

UACM

Universidad Autónoma
de la Ciudad de México

Nada humano me es ajeno

COLEGIO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIATURA EN CIENCIAS SOCIALES

**“Pluralismo Jurídico e Interlegalidad: Una aproximación a la
Antropología Jurídica”**

TRABAJO RECEPCIONAL

PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS SOCIALES

PRESENTA

José Martín Pérez Larios

Director del Trabajo recepcional

Dr. Carlos Salvador Ordóñez Mazariegos

México, D.F. Marzo 2014.

SISTEMA BIBLIOTECARIO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LA CIUDAD DE MÉXICO COORDINACIÓN ACADÉMICA

RESTRICCIONES DE USO PARA LAS TESIS DIGITALES

DERECHOS RESERVADOS[©]

La presente obra y cada uno de sus elementos está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor; por la Ley de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, así como lo dispuesto por el Estatuto General Orgánico de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México; del mismo modo por lo establecido en el Acuerdo por el cual se aprueba la Norma mediante la que se Modifican, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Estatuto Orgánico de la Universidad de la Ciudad de México, aprobado por el Consejo de Gobierno el 29 de enero de 2002, con el objeto de definir las atribuciones de las diferentes unidades que forman la estructura de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México como organismo público autónomo y lo establecido en el Reglamento de Titulación de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Por lo que el uso de su contenido, así como cada una de las partes que lo integran y que están bajo la tutela de la Ley Federal de Derecho de Autor, obliga a quien haga uso de la presente obra a considerar que solo lo realizará si es para fines educativos, académicos, de investigación o informativos y se compromete a citar esta fuente, así como a su autor ó autores. Por lo tanto, queda prohibida su reproducción total o parcial y cualquier uso diferente a los ya mencionados, los cuales serán reclamados por el titular de los derechos y sancionados conforme a la legislación aplicable.

Agradecimientos

Me gustaría que estas líneas sirvieran para expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han colaborado durante la realización de la presente Investigación, en especial al Dr. Carlos Salvador Ordóñez Mazariegos, director de la presente investigación, por la orientación, el seguimiento y la supervisión continúa de la misma, pero sobre todo por la motivación y el apoyo incondicional recibido a lo largo de estos años.

Especial reconocimiento merece el interés mostrado por mi trabajo y las sugerencias recibidas al Dr. Armando Sánchez Albarrán y a la Mtra. Luz del Carmen Zaldivar Herrera, con quienes me encuentro en deuda por el ánimo infundido y la confianza en mí depositada.

Quisiera hacer extensiva mi gratitud al Mtro. Adrián López Cabello, Mtra. Fabiola Ortega Garnelo y al Dr. Mauricio Álvarez Arce por su colaboración la cual fue muy enriquecedora en esta investigación.

También quiero dar las gracias a mi novia Lic. Rocío Carmona Lagunas, quien ha sido el impulso y el pilar principal para la culminación de la misma, que con su apoyo constante y amor incondicional ha sido amiga y compañera inseparable, fuente de sabiduría, calma y consejo en todo momento.

A mis padres mi hermano y abuelita paterna que con su amor y enseñanza han sembrado las virtudes que se necesitan para vivir con anhelo y felicidad.

A todos ellos, muchas gracias.

José Martín Pérez Larios

Índice

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I. DEL PLURALISMO CULTURAL AL PLURALISMO JURÍDICO ..	10
1.1 Pluralismo y pluralismo político	10
1.2 Pluralismo Cultural	17
1.3 Pluralismo Jurídico.....	27
1.4 Evolucionismo	33
1.4.1 La antropología Americana.....	37
1.4.2 La antropología Británica	38
1.5 Funcionalismo	40
1.6 Posmodernismo	44
1.7 Antropología Jurídica Latinoamericana	46
CAPÍTULO II. DERECHO INDÍGENA.....	51
2.1 Una Aproximación a los sujetos de estudio	51
2.1.1 Concepto de Indio.....	51
2.1.2 Concepto de Indígena.....	54
2.1.3 Concepto de Pueblo	59
2.1.4 Concepto Pueblos Originarios	60
2.2 Sistema Jurídico.....	63
2.2.1 Fuentes históricas.....	66
2.3.1 Fuentes reales o materiales.....	67
2.4.1 Fuentes formales	67
2.3 Legislación	68
2.4 La jurisprudencia.....	68

2.5 La doctrina	68
2.6 La costumbre	69
2.7 Usos y Costumbres.....	70
2.8 Sistema Normativo indígena	71
2.9 Derecho Indígena.....	75
2.10 Características del derecho Indígena.....	89
CAPITULO III. EI NUEVO PARADIGMA DE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: INTERLEGALIDAD.....	94
3.1 Interculturalidad.....	94
3.2 Sally Falk Moore Campos sociales semiautónomos	101
3.3 Inter-legalidad	108
3.4 Porosidad Jurídica	112
CONCLUSIONES.....	116
BIBLIOGRAFÍA	122

INTRODUCCIÓN

En la presente tesis, me aboco al estudio de los diferentes ordenamientos jurídicos dentro de un mismo espacio. El esfuerzo es determinar la "porosidad legal" entre el sistema de derecho indígena y el derecho positivo nacional, desde el concepto de "interlegalidad", entendida como una dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico. La inquietud por la temática surgió durante las mesas de trabajo para la propuesta de Ley de los Pueblos y Barrios Originarios del Distrito Federal con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el 2011.

Dado que curricularmente nuestra carrera en Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México no incluye estudios en la materia de Antropología Jurídica, para el acercamiento a la temática, tuve la necesidad de acudir al Diplomado de Justicia y Pluralismo dentro del programa México Nación Multicultural de la UNAM, en donde tuve la oportunidad de recibir varios cursos de capacitación y especialización, además a través del servicio social que realicé en el Consejo de Pueblos y Barrios Originarios del Distrito Federal tuve ese acercamiento con los actores sociales de los pueblos originarios que habitan en el Distrito Federal.

La vertiente histórica y antropológica fue construida en primer lugar, en los cursos recibidos en nuestra Universidad; luego las materias optativas recibidas en el Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, con el apoyo del Dr. Carlos Salvador Ordóñez Mazariegos.

Si es aceptado, tentativamente, que la antropología nació como disciplina científica en la segunda mitad del siglo XIX, con destacados representantes del evolucionismo clásico como son: Bachofen, Morgan, Mc-Lennan, Maine, entre otros, y que sus más destacados practicantes también eran abogados, se puede mencionar que muchas de las interrogantes de la antropología surgen de cuestionamientos legales.

El aporte de estos evolucionistas clásicos al desarrollo de una visión antropológica del derecho fue decisiva, ya que fijaron su atención hacia la existencia de una dimensión no entendida antes: la alteridad, el hecho de que existe un mundo distinto que envuelve la vida cotidiana. Otra de las razones es que la mayor parte de esta literatura antropológica pionera estuvo comprometida con las políticas del “indirect rule” imperial en diversos países de África, Oceanía, Asia y América. Inclusive algunos de estos estudios limitaron su metodología a “la recopilación de las normas jurídicas con fuentes de primera o segunda mano”.¹

La antropología jurídica, la cual se desarrolló años más tarde, surgió en contraposición a las especulaciones que proponían los evolucionistas, representada principalmente por el culturalismo de Franz Boas, el funcionalismo de Malinowsky y el estructural-funcionalismo de Radcliffe Brown, quienes compartían un enfoque descriptivo, ahistórico y que, en general, “tendía a usar el modelo de armonía o equilibrio para describir las relaciones sociales. El interés colonialista de conocer los “usos y costumbres” y “derecho consuetudinario” de los pueblos llamados “primitivos” e “iletrados” estaban aparejados a una visión en donde el sistema legal era entendido como “una institución virtualmente independiente y separada de otras instituciones en sociedad”.²

Las mayores discusiones tuvieron “como común denominador una preocupación sobre varios aspectos del método: la posición de la jurisprudencia en la ciencia social y el estudio de los acuerdos de las disputas en términos de procesos relativos a la sociedad y el individuo”.³ Lo anterior, se hizo patente por un lado, en

¹ Stavenhagen, Rodolfo, “Introducción al derecho indígena”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Año VI, Núm. 17, Mayo-Agosto de 1991, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991, p. 307.

² Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, *Pluralismo jurídico: una aproximación antropológica desde los altos de Guatemala*, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 225. Ver también en: Nader, Laura citando a Nader, Laura, “The anthropological study of law”, *American Anthropologist*, Núm 67 (6), E.U. A., 1965.

³ Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, *Pluralismo jurídico: una aproximación antropológica desde los altos de Guatemala*, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 226 Ver también Nader, Laura, “Introduction”, en Nader, Laura (Edit.), *Law in culture and Society*, Estados Unidos de América, University of California Press, 1997, p. 2.

el debate entre Bohannan-Gluckman⁴, representantes de las escuelas inglesa y americana respectivamente, sobre la pertinencia de aplicación los conceptos jurídicos occidentales en las comunidades estudiadas, y por el otro, al acuerdo intelectual a que llegaron Bohannan y Gluckman tras la novedosa propuesta de Hoebel⁵. “Hoebel realizó el primer intento serio para clarificar el marco de referencia a través del cual los antropólogos del derecho podrían contar con un sistema comparativo analítico no etnocéntrico para entender el pluralismo jurídico, particularmente de los conceptos jurídicos de los diferentes sistemas legales”.⁶

“June Starr y Jane Collier lograron reunir en 1985 a varios especialistas en otra importante conferencia⁷, en donde se realizó una seria crítica al estructural-funcionalismo por carecer de un enfoque etnohistórico y el uso de los modelos de equilibrio y armonía en sus investigaciones. Los temas comunes de la nueva generación de antropólogos del derecho eran las relaciones asimétricas de poder y el cambio jurídico”⁸. Sin embargo, Starr y Collier advirtieron en la introducción de la publicación de los trabajos en torno al término de pluralismo legal:

“Ninguno de los autores usa el término “pluralismo legal” o “sistema legal dual” cuando analizan sistemas sociales complejos. Ambos conceptos, “pluralismo” y “dual”, acarrear connotaciones de igualdad que no representan las relaciones asimétricas de poder que se adhieren a la coexistencia de múltiples órdenes legales. Varios sistemas legales pueden coexistir, como ocurre en muchos estados coloniales y poscoloniales, pero los órdenes legales son difícilmente iguales”.⁹

Es por ello quizás que Nader también haya llamado la atención de que para los años ochenta los “antropólogos estaban desarrollando modelos etnohistóricos que

⁴ *Ibidem*, p. 225. Ver El debate Bohannan-Gluckman se centraba en torno a la pertinencia del uso de la terminología jurisprudencial occidental en los estudios de las sociedades “no occidentales”. Véase: Nader, Laura, *Ibid*, pp. 2-3.

⁵ Para obtener un espléndido análisis de esta propuesta de Hoebel consultar: Nader, Laura, *Ibid*, p. 4.

⁶ Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, *Pluralismo jurídico: una aproximación antropológica desde los altos de Guatemala*, op. cit, p. 226.

⁷ Dicha conferencia tuvo lugar del 10 al 18 de Agosto de 1985 en Milán y en Bellagio, Lago Como, Italia. Asistieron reconocidos especialistas como Laura Nader, Sally Falk Moore, Vilhelm Aubert, George Collier, Anton Bloc, Jane Collier y June Starr entre otros.

⁸ *Ídem*.

⁹ *Ibidem*, p. 229. Ver Starr, June y Collier, Jane, op. cit, p. 9.

combinaban los análisis históricos, sociológicos y culturales en el marco teórico de la estructura del poder".¹⁰

Sobre la base de estas razones prioritarias, surgen mis objetivos centrales que marcan la presente investigación: analizar el concepto de Pluralismo Jurídico e interlegalidad, para a su vez determinar la porosidad "legal" que existe entre la ley indígena y el sistema jurídico nacional.

La hipótesis de trabajo que guía a la presente investigación consiste que tanto en términos sociales y jurídicos los pueblos originarios experimentan, una negación a sus derechos, particularmente sus derechos territoriales, a la autonomía y al desarrollo. Esto lleva a suponer, que existe un Estado pluriétnico etnocrático, en donde existe un sólo grupo sociocultural que concentra el poder económico, político y social, mismo que utiliza para a su vez mantener a los otros grupos étnicos dentro de una situación marginal o subordinada. En consecuencia el Pluralismo Jurídico refleja la resistencia de los pueblos indígenas frente al Estado.

Por ahora, frente a la problemática abordada, lo jurídico debe estar atento a los avances de la teoría de la antropología crítica y de las contribuciones epistemológicas del movimiento indígena en nuestra América Latina que, en el sistema de Naciones Unidas cumple con un papel fundamental, ya que ayudó para la elaboración del convenio 169 OIT además de la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas.

Los planteamientos de los pueblos indígenas fueron recogidos a través de investigación documental donde coadyuvó el Consejo de los Pueblos y Barrios del Distrito Federal para acercarme con los actores sociales y conocer su contexto de los mismos a través del tiempo.

¹⁰ Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, *Pluralismo jurídico: una aproximación antropológica*, Op. Cit., p. 227. Ver: Nader, Op. Cit., supra nota 2, p. 320.

Los ejes de discusión de esta tesis han sido plasmados en orden capitular el cual va a permitir analizar teóricamente los fenómenos del Pluralismo Jurídico y la Interlegalidad.

El primer capítulo, titulado “Del Pluralismo Cultural al Pluralismo Jurídico” se discuten algunas posturas teóricas en torno al concepto de pluralismo desde la antropología jurídica, en donde se analizan brevemente las principales tendencias en el campo del pluralismo jurídico, desde su formación científica histórica hasta sus teorías más recientes. Para esto, el capítulo se articula en torno a cinco ejes principales, es decir, el problema de definición, las premisas evolucionistas, funcionalistas y la concepción culturalista que socava las teorías existentes, para finalizar con la postura posmoderna del pluralismo jurídico.

El segundo capítulo, “Derecho Indígena” me abocaré a la discusión en torno a conceptos fundamentales que me permitirán entender la génesis del Derecho Indígena como son indio, indígena, originario, pueblo. Posteriormente se realizará una conceptualización epistemológica y axiológica en torno a los Sistemas Jurídicos para finalmente adentrarse al Derecho Indígena.

Por último, el tercer capítulo “El nuevo paradigma de la Antropología Jurídica: Interlegalidad”, este último está dividido en cuatro grandes apartados, por un lado se aborda la discusión sobre la interculturalidad, y en donde se tiene como punto de partida el dialogo entre culturas, posteriormente con el análisis de los campos semiautónomos propuesto por Sally Falk Moore. Esto nos adentrará para analizar el trabajo más reciente de Boaventura de Sousa Santos sobre la coexistencia y la interrelación de varios ordenamientos jurídicos (porosidad legal) en una misma unidad de análisis. En donde, a modo de síntesis, se comentarán sólo algunos de los conceptos acuñados por Santos, empezando por aquellos apuntes teóricos sobre el debate del pluralismo, lo cual permitirá reflexionar sobre la realidad de los pueblos originarios.

CAPÍTULO I

DEL PLURALISMO CULTURAL AL PLURALISMO JURÍDICO

1.1 Pluralismo y pluralismo político

El pluralismo es un sistema por el cual se acepta o reconoce la pluralidad de doctrinas o posiciones.¹¹ Esto puede suponer que existe una convivencia armónica con distintos grupos culturales, de distintas formas de pensar actuar y de concebir el mundo, pues todas las formas de vida tienen el derecho a expresarse libremente sin que ninguna se considere en la posesión exclusiva de la verdad, aunque pueda justificarse la elección de unas como otras.

Sin embargo, este concepto no debe considerarse como una teoría política, mucho menos social, aunque puede que se sustente sobre algunas doctrinas filosóficas, tampoco se le debe considerar como una moda ideológica. A grandes rasgos, el pluralismo puede ser considerado como una concepción ética sobre el respeto y la tolerancia a creencias ajenas. Esto significa que, no existe una verdad única absoluta que prevalezca sobre el resto de creencias.

La literatura antropológica, define a la sociedad plural como “las que contienen múltiples poblaciones étnicas dentro de una economía compartida y un orden político centralizado dominado por uno de los grupos, lo que deja entrever que en las sociedades plurales, existe algo que comparten entre si y a su vez algo que los constituye como grupos, como es la economía y la política las cuales se encuentran en las culturas y que a su vez pueden ser compartidas”.¹²

Por principio de cuentas trataré de esbozar el concepto de sociedad plural, tomando como referencia a un economista holandés, John S. Furnivall quien va

¹¹ Real Academia de la Lengua Española, en Línea
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=pLURALISMO, visitado 5 de Noviembre de 2011.

¹² MacDonald, T., "*Sociedades Plurales*", en Barfield, T. (ed.), *Diccionario de Antropología*, México, Siglo XXI, 2000, p. 491.

plantear que una sociedad plural está caracterizada como una sociedad donde “los diferentes grupos culturales viven lado al lado sin mezclarse mucho”¹³, dicho lo anterior se puede decir que el nacionalismo va tener una tendencia destructiva en donde no logra la consolidarse de un orden social.

Sin embargo existe una propuesta distinta por parte de Linton y Nadel, en donde mencionan que existen tres tipos de instituciones, 1) las que son obligatorias, 2) alternativas y 3) exclusivas.¹⁴ A partir de esa clasificación se elaboran categorías en donde se parte de que existen tipos de sociedades.

Dentro de las sociedades homogéneas, todos los grupos culturales comparten un mismo sistema. Estas sociedades fueron también conocidas como “sociedades primitivas”, en tanto, en las sociedades heterogéneas los grupos de una unidad política van a compartir un mismo sistema de instituciones básicas. Sin embargo, estas sociedades heterogéneas participan en diferentes sistemas de instituciones alternos o exclusivos, esto se ve con frecuencia en “países del primer mundo”. Por último en las sociedades plurales los grupos que coexisten dentro de una unidad política no tienen sistemas igualitarios de instituciones básicas u obligatorias, estas se encuentran típicamente en los países del “tercer mundo”.¹⁵

Así, el pluralismo contradice el pensamiento y la práctica monista de los Estados, que se orientan a tratar de imponer un cierto equilibrio estático, derivado del mantenimiento de un *status* quo construido en algún momento de su proceso histórico, que de alguna manera resulta satisfactorio para algunos grupos de poder que lo integran.

El pluralismo, considera positiva la diversidad, sin suponer que ésta tenga que necesariamente multiplicarse. Este es un proceso que se orienta por las bases de la tolerancia racional¹⁶ y no por aquella tolerancia ilimitada.¹⁷

¹³ Leif Korsbaek y Florencia Mercado Vivanco, *Concepto de Sociedad Plural: de las sociedades Simples a las Sociedades Plurales*. En línea www.bibliojuridica.org/libros/4/1670/10.pdf, visitado 1 de octubre de 2011.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 157.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 159.

¹⁶ Por su parte Rawls, realiza una distinción entre “pluralismo razonable” y “pluralismo como tal”, optando por la primera acepción, en donde sostiene que una sociedad democrática se basa en algunos puntos de vista que tienen que ser universales y que requieren un consenso de todos. Cfr. Rawls, *El Liberalismo Político*, Barcelona, *Crítica*, 2000, pp. 36-39.

Por su parte el “pluralismo razonable” propuesto por John Rawls, se encuadra perfectamente con la defensa de unos derechos humanos básicos válidos para todos. Lo anterior, a pesar de la constatación de la existencia de sociedades diversificadas, se mantiene que algunos puntos de vista tienen que ser universales y, requieren un consenso de todos, principalmente por el respeto de los derechos que corresponden a toda persona en virtud de su dignidad.

De modo que se trata de un pluralismo que presupone tolerancia como un elemento que tiene una especial interrelación basada en armonía. La tolerancia respeta valores ajenos y el pluralismo afirma un valor propio, por lo tanto van a entrar en relación aquellos valores de la diversidad enriquecedores tanto del individuo como de la sociedad.

Por otro lado, la democracia liberal solamente puede fundamentarse en valores y principios compartidos, en especial los derechos básicos de la persona. “El pluralismo es uno de los principios de la sociedad liberal, pues admite la diversidad sin suprimir valores y principios compartidos, pero que quede claro que aunque pluralismo sea vivir juntos en la diferencia no puede olvidarse que existe una contrapartida”¹⁸.

El pluralismo como teoría constituye un enigma porque, a pesar de ser la dominante en la ciencia política, es considerablemente deficitaria en términos teóricos. En consecuencia, existen muchas interpretaciones diferentes del pluralismo, que es, al mismo tiempo, normativo, preceptivo y descriptivo. Normativo porque se le considera la mejor forma de gobierno; preceptivo porque ofrece un modelo ideal de gobierno; y descriptivo por su análisis del mismo. Esta carencia teórica y la confusión respecto a sus fines dificultan la definición de pluralismo.

¹⁷ Hay que destacar que la tolerancia en una sociedad liberal el Estado no debe ser totalmente neutral sino que debe promover los fines, los valores y principios que merezcan una valoración superior, y estos constituyen los límites a la tolerancia.

¹⁸ Arroyo Velasco, Juan Carlos, “Derechos de las minorías y democracia liberal”, *Revista de estudios políticos*, N° 109, México, 2000, p. 201-222.

En la democracia liberal la gobernabilidad democrática se encuentra garantizada (debería estarlo) por las instituciones, por la división de poderes dentro del Estado y por la existencia de partidos políticos. Son precisamente los partidos políticos los que operan como mediadores entre las demandas económicas, sociales y políticas; controlan y fiscalizan los actos de gobierno; contribuyen a la gobernabilidad mediante la crítica constructiva de las propuestas legislativas del gobierno; y definen propuestas alternativas y candidatos propios para llevarlas adelante en el momento de las elecciones. La naturaleza de lo político se articula, entonces, a través de la confrontación democrática, aportando el caudal propio de ideas u opiniones.¹⁹

La característica principal del pluralismo es su diversidad. La complejidad del Estado liberal contemporáneo supone que ningún grupo, clase u organización pueda dominar la sociedad. Dentro del pluralismo existe una separación entre el Estado y la sociedad civil, una diferencia entre el poder político y el económico, y una variedad entre los intereses que logran afianzarse en áreas de políticas diferentes. El poder es acumulativo y éste se encuentra disperso, de ahí que el papel que juega el Estado será el de regular los conflictos en la sociedad más que dominarla para alcanzar intereses particulares.²⁰

En su aspecto propositivo, el pluralismo busca formas más igualitarias de articulación social entre las culturas, en las que cada una no se vea necesariamente transformada por el contacto de nuevas estrategias de aislamiento. De manera que se rechaza entonces de manera clara la propuesta integracionista de los Estado-Nación, llevada a cabo por los indigenismos y las políticas estatales en América Latina, que pretendieron lograr la homogenización nacional a través de la represión de las culturas diferenciadas.

¹⁹ Vazquez, Amancio, El concepto de Ciudadanía en la Democracia Liberal y sus límites, *Cultura y Representaciones Sociales*, Vol 5, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, N°9, 2010, p. 140.

²⁰ A priori, cualquier democracia debería reflejar justamente dicha heterogeneidad ideológica y social, independientemente del estatus o clase. Sin embargo, actualmente existen diferentes limitaciones que impiden un auténtico pluralismo: falta de participación democrática, falta de proporcionalidad representativa, diferencia de clases, tráfico de influencias, etc. Posiblemente, el factor que más limita la igualdad de oportunidades en la sociedad diversa es el egoísmo intrínseco al ser humano. El afán de acumular poder, riqueza o capital (plusvalía), a menudo provoca que se incrementen las desigualdades entre las clases y surge la temida *crisis*. ver en: Máiz Ramón, Democracias y Poliarquía en Robert A. Dahl, disponible en internet: http://webspersoais.usc.es/export/sites/default/persoais/ramon.maiz/descargas/Artigo_35.pdf visto 5 de septiembre de 2013.

En términos parecidos, Eduardo López, remarca en su escrito la íntima relación existente entre el pluralismo (su reconocimiento) y la democracia, entendiendo que “el pluralismo debe ser la base de una estrategia democrática para los Estados-nación en los que la diversidad étnico nacional, lingüística constituye una de las características fundamentales de los procesos de formación de esas sociedades nacionales”.²¹ Por ello, rechazada la exclusión de los indígenas en la conformación de la sociedad nacional, “el pluralismo asume, en esencia, el derecho a la diferencia y a la diversidad en el marco de una igualdad efectiva y de una democratización real del Estado y de la sociedad”.²² En definitiva, se trata de construir una democracia radical²³ como democracia plural y multicultural.

