aquellas patriarcales y excelentes costumbres, todo fue destruido por la caridad evangélica de los conquistadores.

Para el caso particular de Guatemala, la contrainsurgencia encamina sus acciones en forma violenta, atacando a los operadores del derecho indígena, como lo han demostrado los informes de los estudios realizados por Comagua/Minugua, la Defensoría Maya y los trabajos publicados por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y el equipo de antropólogos forenses que trabajaron en las zonas de conflicto, entre otros. Lo anterior, referido a la amenaza de disolución permanente de su identidad, a la extinción en muchos casos, o a la contracción en otros, y a los riesgos que enfrentan todos los días las personas y los grupos indígenas cuando se trata de consolidar su continuidad y reproducción como pueblos con historias específicas, con marcas legítimas de diferenciación y con formas de ser realizadas desde el ejercicio de su voluntad política. En este supuesto, se parte de la idea que los indígenas son colectivos étnicos culturalmente atrasados respecto a la sociedad nacional y se considera que las ayudas que se les puede proporcionar deben estimular la incorporación de sus personas a la cultura urbana y borrar su estilo peculiar: formas de vida, modos de vestir, lengua, identidad y conciencia política nacional. Todo cuanto no se ajusta a estas expectativas se asume como fuente de problemas políticos carentes de sentido cuando, desde la perspectiva de la cultura nacional, se piensa que el estado ofrece a los indígenas la oportunidad de alcanzar un progreso que siendo indígenas no podrán conseguir por ellos mismos.

Esto demuestra, por otro lado, la falsedad, del mito del indio pasivo, “la pacificación de los indios rebelde ha tenido que hacerse una y otra vez y todavía no se ha consumado”.

Este argumento, se encamina a considerar lo que Guillermo Bonfil Batalla señaló expresamente:

Un pueblo colonizado posee una cultura diferente de la que posee la sociedad colonizadora. El proceso colonial la habrá mutilado, constreñido, modificado; pero no la habrá hecho desaparecer (si lo hubiere hecho, no habría más pueblo colonizado). La cultura autónoma que conserva representa la continuidad histórica (no la permanencia estática siempre fiel a su espejo mismo) de una cultura diferente, en torno a la cual se organiza un proyecto civilizatorio alternativo para el pueblo colonizado: proyecto de resistencia que se transformará en proyecto de liberación. Los elementos culturales que disputa son los que han sido enajenados o aquellos de los que necesita apropiarse para hacer viable su proyecto de resistencia/liberación.

Pero, naturalmente que hay de mito a mito, y el otro puede ser:

la negación de la cultura propia sería la manifestación subordinada a poderes externos de economía y política. Desde este punto de vista la cultura estaría en la sucesión de las figuras pasivas, imágenes del mundo o cosmovisiones que se asumen como imposturas en el curso de la historia. En ese sentido la cultura Mixe tiene que afirmar su propia naturaleza dando nueva forma a sus pautas particulares que históricamente han perdido actualidad en el México contemporáneo. El proceso de aculturación dirigido a la homogeneidad de la cultura nacional, como exterminio de culturas originales y como punto de partida para el progreso, por fortuna se ha venido desvaneciendo como mito antropológico.

Esto, referido a México, es válido como observación para el mundo indígena.

Pero lo cierto es lo que se anota en la presentación del libro citado de Münch, por Guillermo Goussen: “La desgracia de ser etnia dominada en un país que entró a la modernidad con los ases de la miseria ocultos en la manga”.

Segundo argumento: Tiene una construcción epistemológica propia, es decir, los pueblos indígenas, como se ha advertido, tiene su propia “concepción del mundo”, no son pueblos primitivos, pueblos sin historia, y menos en términos absolutamente acientíficos sin cultura. En tanto que la cultura es también una visión del mundo interiorizada colectivamente, una “premisa teórica implícita” de toda actividad social.

La cultura entendida así, en sentido gramsciano, posee una eficacia integradora y unificante:

la cultura, en sus distintos grados, unifica una mayor o menor cantidad de individuos en estratos numerosos, en contacto más o menos expresivos, que se comprenden en diversos grados, etcétera.

Puede decirse, sin forzar la visión Gramsciana, apunta Jiménez Montiel, que por esta vía la cultura determina la identidad colectiva de los actores histórico-sociales:

De ellos se deduce la importancia que tiene el momento cultural incluso la actividad práctica (colectiva): cada acto histórico sólo puede ser cumplido por el “hombre colectivo”. Esto supone el logro de una unidad “cultural social”, por la cual una multiplicidad de voluntades disgregadas, con heterogeneidad de fines, se sueldan con vistas a un mismo fin, sobre la base de una misma y común concepción del mundo (general y particular, transitoriamente operante —por vía emocional— o permanente, cuya base intelectual están arraigadas, asimilada y vivida, que puede convertirse en pasión”.

A lo que agrega Giménez,

Además no debe olvidarse que para Gramsci las ideologías organizan a las masas humanas, forman el terreno en medio del cual se mueven los hombres, adquieren conciencia de su posición, luchan, etcétera.

Y que

Quizás pueda concluirse entonces que para Gramsci el orden de la ideología y de la cultura engloba el conjunto de los significados socialmente codificados que, cuanto tales, constituyen un aspecto analítico de lo social que atraviesa, permea y confiere sentido a la totalidad de las prácticas sociales.