Sartori ha criticado la versión del pluralismo que tiene un lugar, pues sostiene que éste no tiene un desarrollo a partir de las corrientes utilitarias, sino que se ha venido forjado a partir de una gradual aceptación de la tolerancia.

Además puntualiza, que en las democracias modernas han sido las que han descubierto que en la diversidad se pueden congeniar con el orden social y el bienestar político. Sostiene, de hecho, que las diferencias que se suscitan a diario son germen y el alimento de los estados. No obstante, esta valoración, fue un proceso largo y costoso dentro de la historia.

²¹ López Ramírez, Eduardo, El México Indígena de fin de siglo: Elementos para una política indigenista, en *Convergencia*, año 2, México, N°7, Diciembre 1994, p. 87.

²² *Ibíd.*, p. 88.

²³ Un ejercicio de la democracia radical en la calle, en la casa y en la cama, capaz de combinar la democracia representativa con ampliaciones efectivas de democracia directa. Enérgica en la redistribución de derechos y responsabilidades. Vida de coherencia entre legalidad y legitimidad. Reivindicar el derecho al ejercicio propio de la razón es tanto como asumir en plenitud la tarea irrenunciable de pensar con cabeza propia sobre los propios problemas, a partir de los intereses y las demandas más sentidas de quien se aventura, por lo demás, a imaginar un futuro alternativo deseable. Aquí parece más sugerente impulsar una efectiva recuperación del Estado por parte de la sociedad, para ponerlo a su servicio, en el entendido de que no es útil eficiente despreciar o renunciar tanta energía y recursos institucionales, Estado al servicio de la sociedad, en la medida en que debería concebirse como su organización política más adecuada. Cerutti Guldberg, Horacio, ¿La Democracia es todavía posible?, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 22. Ver en Ordóñez Cifuentes, José Rolando Emilio, (Coordinador), *La construcción del Estado Nacional: democracia, justicia, paz y estado de derecho*, XII Jornadas Lascasianas, México, IJ, UNAM, 2004.

Para intentar definir el pluralismo Giovanni Sartori plantea tres niveles:

1. Pluralismo de las creencias: aquí se destaca que la cultura pluralista ve un valor en la diversidad. La sociedad le asigna ese valor y por lo mismo, existe.
2. Pluralismo societal: esto es distinto de la diferenciación societal. “una sociedad plural no es una sociedad pluralista, pues esta última no es más que uno de los muchos tipos posibles de la diferenciación social”.
3. Pluralismo político: este es el pluralismo de grupos, aquel en que se basa la democracia. No es el consenso, sino el conflicto, lo que destaca en él.

Giovanni Sartori muestra cómo la pluralidad no conlleva necesariamente al pluralismo, del mismo modo no se puede reducir el pluralismo a un criterio numérico. Lo complejo de una sociedad no genera por sí misma el pluralismo en sus relaciones. Más que en una propuesta programática, el origen del pluralismo se encuentra en la aceptación de la tolerancia producto de las guerras de religión.

Una de las anécdotas que es sumamente ilustrativa es donde menciona sobre los grupos puritanos que llegaron a Norteamérica permitieron el desarrollo del pluralismo no por sus postulados, sino por la situación que generaban en los principios de legitimidad. No es que los puritanos fueran muy democráticos, por el contrario, era algo que aborrecían. Sin embargo, ellos generaron una ruptura entre lo que es del César y lo que es de Dios, con lo que hicieron la diferenciación entre el plano de las creencias y el de la acción pública.

Esto, en consecuencia, dejó de ser un requisito para esta última la unanimidad de valores, pensamientos o culturas. Ello no significó un abandono de la religiosidad e incluso de la convicción de tener la “verdad”, pero sí del principio que construía lo público a partir del grupo de pares, como la democracia griega. En ese sentido, lo novedoso de la moderna democracia es que se cimenta en la distinción y el disenso.²⁴

²⁴ Sartori Giovanni, “Los fundamentos del pluralismo”, en *La Política*, N° 1, México, Primer Semestre de 1996, p. 107.

Sin embargo existen posturas donde se establece que dentro de la tolerancia existe un problema de fondo, se trata de lo que alguna vez el Dr. Leopoldo Zea confesara al Dr. Mario Magallón la *tolerable intolerancia*, te tolero pero marginado, te tolero pero excluido, te tolero lejos, distante de mí. La auténtica tolerancia no es respetar las creencias de los demás, sino estar dispuesto a dejar a un lado las nuestras.

Siguiendo con este planteamiento Zizek nos dice que en realidad el multiculturalismo “es una forma de racismo negada, invertida, autorreferencial y un racismo con distancia. “Respetar” la identidad del otro, concibiendo a este como una comunidad “auténtica” cerrada, hacia la cual, el multiculturalista mantiene una distancia que hace posible gracias a su posición universal privilegiada”. Se trata de un café sin cafeína.²⁵

Por su parte Mauricio García Villegas²⁶, explica que el pluralismo es un concepto que garantiza que exista diversidad de valores, ideologías y creencias, sin importar que haya alguna de ellas que represente un poder político o gubernamental. Esto equivale a decir que para el pluralismo no existe una voluntad soberana única que modele las leyes y la institucionalidad de una comunidad o de una nación según su propio interés o deseo.

Ahora bien, el pluralismo debe garantizar el respeto a la diversidad de opiniones, creencias, ideologías y principios contra cualquier voluntad política o gubernamental que trate de imponerse por sí sola o a alguna de ellas. Debe haber una obligación institucional de defender los derechos de todos basándose en el principio de la igualdad, el cual no permite ninguna acción discriminatoria en razón de los valores de unos u otros.

Cuando se habla de pluralismo, se debe entender la diversidad de pensamiento, que también existe el blanco y el negro conviviendo al mismo tiempo con otras tonalidades. Si hay pluralismo es porque existe una tolerancia, porque se acepta que pueden coexistir y convivir las opiniones diferentes. De esa diversidad lo que se puede sacar es lo mejor de las diferentes posiciones para poder tomar una decisión consensuada que pueda satisfacer a la mayoría.

²⁵ Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, inédito.

²⁶ García Villegas, Mauricio, La democracia constitucional: entre la libertad y la igualdad”, *Revista de Estudios Políticos*, Medellín, Universidad de Antioquia, N°. 7-8, 1996, pp. 121-146.

1.2 Pluralismo Cultural

Hablar de Pluralismo cultural connota, en primera instancia, la presencia, coexistencia de poblaciones con distintas culturas en un determinado ámbito o espacio territorial y social, un estado nación, una nación sin estado, una región, un municipio, una comunidad local, una escuela. Pero por “pluralismo cultural” también se entiende, como una determinada concepción de la diversidad cultural y una determinada propuesta sobre la forma legislativa, institucional, etc., en que debería abordarse en la práctica. Pues bien, durante este apartado expondré los principios o afirmaciones claves del pluralismo cultural.

El concepto con el que partiré es el de Miguel Bartolomé, en donde menciona que también puede definirse como el reconocimiento de una situación fáctica derivada de la existencia de diferentes culturas en una misma formación política, como de una orientación del valor que pretende afirmar el derecho a la existencia y reproducción de las mismas culturas. Se trata de una perspectiva que en América Latina se orientó a defender el derecho a la existencia física y cultural de las sociedades indígenas, en épocas en las que predominaban las ópticas integracionistas y asimilacionistas de los Estados.²⁷

Como señala Sartori, el concepto de pluralismo en sí mismo es complejo, pues presupone que la idea de pluralismo ya está implícita en el desarrollo del concepto de tolerancia; “si bien se comprende que pluralismo y tolerancia son conceptos totalmente distintos, pero también es fácil entender que se encuentran intrínsecamente conectados. Por lo tanto el pluralismo presupone tolerancia y, por consiguiente, que el pluralismo intolerante es un falso pluralismo”.²⁸ Además hay que mencionar que la diferencia entre pluralismo y tolerancia es que el primero afirma un valor propio, mientras que la segunda respeta valores ajenos.²⁹

²⁷ Bartolomé, Miguel, *Procesos interculturales: antropología política del pluralismo cultural en América Latina*, México, Siglo XXI, 2006, p .107.

²⁸ Idem.

²⁹ Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, 2ª ed. México, Taurus, 2008, pp. 21-23.

A diferencia de otros modelos, el pluralismo cultural valora positivamente la diversidad sociocultural y va a tomar como punto de partida que ningún grupo tiene porqué perder su cultura o identidad propia. Como ha planteado Kottak³⁰, la asimilación no es inevitable y puede haber armonía étnica sin ella. De hecho, las distinciones étnicas persisten a pesar de generaciones de contacto interétnico.

Vale la pena recordar hoy día, cuando asociamos "pluralismo" social o cultural a algo positivo, la connotación de conflicto y de coyunturalidad que Furnivall otorgaba a la "sociedad plural": "Furnivall vio la dominación, el conflicto y la inestabilidad como rasgos inevitables de las sociedades plurales. Según él, las sociedades plurales eran creaciones de la expansión de los occidentales cuyo resultado fue reunir a diferentes grupos étnicos en los estados coloniales y en el mercado. Pensaba que las sociedades plurales se desmoronarían cuando acabase el dominio colonial, porque la armonía entre los grupos étnicos estaba forzada políticamente y los lazos entre ellas eran sólo económicos, no apuntalados por vínculos sociales".³¹

En otros modelos de tratamiento de la diversidad sociocultural, es el asimilacionismo o la fusión. A diferencia de ellos, en el modelo pluralista de sociedad, la diversidad existente no desaparece sino que se mantiene, se recrea. No desaparece ni por adquisición de la cultura dominante y abandono de la original (modelo asimilacionista) ni por surgimiento de una nueva cultura integradora de los aportes de las preexistentes (modelo de fusión).³²

Desde el planteamiento del pluralismo cultural se puede considerar la diversidad cultural como algo deseable, ya que se fomenta la práctica de las tradiciones etnoculturales, se buscan vías para que la gente se entienda e interactúe; se hace hincapié en la interacción de los grupos étnicos y en su contribución al país; se asume, en definitiva, que cada grupo tiene algo que ofrecer y que aprender de los otros.

³⁰ Kottak, Ph. C., Antropología, *Una exploración de la diversidad humana* (con temas de la cultura hispana), Madrid, Mac Graw Hill/Interamericana de España, 1994, pp. 57-63.

³¹ *Ibídem*, p. 65.

³² Giménez, C. "La integración de los inmigrantes y la interculturalidad", en *Arbor*, CLIV, julio, 1996 pp. 119-49.

En el pluralismo cultural se parte de que la diversidad cultural es enriquecedora, de que no sólo no hay que rechazarla tratando de hacer homogénea la sociedad sino que hay que respetarla. Dicho lo anterior lo que se es incorporar todas las expresiones culturales, étnicas, religiosas, lingüísticas, están llamadas a estar presentes en la comunidad sociopolítica, a desarrollarse sin represión, libremente. Subyace aquí el axioma antropológico de la igualdad de las culturas en cuanto a manifestaciones magníficamente diversos de una misma naturaleza humana.³³

El pluralismo cultural se basa bajo dos principios: 1) el principio de igualdad o de no discriminación en función de la raza, cultura, etnia, religión, lengua, nacionalidad, origen regional, etc. Y 2) el principio de diferencia o respeto y aceptación del *otro*.³⁴ Dicho de otra manera, lo que el pluralismo cultural postula es una sociedad, comunidad, escuela y en general sociedad internacional en la cual las personas son iguales en derechos, obligaciones y oportunidades, al tiempo que son respetadas en su distintividad cultural, lingüística y religiosa.

Este reconocimiento del pluralismo étnico-cultural y su traducción es una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas derecho al territorio, derecho al respeto de sus lenguas, derecho al pleno desarrollo propio, por tanto un fenómeno relativamente reciente que se está proyectando en el Siglo XXI.

Este reconocimiento del pluralismo étnico y cultural es un fenómeno relativamente reciente, pero creciente, en el sentido que han existido reformas a las constituciones que a su vez incluyen cada vez un mayor número de derechos para los pueblos indígenas. Por tanto, el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural y su traducción en derechos específicos, se potenciará aún más para futuros años. De manera que es evidente, como afirma Sonia Fernández, que el respeto a la

³³ Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, 2ª ed. México, Taurus, 2008, pp. 20. Ver Giménez Romero, Carlos, "Pluralismo, Multiculturalismo e Interculturalidad", *Revista Educación y Futuro: Revista de Investigación Aplicada y Experiencias Educativas*, Editorial CES Don Bosco-EDEBÉ, Madrid, N° 8, Abril 2003, pp. 9-26.

³⁴ Giménez, Romero, Carlos, Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad, *Educación y Futuro: revista de investigación aplicada y experiencias educativas*, México, N° 8, 2003, p. 11-20.

diversidad es uno de los valores básicos de este siglo; éste es el sentido último de la democracia pluralista³⁵.

Por su parte, Ramírez menciona que:

“Sólo un proyecto democrático al que la heterogeneidad y la conflictividad social le proporcionan el punto de partida puede ser viable”. De manera que el mundo social es muy complejo y las relaciones entre culturas diferentes siempre han sido problemáticas, por ello un pluralismo consciente de la historia y crítico del presente no puede plantear una ilusoria e idílica armonía entre culturas, sino un constante proceso de negociaciones que contribuyan a garantizar la existencia y la reproducción cultural de los grupos y pueblos hasta ahora subordinados”.³⁶

Siendo más específico, el pluralismo cultural presupone que las diversas expresiones culturales, no detonan en un aspecto negativo para el establecimiento del estado de derecho en una sociedad, puesto que la diversidad de idiomas, culturas, tradiciones y costumbres son reflejo de un rico y polifónico país pluricultural y multidiverso.³⁷

También hay que rescatar que dentro de nuestro concepto existe una propuesta de inclusión y por lo tanto, ésta se opone y se presenta como una alternativa a los sistemas, prácticas y formulaciones que en otros lugares se ha englobado bajo modelos de exclusión en relación con la gestión sociopolítica de la diversidad cultural. El pluralismo cultural es una propuesta en contra la exclusión.

Sin duda, existen sociedades que se encuentran inmersas dentro de un proceso creciente de multiculturalización que hace que partes importantes de los conflictos existentes que afectan a una población tengan que ver con las relaciones interculturales. Esto implica que hay una opción que va más allá de un entendimiento a la diversidad asociado a la idea de lo multicultural y del

³⁵ Fernández, Sonia, *Naciones Indígenas (Análisis histórico y constitucional de los casos de Argentina-Chile)*, en alertanet en Derecho y Sociedad Disponible en internet, <http://geocites.com/alertanet/F2bSfernandes.htm>-, 2000, visitado el 25 de Octubre de 2011.

³⁶ Bartolomé, Miguel, Op. Cit, p. 121.

³⁷ Flores Vega, Misael *et al.*, *Conciliar el pluralismo y el multiculturalismo mediante la tolerancia*. Espacios Públicos, México, núm. 22, agosto 2008, disponible en internet: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=67602221> visitado 4 de marzo de 2014.

multiculturalismo, por lo que da cuenta del compromiso por el trabajo integrador, siempre respetando las diferencias.

Lo anterior, constituye, una manifestación de la voluntad política y social por la homogenización de derechos por encima de las diferencias étnicas, de género, de nacionalidad, de orientación sexual, etc. Más allá de la neutralidad que se presupone al multiculturalismo, la posibilidad de una convivencia plural en la diversidad pasa por el compromiso político. Esta noción supone un avance de la democracia y de la legitimidad en la medida en que permite hacer juicios normativos sobre el valor de las diferencias tomando como referencia los conceptos de justicia e igualdad.

En este sentido, el pluralismo como política de reconocimiento de una realidad múltiple o diversa, subyace de la necesidad de una actitud proactiva y de políticas frente a la diversidad, sea ésta, lingüística, religiosa, cultural, étnica o cualquiera que sea su origen y que modele las relaciones sociales.³⁸

En la base de esta idea de pluralismo cultural se encuentra una crítica profunda a la imposición de modelos de crecimiento y desarrollo occidentales en países y sociedades que no desean esos modelos para su propio crecimiento y desarrollo.

En una sociedad pluricultural la coexistencia de los sistemas socioculturales depende de una capacidad de adaptación, tolerancia e inclusión de las distintas culturas que subyacen en un mismo entorno. La diversidad parte de las diferencias individuales y la pluralidad es la intención de aceptar la diversidad para lograr la integración. Por ende, la diversidad y pluralidad emanan del individuo y los grupos sociales, de su condición y naturaleza.³⁹

³⁸ Ochoa García, Carlos, *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*, Guatemala, Cholsamaj, 2002, p. 25.

³⁹ Rodríguez Pérez, María Candelaria, “El reto de la gestión humana frente a la complejidad y pluralidad cultural”, *Revista Venezolana de Gerencia*, Colección 13, julio-septiembre, Universidad de Zulia, Venezuela, 2008, Núm 43, p. 496.

Entre los múltiples conceptos del pluralismo cultural, se encuentra el de Cristina Oehmichen⁴⁰ el que admite ser definido tanto como “el reconocimiento de una situación fáctica derivada de la existencia de diferentes culturas en una misma formulación política”, así como “una orientación de valor que busca afirmar el derecho a la existencia y reproducción de dichas culturas, lo que llevaría a políticas de afirmación étnica”. Por tanto, el pluralismo, busca formas más igualitarias de articulación llevada a cabo por los indigenismos y las políticas de los estados de América Latina, que pretendieron y aún pretenden (aunque el discurso haya cambiado) lograr la homogenización a través de la represión de las culturas diferenciadas.

Hay que mencionar que en México a finales de la década de los 80's Guillermo Bonfil Batallal⁴¹, realizó una propuesta sobre un proyecto de nación como una alternativa de nación incluyente. Este sería un proyecto nacional organizado a partir del pluralismo cultural y en el que ese pluralismo no se entendiera como obstáculo, sino más bien como el contenido del mismo proyecto, el que lo legitima y lo hace viable. Declaró que la diversidad de culturas no es solamente una situación real que se conoce como punto de partida, sino una meta central del proyecto, de la cual se trata de impulsar a una nación pluricultural sin pretender que deje de ser eso una nación pluricultural.

Sin embargo hay que mencionar que el planteamiento de Bonfil Batalla puede dividirse en dos instancias: una primera en la que describe los factores por considerar en el intento de trazar un panorama sobre la pluralidad cultural en América Latina; la segunda parte, es no solamente una lista pormenorizada de los asuntos y temas más importantes para el estudio de la pluralidad cultural sino también debe verse como una agenda pendiente en la investigación sobre el tema. En este último aspecto se destaca la pobreza en cuanto a producción

⁴⁰ Oehmichen, Cristina, “Reseña de Procesos interculturales. Antropología política del pluralismo jurídico en América Latina de Miguel Alberto Bartolomé” Ver en: *Revista de Antropología*, Argentina, Universidad Nacional de Misiones, Julio 2007, Núm. 11, pp. 198-201.

⁴¹ Bonfil Batalla, Guillermo, *México profundo, una civilización negada*, México, Rondon House Mandori, 2006, pp. 222- 237.

científica que aclare en múltiples ámbitos la dinámica entre culturas, los conflictos de poder que las atraviesan y las posibles vías de convivencia y respeto mutuo.

México y Guatemala, son países de variadas culturas y nunca han tenido una cultura unificada, desde el mundo prehispánico, colonial, conservador, liberal y actual. El régimen colonial por definición fue contrario a la unificación cultural, los Siglos XIX y XX, se esforzaron por construir sociedades segregacionistas y más “benignamente” integracionistas. En ambas circunstancias actitudes colonialistas, externa e internas (criollos y luego ladinos) siempre han remarcado que las diferencias de culturas separa a los buenos (es decir, los colonizadores) de los malos (los colonizados). Ideológicamente la empresa se presenta como impulso redentor y civilizador, el colonizador cumple su destino iluminando al conducir por el buen camino al colonizado y de esa manera para México y Guatemala por ejemplo “la distinción entre indios y no indios debe seguir, y a la par con las medidas indispensables que tiendan a facilitar comunicación y la expropiación del trabajo y sus productos, se implementarán otras que actúen en sentido contrario las prohibiciones, como las de dedicarse a ciertas ocupaciones o trasladarse a ciertos sitios, o imposiciones de tal o cual manera, caminar solamente a pie y pagar el tributo en ciertas especies y no en otras. De alguna manera hay que seguir siendo indios (esto es, colonizados) y parecerlo; para nuestra materia esto se traduce como tener una cultura diferente [...] Pero hay algo más, [...] plantear la construcción de un cultura nacional unificada significa, inevitablemente, excluir a la mayoría. Porque esa cultura nacional es proyecto, no realidad presente; porque ese proyecto lo imaginamos algunos y lo sostienen otros, pero de ninguna manera recoge la condición cultural de todos y ni siquiera de los que son más; porque, en tanto proyecto propuesto para algunos implica que todos los demás están fuera, que deben acceder a la cultura nacional porque, como son, parte de ella.”⁴²

Sin duda, los distintos eventos y procesos de distinta índole que han tenido lugar en la historia de la región latinoamericana han alimentado su amplia diversidad cultural presente. Bajo esta premisa, el autor pasa una breve revista de aquel que más ha marcado el panorama cultural latinoamericano que es el de la dominación colonial. Factores como la composición étnica, no son en sí mismos suficientes para explicar la diversidad cultural. Se debe analizar la pluralidad al interior de cada sociedad.

En algunos países la proporción de poblaciones amerindias es mayor, en otros la población tiene su origen en las migraciones europeas y el mestizaje. En aquellos

⁴² Bonfil Batalla, Guillermo, “Pluralismo cultural y cultura nacional”, *La semana de bellas artes*, México, 28 de octubre de 1981, Núm. 104, pp. 32-35.

con población de origen étnico originario, ésta se divide en núcleos localizados con grados diversos de aculturación y relaciones con el mundo occidental. En muchos casos conservan una matriz cultural originaria.⁴³

También se cuenta con la presencia de minorías de origen extranjero que mantienen lazos culturales y lealtades sociales con sus pueblos de origen, manteniendo así identidad étnica diferenciada del resto de la población nacional. Ha existido un tipo de población que ha recibido el apelativo de "cultura nacional" conformada por individuos de origen criollo y mestizo y que representan las capas dominantes a partir de la independencia. Cada país ha producido modelos diferentes de culturas nacionales, algunos con mayor énfasis en la herencia india precolonial y otros enfatizan el carácter occidental negando cualquier otra procedencia.

La manera en que ha sido estudiada y entendida la pluralidad étnica en la región ha tenido distintas vertientes. La primera de ellas puede ser caracterizada de una forma descriptiva, principalmente se ve reflejado en monografías etnográficas sobre comunidades o bien regiones ya sea indígenas, mestizas o europeas, interesándose en su carácter tradicional o bien en la dinámica cultural y procesos de cambio.

Otro nivel de análisis es la interpretación del pluralismo étnico el cuál intenta primero comprender las relaciones que existen entre grupos con culturas diferentes y las sociedades nacionales que los cobijan. Existen una variedad de marcos teóricos los cuales han intentado hacer este su objeto de estudio: por un lado se encuentra el esquema funcionalista de Redfield⁴⁴; el de las sociedades duales y el posterior concepto de colonialismo interno Georges Balandier⁴⁵; el

⁴³ Por matriz cultural se entenderá como los elementos o significantes culturales originarios que son como ejes o redes las cuales estructuran una determinada cultura, bajo las que una determinado individuo asume la realidad.

⁴⁴ Algunas de las obras Robert Redfield: *El Calpulli barrio en un pueblo mexicano actual* 1928, *The Folk Culture of Yucatán* 1941, *A Study of Folk Life (Tepoztlán, un pueblo mejicano: un estudio de la vida del pueblo)*, entre otras.

⁴⁵ Algunas de las obras de Georges Balandier: *L'anthropologie appliquée aux problèmes des pays sous-développés*, *Sociologie des mutations*, *Anthropologie politique*, entre otras,

enfoque de las "regiones de refugio" por parte de Aguirre Beltrán⁴⁶; el pensamiento marxista de Carlos Mariátegui⁴⁷. Estos modelos tienen como características comunes el haber sido elaborado a partir de pueblos indios, además se enfatizan el papel dinámico de la sociedad dominante y los grupos indios como sistemas pasivos que reaccionan culturalmente ante el primero.

Hablar de pluralismo para González Galván es hablar de principios inéditos, refiriéndose al pluralismo cultural, político y cultura como fenómenos reconocidos por el Estado. Determina:

En el pluralismo cultural, el Estado se obliga a establecer políticas que garanticen el respaldo y desarrollo de las diferentes maneras de hablar, pensar, imaginar, vestir y actuar de los habitantes del país, en general, y de los pueblos indígenas, en particular. Se pasa de considerar que culturalmente el pueblo, como elemento legitimador del poder político, ya no debe aspirar a ser culturalmente homogéneo.⁴⁸

Las poblaciones indígenas luchan por el afianzamiento de su diferencia cultural y por resolver sus problemas bajo un autogobierno que no necesariamente se involucre dentro de un marco constitucional⁴⁹. Mientras que Villoro⁵⁰ reconoce que un país tan diverso como México, se ha demostrado históricamente que caben perfectamente formas culturales que corresponden a clases sociales, grupos, pueblos, y etnias distintos. Con esto no se pone en riesgo la unidad nacional, ya que la idea de nación se refiere a la autoidentificación de un conjunto de personas independientemente de lo distintas que puedan ser sus características grupales o individuales.

⁴⁶ Algunas de las obras de Aguirre Beltrán: *La población negra de México 1519-1810, El Proceso de Aculturación, Formas de gobierno indígena, Medicina y Magia: el proceso de aculturación en la estructura social*, entre otras.

⁴⁷ Melis, Antonio. "Mariátegui, el primer marxista de América". En *Mariátegui y los orígenes del marxismo latinoamericano*, Ed. José Aricó, Segunda edición. México, Cuadernos de Pasado y Presente, 1980.

⁴⁸ Ordóñez, José Emilio, (coord.) *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, XIII Jornadas Lascasianas Internacionales, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 93-95.

⁴⁹ Ocampo, Rodrigo, *Identidad y Reconocimiento: una mirada desde la ética política*, México, Facultad de Humanidades Universidad del Valle, 2005, p. 116.

⁵⁰ Villoro, Luis, *Estado Plural, pluralidad de culturas*, México, Paidós-UNAM, 2002, pp. 49-51.

Por lo tanto la pluralidad cultural para Villoro implica, tanto el derecho a la igualdad, como el derecho a la diferencia. Pero se debe de entender que igualdad no implica uniformidad, más bien, se refiere a la capacidad de todos los individuos y grupos para elegir y realizar su plan de vida, que corresponda a sus propios valores, no importa qué tan diferentes éstos sean.

En otras palabras, más que buscar la homogeneidad, es necesario respetar las diferencias. Si un Estado se reconoce como plural, no debe de supeditar o discriminar a ningún grupo social que forme parte del mismo.⁵¹ Entendiendo que el pluralismo se debe de construir con base en el respeto y la equidad de todos los actores sociales, esto se debe de extender a grupos religiosos y otras manifestaciones y expresiones.

Cabe destacar que es diferente pertenecer a una nación que a un Estado. La pertenencia a una nación, tiene que ver con la autoidentificación con una forma de vida y una cultura. Mientras que la pertenencia a un Estado, tiene que ver con la sumisión hacia una autoridad y hacia un sistema normativo establecido por el Estado.⁵²

Hay que destacar que un organismo como lo es la Organización de Naciones Unidas, a través de la UNESCO, publicó la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, y específicamente en relación al pluralismo cultural estable en su Artículo 2º:

Nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas. Así como las políticas que favorecen la inclusión y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural es propicio a

⁵¹ Idem.

⁵² Villoro, Luis, *Estado Plural, pluralidad de culturas*, México, Paidós-UNAM, 2002, p. 50.

los intercambios culturales y al desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública.⁵³

Finalmente, a través de la noción de pluralismo cultural, entendiéndolo como un fenómeno estudiado por un sinnúmero de autores, se puede mencionar que está compuesto por un territorio, Estado Nación integrado por una gran diversidad de culturas, un gobierno y cada una de ellas contiene distintas manifestaciones culturales. Sin acotar en los pueblos étnicos, las culturas pueden ser urbanas, campesinas, indígenas, etc., en donde conviven dentro de un territorio determinado. Por último la tolerancia, donde se debe considerar el respeto a las ideas, prácticas o creencias de los demás cuando son diferentes o contrarias a las propias y a su vez debe existir un respeto por parte del Estado hacia las culturas que lo integran.

1.3 Pluralismo Jurídico

Recientemente, como consecuencia de la aparición de nuevos sujetos sociales que han reclamando derechos específicos se ha ido elaborando una teoría del pluralismo jurídico. Oscar Correas define al pluralismo jurídico como la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenece a órdenes o sistemas normativos distintos⁵⁴. De una forma más amplia, Raquel Irigoyen lo concibe como la existencia simultánea (dentro de un mismo espacio de un estado) de diversos sistemas de regularización social y resolución de conflictos basados en cuestiones culturales técnicas, raciales, ocupacionales, historias, económicas, ideológicas o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales⁵⁵. La misma autora señala como condición general de este pluralismo jurídico la pluralidad cultural.⁵⁶

⁵³ Declaración Universal de la UNESCO Sobre la Diversidad Cultural adoptada por la 31ª Reunión de la Conferencia General para la UNESCO, París, 2 de noviembre de 2001, p. 20.

⁵⁴ Correas, Óscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003, pp. 101-102.

⁵⁵ Irigoyen Fajardo, Raquel Z, *Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario, Colombia, Perú y Bolivia en Desfaciendo Entuertos*, Lima, Ceas, 1995, p. 9.

⁵⁶ *Íbidem*, p. 10.

El pluralismo jurídico no es nuevo ni surgió con la emergencia de nuevos sujetos sociales. De hecho, los que se han ocupado de su historia lo establecen de dos miradas: por lo colonial y el otro no colonial. Según ellos, el primero se desarrolló en países económicamente y políticamente dominados por otros y se vieron obligados a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis. El pluralismo jurídico no colonial, es contrario a ésta situación, y se distingue porque surge de la emergencia de nuevos sujetos sociales que reclaman nuevos derechos, y la regulación de ellos a partir de sus propias normas.⁵⁷

Además Wolkmer afirma que:

Transponiendo esto para lo sociojurídico, se nos permite consignar que la estructura normativa del moderno derecho positivo formal es poco eficaz y no consigue atender la competencia de las actuales sociedades periféricas, como las de América Latina, que pasan por distintas especies de reproducción del capital, por acentuadas contradicciones sociales y por flujos que reflejan crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia.⁵⁸

Históricamente se han distinguido tres diferentes expresiones de este tipo de pluralismo. En primer lugar, en países con culturas y tradiciones con propias normas, que terminan adoptando la legislación europea como una forma de modernizar y consolidar el régimen político.⁵⁹ La segunda, en algunos países después de sufrir una revolución política, continúa manteniendo desde hace algún tiempo la antigua ley, a pesar de haber sido abolida por el derecho revolucionario.

⁵⁷ Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*, en: Mauricio García Villegas y César A. Rodríguez, (eds), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp. 247-259.

⁵⁸ De la Torre Rangel, Jesús Antonio. “Introducción” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.), *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, México, ITESO/UAA/Porrúa, 2007, p. 18.

⁵⁹ Hay que mencionar que finalizado el siglo XX, el modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales y envasado en valores del individualismo liberal, vive un profundo agotamiento que marca sus propios fundamentos, su objetivo y sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad lógica formal, que ha servido para reglamentar y legitimizar desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica burguesa capitalista, propicia el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura, así como de las posibilidades de un proyecto emancipador basado, ahora, no en idealizaciones formalistas y rigidez técnica, sino en supuestos que parten de las condiciones histórica actuales y de las prácticas reales: Ver De la Torre Rangel, Jesús Antonio. “Introducción” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.), *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, México, ITESO/UAA/Porrúa, 2007, p. 17.

El tercero, donde el pluralismo se plantea en situaciones en las que los pueblos indígenas no fueron exterminados por completo o sometidos a las leyes coercitivas de los invasores, adquirió la autorización para mantener y preservar su derecho tradicional, como fue el caso de los pueblos indígenas de América.

De los conceptos anteriormente se puede afirmar entonces que no se trata de una pluralidad de normas, sino de pluralidad de sistemas. En una concepción monista, el Derecho se identifica con el Estado. Es el sistema jurídico estatal, cuya forma de creación normativa está regulado constitucionalmente el único aprobado y en apariencia no se admite otro.

De manera que este concepto orienta la reflexión hacia la existencia de diferentes sistemas jurídicos y su posible coexistencia en un mismo espacio y tiempo. Esto, que resulta de una evidencia elocuente en el ámbito de la antropología jurídica, no lo resulta tanto para la disciplina jurídica, frecuentemente nos enfrentamos ante la necesidad de fundamentar, justificar y explicar el funcionamiento y la validez de manifestaciones jurídicas extra estatales.⁶⁰

Ello parece imposibilitar que diversos sistemas jurídicos coexistan en un mismo territorio. Sin embargo, esto no es del todo cierto. En una concepción pluralista del derecho se reconoce que existen diversos sistemas jurídicos co-ejerciéndose sin contraposición. Por ejemplo: los sistemas jurídicos supranacionales (orden jurídico internacional); sistemas jurídicos nacionales (orden constitucional); estatales (conjunto de disposiciones de las entidades federativas); infraestatales (orden corporativo); o transnacionales o desterritorializados (orden que rige las sociedades comerciales, asociaciones eclesíásticas, etcétera).⁶¹

En el campo de la sociología jurídica, el pluralismo jurídico se ha convertido en una categoría importante. El mismo objeto de estudio de la disciplina que se ocupa de la interrelación entre el derecho y la sociedad, han llevado al reconocimiento de otras áreas de la ley contra el Estado. El concepto de "fuentes" se amplía y la de

⁶⁰ Adonon Viveros, Akuavi, *Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México*, En: *Derecho, sociedad e interculturalidad en América Latina: Cambios y perspectivas* ET/DH-1 V Congreso Europeo de latinoamericanistas, CEISAL Bruselas 2007/Abril 11-14, p .5.

⁶¹ Cifuentes López, Marisela, "Aspectos normativos de la diversidad cultural. Balance y perspectivas del pluralismo jurídico en México", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Enero 2010, Núm. 29, p. 177.

la producción jurídica excede la actividad del Estado legal. Por lo tanto, muchos sociólogos jurídicos conciben la existencia de lo jurídico como algo diverso. Tal es el caso de George Gurvitch, que expone una gran profundidad al derecho, por ejemplo, el derecho organizado, inorganizado, flexible, etc.

En esa corriente, han sido ampliamente conocidos los trabajos de Eugen Ehrlich, quien para muchos intelectuales es el fundador de la sociología jurídica y quien llega incluso a negar la dependencia del derecho frente al Estado, afirmando en cambio que su despliegue debe rastrearse en la propia sociedad, cuyo ordenamiento jurídico se manifiesta en el "cruce de una pluralidad de sistemas de grupos autónomos individuales." Su concepción deriva de considerar que toda la ley es una ley de asociaciones y la vida de la asociación es independiente de la fuerza externa del Estado. Esta asociación es la fuente de poder coercitivo de las normas, por lo que el fenómeno jurídico debe ser estudiado no por las palabras de la ley, sino de las relaciones de dominación y la posesión de los usos asignados a cada miembro de la asociación. El derecho a estudiar sería entonces el "vivir bien", aunque se ha traducido en normas jurídicas.

Fue Eugen Ehrlich señala que la cuestión del Derecho no está en la legislación ni en la ciencia jurídica sino en la propia sociedad. Es falsa la afirmación de que el Derecho, el sistema jurídico en general, es producto del Estado, puesto que el Derecho obedece a relaciones sociales y de éstas nace. La legislación reglamenta figuras como el matrimonio, la familia, la sucesión, pero es la sociedad quien origina y condiciona la regulación de estas instituciones. Entonces fueron la concepción monista en combinación con el positivismo jurídico los que en franca conveniencia dieron preeminencia a la ley escrita en detrimento del Derecho indígena suprimiendo la verdadera naturaleza jurídica de la costumbre.⁶²

Las reacciones a las concepciones dogmáticas de la ley son tan antiguas como las ciencias sociales. Según Durkheim, la ley es un fenómeno social, que refleja todas las variedades esenciales de la solidaridad social. Basándose en el legado de Durkheim, Mauss formulado la idea de que, dentro de una sociedad, no puede haber muchos sistemas jurídicos que interactúan entre sí. Sin embargo, es

⁶² E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, transl. W. Moll, Cambridge, Harvard University Press, 1941, p. 86.

Bronislaw Malinowski, que dió por primera vez una definición de la ley que se asocia fuertemente con la noción de control social. Según Malinowski, la ley debe ser definida "por su función y no por la forma".⁶³ Hay muchas sociedades que carecen de cualquier institución centralizada hacer cumplir la ley, pero no hay ninguna sociedad que se ve privado de esas normas que "se sienten y se consideran las obligaciones de una persona y las justas exigencias de la otra".⁶⁴

Su razonamiento funciona de la siguiente manera: (1) la función del derecho es la de mantener el orden social, (2) el orden social se puede encontrar en los patrones de regularización del comportamiento real, (3) el complejo de obligaciones sociales constituye el mecanismo obligatorio mantener sociales orden, (4) las normas jurídicas son normas extraída de los patrones reales de comportamiento y de la ley es idéntica a la de control social.⁶⁵

En consecuencia, el derecho es tan plural como la misma vida social, de la que representa las normas que son demasiado prácticas para ser respaldadas por sanciones religiosas, demasiado gravosas para ser dejada a la buena voluntad simple, demasiado personalmente vitales para que los individuos puedan aplicarlas por cualquier abstracta agencia.

La contribución de Eugene Ehrlich es central para el concepto de pluralismo jurídico. Este sociólogo austriaco desarrolló la teoría del "derecho vivo" en reacción a la ideología de una ley exclusivamente centrado en el Estado. Teniendo en cuenta que la ley es principalmente independiente del Estado, Ehrlich propone lo que "él llama una "concepción científica de la ley", que está preocupada por las reglas de conducta".⁶⁶

En consecuencia, afirma que "no es un elemento esencial del concepto de la ley que sea creada por el Estado, ni que constituyen la base para las decisiones de los tribunales u otros tribunales, ni que sea la base de un marco jurídico obligación

⁶³ Malinowski, B., 'Introducción' a H.I. Hogbin, *Ley y Orden en la Polinesia*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1934, p. 13.

⁶⁴ Malinowski, B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Planeta-Agostini, Editorial Ariel, Barcelona, 1969, p. 55.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 60.

⁶⁶ E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, transl. W. Moll, Cambridge, Harvard University Press, 1941, p. 20.

como consecuencia de tal decisión".⁶⁷ Como Malinowski, Ehrlich considera que el derecho es fundamentalmente una cuestión de orden social, que se encuentra en todas partes, "ordenando y la defensa de toda asociación humana"⁶⁸ A partir de estas asociaciones, desde estas instancias que producen normas de control social, que la ley se desprende. En otras palabras, la ley es sinónimo de normatividad.

La teoría de Georges Gurvitch merece una mención especial, ya que desarrolla un enfoque pluralista, sin duda, a la ley. Según Gurvitch, no es, históricamente, ningún principio fundamental unitario en la ley. Centralismo del Estado es el logro de unas condiciones históricas y políticas.

Él identifica tres tipos principales de la ley, que son diferentes en cada sociedad jerarquizada: la ley del estado (que dicen monopolizar las actividades legales), inter-individuales o de grupo entre la ley (que reúne a individuos o grupos de intercambio), y la ley social (que reúne a los individuos a fin de constituir una entidad colectiva).

Este último es claramente no-estatal, ya que corresponde a la multiplicidad de los sistemas jurídicos que la legislación social genera. Gurvitch hace también una distinción importante entre la pluralidad de las fuentes del derecho y el pluralismo jurídico. La teoría de Gurvitch no recibió mucha atención. Esto puede atribuirse a diversas razones, entre las que se menciona, el lenguaje fantástico, complejo y abstracto, por un lado, y el hecho de que "su concepto de derecho social "desafiado y alterado la noción tradicional jurídica de la ley, que fue fundada en una ideología centralista estatal".

Sally Falk Moore ha sido unánimemente aplaudida entre los pluralistas jurídicos por haber proporcionado el lugar apropiado de la ley en la investigación socio-legal.

⁶⁷ *Ibídem*, p. 24.

⁶⁸ *Ibídem*, p. 25.

Ella afirma que "la estructura social" está compuesta de muchos "semi-autónoma campos sociales", la definición y los límites de los cuales no están dadas por su organización, pero "por una característica de proceso, el hecho de que pueden generar las normas y obligar o inducir al cumplimiento de ellas".⁶⁹Tres características del concepto de Moore puede explicar el atractivo que ejerce: en primer lugar, presenta estos campos como la unidad fundamental de control social, que está directamente conectado a las normas de comportamiento de la conducta, en segundo lugar, todas las personas al mismo tiempo puede pertenecer a muchos campos sociales, lo que representa de la complejidad social,⁷⁰ En tercer lugar, un campo social es autónomo, es decir, que puede resistir la penetración de normas externas, pero nunca del todo, su capacidad de resistencia a la función de ser el grado de independencia de sus miembros en relación a sí mismo y de su fuerza de resistencia a las normas originarios de otros campos. Cabe señalar, sin embargo, que Moore no utiliza la palabra "derecho" al describir las reglas y normas que son generados por semi-autónoma campos sociales.

1.4 Evolucionismo

Ahora se discutirá la concepción evolucionista, la cual considera, con base en la idea de que el tiempo no es cíclico sino lineal, que la sociedad, la lengua y el derecho, pasaban por fases o estados idénticos en su desarrollo hacia el progreso (social, lingüístico, jurídico).⁷¹

⁶⁹ S.F. Moore , *El derecho como proceso: Un enfoque antropológico*, Londres, Henley y Boston, Routledge & Kegan Paul, 1978, p. 57. Traducido por José Martín Pérez Larios.

⁷⁰ El campo social semiautónomo "puede generar normas y costumbres y símbolos internamente, pero [...] es también vulnerables a las normas y decisiones y otras fuerzas que emanan de un mundo más amplio por el cual se encuentra rodeado. El campo social semiautónomo tiene capacidad de elaboración de normas, y los medios para inducir o coaccionar el cumplimiento, pero es a la vez en una matriz social más amplio que puede, y lo hace, afectar e invadir, a veces en el invitación de las personas en su interior, a veces por propia iniciativa ", S.F. Moore, 'Derecho y cambio social: el campo social semiautónomo como sujeto de estudio adecuado " Vol. 7, Londres, 2000 p. 720.

Desde este punto de vista, la cuestión no fue saber si las sociedades cambiaban o no, sino cómo se efectuaban los cambios. El pensamiento moderno se torna, así, hacia el pasado, su historia, hacia las sociedades antiguas:

(Nosotros) que nos creíamos instruidos, tendríamos necesidad de ir con los pueblos más ignorantes, para aprender de ellos el comienzo de nuestros descubrimientos porque es, sobre todo, este comienzo el cual necesitaremos; lo ignoramos porque desde hace mucho tiempo que ya no somos discípulos de la naturaleza.⁷²

De esta manera, los resultados de la historia del derecho fueron utilizados por los juristas para encontrar una explicación al origen del derecho estatal. El pensamiento jurídico evolucionista del siglo XIX influyó en el enfoque comparatista del derecho (o de la legislación, como se decía en la época).

Una de las más importantes investigaciones de este periodo fue, precisamente, *Ancient Law*, de H. J. Sumner-Maine⁷³. En donde menciona el interés de encontrar un lazo entre los derechos antiguo y moderno: el objeto principal de las páginas siguientes es indicar algunas ideas primitivas del género humano tal como las refleja el antiguo derecho, y mostrar la relación que enlaza estas ideas al pensamiento moderno.

Sumner-Maine⁷⁴, por una parte, hacía la distinción entre un derecho natural propio a las sociedades estacionarias (derecho primitivo, en estado de naturaleza), y un derecho racional o científico, propio a las sociedades progresivas (derecho

⁷² Rouland, Norbert, *Antropologie Juridique*, París, PUF, 1988, p. 58. Traducción es mía.

⁷³ Sir Henry Maine, quien se hizo famoso por su obra *Derecho Antiguo*. No tiene mucha importancia para nuestro análisis el hecho de que usara, en primer lugar, material etnográfico derivado de las razas humanas a las que llamó "progresivas", puesto que elaboró un importante esbozo que va desde el grado más primitivo hasta el nivel de derecho más desarrollado. Según Maine, era básico para el grado más primitivo del derecho la circunstancia de que la sociedad primitiva no fue vista por sus integrantes como una "colección de individuos", sino como un agregado de familias. De ahí que en este nivel el derecho se caracterice por las compensaciones restitutivas que se realizan entre las familias y no entre individuos. Ver en Henry Sumner-Maine, *L'ancien Droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, París, 1874, p. 23.

⁷⁴ La metodología histórica comparativa de Maine en el estudio del derecho muestra la tendencia general de su tiempo a considerar lo legal como no existente en las sociedades de pequeña escala, enfatizando el apego rígido y automático a la costumbre. En el argumento de Maine, basado en su célebre expresión, "*desde el estatus al contrato*", el derecho no habría existido en las sociedades tempranas, solo la supeditación a las reglas del patriarca, donde el individuo lograba el estatus por su posición dentro del grupo parental, de tal forma que sus derechos y deberes estaban determinados por lo que la costumbre le prescribía.

codificado, en estado de evolución). Este derecho en estado de evolución, propio de las sociedades tiene tres fases: la *themis*, la costumbre y la ley. Esta última corresponde al orden del legislador donde el derecho altamente especializado termina por separarse de la moral y de la religión.

Restos de estas colecciones (también deben ser considerados los códigos antiguos), tanto en Oriente como en Occidente, son suficientes evidencias para mostrar que existía una mezcla de prescripciones religiosas, civiles y morales sin tomar en cuenta las diferencias fundamentales que pueden existir entre ellas.⁷⁵

Esta circunstancia concuerda con todo lo que sabemos, por otra parte de antiguas ideas, porque no es sino hasta una época de civilización mucho más avanzada que se distingue al derecho de la moral, y la religión del derecho.

Sumner-Maine es, sin embargo, muy prudente respecto al conocimiento producido por las culturas jurídicas antiguas, que correspondían, de hecho, a diferentes mentalidades: las innovaciones que percibimos en los usos antiguos parecen haber sido dictados por sentimientos que no podemos comprender en las condiciones mentales donde nos encontramos.

Maine también analizó cómo funcionaba el procedimiento mediante el cual se arreglaban los conflictos y como se imponían las multas penales en este nivel. Según él, la toma de decisiones estaba en mano de los hombres patriarcas, quienes funcionaron como “*cabezas*” de las asociaciones familiares. Las decisiones de estas autoridades eran tomadas ad hoc en cada caso, sin que existieran normas fijas, ya que la existencia de tales normas tendría como precondition una referencia al contenido de otras decisiones, lo cual no se tomó en cuenta para decidir en un caso nuevo. La restitución, en el nivel primitivo, era una sentencia que estaba “*respirada en la mente del Juez en el momento de la adjudicación*”.⁷⁶ En conclusión, Sir Henry Maine supone que el ser humano de

⁷⁵ Henry Sumner- Maine, *L'ancien Droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, Paris, 1874, p. 23. Traducción mía.

⁷⁶ *Idem*.

entonces vivió bajo el “*despotismo patriarcal*”, es decir, no bajo un régimen de derecho sino bajo capricho.

El más importante representante alemán de nuestra disciplina en el siglo XIX fue Albert Hermann Post, quien se consideraba a sí mismo como fundador de la “jurisprudencia etnológica”. Él se esforzó por la posibilidad científica de realizar una Historia Universal de las instituciones jurídicas, basada en un método comparativo y usando material de todos los pueblos del mundo.

“Al igual que Sir Henry Maine, Post describió como fueron manejadas las “infracciones del derecho” en los tiempos primitivos un derecho como el que nos es hoy en día conocido, un derecho que se compone de reglas fijadas por el derecho consuetudinario o por la ley, las cuales sirven como premisas mayores para las sentencias judiciales, no habría existido en ninguna parte”⁷⁷.

No es la historiografía sino la etnología comparativa y la sociología general quienes permiten, sin embargo, concluir como fueron compensadas las infracciones del derecho en la época primitiva. Las infracciones provocan actos pasionales y deseos de venganza inmediatos contra el infractor, y no hay ninguna decisión en el sentido “de la sentencia judicial contemporánea”.⁷⁸

A pesar de la existencia de una norma fija aplicable, Post opina que se cometen actos de arbitrariedad total en el trato con el transgresor. En un caso como tal se siente instintivamente que solamente hay un cierto juicio el cual corresponde a la personalidad del juzgador, y enteramente, en ese nivel de la evolución, la decisión se adapta al caso individual. Todas las decisiones son aisladas entre si y no son derivadas de un principio jurídico consciente.