Naturalmente que no aceptar la existencia de un sistema jurídico indígena y que el mismo tenga que operar paradójicamente en forma clandestina, forma parte de la negación de las culturas subordinadas en la búsqueda incesante de su destrucción hasta las formas más sutiles como son las acciones realizadas en Guatemala después de los Acuerdos de Paz, los denominados Tribunales Comunitarios.

La historia de las culturas indias ha sido la de su persecución.

La legalización del derecho indígena forma parte de la lucha a favor de la cultura y la determinación de los programas de la cultura nacional pluricultural y pluriétnica y la cultura universal.

Este argumento, apunta a considerar que el derecho de los pueblos indígenas, forma parte de su cosmovisión del mundo o sea de su cultura, como lo hemos demostrado durante el transcurso del presente ensayo y ha de romper con la concepción eurocéntrica o más bien, latinocéntrica en Mesoamérica, que representa una visión elitista, restrictiva, discriminatoria y etnocida, contraria a los criterios sustentados por la antropología moderna, que reconoce que todos los pueblos sin excepción, son portadores de cultura y deben considerarse como adultos.

Lévy Strauss ha señalado que carece de fundamento la “ilusión arcaica” que postula en la historia una “infancia de la humanidad”.

También es significativo tener en cuenta que la “concepción total” de la cultura iniciada en el tercer cuarto del Siglo XIX por Tylor, en su obra *Primitive Culture*, que definió la cultura como “el conjunto complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho. La costumbre, y cualquier otra capacidad o hábito adquiridos por el hombre en cuanto a miembro de la sociedad”.

En la teoría sociológica, no obstante el despunte de la antropología, durante el Siglo XIX,

la respuesta de como estudiar el no-occidente fue doble. Por un lado, se establecieron disciplinas especiales para estudiar el no-occidente: la antropología para estudiar los llamados pueblos primitivos, y los estudios orientales para investigar las llamadas grandes civilizaciones (China, India, el mundo árabe, etc.). Adicionalmente, sin embargo, los científicos sociales, principalmente sociólogos, crearon conceptos que definían la diferencia

esencial entre el Occidente y los otros en términos de una serie de antinomias: estatuto y contrato (Maine), sociedad militar e industrial (Spencer), solidaridad mecánica y orgánica (Durkeim), legitimación tradicional y racional-legal (Weber), los patrones variables de Parnsons”.

Para concluir este apartado, coincido con Francisco Palacios Romeo, que entre las fuentes de los conflictos en el mundo colonial y aquí en el colonialismo interno, es la diferencia en creencias y valores fundamentales. Los de la civilización occidental difieren radicalmente de la de los otros (el individualismo, liberalismo, constitucionalismo, derechos humanos, igualdad, libertad, imperio de la ley, democracia, mercados libres y separación de Iglesia y Estado. En el sentido de estas ideas, afirma Palacios, habrá que valorar el ideal de occidente de una “civilización universal”. Las diferencias se manifestarían al máximo en los esfuerzos de Estados Unidos y demás potencias occidentales por inducir a otros pueblos a adoptar ideas occidentales respecto a la democracia y los derechos humanos.

Tercer argumento: En el Simposio Indolatinoamericano sobre derecho indígena, organizado por los Servicios del Pueblo Mixe, Oaxaca, México, en 1995, se planteó que los sistemas jurídicos indígenas, poseen los elementos necesarios, así:

a) **Ámbito espacial de validez.** Todo conjunto normativo tiene existencia y validez en un ámbito territorial. Su reconocimiento incluye la totalidad de la comunidad de cada pueblo indígena en que se aplica y en un determinado territorio.

b) **Ámbito material de validez.** Su reconocimiento se hace en las diversas materias que regula. Transgresiones de orden público o privadas, según se afecte a la comunidad como un todo o a miembros de ésta; sea de naturaleza penal, civil, administrativa, agraria, etcétera.

c) **Ámbito personal de validez.** Que incluye como sujetos de estos sistemas normativos a todas las personas cuyos actos jurídicos sean realizados dentro del ámbito especial reconocido para la vigencia jurídica.

Cabe agregar, a la propuesta, que existen otros ámbitos, que van más allá de la juridicidad del occidente de donde son retomados, en efecto, la teoría general del derecho, plantea que las normas generales tienen tres funciones a cumplir:

1. Determinar los agentes encargados de la aplicación de las normas,
2. Determinar los procedimientos a que deben someterse, y
3. Determinar los actos judiciales o administrativos de tales agentes jurídicos, ya que crean normas individuales al aplicar a casos concretos normas generales.

Las normas singulares se crean de acuerdo con ciertos procedimientos que se encuentran determinados en las propias leyes, códigos o reglamentos

y además sólo son validas para un lugar, tiempo, materia y persona de dichas normas.

Estos denominados ámbitos de validez, sólo puede ser apreciados verdaderamente, si la producción y prácticas jurídicas son eficaces y legítimas, que implican una investigación empírica.

La particularidad del derecho indígena es que conlleva también una visión étnico-cultural y también acorde a su realidad socio-económica, se trata de sociedades imbuidas de un sentimiento comunitario, algunos la calificaran de precapitalista atendiendo al esquema del desarrollo económico dominante. De esa suerte que debe estudiarse esa particularidad.