Pero, entonces, ¿Cuál es la base de la decisión tomada? Post opina que esta se deriva de una esfera inconsciente, que llama “un cierto instinto. Sin embargo, no debemos dejarnos confundir en ese punto por la forma en que se expresa Post: aún cuando se habla de instinto, Post rechaza la suposición

⁷⁷ Idem, p. 28.

⁷⁸ En el siguiente nivel de desarrollo existe la imposición de una sentencia entre la infracción de derecho y la sanción. Una sentencia como tal la dictan primitivos jefes de tribus o asociaciones de “socios de la paz”, sin que se apliquen normas fijas todavía sigue tratándose de “*sentencias instintivas*” que “surgen inmediatamente del inconsciente”. Ver Kuppe, René, Potz, Richard, “La antropología del Derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro”, AA. VV., *Antropología jurídica*, México, IJ/UNAM, 1995, p. 11.

de una invariable idea jurídica innata en el ser humano. Los contenidos de la Ley jurídica serían más bien algo que aprende el ser humano desde afuera, a través de la tradición. Las representaciones morales influyentes en las acciones vengativas provienen de las correspondientes tradiciones y formas culturales de vida.

Post no va tan lejos como Maine al afirmar que las decisiones en aquel tiempo primitivo eran tomadas de forma arbitraria; sin embargo, al igual que otros evolucionistas, parte de la idea de que en este nivel no es posible encontrar normas jurídicas delimitables.⁷⁹

1.4.1 La antropología Americana

La antropología del derecho en Estados Unidos está especialmente conectada con E. Adamson Hoebel. Este investigador opinaba que el primer planteamiento de la “jurisprudencia comparativa” (con este término se refiere a la antropología del derecho) consiste en “descubrir los postulados jurídicos de los distintos sistemas legales y determinar cómo estos se expresan en las instituciones jurídicas de las sociedades en consideración.

Su teoría postula un complejo sistema, que funciona como control social en las sociedades humanas. La existencia y el desarrollo de ese sistema de control están impregnados por el doble efecto de la selección cultural o de los valores culturales, a los que Hoebel llama los postulados culturales⁸⁰. De este amplio sistema de control social se puede extraer (Hoebel habla en una parte de aislar) una esfera específica de normas, que se caracterizan por ser mantenidas a través de sanciones legales.

Así Hoebel pertenece a aquellos investigadores que, de acuerdo con la ciencia jurídica occidental, intentan distinguir claramente entre normas legales y otras estandarizaciones culturales, entre ellas la costumbre. Pero Hoebel tiene que enfrentarse con el hecho de que, en las culturas primitivas, no se encuentran ningunas normas producidas por un legislador, como tampoco hay normas fijadas en su contenido por codificación.

⁷⁹ Kuppe, René; Potz, Richard, La antropología del Derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro. AA. VV., *Antropología jurídica*, México, IJ/UNAM, 1995, p. 13.

⁸⁰ Hoebel, Adamson, *The Law of Primitive Man*, Massachusetts, Harvard University Press, 1964, p. 45

Hoebel toma una fórmula derivada del conocido jurista norteamericano Benjamín N. Cardozo⁸¹ derecho sería una regla de comportamiento tan establecida en una sociedad, que, en el caso de su infracción, se puede anticipar, con una cierta certidumbre, su imposición forzosa por los tribunales.

Hoebel opina que existen tribunales funcionales, instituciones que cumplen la misma función que los verdaderos tribunales del mundo moderno: se trata de los llamados prosecutors privados. Hoebel niega que éstos últimos actúan solamente en interés propio, sino que más bien, representan el interés social general. Son personas (o, a veces, grupos de personas) definidos por Hoebel como oficiales públicos. Ellos, apoyados por la opinión y aún más por la actuación abierta de la población tribal, se convierten en los impositores legítimos de normas. Y estas normas, a su vez, y debido a este apoyo, pasan a ser normas jurídicas, puesto que la población opina que la actuación del acusado fue contra los estándares de la sociedad general, y el impositor por lo tanto actúa como el representante del interés social común y no por su interés particular.⁸²

Después de haber expuesto sus premisas metodológicas, la obra principal de Hoebel consiste en señalar como en varias culturas primitivas se imponen sanciones contra infractores de las normas jurídicas⁸³.

1.4.2 La antropología Británica

La antropología del derecho de Hoebel señala que en las sociedades primitivas alguien impone sanciones previsibles y socialmente anticipables, pero no explica quien es ese alguien. Como se dijo antes y de acuerdo con el esbozo de Hoebel, cualquier persona (o conjunto de personas) puede transformarse en el impositor de las normas, bajo la condición de que su actividad sea reconocida socialmente

⁸¹ En relación a este punto, se dispone de literatura que reconoce esto, si bien prácticamente de manera lateral a la discusión de la teoría jurídica dominante. Véase, por ejemplo, Benjamín N. Cardozo, *The Paradoxes of Legal Sciences*, N.Y. 1928; George P. Fletcher, *Paradoxes in Legal Thought*, *Columbia Law Review* 85, 1985, pp. 1263-1292.

⁸² Kuppe, René, Potz, Richard, *La antropología del Derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro*, op. cit, p. 17.

⁸³ Hoebel modifica enseguida esta fórmula de Cardozo en un punto importante: aquel había hablado de la imposición anticipable de las reglas jurídicas por tribunales. Pero Hoebel tiene que aceptar la inexistencia de tribunales formalmente establecidos en muchas sociedades primitivas. Para subsanar este, se conforma con enunciar que el elemento esencial de la fuerza con la cual se imponen las reglas anticipables es la aceptación social general de esa fuerza. Por lo tanto, la inexistencia de tribunales estaría compensada. Ver en: Kuppe, René Potz, Richard, *La antropología del Derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro*. AA. VV., *Antropología jurídica*, México, IJ/UNAM, 1995. pp. 18-19.

como tal. Este es un resultado limitado que entra en contradicción con las exigencias prácticas presentadas a la antropología una vez establecida esta como ciencia académica.⁸⁴ Y sobre todo los antropólogos británicos no quisieron cerrarse a estas exigencias en sus investigaciones. Vamos a analizar los orígenes de este interés práctico repentino detrás de la investigación antropológica jurídica:

El trasfondo que subyace a la creciente orientación práctica en la disciplina se relacionó con el régimen indirecto impuesto por los ingleses en sus territorios coloniales. En la India, los ingleses habían empezado a permitir a los soberanos nativos el seguir ejerciendo poderes en los contextos del sistema colonial. Para tal tipo de sistema era, sin embargo, esencial la atribución de responsabilidades y competencias lo más claramente asignadas a cada uno de estos regentes nativos, tarea relativamente simple entre las estructuras estatales de la India⁸⁵.

Pero por el contrario, en gran parte de África, donde no existían realidades estatales tan definidas, dichas intenciones se encontraron con considerables dificultades. El régimen indirecto requiere de un conocimiento de las estructuras y de los canales del poder nativo, especialmente cuando se quiere institucionalizar a éstos como mecanismos de control en la sociedad colonial.

La disciplina antropológica se atribuyó la tarea de buscar las respuestas a estas interrogantes; y, más aún, la de señalar que, detrás de las estructuras africanas extrañas, funcionaba un cierto orden por descubrir. Encuentra al jefe (find the chief) fue la fórmula imperante en varias obras monográficas de la antropología del derecho sobre África, a partir de los años treinta del siglo XX.

Así, fueron presentadas científicamente las instituciones autóctonas como si funcionaran de la misma manera que el propio orden jurídico (occidental) de los investigadores. Se presentaban como si se tratara de normas jurídicas, de tribunales y de instancias impositoras del derecho. Así, la investigación antropológica llegó siempre a su resultado deseado; sobre todo, encontró en cada sociedad al jefe, a las estructuras del orden, al igual que el mago finalmente siempre encuentra al conejo blanco en su sombrero mágico.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 55.

⁸⁵ Kuper, Adam, *Antropología y Antropólogos. La Escuela Británica*, México, Anagrama, 1973, p. 60.

1.5 Funcionalismo

Este problema de definición del pluralismo jurídico tiene que ver con el supuesto fundamental que está detrás de su construcción. La ley es considerada como el concepto que expresa la función social de orden que se lleva a cabo por las instituciones sociales. Tamanaha⁸⁶, Malinowski, Parsons, Merton⁸⁷ y Luhmann son los principales representantes de la teoría funcionalista en el estudio de la ley.

Básicamente, estos autores comparten la idea de que: (1) la ley va tener una función y una naturaleza; (2) tanto las funciones y la naturaleza van a estar determinados a priori por su función social, (3) esta función será mantener el orden en la sociedad. Incluso en su forma más sofisticada, los pluralistas jurídicos asumen esta función jurídica: Los órdenes normativos del pluralismo jurídico siempre producen expectativas normativas y puede cumplir a su vez muchas funciones.

Sin embargo, será de suma importancia tener en cuenta, el análisis funcional del derecho, aunque responde esencialmente a una perspectiva sociológica del mismo, también ha sido y es, actualmente desarrollado desde la teoría del Derecho. El análisis funcional del derecho es una forma o bien un método de conocimiento del Derecho, el estudio del mismo y de sus instituciones mediante las funciones que cumplen o que deberían cumplir respecto de la sociedad.

⁸⁶ Por su parte Tamanaha menciona que, “las normas vividas son cualitativamente diversas de las normas reconocidas y aplicadas por parte de las instituciones legales, puesto que las últimas conllevan un proceso de ‘positivización’, es decir, esas normas devienen ‘legales’ por el hecho de ser reconocidas por esas instituciones legales”. Ver en: Baudouin Dupret, *Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica*, European Journal of Legal Studies, Volume Issue, Disponible en Internet: <http://www.ejls.eu/1/14ES.htm>, visitado el 4 de Marzo de 2014.

⁸⁷ Talcott Parsons y Robert Merton, incursionaron también en las funciones del derecho en la sociedad y su importancia para el mantenimiento del orden social, como dijera Merton en su obra “Teoría y Estructura Social” las funciones son “las consecuencias objetivas y observables de los fenómenos sociales” y en lo concerniente al derecho éste tiene la función de regular las conductas en el proceso interacción que torna previsible –hasta cierto punto– el comportamiento humano. Por ello, que el ordenamiento jurídico tiene la función de articular los distintos subsectores de la estructura social general. Ver Tirado Acero, Misael La Sociología Jurídica desde sus fundamentos sociológicos Prolegómenos, *Derechos y Valores*, vol. XIII, enero-junio, Universidad Militar Nueva Granada Colombia, 2010, Núm. 25, pp. 277-298.

Tradicionalmente, dentro de este tipo de análisis se ha venido construyendo el eje central de la sociología del derecho.

Pero antes de continuar este andamiaje se debe plantear el problema de las funciones del Derecho, para lo cual se debe definir el término función, antes de aventurarnos a una posible tipología. Ahora bien, no hay concepto único y unánimemente aceptado de función, sino que éste depende de la concepción epistemológica, que se adopte como un punto de partida. El concepto de función se puede definir desde una perspectiva epistemológica objetivista, o bien, desde una perspectiva subjetivista.

Desde la perspectiva epistemológica objetivista, el concepto de función parte del paradigma biológico-organicista. Este paradigma utiliza el paralelismo como un organismo vivo, como, por ejemplo, el cuerpo humano para explicar el funcionamiento de la sociedad. Al igual que el cuerpo humano está formado de diferentes órganos cada uno de los cuales realiza una función considerada indispensable para la existencia de aquél, también el sistema social⁸⁸ está formado por diferentes elementos los cuales van a contribuir al funcionamiento y mantenimiento global del sistema. Desde esta perspectiva, el concepto de función se puede definir como la contribución de una parte (órgano) al todo (organismo).⁸⁹

Desde la perspectiva epistemológica subjetivista el concepto de función parte de la categoría de la acción de los individuos que participan en las relaciones sociales e interactúan, por tanto, en un marco común predefinido, cual es, el sistema social. Para saber cuáles deben ser las funciones de los elementos del sistema, habrá que conocer los objetivos de los individuos que interactúan en el sistema. Es decir, se produce un tránsito desde el objetivismo determinista del sistema, a la subjetividad del actor social. Es el propio actor social, con sus objetivos, sus finalidades y sus proyectos de acción social, el que delimita y define las funciones,

⁸⁸ El sistema social se entiende, entonces, como la totalidad orgánica compuesta de diversas partes (subsistemas e instituciones), las cuales van a realizar una aportación para el mantenimiento y funcionamiento de dicho sistema. Ahora bien, para saber cuáles deben ser las funciones o las aportaciones de cada parte a la totalidad del sistema, se definen a priori las necesidades o las exigencias del propio sistema social y de sus subsistemas. La respuesta a aquellas exigencias viene constituida por las funciones o tareas que los elementos del sistema realizan para alcanzar y mantener ese punto de equilibrio o para satisfacer las exigencias de los que interactúan en un sistema social.

⁸⁹ *Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis Sociológico*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, 2ª edición, 2006, p. 126-127.

que han de realizar los elementos del sistema. Desde esta perspectiva, podemos adoptar aquí la definición de función dada por Ferrari en los siguientes términos: la tarea o el conjunto de tareas, no incompatibles entre sí, que son atribuibles con carácter primario a los elementos que operan en un sistema por el sujeto que actúa mediante ellos en el sistema.

“De estas dos perspectivas señaladas, la que ha tenido más importancia tradicionalmente, en las ciencias sociales ha sido la perspectiva objetivista que ha estado ligada siempre a las concepciones funcionalistas de la sociedad”.⁹⁰ Esta vinculación dio lugar también a que se produjera una especie de simbiosis entre el análisis funcional, como el método de conocimiento, y el funcionalismo, como concepción de la sociedad, lo cual imposibilitaba un concepto de función social diferente al formulado desde posiciones funcionalistas. A su vez, la equiparación entre funcionalismo y análisis funcional supuso la utilización de dos términos no homogéneos, como si fueran realmente sinónimos. “Por ello, para poder adoptar un concepto de función social desde la perspectiva epistemológica subjetivista es imprescindible tomar como punto de partida la distinción clara entre funcionalismo y análisis funcional”⁹¹.

En consecuencia, mientras que la ley, cuando se concibe como una institución creada para regular las relaciones humanas, puede atribuirse la función social de la ley, cuando se entiende como emanación de la vida social, no puede ser dada como una función.

De lo contrario, significaría que, como consecuencia de que las sociedades se atribuye desde el principio (desde antes de existir como sociedades), con una conciencia colectiva, que a su vez se traduciría en la creación de las instituciones necesarias para su funcionamiento, es decir, que ellos mismos han creado. En otras palabras, el análisis funcional sólo puede funcionar si la ley se considera como el producto de un organismo intencional.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Ibídem, p. 128.

Uno de los trabajos más representativos dentro de la antropología es el realizado por Malinowski el fundador de la antropología moderna, quien se opuso al universalismo jurídico por lo cual demostró, mediante trabajo etnográfico, la pluralidad de culturas jurídicas. Sin embargo, su enfoque queda, por un lado, atado al método comparativo, el método comparatista debe seguir siendo el fundamento de toda generalización, de todo principio teórico, de toda ley universal aplicable a nuestro objeto. Este objeto es, desde entonces la cultura, el instrumento científico base de todas las ciencias del hombre. De manera que a partir de ese análisis de la cultura comparada, Malinowski va intentar establecer los fundamentos de una teoría científica de la conducta humana. Por otro lado va continuar ligando al principio general del pensamiento evolucionista.

La antropología moderna partió del punto de vista evolucionista, esto fue producto de las interpretaciones darwinianas concernientes al desarrollo biológico, y también por el deseo de mezclar los descubrimientos prehistóricos y los datos etnográficos. El evolucionismo pasó de moda. Sin embargo, sus proposiciones siguen siendo válidas, son indispensables al investigador de campo como al teórico.⁹²

Malinowski, dentro de *Crimen y costumbre en una sociedad salvaje*, va experimentar su método a partir de la observación directa de las reglas consuetudinarias, tal como ellas funcionan en la vida real. Así, Malinowski, fiel a la concepción del derecho como un instrumento de control social, y al espíritu de clasificación de los naturalistas, menciona:

Los hechos con una concepción muy elástica y muy amplia del problema. Ocupándonos de la ley y las fuerzas jurídicas, nos dedicaremos simplemente a buscar las reglas que son concebidas como obligaciones coactivas y a las cuales se está conforme en consecuencia, a desentrañar la naturaleza de estas obligaciones y clasificar las reglas según la manera que asegura su eficacia y su realidad.⁹³

⁹² Malinowski, B., *Una teoría Científica de la Cultura*, Madrid, Sarpe, 1968, p. 21.

⁹³ Malinowski, B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Op. Cit, p. 90.

De manera que el problema es determinar, cuáles serán las fuerzas que aseguran el reino de la ley y del orden dentro de las sociedades primitivas. La investigación etnográfica de Malinowski arrojó que las comunidades llamadas primitivas, distinguen unas reglas consuetudinarias de otras. A su vez también van a mostrar la importancia de la brujería y del suicidio en el mantenimiento del orden consuetudinario.⁹⁴

1.6 Posmodernismo

Generalmente con las propuestas de algunos pluralistas jurídicos han sido propuestos conceptos como "la ley popular", "derecho indígena", "ley indígena", "la ley importa", "ley de trasplante", "ley estatal", "derecho oficial", "la ley no oficial", "derecho primitivo", etc. Además de los enormes problemas de definición relacionados con el término "derecho", sobre todo asume que hay algo así como una "verdadera ley, que es el reflejo de una" auténtica "cultura de la sociedad cuya principal los personajes se convierten en normas de conducta. En realidad, este tipo de "nativistas" interpretación no vale la pena cualquier examen minucioso que ofrece una imagen muy ingenua de la ley que está lejos de ser apoyado por la evidencia empírica sustancial. Para los "indígenas" o "nativos" la ley nunca han existido a menudo, pero en las cabezas de estos expertos, a pesar de que se constituye como el criterio de que el alcance de la legal "aculturación", evalúa.

Mucho más interesante es la teoría interpretativa de Clifford Geertz. Basta con decir que él concibe de la ley como un código cultural de significados para interpretar el mundo: "una" ley "aquí, allá, o en cualquier lugar, es parte de una manera distintiva de imaginar lo real". En este proyecto hermenéutico "en donde las palabras son claves para entender las instituciones sociales y las

⁹⁴ No habiendo un conjunto de leyes que castiguen a los infractores a esas leyes, la chismografía, el escándalo y el escarnio público, el ridículo, el temor a la ira del jefe y el temor a la brujería, fueron los principales medios de las sociedades de pequeña escala para sancionar y forzar el respeto por las reglas de comportamiento social que comúnmente llamamos leyes en la sociedad occidental.

De esta manera, las reglas de costumbres/leyes se distinguen de otros conjuntos de reglas de la costumbre, como las costumbres religiosas, artesanales, formas y maneras de interacción social, comercio, etc., en que "las reglas jurídicas destacan del resto por el hecho de que están consideradas como obligaciones de una persona y derechos de otra" Véase en B. Malinowski, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Planeta-Agostini, Barcelona, Editorial Ariel, 1969, p. 70.

formulaciones culturales que les rodean y les dan sentido. Geertz pone el ejemplo de la palabra árabe "*haqq*", que se supone vienen de un mundo moral específico y para conectarse a una sensibilidad distintiva legal. Esta palabra se lleva junto con él todos los significados específicos a lo que se llama "la ley islámica".⁹⁵ En las situaciones de plural, es decir, situaciones en que muchos de los sistemas culturales se describen como la interacción (por ejemplo, Egipto. Cuando la legislación moderna, que comúnmente se presenta como co-existente con la ley islámica y el derecho consuetudinario), la ley se produce un "discurso políglota".

Clifford Geertz explica y cuestiona, de manera general y con alto grado de síntesis, pero sin referencia alguna a las diferencias de proceder regulatorio existentes entre códigos escritos y orales, la forma de proceder del derecho en la construcción de los hechos. Para Geertz la "explicación" es un producto de un "temor a la explosión de los hechos, una necesidad moderna de la política del poder en el ámbito jurídico de responder a ese temor con su esterilización. Ese temor no es mas que una negación de los hechos, una forma de mantener los hechos a raya en los procedimientos legales, es el proceder universal de lo hegemónico."⁹⁶

Sin embargo, el culturalismo concibe fundamentalmente de derecho en términos holísticos, es decir, como una de las muchas reverberaciones de un principio más grande que explican: la cultura. Sin embargo, esta unidad cultural no se deduce de las observaciones empíricas, sino que asumió desde el principio.

Además, considera que la cultura de Oriente Medio, en donde se supone que en la cultura marroquí los individuos pueden encarnar, en sí puede ser capturado por una "metáfora clave", una "analogía fundamental": "es una imagen que existe dentro en las relaciones sociales, de los acuerdos negociados que se extiende desde el ámbito del espacio público en los dominios de la familia, la historia y la cosmología en la que no puede de manera más inmediata se espera que residen"⁹⁷. Este tipo de enfoque lleva a un fuerte sabor a esencialismo genético, de acuerdo con que las sociedades y las leyes que caracterizan a llevar, junto con

⁹⁵ Geertz, Clifford, *La interpretación de las Culturas*, México, Ediciones Gedisa, 1987, p. 189.

⁹⁶ Gómez Valencia, Herinaldy, Justicias Orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita", *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS/Flacso-Ecuador, Español, 2012, p. 412.

⁹⁷ Idem.

ellos a lo largo de la historia de los mismos principios básicos, que los incidentes históricos sólo superficialmente cero.

Geertz "cuestiona" tal proceder por cuanto "el mundo de los acontecimientos y de las circunstancias" escapa al ámbito jurídico, pues "diga lo que diga el derecho éste nunca contempla toda la trama". Quizá los acontecimientos sometidos a la ineracción e interlocución cara a cara, presentes en la comunicación oral indígena, tampoco abarquen toda la trama y proceda con el mismo temo a los hechos; sin embargo, en el trasgresor se observa una amplia disposición a narrar, a informar detalladamente lo que sucedió, es decir, a no negar los hechos, a aceptarlos y, en consecuencia, a narrarlos y recrearlos.⁹⁸

Además, parece que esta corriente está mucho más interesada en el "por qué" que en el "cómo", a pesar de la atención dada a la segunda, habrían podido considerar que el derecho no es necesariamente ni integralmente parte de la cultura y es que la cultura no un conjunto de permanente pre-existentes suposiciones, sino algo que está permanentemente producido, reproducido, negociada, y orientada a los miembros de los diversos entornos sociales.

1.7 Antropología Jurídica Latinoamericana

Con la aparición del "concepto" de la post-modernidad, los académicos orientados a la investigación en el pluralismo jurídico hacia una nueva definición. Boaventura de Sousa⁹⁹ es quien busca forjar una concepción de la ley basada en las nociones de pluralismo jurídico e interlegalidad, es decir, "que abarca tanto las construcciones sociales de órdenes normativos y la experiencia humana de ellos".

Santos establece que: "el pluralismo jurídico es el concepto clave en una visión post-moderna del derecho. No es el pluralismo jurídico de la antropología jurídica tradicional en la que los ordenamientos jurídicos diferentes son concebidos como entidades separadas que coexisten en un mismo espacio político, sino más bien la concepción de los distintos espacios legales superpuestos, interpenetrados y

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 413.

⁹⁹ Abogado, sociólogo y profesor universitario Boaventura de Sousa Santos, muy conocido en el medio boliviano y latinoamericano, señala que el campo jurídico del mundo capitalista es un sistema estructuralmente pluralista, dentro del cual existen seis espacios de poder y producción del derecho: doméstico, productivo, mercantil, comunitario, ciudadano y mundial.

mezclados en nuestras mentes tanto como en nuestras acciones legales". Entre estas múltiples redes de los ordenamientos jurídicos, no es continua porosidad. La vida de la gente "está constituida por una intersección de los diferentes ordenamientos jurídicos, es decir, por interlegalidad". Con el fin de dar sentido a estos contextos plurales legalmente, la gente necesita un "nuevo sentido común jurídico", cuyo objetivo sería "trivializar en nuestros encuentros diarios con las leyes de manera que su significado se vuelva claro para el usuario inexperto la ley. Establecer una comparación metafórica con la cartografía geográfica, Santos describe cómo este "mundo legal policéntrico" representa y transforma la realidad a través de un conjunto de convenciones.

Se pretende ofrecer las claves metodológicas y las proposiciones teóricas que explican cómo se construyen diferentes aspectos legales, forzada y con experiencia, dentro y fuera del nivel intra-estatal de la legalidad en conflicto.

Santos reconoce que, en su definición, existe una gran variedad de ordenamientos jurídicos. Sin embargo, se centra en lo que él llama "grupos de seis de las relaciones sociales en las sociedades capitalistas que integran el sistema mundial": derecho interno (normas y la solución de controversias derivadas de las relaciones sociales en el hogar), la ley de producción (como resultado de las relaciones laborales), la ley de cambio (resultante de las relaciones comerciales), el derecho comunitario (resultante de las identidades de grupo), la ley estatal, y la ley sistémica, estos grupos de una definición muy amplia legal potencialmente y en parte se superponen entre sí.

Aunque parece muy marginal en el marco general de la teoría sistémica del derecho, debe tenerse en cuenta que Gunther Teubner¹⁰⁰ propuso su propia teoría del pluralismo jurídico. Existen tres principales hipótesis en la teoría de Teubner del derecho como un sistema autopoietico (un sistema auto-sostenible y cerrado sobre sí mismo): la ley, como un sujeto epistemológico autónomo, construye su

¹⁰⁰ Teubner, Gunther, *El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del derecho*, Alemania, Universidad de Frankfurt, 1989. p. 552.

propia realidad social, el derecho, como un proceso de comunicación, produce actores humanos como artefactos semánticos, debido a la simultaneidad de su dependencia y la independencia además de otros discursos sociales, el derecho moderno permanente equilibrio entre las posiciones de la autonomía cognitiva y la heteronomía.

Esto se debe a la ausencia de una distinción adecuada entre la ley y otros tipos de normatividades y de la atribución a la ley de una sola función, mientras que diversas funciones son identificables.

Otro enfoque es el pluralismo jurídico abordado desde sus defectos. De esta manera se puede encontrar un pluralismo jurídico conservador y emancipador. El primero se dice que es un producto de la tradición burguesa, que se define en la primera mitad del siglo XX, que ha sido recientemente representada por las organizaciones internacionales como la principal estrategia del nuevo ciclo del capitalismo global, que se refleja en las tendencias como la descentralización administrativa, integración de los mercados, la globalización y flexible acumulación de capital, los bloques económicos, las políticas de privatización, los servicios de gestión y el control social informal y supranacionales. Por estos motivos, y a fin de que su teoría no sea indebidamente revestida de este contenido político, Santos suplanta la expresión Pluralismo Jurídico por la de "pluralidad jurídica".¹⁰¹ En el Pluralismo Jurídico, a su juicio, no hay nada intrínsecamente bueno, progresista o emancipatorio.¹⁰²

Por el contrario, el pluralismo jurídico de emancipación supone la articulación ciertas condiciones, para hacer posible su manifestación, entre la legitimidad de los nuevos sujetos sociales, la democratización y descentralización de los espacios de participación pública, y la consolidación de los procesos que llevan una racionalidad emancipatoria. Los nuevos sujetos sociales son el centro del

¹⁰¹ Santos, Boaventura. *Towards a New Legal Common Sense. Law, Globalization and Emancipation*, 2³ Edición, Inglaterra, Butterworths-LexisNexis, 2002, p. 89. Traducción José Martín Pérez Larios

¹⁰² Santos, Boaventura, "Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas", en García, Mauricio y Santos, Boaventura (Ed.): *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Tomo I, Universidad de los Andes Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 137.

nuevo paradigma. Se trata de crear las condiciones para un acto libre y consciente y por lo tanto afectan a los procesos sociales en donde busca la emancipación a través de la generación de una nueva legitimidad y permiten la construcción de nuevos tipos de ciudadanías. Consecuentemente, la existencia de nuevos sujetos sociales conduce a la existencia de nuevas necesidades y estas se traducen en demandas de derechos.

Otro punto fundamental sería el de articular un pluralismo jurídico en donde se establezcan las condiciones para la ejecución de una política democrática que de pauta a la reproducción de un espacio comunitario, descentralizado y participativo. Para hacer esto posible se requieren profundos cambios en las prácticas, la cultura y los valores de la vida cotidiana, así como romper con la estructura centralizada del poder y las decisiones empresariales.

Se requiere la creación de un nuevo orden político que se caracterice por facilitar la consolidación de una democracia participativa, la creación de una nueva sociedad pluralista marcada por la coexistencia de los conflictos y diferencias, lo que anima a otra ley con el apoyo de las necesidades esenciales de los nuevos temas colectivos.

El Pluralismo Jurídico, será entonces un esfuerzo por remplazar teórica y políticamente el esquema del centralismo legal por una estructura legal de naturaleza más democrática idónea para el reconocimiento y la reivindicación de las diferencias sociales, siendo más legítima: una estructura que extraiga el material jurídico de la vida social, de abajo hacia arriba, contrariamente a la elaboración jurídica de arriba hacia abajo por la vía parlamentaria o judicial.

La propuesta de un pluralismo jurídico como proyecto alternativo para espacios periféricos del capitalismo latinoamericano presupone la existencia y articulación de determinados requisitos, para lo cual debemos observar: a) la legitimidad de los nuevos sujetos sociales, b) la democratización y descentralización de un espacio

público participativo, c) la defensa pedagógica de una ética de la solidaridad, d) la consolidación de procesos conducentes a una racionalidad emancipatoria.¹⁰³

En primer lugar, se señala la cuestión de los nuevos sujetos sociales que polarizan u ocupan el papel central del nuevo paradigma. Ya no se trata del antiguo sujeto privado, abstracto y metafísico, de tradición liberal individualista que, como sujeto cognoscitivo "a priori", se adaptaba a las condiciones del objeto dado y a la realidad global establecida. Actualmente el enfoque se centra sobre un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se autodetermina y modifica lo mundial del proceso histórico social. Lo "nuevo" y lo "colectivo" no deben ser pensados en términos de identidades humanas que siempre existieron, según el criterio clase, etnia, sexo, edad, religión o necesidades, sino en función de la postura que permitió que sujetos inertes, dominados, sumisos y espectadores, pasasen a ser sujetos emancipados, participantes y creadores de su propia historia.

¹⁰³ Cf. Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico - Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*, México, 3. ed. San Pablo: Alfa-Omega, 2001. p. 233-234.

CAPÍTULO II

DERECHO INDÍGENA

2.1 Una Aproximación a los sujetos de estudio

2.1.1 Concepto de Indio

El proceso de definición del indio ha tenido su raíz en la diferenciación que se hizo entre los colonizadores y colonizados, es decir entre el choque de dos culturas. Desde la óptica de los colonizadores la dominación se justificó a través de las supuestas diferencias raciales. El mundo novohispano se dividió entre República de Españoles y República de Indios. Por ello la cuestión racial tuvo preponderancia en un inicio al tratar de definir la categoría indígena.

Tras el triunfo de la revolución mexicana, el primer coordinador del Instituto Nacional Indigenista, Caso, en su definición, en donde daba cuenta de cuatro criterios, el cultural, el biológico, el lingüístico y el psicológico. Con el paso del tiempo la definición tomó en cuenta aspectos más allá de los biológicos. Bonfil Batalla, Stavenhagen, De la Fuente definen al indígena a partir de rasgos culturales comunes (vestimenta, costumbres, lengua, tradiciones, valores) que generan una identidad propia y que esta identidad genera una pertenencia a determinado grupo social.¹⁰⁴

Para complementar lo dicho anteriormente, León-Portilla, cuando se pronuncia la palabra "indio", se piensa fundamentalmente en el hombre prehispánico y en aquellos de sus descendientes contemporáneos que menos fusión étnica y sobre todo cultural tienen con gentes más tardíamente venidas de afuera.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Para Stavenhagen, el concepto "indígena" tiene un claro origen colonial, pues "son indígenas los descendientes de los pueblos que ocupaban un territorio dado cuando éste fue invadido, conquistado o colonizado. Ver Stavenhagen, Rodolfo, *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*", Nueva Antropología XIII, 1992, N° 43, p. 88.

¹⁰⁵ León Portilla, Miguel, "¿Qué es el indigenismo interamericano?", En *América Indígena*, Vol. XXVI, N°4, México, Instituto Indigenista Interamericano, octubre 1966, p. 342.

Sin embargo, en la también conocida definición que formuló Alfonso Caso se atiende al hecho de que en muchos grupos indígenas la proporción de elementos de origen precolombino es ya mínima; por eso el autor indica que el criterio cultural (uno de los cuatro que emplea; los otros tres son el biológico, el lingüístico y el psicológico): consiste en demostrar que un grupo utiliza objetos, técnicas, ideas y creencias de origen indígena o de origen europeo pero adoptadas, de grado o por fuerza, entre los indígenas, y que, sin embargo, han desaparecido ya de la población blanca.¹⁰⁶

De manera que Caso menciona que es un indio todo individuo que se siente pertenecer a una comunidad indígena; que se concibe a si mismo como indígena, pero que esta conciencia de grupo no puede existir sino cuando se acepta totalmente la cultura del grupo; cuando se tienen los mismos ideales éticos, estéticos, sociales y políticos del grupo, cuando se participa en las simpatías y antipatías colectivas se es de buen grado colaborador en sus acciones y reacciones.¹⁰⁷

Con lo mencionado anteriormente no pretendo dar cuenta de una definición sobre que significa la cultura indígena; se la establece un contraste con la cultura dominante; a lo que se indica que tiene su punto de partida en las culturas precolombinas. Así, por ejemplo, Gamio va mencionar que propiamente un indio es aquel que además de hablar exclusivamente su lengua nativa, conserva en su naturaleza, en su forma de vida y de pensar, además de numerosos rasgos culturales de sus antecesores precolombinos y muy pocos rasgos culturales occidentales.¹⁰⁸

Por su parte Aguirre Beltrán definió a las poblaciones indígenas como aquellos “grupos étnicos de cultura distinta y que van contar con una cohesión interna y que presentan una gran resistencia a la integración, cuando esta pretende conservar

¹⁰⁶ Caso, Alfonso, *Definición del indio y lo indio*, en *América Indígena*, Vol. VIII, N°4, México, Instituto Indigenista Interamericano, octubre 1948, p. 245.

¹⁰⁷ Caso, Alfonso, “Definición del indio y lo indio”, *América Indígena*, Vol 4, México, 1966, p. 245.

¹⁰⁸ Gamio, Manuel, “Los países subdesarrollados”, en *América Indígena*, Vol. XVII, N°4, México, Instituto Indigenista Interamericano, octubre 1957, p. 337.

ciertos mecanismos que segregan a los indígenas en posiciones ostensibles de subordinación”.¹⁰⁹ Julio de la Fuente, en sus relaciones interétnicas, mencionaba que “el termino indio en si es más bien significativo de una clase social, económica o cultural” y que las alteraciones en la clasificación, son “un índice muy importante para demostrar que los grupos, racialmente definidos antaño, han dejado de serlo para ser definidos por su cultura”¹¹⁰, Pozas en cambio señaló con acierto que “para los culturalistas, la comunidad indígena ligada en su totalidad, constituye una unidad culturalmente separada y diferente de la sociedad nacional.”¹¹¹

Ahora bien, el debate sobre la definición de indio llegó a su clímax a mediados de la década de los cuarenta, principalmente por el desarrollo de las políticas indigenistas en América Latina, era necesaria pues una definición sobre el sujeto a quien iba dirigido el esfuerzo indigenista: el indio. De esa suerte que en el segundo congreso indigenista celebrado en Cuzco, Perú, se elevó la siguiente definición: El indio es el descendiente de los pueblos y naciones precolombinos que tienen la misma conciencia social de su condición humana, asimismo considerada por los propios y extraños, en su sistema de trabajo, en su lengua y en su tradición, aunque éstas hayan sufrido modificaciones por contactos extraños.

El indio es la expresión de una conciencia social vinculada con los sistemas de trabajo y la economía, con el idioma propio y la tradición nacional respectiva de los pueblos y naciones aborígenes¹¹². Esta perspectiva indigenista consideraba que “los indios eran el sector más explotado; la indignidad se identificaba con el núcleo de costumbres rústicas y con el retraso, y era algo que se podía y se debía eliminar”.¹¹³

Bonfil señaló con acierto que los trabajos de Pozas fueron continuadores de estas tesis cuando en su intento de definir al indio decían “se denomina indios o indígenas a los descendientes de los habitantes nativos de América, quienes los

¹⁰⁹ Aguirre Beltran, Gonzalo, *Regiones de Refugio*, México, INI, 1967, p. 234.

¹¹⁰ De la Fuente Julio, *Relaciones Interétnicas*, México, INI, 1965, pp. 69-70.

¹¹¹ Pozas, Ricardo, *Los Indios en las clases sociales en México*, México, Siglo XXI, 1995, p. 15.

¹¹² Actas finales de los tres primeros congresos Indigenistas Interamericanos, Comité Organizador del IV Congreso Indigenista Interamericano, Guatemala, 1959.

¹¹³ Ver las tesis de la “*subcultura de la pobreza*” de Oscar Lewis.

conquistadores españoles, por creer que habían llegado a las indias, los llamaron indios que conservan algunas características de sus antepasados en virtud de las cuales se hallan situados económica y socialmente en un plano de inferioridad frente al resto de la población, y que, ordinariamente, se distinguen por hablar las lenguas de sus antepasados, lecho que determina el que estas también sean llamadas lenguas indígenas".¹¹⁴

El indio es un producto colonial. Es el resultado histórico de una opresión colonial de más de 500 años y que perdura hasta nuestros días, de manera que el término indio es una categoría supraétnica de manera que denota la condición de colonizado y hace referencia necesaria a la relación colonial. De tal forma no se trata de contemplar la realidad en la que se encuentra el indio sino de los problemas de sumisión y marginación en la que se encuentran.¹¹⁵

Con la intervención de los distintos países y las distintas organizaciones en el estudio de los pueblos indígenas en el mundo, el caso de sus derechos se ha vuelto aún más complejo. También se puede mencionar que la noción que se tienen sobre el indígena a nivel mundial es de que los indígenas nacieron como parte de la historia y consecuentemente del desarrollo de los pueblos del mundo, donde las razones ideológicas estaba en la política racial, en lo político y en lo religioso, y en donde además cada país ha hecho su propia definición de indígena, la cual a veces podía ser en pro o en contra de él.¹¹⁶

2.1.2 Concepto de Indígena

Definir lo indígena no es fácil, sobre todo por las consecuencias políticas y jurídicas que conlleva. La importancia de esta definición radica en la necesidad de tener un ámbito de aplicación de la norma.

¹¹⁴ Bonfil Batalla, Guillermo, *El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial*, Anales de Antropología, Vol. IX, México, UNAM, 1972, p. 107.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 110.

¹¹⁶ Dentro de la obra *La Patria del Criollo* de Severo Martínez se explica y presenta los fenómenos y procesos sociales y económicos que se dieron durante el régimen colonial (1524-1871) y como estos han actuado directamente a lo largo de la historia. Esta realidad colonial comparada con otros procesos históricos se llega a determinar que tienen su origen desde la colonia y que hoy en día siguen vigentes en la realidad de los pueblos indígenas en donde hace un análisis para el caso Guatemalteco. Ver en Peláez Martínez, Severo, *La patria del criollo, Ensayo de Interpretación de la realidad colonial Guatemalteca*, Guatemala, Editorial Universitaria, 1971, p. 274.

Es indudable que antes de la llegada de los españoles en América ya existía población autóctona, de la cual es descendiente la actual y, consecuentemente, fueron reducidos por el sometimiento no sólo en la cuestión económica sino también cultural e ideológico. A pesar de eso en la actualidad estos pueblos siguen conviviendo bajo un sistema de vida, en donde constantemente reivindican sus valores y reglas que aunque estas no se han conservado de forma pura los consideran propias y el estado-nación aún siendo producto de una concepción ajena a las culturas indígenas.¹¹⁷

Ante la situación mencionada anteriormente, los antropólogos han tratado de plantear la imposibilidad de llegar a una definición universalmente válida del indígena. Pedro Carrasco, por ejemplo, señalaba dos vías: o se trataba de una definición arbitraria, escogida por el investigador basada en función del problema específico que desea estudiar y por lo tanto, de valor sólo en términos de esa investigación en particular, o se reconocía que el indio es una categoría social peculiar de ciertos sistemas sociales y se estudiaba objetivamente en cada uno de ellos, sin pretender darle a esa categoría un rango más amplio que el que tenga en la sociedad concreta de que se trate. El concepto de indio varía en su contenido real en las diferentes regiones, y no hay definición que sea válida dondequiera.¹¹⁸

Mucho se ha hablado sobre el significado real de la palabra indígena. Sin embargo, no ha sido posible definir bien dicho término, ni siquiera dentro de los foros internacionales, por el interminable debate sobre su concepto y aplicación, lo cual ha sucedido durante más de 500 años. Para ser más puntual al respecto, esto sucedió cuando las primeras civilizaciones occidentales eran quienes dotaban de

¹¹⁷ El concepto de indígena, tal como lo señala Arturo Warman, es "una categoría que establece restricciones y subordinaciones específicas, obligaciones particulares en una formación estatal. Agrupa a los descendientes reales o supuestos de los grupos humanos que ocupaban el territorio de México antes de la conquista por los españoles". Con base en lo anterior, podemos decir que el concepto de indígena sirvió a los conquistadores para diferenciarse de los pobladores nativos de los territorios conquistados; a partir de este momento, el indio sería el ente dominado y vencido; por lo tanto, podemos decir que la categoría de indígena es producto de un hecho histórico concreto: el colonialismo. Ver Warman, Arturo, *Los indios mexicanos en el umbral de milenio*, México, FCE, 2003, p. 21.

¹¹⁸ Carrasco, Pedro, "Las Culturas indígenas de Oaxaca", en *América Indígena*, vol. XI, n° 2, México, Instituto Indigenista Interamericano, Abril 1951, p. 111

un nombre a aquellos grupos de personas que se diferenciaban de ellos y que ya habían estado antes de su llegada o de su desarrollo como civilizaciones.

Aunque se sabe que la palabra indígena¹¹⁹, en la actualidad, refiere a los individuos conquistados durante el período colonial, propietarios de las características particulares que los hacen diferentes de los aborígenes o tribus.

Hace mucho tiempo, esta palabra como sus significados eran ocupadas indistintamente, pues los criterios de distinción se basaba en factores como la raza o aspectos socio-culturales, por esta razón se consideró durante mucho tiempo que el indio era el mismo como indígena o étnica era lo mismo que una los pueblos indígenas, pero no de esta manera.

Los indígenas, se dice, son consideradas aquellas culturas distintas de la Europa occidental, que es la cultura dominante en las naciones americanas. Son indígenas, afirma Comas, quienes poseen predominio de características de cultura material y espiritual peculiares y distintas de las que hemos dado en denominar “cultura occidental o europea”.¹²⁰

En todo el mundo se han realizado diversas investigaciones en base a los indígenas con el propósito de aproximarse una definición aceptada por la comunidad internacional, pero aún no se ha podido configurar alguna que se distinga de manera universal ante el diverso conjunto de características que contiene la palabra indígena. Por esta razón muchos autores como Bartolomé Clavero hacen mención a definiciones proporcionadas por instituciones u organizaciones internacionales las cuales van a reconocer a los indígenas como fuente de estudio y parte de un problema global que súbitamente comenzó a inquietar a la comunidad internacional. Dentro de las instituciones internaciones que reconocen y dan alguna aproximación a la definición de indígena son: la

¹¹⁹ La palabra indígena proviene del latín Indu “en, dentro” y el latín gignere “engendrar”, Real Academia Española [En Línea] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=indigena, visitado el 23 de febrero de 2012.

¹²⁰ Comas, Juan, “Razón de ser del movimiento indigenista”, en *América indígena*, Vol. XII, México, Instituto Indigenista Interamericano, Abril 1953, N°2, pp. 135-136.

organización de las Naciones Unidas (ONU) la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de Estados Americanos (OEA), entre otras.

Por su parte el Convenio 169 de la OIT, ratificado por México, en el artículo 1º en su apartado menciona que: b) va a definir a los pueblos indígenas como “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.¹²¹

En este acuerdo, al igual que en la Constitución mexicana se menciona la autoidentificación indígena como uno de los criterios fundamentales para determinar que se consideran los pueblos indígenas. Como puede observarse, existe una semejanza en las dos definiciones, ya que esta cuenta los criterios tanto de origen, de conservación y de conocimiento. Sin embargo, no se puede pasar por alto el hecho de que para llegar a una definición de los pueblos indígenas se ha dado a través de un largo proceso que inició desde la conquista española, que llevó a la colonización de nuevos territorios, para que posteriormente con la independencia, la revolución se creará el Estado moderno mexicano.

Sin embargo otro estudio realizado por parte de la Subcomisión de Naciones Unidas, titulado “problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”, propone una definición de pueblos indígenas:

Están constituidas por los descendientes actuales de los pueblos que habitan en el presente territorio de un país, total y parcialmente, en el momento que llegaron a él personas de otras culturas u origen étnico provenientes de otras partes del mundo y que los dominaron y redujeron por medio de la conquista, asentamiento u otros medios a condición no dominante o colonial, que viven hoy más a conformidad con sus particulares costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales que con las instituciones del país del cual

¹²¹Ordóñez Cifuentes, José Rolando Emilio, *Análisis Interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*, IX Jornadas Lascasianas, México, IIJ, UNAM, 2000, p. 20.

forman parte ahora bajo una estructura estatal en que se incorporan principalmente características nacionales, sociales culturales de otros segmentos, predominantes a la población.¹²²

La definición anterior genera un amplio panorama en donde existe una diversidad de elementos a considerar. Por un lado, se encuentra un elemento histórico cuando se menciona la relación de descendencia de los primeros pobladores con los actuales grupos indígenas y los mecanismos por los cuales han sido sometidos a lo largo de la historia. También se puede destacar un elemento antropológico en donde se señalan sus diversas formas de concebir el mundo, tradiciones de cualquier índole, y un elemento político en donde se hace presente una dominación entre el Estado y los pueblos indígenas.

La presencia y la vigencia de lo indio se encuentran en casi todo el espectro social y cultural del país, a través de rasgos culturales de muy diversa naturaleza, que indiscutiblemente tienen su origen en la civilización mesoamericana y que se distribuyen con distinta magnitud en los diferentes grupos y capas de la sociedad mexicana. La presencia de la cultura indiana.¹²³

En virtud de esta orden de ideas serán indígenas aquellos individuos que constituyen dichas poblaciones y a su vez estas poblaciones indígenas cuentan con una conciencia de su diversidad cultural, histórica y social, además hay que destacar su sentido de pertenencia y convivencia con los demás miembros de la comunidad.

Pueblo Indígenas se pueden definir como el conjunto de personas que descienden de poblaciones asentadas con anterioridad a la conquista y que se encuentran dentro de las actuales fronteras de un territorio determinado estos grupos poseen historia, organización, idioma, usos, costumbres y otras características culturales, con las cuales se identifican entre sus miembros, reconociéndose e identificándose como pertenecientes a la misma unidad socio cultural, mantienen sus instituciones sociales, económicas, políticas y culturales, además de vínculos territoriales.¹²⁴

¹²² Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y social, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio del Problema de la Discriminación contra poblaciones indígenas*, 1983, p. 10.

¹²³ Bonfil Batalla, Guillermo, *México Profundo. Una civilización negada*, México, Grijalbo, 1994, p. 73.

¹²⁴ Sin embargo también habrá que mencionar que las poblaciones indígenas están constituidas por los pueblos que habitan en el presente territorio de un país total o parcialmente, en el momento que llegaron a él personas de otras culturas u origen étnico provenientes de otras partes del mundo, y que los denominaron y

2.1.3 Concepto de Pueblo

El término pueblo tiene diversas connotaciones, y nos abocaremos al sentido socioantropológico y jurídico que se le atribuye. Según el Diccionario Jurídico, este término se identifica con nación, esto es, el conjunto de seres humanos unidos por un sentimiento de pertenencia nacional. Por lo que este sentimiento se funda en una pluralidad de factores; entre los más significativos se encuentra la afinidad racial, la comunidad de la cultura, en especial lengua y religión y la comunidad de destino político.¹²⁵

Para la antropología el término pueblo tienen varios sentidos y significados. Lo mismo puede representar a un colectivo de hombres con un mismo origen “racial”, una misma lengua, similares costumbres y formas de vida y una mayor o menor conciencia de pertenencia, que referirse a una comunidad práctica o exclusivamente por una misma administración estatal. De igual modo, bajo el término pueblo lo mismo se entiende a aquella parte de la población de una comunidad que, por razones económicas y culturales, muestra un estilo y una forma de vida de elite citadina, que las capas más bajas de esa misma comunidad.¹²⁶

Ahora bien, visto desde una perspectiva sociológica Agustín Cueva, estima que desde el materialismo histórico el concepto de pueblo se refiere a un conjunto de clases y capas subordinadas que, por el mismo hecho de serlo, poseen funciones protagonistas de lo que podríamos denominar el bloque popular. Entre nosotros,

redujeron por medio de la conquista, asentamiento u otros medios a condición no dominante o colonial; que viven hoy más en conformidad con sus particulares costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales con las instituciones del país del cual forman parte ahora, bajo una estructura estatal en que se incorporan principalmente características nacionales, sociales de otros segmentos, predominantes, de la población. Ver: Ordóñez Cifuentes, José Emilio, “La cuestión étnico nacional y derechos humanos El etnocidio”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, número 23, p. 126.

¹²⁵ *Diccionario Jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1997, p. 2640-2641.

¹²⁶ Azcona, Jesús, *Etnia y nacionalismo vasco*, España, Anthropos, 1984, p. 11.

latinoamericanos, este bloque incluye por regla general al proletariado, el campesinado, la pequeña burguesía, las capas medias y el subproletariado.¹²⁷

Sin embargo también existe otra definición en sociología en donde se define el término pueblo como un compuesto societal producto de procesos asociativos integrados en el emplazamiento cultural y superficial. Corazón de la sociedad¹²⁸, dándole una relevancia a la identidad cultural que une a los individuos que componen el pueblo, siendo así un concepto más complejo aún, definiéndose también como un conjunto de clases y capas subordinadas que, por el mismo hecho de serlo, poseen fundamentalmente intereses en común, constituyendo por tanto, los protagonistas de lo que podríamos denominar el bloque popular.¹²⁹

Aunado a lo anterior, encontramos que del pueblo es un elemento del Estado en el cual reside la soberanía, tal como nuestra propia constitución lo señala en su artículo 39, siendo entonces el elemento humano del Estado.

2.1.4 Concepto Pueblos Originarios

Antes de continuar, vale la pena tomar en cuenta la singularidad del término pueblo originario así como su génesis cultural y política. Aunque a *grosso modo* la investigación etno-histórica va hacer mención que estos pueblos van a contar con un origen mesoamericano y además muchas de sus formas de organización social, política y ritual contemporánea pueden rastrearse incluso hasta el período colonial, es muy significativo que en términos identitarios se asumen bajo una representación simbólica de pueblo originario y no de pueblo indígena o, si se desea, que la manera de autoafirmarse como pueblo indígena sea por medio de una figura de transacción denominada pueblo originario.

¹²⁷ Cueva, Agustín, *La teoría marxista. Categorías de base y problemas actuales*, Ecuador, Planeta, 1987, pp. 28-29.

¹²⁸ Pratt Fairchild, Henry, *Diccionario de Sociología, Selección de obras de Sociología*, México, FCE, 1997, p. 243.

¹²⁹ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *La cuestión étnico nacional y derechos humanos: El etnocidio, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, número 23, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, p. 129.

Sin embargo, el esfuerzo por diferenciar lo originario de lo indígena parece más un esfuerzo por la exacerbación de las diferencias, sino un reflejo de la realidad misma. Aunque esto puede que sea necesario, este contraste para fines de recuperación de tierras, considero que la definición va encaminada para propósitos de identificación socio-cultural y, por lo tanto, de identidad. Sería un equivoco sostener que lo originario y lo indígena se cimientan en visiones indígenas muy diferentes, aunque ambos van a proponer un concepto de unidad del ser con la realidad y más específicamente, una unidad de los seres humanos con la naturaleza, el cosmos y la totalidad.

Algunos expertos¹³⁰ no están de acuerdo con el término originario, otros no lo son con el término indígena. En particular, se simpatiza más con el "originario" porque se refiere a cualquier grupo de personas que habitaban en un lugar determinado, cualquiera que este sea, antes de la conquista de Occidente. Gracias a esta característica, este concepto no es de carácter etnocéntrico, ya que no se refiere sólo a los de América, como generalmente se cree, originarios había en todo el mundo, y los recuerdos de la cultura originaria, es decir, no occidental, están en todo el mundo, no sólo en nuestra América.

En general no importa la denominación que utilice, lo que cuenta es cómo se definen. Por ejemplo, muchas personas se refieren a "origen indígena" como una cosa que es claramente diferente de la occidental. La cultura occidental se apoya en la diferenciación, es su arma preferida. No por nada el dicho "divide y vencerás" se repite en todas partes. Sin embargo, esta frase significa más de lo que parece y, al parecer, se sigue cayendo en la inocencia de no darse cuenta de la profunda verdad que transmite.¹³¹

¹³⁰ Stavenhagen señala que una de las mayores dificultades a las que se enfrentan los autores de éstos y otros estudios, es definir las poblaciones indígenas. En efecto a través de la lectura de los diferentes instrumentos internacionales, se advierte que no existe una definición que englobe a todas las poblaciones que pudieran responder a este concepto. Cada país ha planteado el problema de la definición a su manera, habiéndose llegado así a soluciones que abarcan una implica gama de criterios de diferenciación, desde factores exclusivamente, o casi exclusivamente raciales, hasta consideración que predominan criterios socioculturales. Ver. Stavenhagen, Rodolfo, México, UNESCO, 1988, p. 136.

¹³¹ El análisis sobre las discusiones epistemológicas, axiológicas y ontológicas referentes a la definición de Pueblo Originario son aún abstracciones resultado de las contribuciones de los especializados juristas,

Dicho lo anterior se puede decir que la construcción del concepto de pueblo originario surge a partir de un proceso de dual de diferenciación frente a la ciudad, por un lado, y frente al estigma de lo llamado “lo indígena”, por el otro. El hecho de que los actuales pueblos originarios han vivido durante mucho tiempo frente a la ciudad colonial y la ciudad liberal, la cual los sujetaba, hostigaba y, en muchos de los casos, despojaba, esto los obligó a construir una cohesión social diferenciadora denominada pueblo originario y, a su vez, el peso del racismo, la discriminación y la inferiorización de los pueblos indígenas durante la época de la colonia así como en la construcción del Estado Nación dejó un estigma en los pueblos indígenas que la rodeaban. Aquí en donde la construcción de una identidad propia distinta de la ciudad era fundamental, pero que tampoco se asumía explícitamente como indígena, aunque así lo fuera en sus formas de defensa y gestión del territorio, de hábitos lingüísticos, de estructura ritual, de formas de organización social y política, y muchas otras más.

En este sentido, el *"reconocimiento del otro"*, es decir, del indígena o del originario, como el otro es el no occidental, se puede entrar en un juego de palabras muy peligroso porque asume la diferencia como la piedra angular de la identidad. El *"reconocimiento del otro"*, lejos de la concepción de la diferencia- semejanza, que se olvida que en un estrato más profundo del que podemos ver (a nivel de la información genética) todos somos semejantes.

Más allá de cuales sean las razones por las que la realidad ha tomado este curso, lo importante será considerar que, ante la arremetida de la etapa re-colonizadora y re-evangelizadora que estamos viviendo, con la inmanente intención de acelerar los procesos de etnocidio así como de acentuar las relaciones asimétricas al interior de las sociedad en general (el problema no es únicamente 'étnico', la

organizaciones y en general movimientos indígenas, así como de científicos sociales; ya que son ellos quiénes han sido cercanos a la realidad de los Pueblos “Originarios” e “Indígenas”, en especial del continente americano; para llegar a entender mejor las problemáticas locales de México. Ver: Ordóñez Mazariegos, Carlos, *Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Originarios*, México, UACM, 2012, p. 17.

colonización se da en todos los seres humanos y es, por lo tanto, también occidental).

2.2 Sistema Jurídico

Hablar de sistema jurídico siempre ha sido considerado, al menos desde el ámbito legal, como una premisa lógica: “un conjunto de normas que regulan la conducta social”; por ello, la mayoría de los juristas y las personas que saben algo de este tópico no cuestionan esta connotación, simplemente la reproducen¹³².

Tradicionalmente la teoría del derecho, o bien, de norma o disposición jurídica Joshep Raz inicia con la idea de que una definición de norma o disposición jurídica y, en general, del derecho, depende de una teoría del sistema jurídico. Cualquier intento de penetrar la naturaleza del derecho mediante el análisis de las normas o de las disposiciones jurídicas no puede ser exitoso. Los sistemas jurídicos deben ser considerados, señala Raz, expresamente, como intrincadas urdimbres de disposiciones jurídicas interrelacionadas.¹³³

En un 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.¹³⁴

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

¹³²El sistema jurídico de un país está constituido por el conjunto de normas que en un momento dado regulan la interferencia intersubjetiva de los componentes de una sociedad humana y sus relaciones con otros sujetos soberanos y organismos internacionales. Ver en: Acosta Romero, Miguel, *Derecho Administrativo Especial*, México, Porrúa, 2001, p. 21.

¹³³ La expresión “sistemas jurídicos” es la traducción literal de “*Legal systems*” que, en la tradición jurídica del *Common Law*, es el término canónico que corresponde a: un orden jurídico, más propio a nuestra tradición jurídica. Hemos conservado la expresión “sistema Jurídico” porque hace más patente el carácter de sistemático del derecho.

¹³⁴ En la teoría de Austin sobre el sistema jurídico está implícita en su definición de “disposición jurídica”, a saber: una disposición jurídica es un mandato general de un soberano dirigido a sus súbditos. En esa definición se va encontrando tanto un criterio de identidad y membrecía del sistema jurídico como el criterio de existencia de órdenes jurídicos.

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.¹³⁵

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 qué manera los hombres producen y reproducen su vida económica y social, y como en la superestructura política y jurídica se manifiestan.

Dentro de la Guía metodológica para la elaboración de las tipologías de los sistemas jurídicos, el equipo de trabajo, sostiene:

Por definición, un sistema jurídico se va desprender de un 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

¹³⁵ Sistemas Jurídicos Indígenas, disponible en internet:
<http://lichectorberducido.files.wordpress.com/2013/07/10-sistema-jurc3addico-indc3adgena.pdf>, visitado 4 de Marzo de 2014.

y garantizan su implementación y un conjunto de procedimientos específicos tendientes a su cumplimiento¹³⁶.

Sin embargo, ello no es suficiente para caracterizar los sistemas jurídicos. Esta tarea se va lograr 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 será 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 enmarquen ellos en el contexto social o en la interacción con fuerzas de la naturaleza o de carácter sobrenatural?¹³⁷

Sin embargo, de los aspectos sociopolíticos que se encuentran inmersos dentro de la discusión sobre cuáles son y que jerarquías que corresponden a distintas fuentes del Derecho, al mencionarlas, se está refiriendo al cómo y de dónde nacen las normas, o dicho en términos técnicos a los “modos de producción normativa”. Es decir, van a ser aquellos mecanismos que una sociedad creada sea de manera directa o indirecta generar cánones que disciplinen la conducta dentro de un grupo social, sobre la base de una idea determinada de orden.¹³⁸

¹³⁶ El sistema jurídico mismo parece reaccionar a lo que en apariencia se presenta como transformación de los valores, pero que, en el fondo, es un proceso mucho más largo, condicionado no solamente en términos generacionales de distintas maneras. Si se toma como criterio la constancia de la función normativa -sin la cual el derecho ya no sería derecho-, se perfila una tendencia que podríamos llamar la *temporalización de la validez normativa*. Las normas y la validez, que en cada caso las sustenta, ya no se fundan en las constantes religiosas o naturales o en las de una estructura social incuestionada, sino que se viven y se manejan como proyecciones temporales. Tienen una validez «provisional». Se experimentan con ello no sólo como algo contingente, sino que se convierten también en algo cognitivamente dotado de sensibilidad. Esto no significa, por supuesto, como creen los críticos de la distinción cognitivo/normativo. Ver Luhman, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2005, p. 400.

¹³⁷ Perafán, Carlos César, Azcárate García, Luis e Hildur Zea Sjøberg, *Sistemas jurídicos Tukano, Chami, Guambiano y Sikuni*, Informe final presentado a COLCIENCIAS, Proyecto No. 0196-10-149.95, Bogotá, Colombia, septiembre de 1996, pp. 341-342.

¹³⁸ En un sentido gramatical significa el origen, principio o fundamento de donde procede una cosa. La expresión fuente del derecho se usa para designar el origen del derecho, es decir, la manera como el orden jurídico brota para su observancia. Se dice también que fuente significa hecho creador de derechos, o bien los modos de manifestación de la voluntad social preponderante, voluntad cuya presencia da carácter positivo al derecho.

A pesar de esto, es de gran relevancia las fuentes del Derecho para el análisis que estoy realizando, ya que a partir de ellas puede ser posible realizar una distinción entre distintas formas de Derecho, ya que de la revisión de las distintas corrientes se consolidan la idea de la pluralidad jurídica y existencia de distintas formas de Derecho.

De manera que, la misma Teoría General del Derecho, nos permite sustentar a través de las distintas posturas antes mencionadas sobre la realidad del Derecho Indígena, ya que por un lado corriente dogmática si afirma que la principal Fuente del Derecho es la Ley, positivisándolo; la contraparte que es postura Pluralista que no restringe el ámbito del Derecho a ese único elemento, lo cual va a permitir manifestar que al ser el Derecho Indígena, una forma distinta de Derecho esta puede admitir otras fuentes que no sean la Ley o el Estado.

Dicho lo anterior, hablar de las fuentes del Derecho es hablar de los acontecimientos o hechos pasados de los que deriva la creación, modificación o extinción de normas jurídicas, normas que conforman el orden social, y los factores históricos que han influido en la creación del derecho. La doctrina ha clasificado a las fuentes del Derecho en históricas, materiales, y formales.

2.2.1 Fuentes históricas

Son documentos históricos que hablan o van a referir al Derecho. En la antigüedad estos documentos eran muy diversos (papiros, pergaminos, tablillas de arcilla en las que algunos pueblos estampaban sus leyes y contratos. Se refiere a las fuentes jurídicas según de acuerdo a su aplicación en el tiempo. Consecuentemente serán vigentes las fuentes positivas actuales que no han sido derogados por otra ley o el reglamento que no ha sido substituido por otro. Serán históricas las fuentes que han perdido su vigencia y se sitúan en la historia del Derecho Positivo.¹³⁹

¹³⁹ Lo histórico, que condiciona y en ocasiones determina la existencia de ciertos intereses, y principios políticos, ideológicos, éticos y su expresión jurídica. De esta manera el Derecho, además de ser un orden normativo, tiene esencialmente un contenido político que incide en la conciencia social además de los valores

2.3.1 Fuentes reales o materiales

Son todos los fenómenos que concurren, en mayor o menor medida, a la producción de la normas jurídicas, y que determinan en mayor o menor grado al contenido de la misma; tales fenómenos son: la geografía, el clima, las riquezas naturales, las ideas políticas, morales, religiosas y jurídicas del pueblo, principalmente de los legisladores, líderes políticos, dirigentes obreros, empresarios, juristas, jueces, entre otros; el afán de novedades, o a la inversa, el excesivo tradicionalismo y rutina; la organización económica, entre otros. También se puede decir que las fuentes materiales son los factores históricos, políticos, sociales, económicos, culturales, éticos, religiosos que van a influir en la formación de la norma jurídica.¹⁴⁰

2.4.1 Fuentes formales

Se define por aquellos hechos o actos a los cuales se les va atribuir una capacidad específica para crear normas jurídicas. Se considera que las fuentes formales son las mismas directas. Sin embargo, se da esta denominación ya que se pretende aludir a dos aspectos específicos: el primero a la fuerza o poder creador, como por ejemplo, el poder legislativo, Segundo a la forma misma de la creación de ese poder, por ejemplo: La ley.¹⁴¹

Para otros, las fuentes formales son únicamente: la ley y la costumbre. Este sector ha logrado imponer dicha opinión doctrinal, no obstante, que de acuerdo con la

que se integran en la cultura y la ética de cada sociedad y, por sobre todo, expresa las luchas de clase de cada momento histórico, manifestando los intereses de la clases, grupos y sectores dominantes en cada etapa. Ver en Diego Cañizares, Fernando *Teoría del Derecho*, Editorial Pueblo y Educación, México, Ministerio de Educación Superior, 1979, p. 106.

Entonces, vale decir al respecto que: El Derecho es un conjunto de valores, principios e intereses expresados como normatividad, fenómeno espacio-temporal que existe para ser realizado consecuentemente con el ideal de justicia, y resultado de un proceso de creación consciente, matizado por factores ideológicos que dimanen de los intereses que lo fundamentan y de aquellos que priman en los órganos facultados para su creación y aplicación. Ver Prieto Valdés, Martha: Cuba, 1901-1976: Criterios doctrinales acerca de la interpretación del Derecho. Ver: Matilla Correa, A., coordinador: *Historia del Derecho en Cuba*, Primera edición, La Habana, Editorial Ciencias Sociales, 2009, p. 190.

¹⁴⁰ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, Manuel Lucero Espinosa, Introducción al Derecho Positivo Mexicano, México, Limusa, 2000, p. 46.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 47.

definición, serían también formales: La doctrina y la jurisprudencia. La primera, que es la obra de los académicos y la segunda, que es el producto del trabajo de los tribunales. Dicho lo anterior la doctrina también identifica como fuentes formales del Derecho a la legislación, a la costumbre, a la jurisprudencia y a los tratados internacionales.

2.3 Legislación

Identificada la legislación como el proceso de creación de la ley, en nuestro sistema jurídico es la más importante fuente formal del Derecho, toda vez que el sistema normativo se integra fundamentalmente con las normas que expide el congreso de la unión, denominado leyes.

Será preciso aclarar que la fuente de qué hablamos es la legislación como proceso legislativo, no como un conjunto de leyes, ya que resultaría absurdo que la ley, conjunto de normas, fuera fuente del Derecho, que es un conjunto de normas, puesto que nada es fuente de sí mismo.¹⁴²

2.4 La jurisprudencia

La jurisprudencia, más que crear nuevas normas jurídicas, tiene como propósito determinar el sentido y alcance de las disposiciones ya existentes, por lo que representa una forma de interpretación que los tribunales hacen, y una vez que ha quedado establecida, constituye normas que deben ser aplicadas al emitir nuevas resoluciones.¹⁴³

2.5 La doctrina

La doctrina consiste en las opiniones de los juristas respecto a la regulación normativa, pero estas opiniones no constituyen normas jurídicas ni son de observancia obligatoria, por lo que en todo caso podrían representar esa fuente

¹⁴² *Ibíd*em, p. 59.

¹⁴³ *Ibíd*em, p. 63.

real o material, ya que llegan a influir como un como un factor para la creación del Derecho.¹⁴⁴

2.6 *La costumbre*

En la materia jurídica se considera como costumbre la repetición constante de una conducta que la sociedad acepta como obligatoria. La tradición la ha reconocido como un medio de creación del Derecho, al grado de manifestar que “la costumbre hace ley”, de tal forma que cuando se presentan los dos elementos que la integran: a) la repetición constante y b) su aceptación por la sociedad, se acepta como costumbre obligatoria, conocida también como Derecho Consuetudinario.¹⁴⁵

De lo anterior podemos derivar que la costumbre constituye una fuente de Derecho cuando las propias leyes lo autorizan expresamente, siempre y cuando no vaya en su contra.

Por costumbre ha de entenderse, a mi juicio, una norma de conducta creada en forma espontánea por una colectividad o grupo social y aceptada voluntariamente por los individuos que la constituyen como rectora de determinadas relaciones. La actividad según la costumbre representa, frente a la situación de hecho o a una relación social, la reiteración de comportamientos observado por los miembros de una colectividad o grupos sociales.

Durante el recorrido sobre las fuentes del derecho y su clasificación, así como la clasificación de las fuentes formales del derecho, vale la pena subrayar cuales serían las fuentes del sistema jurídico indígena:

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 64.

¹⁴⁵ *Ídem*.

Fuentes Primarias

- 1.- Cosmogonía: Es aquella en la que se desprenden principios filosóficos tales como: La paridad, la solidaridad, la reciprocidad, el consenso, la armonía.
- 2.-Histórica: Va a ser consideradas aquellas que aparecieron y fueron tomadas de las prácticas jurídicas de las diversas épocas históricas.
- 3.- La Participación Comunitaria/Legislación: Las Normas que nacen de discusión y el consenso de la comunidad y sus instancias de gobierno.

Fuentes Secundarias

- 1.-Jurisprudencia: Las que nacen de las resoluciones colectivas, que son utilizadas en casos análogos.
- 2.-Autoridades: Las normas de inspiración de autoridad aceptadas por la colectividad por ser coherentes con su cosmovisión.
- 3.-Doctrina: Consiste en opiniones de la comunidad (personas mayores) y en donde hay una regulación normativa.

2.7 Usos y Costumbres

Las categorías de “usos y costumbres” tienen una raíz colonial. Durante el proceso de imposición colonial se discutió si los indígenas tenían autoridades legítimas, normas arregladas a la “ley divina y natural” y si eran capaces de autogobernarse o, por si el contrario, tenían costumbres salvajes, autoridades tiranas, y eran incapaces de autogobernarse. Es obvio que aceptaron lo segundo, para justificar su violento y sangriento ataque de conquista. Sin embargo, se permitió los “usos y costumbres” indígenas que no violasen la “ley divina y natural”, que no afectase el orden económico-político colonial ni la religión católica. Además se les permitió a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos, pero sólo en casos entre indígenas y de carácter menor.

La costumbre¹⁴⁶ la podemos entender como la regulación de la conducta surgida espontáneamente de un grupo social y de observancia voluntaria para quienes lo constituyen, sin que ante su infracción quepa la posibilidad de la imposición forzosa por la autoridad salvo que se encuentre incorporada al sistema jurídico nacional. La costumbre, en el conjunto de las normas del derecho positivo mexicano, no ocupa lugar preferente en relación con la ley y con los principios generales del derecho.

Es definida corrientemente, la costumbre como un uso implantado en una sociedad. Esta fórmula definidora de la costumbre que repite constantemente deja bastante que desear.

El manejo del término costumbre jurídica no representa una simple cuestión semántica sino que va más allá en el sentido de reconocer el perfil histórico de la normatividad jurídica india.

2.8 Sistema Normativo indígena

Hablar de sistema normativo indígena hace que nos remitamos a la génesis del concepto, en décadas pasadas se manejaba el término Derecho consuetudinario el cual no es aceptado unánimemente, para referirse al Derecho Indígena, diversos investigadores que estudian estos aspectos en los pueblos indígenas, prefieren no comprometer sus bases conceptuales llamando al Derecho Indígena, “costumbre jurídica o legal”; otros, lo diferencian del Derecho Estatal denominándolo “sistema jurídico alternativo”; también existen otras posiciones de carácter ideológico que prefieren no denominarlo Derecho consuetudinario,

¹⁴⁶ Costumbre se define en oposición a la ley escrita producida por el Estado. Alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad. La idea que está en la base es la concepción “monista” del derecho que identifica Derecho con Estado y asume que en un Estado sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido, el estatal. Los demás sistemas normativos no son vistos como tales sino como prácticas puntuales. La doctrina distingue tres tipos de “costumbres” con relación a la ley: a) a falta de ley, b) conforme a ella, c) contra ella. La ley permite las costumbres de los dos primeros tipos y pueden constituir fuente del derecho. En cambio, si una práctica jurídica o costumbres contra ley incluso puede configurar delito y ser castigada. Ver en Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999, p. 17.

debido a que éste, es concebido por el Derecho positivo como inferior, por lo cual reproduce de esta manera relaciones asimétricas coloniales y también por una posición de defensa del patrimonio jurídico de los Pueblos Indígenas.

Eduardo García Máynez menciona que el derecho consuetudinario posee dos características:

En primer lugar, está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo; y tales reglas se transforman en un derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley.¹⁴⁷

En algunas legislaciones la costumbre jurídica es una importante fuente del derecho; en otras, se le reconoce sólo un valor secundario, pues la fuente que reina es la ley misma, y en otros, no se le reconoce prácticamente ningún valor.

No hay que olvidar que el derecho consuetudinario ha sido definido como parte del derecho que nace espontáneamente de la conciencia colectiva fuera del canal de los poderes constitucional, legislativo y reglamentario. Para mí el derecho consuetudinario es, realmente, el conjunto de normas creadas espontáneamente por el cuerpo social a las que el órgano legislativo estatal concede la calidad de norma jurídica. El derecho consuetudinario es una manifestación del derecho positivo. No se puede olvidar, por lo tanto, que el derecho positivo tiene por principio la voluntad del legislador.¹⁴⁸

El problema surge, como nos lo hacen ver Esther Sánchez y Raquel Yrigoyen, al señalar que el derecho consuetudinario como referente a la *Veterata Consuetudo*, expresión romana que alude a la repetición secular inmemorial de una serie de prácticas, las cuales llegan a ser aceptadas como normas obligatorias por la colectividad. Es por ello Esther Sánchez opina que el uso del término derecho consuetudinario no resulta adecuado para calificar los sistemas de derecho propio

¹⁴⁷ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 37ª edición, S.A. México, Editorial Porrúa, D.F., 1985, p. 62.

¹⁴⁸ De Pina, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 16ª edición, México, Editorial Porrúa, 1989, p. 189.

de los pueblos indígenas , dado que estos últimos no siguen invariablemente una misma pauta secular, sino que son sistemas normativos con gran capacidad de adaptación y cambio.

Desde la antropología se ha planteado una problemática entre la concepción del término costumbre jurídica, y la concepción de los juristas, este problema se acrecienta cuando de entre los juristas se trata de los denominados positivistas, quienes no conciben al derecho sino exclusivamente como una expresión a través de la norma escrita; Krotz, menciona que muchas veces los juristas ‘inducidos’ por la importancia de los códigos escritos en las naciones modernas, los estudiosos tienden a ‘encontrar’ tales códigos ‘detrás’ o ‘debajo’ de los fenómenos jurídicos en cualquier sociedad o grupo social”;¹⁴⁹ además va a dar cuenta que los antropólogos deben dudar de las definiciones que de “lo jurídico” emiten los politólogos, juristas, y aun los filósofos, pues sostiene, en una opinión que compartimos, en el sentido de que “los dos primeros frecuentemente piensan ‘lo jurídico’ como algo inevitablemente ligado a lo estatal, mientras que los terceros lo hace desde el punto de vista de la conducta ideal -continúa afirmando que tal concepción- inclina a todos a encararlo con una fuerte hipoteca etnocéntrica”.¹⁵⁰

González Galván menciona una interesante la definición que sobre el tema, que logra unir en su definición elementos jurídicos, étnicos y filosóficos: Costumbre jurídica es una regla de organización comunitaria enraizada en una visión cosmológica.¹⁵¹

¹⁴⁹Krotz, Esteban, “Órdenes jurídicos, antropología del derecho, utopía. Elementos para el estudio antropológico de lo jurídico”, en *Pueblos indígenas ante el derecho*, Chenaut Victoria y Sierra María Teresa, México, CIESAS, CEMCA, 1995, p. 349.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ La orientación cosmológica. Esta característica consiste en una forma distinta de concebir el orden. Para los indígenas, la norma jurídica no es producto exclusivamente de la razón humana, sino que existen otras fuerzas y causas ajenas al hombre que crean y dan sentido a la norma de conducta. Estas fuerzas externas al hombre están compuestas por la naturaleza que rodea a los indios, es decir, por las montañas, los ríos, las piedras, la luna, la tierra. El indígena y la naturaleza legislan juntos, concibiéndose el indio como parte de la naturaleza y no por encima de ésta. Se puede decir que lo moral, lo místico y lo jurídico se entrelazan en los derechos indígenas.

Lo primero que salta a la vista es la diferencia que existe en relación con el derecho positivo, en donde el hombre y su razón (mediante un aparato institucionalizado) son los únicos legisladores. Por otro lado, tenemos que en el derecho positivo lo místico, lo moral y lo religioso están tajantemente separados del

Dicho lo anterior una “visión cosmológica” en la que se enraíza la regla, va permitir comprender las diversas fuentes que el derecho tiene. En nuestra vida cotidiana constatamos nítidamente, múltiples ejemplos de aplicación de la costumbre jurídica en los que es perceptible la inclusión de tales factores relativos a la cosmovisión de cada grupo social que aplica la costumbre jurídica.

Es erróneo pensar que el sistema normativo de los pueblos indígenas se considera como un conjunto de normas ancestrales, que se han mantenido inmutables desde la época precolonial.

Sin bien este sistema normativo puede contener elementos cuyo origen se remonta a la época precolonial, también contendrá otros de origen colonial, y otros más que han surgido en la contemporánea. En estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman una interrelación que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídicos-administrativos. Incluso, estos mismos elementos pueden significar cosas distintas en contextos estructurales.

Este derecho propio de los pueblos indígenas merece particular atención, porque se encuentra estrechamente vinculado a otros tantos fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, de su lengua y los valores culturales propios de una etnia.¹⁵²

De todo lo anterior se puede decir que el Estado ha intentado unificar la sociedad bajo un mismo proyecto cultural, económico y político, intenta unificar mediante la generalización de normas comunes que intentan disolver la legalidad las prácticas particulares de los pueblos indígenas, para asegurar y ampliar las condiciones de reproducción de capital y el ejercicio de la hegemonía. Por el contrario, los pueblos indígenas vienen planteando como una de sus reivindicaciones la oposición a un

derecho. Vease en: González Galván, Jorge Alberto, *Derecho Nayerij, Los sistemas jurídicos indígenas en Nayarit*, México, IIJ, UNAM, 2001, p. 18.

¹⁵² Es importante mencionar que cada cultura tiene su modo particular, propio e incommunicable de ver el mundo, de verse a sí mismo y de ver lo que trasciende al mundo y a su alrededor.

orden normativo que es intolerante a la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen. Más recientemente esta oposición se formula como la demanda de reconocimiento de la vigencia de un derecho propio que regule la vida social indígena.

El desarrollo de este enfoque en la plataforma de los movimientos indígenas ha puesto en vigencia, una vez más, el estudio de las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas así como su comparación con los sistemas nacionales.

La definición y tipificación de los delitos es objeto de los códigos penales. De todas formas es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la consecuencia tanto de circunstancias históricas y contextos culturales. Por lo tanto, no es sorprendente que con frecuencia lo que la ley nacional va a tipificar como un delito no lo es para una comunidad indígena, sino por el contrario, una infracción social está sujeta a castigo en una comunidad indígena, es decir, un delito en lenguaje jurídico, puede no ser reconocido como tal por la legislación penal vigente. Una primer característica es que actualmente la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida, tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, hay que mencionar que para muchos indígenas la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura además de sus prácticas sociales tradicionales.¹⁵³

2.9 Derecho Indígena

Según Savigny¹⁵⁴, la suma total de las instituciones jurídicas constituyen un sistema, el sistema jurídico¹⁵⁵ de los pueblos indígenas es aquel sistema, adminis-

¹⁵³ Sin embargo, hay que destacar que la brujería, es aceptada y sancionada como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida como delito en las legislaciones nacionales.

¹⁵⁴ Por principio de cuentas va a mencionar que todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia Ver en: Savigny, F., *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo I, Madrid, Góngora, 1930, p. 67.

¹⁵⁵ Este término se encuentra dentro del artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

trado por las autoridades de los pueblos indígenas y conformado por normas y procedimientos, a través del cual los pueblos indígena, originarios y comunidades campesinas, regulan la vida de la comunidad y resuelven conflictos. Es una justicia cercana física y espiritualmente a los miembros de una comunidad indígena o campesina, porque es administrada en su idioma materno, por “sus pares o iguales” y responde a su *cosmovisión* (valores de la comunidad).¹⁵⁶

Sin duda, resulta ya clásica la definición que sobre el Derecho indígena la escribió Rodolfo Stavenhagen donde menciona “este concepto se refiere al conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto al derecho positivo vigente en un país determinado.”¹⁵⁷

Para otros, el Derecho indígena es aquel conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social”.¹⁵⁸ En ambos casos la doctrina es unánime en

¹⁵⁶ La cosmovisión va ser la base del Derecho Indígena ya que va corresponder a un sistema aplicación de acuerdo a una normativa social, moral y ética, aplicados bajo la responsabilidad de autoridades indígenas. En una cultura comunitaria, cuya raíz es la vida colectiva, el derecho individual es una excepción. La definición misma de derecho lleva implícita la idea del consenso, del acuerdo, y del respeto por las normas establecidas en las comunidades. Desde este punto de vista, es evidente que, mientras la cosmovisión de los mestizos, marcada por una preeminencia del individuo sobre el grupo, requiere de una normatividad que oriente a la búsqueda del bien común, en el caso de los pueblos indígenas esta visión está en la raíz de la concepción del derecho; lo que resulta extraño a su mentalidad es, justamente, la valorización de lo individual por encima de lo colectivo.

Pero también la aplicación de las normas se distingue cuando se trata de la obligación de cumplirlas. El castigo es el último recurso aplicado por las comunidades indígenas sobre la base de una percepción del error o del incumplimiento como resultado de la conducta individual, en interacción con las características del destino del sujeto. Es decir, hay gente que nace en mal día, por lo mismo, es mal cabeza, o tiene limitaciones para ajustar su comportamiento a las normas de la comunidad. El concepto occidental de la culpa no está presente en esta visión. Por ello, la comunidad en su conjunto tiene la obligación de restablecer el equilibrio, ejerciendo una influencia benéfica sobre el sujeto.

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. Ver en: Fundación Vicente Menchú, *Cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas: Reflexiones en torno al problema de relación entre la cultura y la práctica del derecho en los pueblos indígenas*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM México, 1994, pp. 69-70.

¹⁵⁷ Stavenhagen, Rodolfo, Derecho consuetudinario indígena en América Latina, en *Entre la Ley y la costumbre*, México, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Núm. 17, 1991, p. 304.

¹⁵⁸ Comisión Jurídica para el Autodesarrollo de los Pueblos Originarios Andinos, CAPAJ, “El Derecho Consuetudinario Indígena”. Propuesta presentada al V Seminario Amáutico en Calama.-Chile, del 27 al 29 Enero de 1995. En: *Revista Aportes Andinos*, abril 2002, de Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. Ver en línea <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/documento/derechoconsuetudinario.htm>, visitado el 20 de Enero de 2012.

cuanto requiere que confluyan dos elementos imprescindibles para que una costumbre califique como fuente de derecho: a) uso repetitivo y generalizado; y b) Conciencia de obligatoriedad.

Respecto del contenido del Derecho Consuetudinario, es sumamente conocida la propuesta sobre el particular de Stavenhagen¹⁵⁹, al señalar que comprende:

- Normas generales de comportamiento público y mantenimiento del orden interno.

Las comunidades indígenas mantienen un orden interno, reglamentación sobre el acceso y la distribución de los recursos escasos, que entre otras cosas definen al derecho en las sociedades indígenas.¹⁶⁰

- Definición de derechos y obligaciones de los miembros

La tradición oral¹⁶¹ que corresponden a la socialización del grupo (el trabajo recíproco entre los integrantes de la comunidad tequio, faena, o bien de una familia a otra o de un clan a otro).

¹⁵⁹ Rodolfo Stavenhagen, *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, En: *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 31.

¹⁶⁰ Bronislaw Malinowski desde la Antropología funcionalista clásica habla de las normas y/o Leyes por costumbre, cuando dice que: “las costumbres en esas sociedades deberían considerarse como normas jurídicas que se caracterizan por su carácter obligatorio y vinculante...”. Permite entrever que las comunidades indígenas por ser una “sociedad salvaje” tienen normas de convivencia. Haciéndolos pasar como un pueblo de convivencia armoniosa y sin conflictos internos. Malinowski estudio una sociedad aislada, buscando una sociedad pura, donde las normas sociales no habían sido alteradas. En su estudio pretende demostrar como opera en esa sociedad “salvaje”, la cultura en cuanto a la violación de las normas y los mecanismos de ‘restitución del bien dañado por esa violación. Ver en Malinowski, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, México, Planeta-De Agostini, 1982, p. 54.

¹⁶¹ *La naturaleza oral*. Esta primera regla o característica general se refiere a que en la actualidad los sistemas normativos indígenas son orales y no escritos. Hay que señalar que antes de la conquista española los indígenas tenían también una tradición jurídica escrita que, desafortunadamente, fue destruida por el fanatismo del clero. Existe pues, una diferencia fundamental entre los sistemas jurídicos indios y el derecho estatal (de naturaleza positivista), los primeros tienen una tradición oral y el segundo se basa en una escrita. Es importante distinguir que aunque en el derecho estatal existen algunos procedimientos que se realizan de forma oral tienen una base escrita, es decir se basan en un código escrito. Véase en Moto Salazar, Efraín, *Elementos de derecho*, México, Porrúa, 1996, p. 8.

- Reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque).

En este apartado intervienen las relaciones de propiedad (la propiedad comunal de la tierra, incluyendo el subsuelo y sus adherentes; el bien agrario es un patrimonio familiar al que tienen acceso para su usufructo; la tierra solamente se transmite a la descendencia; la pertenencia a la comunidad determina que el indígena construya una casa y colateralmente su familia en extenso).

- Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales).

Las que se refieren al parentesco deberes recíprocos en virtud del reconocimiento parental (la unión de un núcleo familiar determina derechos y obligaciones recíprocos; la obligación de los padres de brindar educación a sus hijos; el derecho de sucesión de los bienes; el reconocimiento del compadrazgo como una forma extendida del parentesco).

- Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público y sanción a la conducta delictiva de los individuos; manejo, control y solución de conflictos y disputas.

Las que conciernen en su acatamiento a las autoridades tradicionales (cumpliendo del cargo; dirimir las controversias existentes en su comunidad; conducto de relación de la comunidad con el exterior).

- Definición de los cargos y las funciones de la autoridad Pública.

Las que se fincan en la experiencia del indígena (formar parte del consejo de Ancianos); asistir a las asambleas de la comunidad; votar y ser votado en la asamblea; la obligación de formar parte de las autoridades tradicionales.

En ese sentido, continua señalando Avendaño de Durand, en este régimen de control social jurídico indígena, sus normas están yuxtapuestas unas con otras, formando una unidad; rigiendo, al mismo tiempo, la vida política, económica, religiosa y familiar de esas comunidades, sin necesidad de hacer separaciones entre lo jurídico civil o penal, lo político o lo económico.

En definitiva, se puede comprender al sistema jurídico indígena como el conjunto de valores y principios tradicionales y actuales que norman el comportamiento de sus individuos, a través de procedimientos orales, es decir, no escritos ni codificados, que regulan el comportamiento de ese pueblo, por medio de sus autoridades e instituciones locales establecidas y definidas por un pueblo (determinado). Además que los individuos se sientan parte de ese pueblo y, participen de las actividades que el mismo genera.¹⁶²

En el Derecho Indígena se pueden identificar dos fuentes principales de la autoridad: a) la experiencia, y b) las concepciones fundacionales de la cultura, que determinan la racionalidad y los lineamientos generales que definen los contenidos conceptuales y los valores que subyacen en los comportamientos y prácticas, en estricto sentido conforman fuentes doctrinarias y éticas del Derecho Indígena.

En cuanto al ejercicio del derecho indígena que ha sido estudiado ampliamente en México y en Guatemala por sociólogos y antropólogos del derecho, nacionales y extranjeros, todos muy reconocidos, encontramos descripciones y análisis sobre el ordenamiento procesal y sus mecanismos propios en cuanto a sus operadores del

¹⁶²La lectura del Pop Vuh nos remite nuevamente a la idea que el primer deber del ser humano es ser agradecido e implica también un ideario de justicia y por eso los primeros hombres, los hombres de madera no pervivieron.

De esa suerte, el abordaje de los denominados derechos humanos desde la perspectiva del mundo indígena es diferente y tiene continuidad en sus aspectos básicos: Un modo de vida armónico, autosuficiencia, altruismo, apego a la justicia, a la verdad y el trabajo, respeto por los extraños, cumplimiento de las obligaciones, disciplina, obediencia y veneración de los mayores (ancianos, principales del pueblo, padres, abuelos), no sólo por razones de jurídica sino, principalmente, por ser los educadores y los transmisores de nuestra herencia. Pop Caal, Antonio, replica del indio en un desertación ladina, en Bonfil Batalla, Guillermo (Compilador), Utopía y revolución. México, Nueva imagen, 1981, pp-153-165, Véase también en, Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Restitución de la armonía cósmica*, México, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, p. 67.

derecho, señalando, entre ellos, los sistemas de cargos¹⁶³ o sistemas de autoridad, jerarquía-cívico-religiosa, etc.

Leif Korsbaek y Felipe González Ortiz, llegan a la siguiente conclusión: “Que si bien existe una matriz cultural mesoamericana que inicialmente da sentido a los sistemas de cargos en las comunidades indígenas, también se puede observar las diferencias estructurales importantes entre las comunidades”¹⁶⁴. En las culturas indígenas, lo justo consiste en el respeto al lugar que tiene cada persona y cada cosa en el cosmos. La ética indígena establece el lugar y las responsabilidades y derechos de cada uno de los componentes de la creación, y cada uno debe cumplir con sus deberes a fin de contribuir colectivamente al mantenimiento de la armonía y el equilibrio. La injusticia se deriva del irrespeto, y se considera como causa de la ruptura de la armonía o el equilibrio, por ello, la reparación tiene como objetivo su restablecimiento.

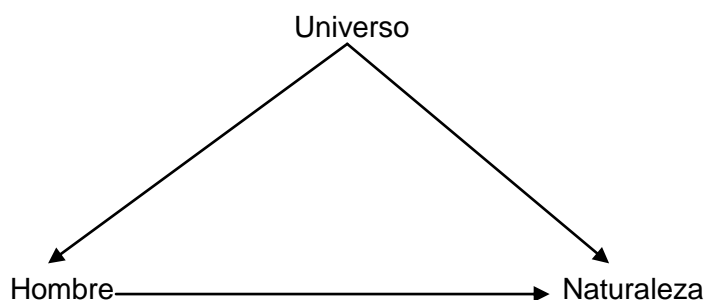


Ilustración 1 Izquierdo, Ana Luisa, "La cosmovisión jusfilosófica de los pueblos indígenas" *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XLVI, México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1996 N°. 209-210, p. 183.

En las comunidades que mantienen una cohesión, donde sus integrantes actúan como un conjunto orgánico, su participación en la toma de decisiones se basa en la metodología de formulación de consensos, que constituye la fuente y el motor de la legitimidad de la toma de decisiones.¹⁶⁵

¹⁶³ Korsbaek, Leif *et. al.*, *Introducción al sistema de cargos*, México, UAEM, 1996, p. 18.

¹⁶⁴ "Hacia una tipología del sistema de cargos en las comunidades étnicas del Estado de México", *Cuicuilco. Revista de la Escuela Nacional de Antropología e Historia*, México, Nueva época, vol. 7, mayo-agosto, 2000, Núm. 19, p. 55.

¹⁶⁵ La presencia de los pueblos originarios e indígenas, que determinan también la existencia multiétnica y multicultural en el marco del estado-nación, no puede desconocer la existencia de cosmovisiones encontradas

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

Un sistema jurídico es el conjunto de principios y normas jurídicas 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”.¹⁶⁶

Aráoz para dar un panorama más amplio respecto al sistema jurídico indígena va poner como referente a los países latinoamericanos en donde va dar cuenta de cómo está conformado un sistema jurídico indígena en el caso de los Indios de Bolivia en donde sostiene:

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 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.

en la propia conceptualización de los derechos de la diversidad de género, el medio ambiente, de esa suerte supone, en doble vida que se hace menester evaluar jurídicamente y antropológicamente el derecho institucional reglado de nuestros estados latinoamericanos y las cosmovisiones jurídicas propias de los pueblos indígenas: la tradición romana-canónica, la franco-española a partir del iluminismo y la otra, mesoamericana y, la que se conforma en la proclama liberalizadora frente a las ideologías políticas y estructuras jurídicas colonizadoras metropolitanas y del colonialismo interno. Vease Ordóñez Mazariegos, Carlos, *Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Originarios*, México, UACM, 2012, p. 14.

¹⁶⁶ Aráoz Velasco, Raúl, *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. Ver Ordóñez Cifuentes, José Rolando Emilio, *Derecho Indígena en Mesoamérica caracterización epistemológica y axiológica*, México, Tinta negra editores, 2007, p. 87.

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 o 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.¹⁶⁷

Ante el reconocimiento de diferentes regímenes jurídicos dentro de un estado nación, menciona Cremades que el mejor camino para nuestro propósito es que afirma que 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, que responde a unos principios generales y desarrolla sus consecuencias.¹⁶⁸

Siguiendo a Cremades quien va proponer a una aproximación constructiva a los derechos indígenas, en donde parte que el derecho indígena contiene un carácter de derecho particular en donde menciona que todo derecho indígena sería un sistema coexistente con el sistema general.

Además agrega:

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.¹⁶⁹

La desvalorización que se da a los sistemas jurídicos Indígenas, es a raíz de que solo se ha puesto atención a la parte penal y con más énfasis en la sanción de

¹⁶⁷ Aráoz Velasco, Raúl, *Resurrección: estrategias de un pueblo campesino*, Tesis de Maestría en Antropología Social, México, Universidad Iberoamericana, 1987, p. 193.

¹⁶⁸ Cremades, Ignacio, "Etnicidad y Derecho: Aproximación jurídica al derecho indígena en América", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Un dialogo postergado entre científicos sociales, V Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, IJ UNAM, 1996, pp. 141-211.

¹⁶⁹ Cremades, Ignacio, *Etnicidad y Derecho*, Óp. Cit, p. 171.

delitos, pero no en sus distintas manifestaciones y en su campo específico. Es así como se ha perdido de vistas la jurisprudencia indígena, como un ordenamiento normativo en materia del matrimonio, el comercio, el trabajo, la educación, la tierra, etc., y mayormente en la esencia de su aplicación y sus resultados entre las sociedades indígenas, para las cuales tiene plena validez.¹⁷⁰

El sistema legal no es el único vigente, pues en el seno de los diversos pueblos indígenas del mundo y principalmente de América, los pueblos indígenas tenemos nuestro propio modelo de sociedad, con su propio orden jurídico, que a pesar de las vicisitudes de los 500 años, está vigente. El cual es desconocido por los “juristas”, por el hecho de que no está recopilada en lujosos tomos de impresiones finas y modernas.

Por otra parte, en este punto cabe resaltar que el linchamiento¹⁷¹ no es parte del sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios, básicamente porque el linchamiento es un delito, y porque no sigue ninguna regla o norma, ni es administrado por ninguna “autoridad” de las comunidades indígenas. A diferencia del sistema jurídico indígena que se encuentra reconocido por instrumentos internacionales, la Constitución y las leyes, como un derecho de los pueblos indígenas, y es administrado por ellos sobre la base de su propio derecho, a través de sus autoridades elegidas y reconocidas por toda la comunidad.

El derecho positivo, dicho sea de paso, resulta ser negativo para los pueblos originarios, porque este “sistema legal” no corresponde a nuestros modelos de sociedad.

¹⁷⁰ El indigenismo, el paternalismo, la destrucción cultural, el idiomicidio y el etnocidio, son, según Ordóñez Cifuentes, algunos de los formidables obstáculos que impiden una correcta y equitativa administración de justicia y postergan la fundación de consensos y el impulso de una cultura de paz. Ver en: Ordóñez Cifuentes, José Emilio, *Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica*; 2ª. ed., Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, ICCPG, 2000, p. 165.

¹⁷¹ El linchamiento es la acción común y en masa realizada por un grupo de personas (muchedumbre) que aplica castigos físicos y simbólicos, dirigidos a atentar contra la dignidad, integridad física y/o la vida de una persona que incurren en acciones consideradas delictivas o dañinas por el grupo, de manera drástica e inmediata; no sigue ninguna norma o procedimiento, normalmente la muchedumbre actúan bajo el influjo de pasiones encontradas, la personalidad consciente se desvanece, los sentimientos y las ideas de todos los individuos que la componen son orientadas en una misma dirección, formándose un alma colectiva Ver: González Álvarez Daniel, “Algunas consideraciones sobre el delicto de las muchedumbres”, *Revista de Ciencias Penales*, 2000, N°3, p. 54.

Por tal razón, el Convenio 169 de la OIT, se encuentra entre el sistema jurídico legal y el consuetudinario, propiciando un acercamiento entre ambos sin perjuicio de éstos. La lógica del sistema jurídico indígena radica en el raciocinio, no cataloga premisas mayores o menores, porque su marco es objetivo y no subjetivo. El sistema u orden jurídico indígena es más humano, porque responde con objetividad para el sujeto, a quien debe aplicarse o supeditarse.

Dentro del estudio socio-antropológico, se ha podido comprobar la existencia de diversas instituciones que, por un lado, están inmersas dentro de la estructura social de una comunidad o pueblo. Por otro lado, estas instituciones generan una dinámica social que impulsa a obtener una cohesión dentro de la misma comunidad o pueblo. Una de esas instituciones es el sistema de cargo, organismo que vela por la aplicación de la normatividad, tanto dentro como fuera de la comunidad o pueblo.

Todo integrante de la comunidad tiene la obligación de prestar servicio cuando la comunidad lo designa, y evadirlo, es considerado una falta grave. Los dirigentes son quienes ponen en contacto a la persona con la comunidad.

El Derecho Indígena abarca normas, procedimientos y procesos de carácter político que tienen una base histórica, filosófica y política, que emana de los pueblos indígenas. A este conjunto de regulaciones les denominamos Derecho Indígena.

Fundamentos del Derecho Indígena serán el orden y proceso de desarrollo; lo sagrado, el equilibrio y la armonía, que abarca toda la relación entre las personas, como entre éstas y la creación; la unidad, la colectividad, es el espacio social y organizativo en el que todos los miembros de la comunidad participan y conviven en armonía y respeto; el respeto el cual es fundamental para mantener ordenada la vida, respetando la existencia de cada uno de los seres vivientes y de cada una de las cosas, dando el lugar que le corresponde y tomando en cuenta su función.

Por su parte González Galván, retoma las mismas fuentes doctrinarias de Aráoz, ya que menciona lo que es un sistema jurídico, y menciona tres elementos de vital importancia: es derecho, es consuetudinario y recuerda que en la Mesoamérica prehispánica fue escrito.¹⁷²

“Considera además, que son indígenas, en el sentido de que son culturas jurídicas milenarias y que corresponden a pueblos originarios. Que su característica actual es su consuetudinariedad, 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”.¹⁷³ 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 está enraizada en la época prehispánica.¹⁷⁴

Por su parte, Oscar Correas, va mencionar que un sistema jurídico se puede componer 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, se rigen por normas que provienen de fuentes distintas que las leyes del Estado mexicano.¹⁷⁵

¹⁷²González Galván, Jorge Alberto, “Derecho consuetudinario indígena”, *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, México, UNAM, 1994, p. 74.

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ *Panorama del derecho mexicano. Derecho indígena*, México, McGraw Hill-UNAM, 1997, p. 53.

¹⁷⁵ *Introducción a la sociología jurídica*, México, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 1994, pp. 110-111.

Para el caso de México Teresa Valdivia durante sus investigaciones enuncia seis características como componentes del sistema jurídico indígena (concepción del mundo, normas jurídicas, procedimientos jurídicos, autoridades, relaciones entre la ley nacional y la indígena y las relaciones de poder) han sido detectadas dentro de los pueblos coras y huicholes, rarámuri, tepehuano del sur, zoque, popoluca, mixe, huave, otomí y totonaco.

1. Un conjunto de normas jurídicas o reglas obligatorias de comportamiento que imponen deberes y confieren derechos y que, en tal sentido, requieren prescripciones y un poder público con capacidad de regular su observancia y cumplimiento. En las sociedades indígenas, las normas jurídicas aparecen como preceptos inscritos en la memoria colectiva puesto que se trata de un derecho no escrito, del cual es depositaria la autoridad local tradicional. Y, como ya se mencionó, la norma general indica que el deber está antes que el derecho.¹⁷⁶

2. Un cuerpo institucionalizado de autoridades reconocidas por el grupo y encargadas de conducir los asuntos jurídicos. Es decir, se trata de un poder delegado o atribución otorgada a una persona o conjunto de personas o institución para que dirija y tome decisiones en asuntos públicos. Tal delegación convierte a la autoridad en un poder legítimo y está representado por todos los niveles que implica el sistema de cargos, a cuya cabeza se sitúa la Asamblea, por lo menos en los pueblos de tradición mesoamericana. Este sistema es muy complejo. En él se hallan imbricados el culto, el ritual, la reciprocidad, el estatus social, el liderazgo, el parentesco, el poder, el conocimiento, la identidad, la organización social, etcétera.¹⁷⁷

3. Una serie de prescripciones o procedimientos por medio de los cuales se ejerce la ley a cargo de la autoridad correspondiente. Al respecto, las formas más comunes de administración de justicia india son prácticamente análogas a las de la ley nacional, ya que el proceso implica el cumplimiento de tres fases: demanda,

¹⁷⁶ Valdivia Dounce, Teresa, "En torno al sistema jurídico indígena", *Anales de Antropología*, Vol. 35, México, Instituto de Investigaciones Antropológicas, UNAM, 2001, pp. 60-71.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 61.

defensa y sentencia. Y, aunque el fin último de una justicia india pueda ser la retribución del daño por medio del convencimiento al infractor o delincuente, casi siempre el proceso inicia con la detención y encarcelamiento del mismo; pero, a diferencia de la administración de justicia nacional, aquí, la cárcel tiene otro sentido: calmar al infractor para que esté en condiciones de entender lo que se le explicará y negociar su situación. (Por eso, en mixe, a la multa que se paga por salir de la cárcel le llaman “renta del lugar donde se durmió”).¹⁷⁸

4. La vinculación constante de las normas, procedimientos y autoridades indias con *la ley nacional*, la cual se da hasta un punto en el que es difícil e inútil tratar de distinguir cuándo una norma es estrictamente nativa o no lo es, ya que el conjunto de normas vigentes es lo que da sentido al sistema jurídico indio. En cambio, es importante reconocer los principios reguladores de las normas, pues en ellos recae gran parte de la diferencia cultural implicada en el sistema, entre los cuales están los encaminados a la protección de la comunidad, como ya se mencionó.¹⁷⁹

5. El manejo permanente de relaciones de poder dentro del sistema jurídico. Esto ocurre a tal grado, que es prácticamente imposible comprender cómo opera dicho sistema sin los flujos de poder, lo cual, me parece, es inherente a todo ordenamiento jurídico. Habitualmente, se cree que en el sistema de cargos no es posible acumular ni detentar poder puesto que éste es del pueblo, a través de su Asamblea. Y esto es verdad. Sólo que a veces se olvida que el sistema de cargos, en su jerarquía piramidal, presenta una barrera importante para acceder a la cúpula, la cual sólo puede traspasarse con dinero.¹⁸⁰

Son autoridades de los pueblos indígenas, originarios, sus autoridades naturales, es decir las que por tradición, costumbres y prácticas culturales, son consideradas como legítimas por los habitantes de la respectiva comunidad o pueblo indígena.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 63.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 70-71.

¹⁸⁰ Valdivia Dounce, Teresa, *En torno al sistema jurídico indígena*, Anales de Antropología, Vol. 35, México, Instituto de Investigaciones Antropológicas, UNAM, 2001, pp. 60-71.

Las normas de los pueblos indígenas, originarios, constituyen en conjunto su propio Derecho, compuesto principalmente por normas de costumbre (derecho consuetudinario), que van creando precedentes por la repetición y por la práctica cotidiana, llegando a ser de observancia general y de cumplimiento obligatorio¹⁸¹ por ser entendibles, conocidas y aceptadas por todos los miembros de la comunidad.

El sistema jurídico Indígena se va referir a los derechos como un mecanismo de control y regulación sobre las cuestiones de orden público y privado de poblaciones indígenas. Se basa en una visión del mundo que tiene un grupo étnico, la gente o nación en su forma de vida y hacer su vida y en la forma y manera que normativamente de regular su existencia. Este es el derecho objetivo del indígena: el conjunto de normas que regulan el derecho de hacer o no hacer. No es correcta la identificación del derecho de los pueblos indígenas con el término usos y costumbres ya que esta última categoría denota un trasfondo colonial, que reduce a las normas jurídicas de los pueblos indígenas a un conjunto de normas de inferior jerarquía, que no poseen naturaleza jurídica y menos de Derecho.

Para comprender a profundidad el tema que a continuación se plantea, es importante conocer algunos puntos relacionados al mismo. Uno de ellos puede ser el conocer el significado de sistema jurídico, tal y como lo indica Aráoz que es el conjunto de principios y normas jurídicas que se formulan y se aplican en una o varias regiones geográficas, que tienen una determinada concepción del mundo y una manera de vivir y 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.¹⁸²

¹⁸¹ Terceros Elba, *Sistema Jurídico Indígena*, Santa Cruz de la Sierra, CEJIS, 2003, p. 20.

¹⁸² Aráoz V., Raúl. "El sistema jurídico indígena y la costumbre. Ideas para un modelo de estudio y elaboración conceptual del sistema jurídico indígena" *Temas jurídicos Andinos. Hacia una antropología jurídica*. Serie Marka 8, Segunda edición. Material Didáctico Diplomado Derecho Indígena, México, IJ UNAM- Facultad Derecho USAC, 2000, p. 89.

2.10 Características del derecho Indígena.

El fenómeno normativo indígena se desentraña con base en ciertos elementos, los cuales se deben entender como características.

El derecho indígena responde a una cosmovisión, en donde se van a tomar en cuenta los conceptos de derecho cultural así como el de cosmovisión. En principio cada individuo, grupo o sociedad intentan explicar al mundo, el hombre, la relación que existe entre ambos y la comunidad de una manera más clara, concretamente a través de una serie de valores, creencias y actitudes. A esto se le denominará como cosmovisión¹⁸³. La cultura entendida como el quehacer humano dinámico diferenciado de otro no solo por su especificidad sino por la identidad con el sujeto al considerarlo propio y exclusivo, es determinada por la cosmovisión aunque no en forma absoluta, pero si su relación es necesaria. El derecho surge como un producto cultural, como normas protectoras de aquellos valores considerados como básicos para la existencia de una sociedad. Así el derecho posee una función social mantener la sobrevivencia de la comunidad y sus valores.¹⁸⁴

Dado que presenta un sistema de autoridades claramente definidas sus reglas son en gran medida acatadas por los miembros de la comunidad, sin coerción material, contando con un sistema de sanciones para aquellos quienes se desvían de las reglas es por ello que se puede afirmar que el derecho indígena es un sistema jurídico independiente al del sistema positivo. Lo que constituye una consecuencia directa de la construcción de un Estado pluralista, es a su vez la pluralización de órganos productores de normas, significa que deja de lado la concepción monista del Estado, en donde se identifica al Estado con la Nación,

¹⁸³ La cosmogonía es la forma de percibir la construcción del mundo desde la cultura, la simbolización a través de signos tomados de la naturaleza para la presentación de un sistema de valores propios, ligados profundamente a su práctica espiritual. Ver Loarca, Margarita et al, *La cosmovisión maya en torno al equilibrio, armonía y vida comunitaria, Guatemala*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Universidad Autónoma de México, 2000, p. 19.

¹⁸⁴ La cosmovisión está basada en la intermediación entre Dios, hombre y naturaleza. Se cree en un Dios que no está lejos ni apartado, se encuentra presente en la naturaleza y se manifiesta a través del aire, el sol, las estrellas, la tierra, la lluvia, el viento; todo eso se encuentra ligado a la existencia humana en carne y hueso y se establece un dialogo con Dios.

para admitir que puede existir un Estado con multiplicidad de Naciones, consecuentemente, también se produce un quiebre en la concepción clásica de que solo el poder legislativo está legitimado para la producción de normas, y también se considera como legítimo la producción normativa ubicada en el seno de una comunidad indígena, lo que sin lugar a dudas produce un cambio radical en la formación de los Estados modernos.¹⁸⁵

“Otro elemento a considerar es que el derecho indígena es consuetudinario, ya que una de las fuentes del derecho indígena es la costumbre jurídica. Eso hace de él sumamente dinámico y rico en matices jurídicos”.¹⁸⁶

En todo este tiempo la relación necesaria entre el Derecho indígena y el Derecho positivo ha traído como consecuencia un proceso de mutación en aquel debido a la absorción de ciertos elementos de esta, lo cual no ha demeritado en nada su existencia autónoma. De esta forma el derecho indígena se puede considerar un sincretismo jurídico debido a la existencia en él de elementos variados aceptados a la forma propia indígena.

Sin embargo además de tener un carácter predominantemente oral, significa que los procedimientos establecidos para la aplicación del derecho indígena se realizan mediante la comparecencia personal y sin mediar escrito alguno con el mínimo de formalidades aunque excepcionalmente si cuente con alguna. Al tener a la costumbre como fuente y la oralidad como forma básica, el derecho indígena se presenta como un conjunto de normas sumamente dinámicas.

Por ello desde el momento que el derecho indígena se basa sobre normas no escritas, se desprende de la concepción positivista del derecho; desde el momento que se basa en aspectos, morales, éticos, culturales, metafísicos adquiere una filosofía, una forma de vida que históricamente ha funcionado de

¹⁸⁵ Otro elemento a considerar es que el derecho indígena es consuetudinario, ya que una de las fuentes del derecho indígena es la costumbre jurídica. Eso hace de él sumamente dinámico y rico en matices jurídicos. Ver Loarca, Margarita et al, *La cosmovisión maya en torno al equilibrio, armonía y vida comunitaria, Guatemala*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Universidad Autónoma de México, 2000, p. 25.

forma tal que no ha necesitado de normas contenidas en instrumentos materialmente jurídicos, sino más bien de formas de vida y concepción de la vida bien definida y una visión metafísico del derecho como sistema.

En este sentido, Ricardo Cajas Mejía¹⁸⁷, ha dicho, nos basamos en nuestra experiencia, según la cual, en nuestra comunidad nunca se hace un discurso jurídico sobre las normas que rigen las relaciones entre las personas sino, más bien nos inculcan una concepción del comportamiento humano, de la vida humana, del respeto y la vergüenza que deben orientar nuestros actos. El orden social en que se han fundado nuestras comunidades, el cual no descansa en la coerción, sino subsiste mediante un acto ético, que contrasta con el derecho positivo y la noción occidental sobre los derechos subjetivos e individualistas.

El derecho indígena, hay que mencionar, que es conciliador más que sancionador. Una de las características más representativas es la del ser un derecho conciliador ya que busca restablecer el equilibrio y la armonía de la comunidad¹⁸⁸. El empleo de recursos persuasivos, apelando aspectos étnicos, morales y la adecuada relación social para tratar de mediar a las partes logrando un proceso de reconciliación posterior al conflicto encontrado. La atención el respeto, la paciencia, la tenacidad con que la autoridad local dirime los conflictos entre los vecinos buscando el acuerdo entre las partes, es precisamente una de las características fundamentales del derecho indígena y es lo que le da la categoría de oral, la autoridad llama a las partes y frente a frente y con la legitimidad de la colectividad, resuelve.¹⁸⁹

Sin embargo, la reparación del daño causado es fundamental en la resolución de conflictos o problemas en los que el orden social o familiar es alterado, todo daño

¹⁸⁷ Cajas Mejía, Ricardo, Centro de Estudios de la Cultura Maya, *Derecho Indígena. Sistema Jurídico de los pueblos originarios de América*, Guatemala, Centro de Estudios de la Cultura Maya- CECMA, 1994, p. 302.

¹⁸⁸ Esa estrecha interrelación sociedad-naturaleza-sagrado, que no es más que la relación hombre-naturaleza-universo, se refuerza en dos elementos básicos que son la armonía y el equilibrio. La base fundamental de la 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.

¹⁸⁹ Cabe mencionar que el orden normativo propio que prevalece en los pueblos originarios está amenazado de ser abandonado y sacrificado en aras del derecho nacional; claramente en muchos de los estados latinoamericanos el conflicto de leyes no es admitido, no se le concibe sino en materia del derecho internacional.

tiene y debe tener una forma de ser reparado. Desde la devolución si el daño es material, hasta el asumir responsabilidad moral o ética que implique la resolución. Así como la combinación de lo material y de lo moral en un círculo de dignidad, por ejemplo el mantener económicamente a una viuda y huérfanos en un caso de homicidio. No es devolver a la situación anterior, la reparación, sino es en esencia compensar el dolor o sufrimiento causado de cualquier manera; manera establecida por supuestos de la autoridad y avalada por la comunidad.

En tanto el derecho estatal no funciona de esa manera sino corrigiendo, sancionando o condenando la pérdida de derecho o bienes o imponiendo obligaciones alguna de las partes afectadas.

Todas estas características descritas anteriormente sirven para identificar el derecho indígena, desde la antropología y coinciden con aquellas que se formulan desde la ciencia jurídica en un punto: todo sistema jurídico, sea estatal o por medio del sistema normativo indígena, se integra de normas jurídicas, lo que va a diferenciarlos es la fuente de donde emanan. En el primer caso se toma como una fuente más, en algunos casos subordinada a la ley y en otros colocada en el mismo plano que ella; en el segundo es la costumbre la fuente dominante y la ley debe servir únicamente para reconocer a la costumbre como fuente de derecho y para que los actos realizados conforme a ella tengan plena validez.

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 quienes lo aplican. En la aplicación del Derecho indígena, más que regulaciones específicas, tiene relevancia la situación en la cual se aplica, así como los valores y principios morales que lo fundamentan. De éstos últimos, los más importantes son las nociones de equilibrio, armonía y respeto.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Para Pop la armonía se entiende como la tranquilidad absoluta, se puede comprender como la paz interior en cualquier contexto. La armonía es el estado de conciencia de estar cumpliendo con la finalidad de la existencia. Es una especie de empatía, de unidad y concordancia en energía y en estado espiritual, que se

El equilibrio se refiere a la relación entre lo que se necesita y lo que se recibe; lo que se pide y lo que se da. Se hace alusión a la complementariedad, a la necesidad y a la finalidad. Cada elemento y cada proceso de la creación tienen una finalidad; para cumplir con ella, se establecen relaciones de necesidad y de complementariedad entre las cosas, procesos, elementos y personas. Hay equilibrio cuando estas relaciones se establecen de manera que las partes se encuentran en armonía.

El respeto, es la forma de entender la necesidad de existir de cada cosa. Permite que el camino de la vida sea correcto y mantiene ordenada la comunidad. La actitud de respeto o el sentimiento de veneración involucrado en la actitud ante lo sagrado, constituye el principal concepto operativo mediante el cual se manifiesta la visión de los pueblos indígenas, la cual tiene relación con los demás elementos de la creación.

La justicia se entiende como un estado de armonía y equilibrio, donde cada quien tiene lo que se merece según sus obras. No es un resultado que se alcance solamente por medios humanos; la divinidad o las fuerzas de la naturaleza también pueden dar dones y felicidad, o sufrimientos a quienes cometen transgresiones. La justicia se entiende como el resultado de la aplicación sistemática de un marco de regulaciones, normas y valores, que busca de manera permanente, la armonía, reciprocidad y equilibrio entre las personas, la comunidad, la naturaleza y el creador.

establece entre las personas, entre una persona y las cosas, o entre varios elementos de la creación. Es también un estado interno de la persona. Es la conveniente proporción y correspondencia de unas cosas con otras. Mientras que el equilibrio es generador de pensamiento, punto de partida y final de los procesos de resolución de conflictos. Es el punto medio para mantener el orden social, que en ocasiones conlleva un sacrificio fuerte de uno o de unos, tributo a la colectividad. Relación entre lo que se necesita y lo que se recibe. El equilibrio también puede ser un acto de contemporización encaminado a sostener una situación difícil. Ver en: Pop, Amilcar, *La juricidad desde la cosmovisión maya*, Disponible en internet www.Webmasteroit.or.cr visitado 23 de mayo de 2012.

CAPITULO III

EL NUEVO PARADIGMA DE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: INTERLEGALIDAD

3.1 Interculturalidad

La interculturalidad es un concepto reciente creación, el cual aparece junto con los términos de multiculturalidad y pluriculturalidad, tratando de reflejar la diversidad cultural existente tanto a nivel global como regional, en específico en algunos países de Latinoamérica, donde esta diversidad cultural es una realidad. Sin embargo, hoy se habla de la interculturalidad como el “nuevo paradigma”. Como lo señala Ángel Marcelo Ramírez¹⁹¹, pero hay que revisar algunas definiciones, porque al parecer hay diferentes visiones o enfoques, aunque podemos encontrar los aspectos centrales en lo que coinciden para definirla.

Autores como Olivé y Díaz-Polanco¹⁹² hacen una crítica al concepto de multiculturalidad como un concepto que aparece con la globalización, siendo un término que trata de entender que existen diferencias y que estas hay que eliminarlas, aunque sea con la imposición de una cultura universal y única, homogeneizante, para que todos seamos iguales.

Somos iguales pero diferentes, de manera que entonces no puede haber igualdad, aunque siempre se ha pretendido que los humanos seamos iguales ante la ley y a su vez tengamos todos los mismos derechos, en un mundo en el que todo es desigual, donde en los habitantes de los países del norte viven bien y los del sur

¹⁹¹ Ramírez Eras, Ángel Marcelo, *Paradigma de la interculturalidad*, *Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas*, Año 3, No. 26, mayo del 2001, disponible en internet, <http://icci.nativeweb.org/boletin/26/ramirez.html>, visitado 25 de julio de 2012.

¹⁹² Héctor Díaz-Polanco es uno de los que rechazan el uso del termino multiculturalismo porque lo considera una concepción puramente de esencia liberal y señala lo siguiente: El multiculturalismo se ocupa de la diversidad en tanto diferencia cultural, mientras repudia o deja de lado las diferencias económicas y sociopolíticas que, de aparecer, tendría como efecto marcar la disparidad respecto al liberalismo que está en su base. Ver en Díaz-Polanco, Héctor, *El laberinto de la Identidad*, UNAM, México, México Nación Multicultural Programa Universitario, 2006, pp. 41-43.

no viven bien. Inclusive en África se sigue pensando que es el continente donde existe el mayor número de problemas económicos, políticos, sociales, pero lo que no se toma en cuenta es que se trata del es el continente con más diversidad cultural.

Algunas definiciones nos pueden aproximar el concepto de la interculturalidad Madeleine Zúñiga y Juan Ansión van a definir la interculturalidad de la siguiente manera: La diversidad cultural se presenta en espacios definidos donde coexisten grupos humanos con tradiciones culturales diferentes. Por tal razón, no entendemos por diversidad cultural la existencia de influencias lejanas, como pudieron ser en Europa la adopción de los fideos o de los molinos de viento asiáticos. En cambio, los contactos frecuentes entre mercaderes y toda clase de viajeros en torno al mediterráneo, por la densidad de estas relaciones intensivas entre culturas o relaciones interculturales de hecho, esto es, relaciones en las cuales, aunque las personas no necesariamente lo quieran o lo busquen, se ven influenciadas de manera importante por rasgos culturales originados en tradiciones diferentes a la propia.¹⁹³

Otra definición es la que nos da Austin Millán y dice:

La interculturalidad se refiere a la interacción comunicativa que se produce entre dos o más grupos humanos de diferente cultura. Si a uno o varios de los grupos en interacción mutua se les va a llamar etnias, sociedades, culturas o comunidades es más bien materia de preferencias de escuelas de ciencias sociales y en ningún caso se trata de diferentes epistemologías.¹⁹⁴ La definición anterior no va a centrar la atención al conflicto, ni los saberes, ni el contacto entre diferentes culturas, sino más bien al intercambio a través de la comunicación.

De manera que las culturas son diacrónicas, cada una va a tener su propio espacio y vive en su tiempo respectivo, aun aquellas que se sitúan geográficamente de

¹⁹³ Zúñiga, Madeleine, Ansión, Juan. *¿Qué entender por interculturalidad?*, 1997, p. 4. En Interculturalidad y Educación en el Perú. Foro Educativo. Disponible en internet:

www.conytec.gob.pe/foroafroperuano/interculturalidad.htm, visitado 25 de Julio de 2012.

¹⁹⁴ Austin Milan, Tomás R., *Comunicación intercultural. Fundamentos y Sugerencias*. Disponible en internet: www.angelfire.com/emo/tomaustin/intercult/comintuno.htm, [comindos.htm](http://www.angelfire.com/emo/tomaustin/intercult/comindos.htm) y [comintres.htm](http://www.angelfire.com/emo/tomaustin/intercult/comintres.htm), visitado 25 de Julio de 2012.

manera colindante. Las perspectivas de la cultura son limitadas y coexisten con la posibilidad del intercambio.¹⁹⁵

Lo que lleva a pensar que para Panikkar la interculturalidad va ser es la forma completa de la cultura humana, pero no significa ni una sola cultura ni una pluralidad inconexa:

Por pluralismo entiendo la actitud humana que reconociendo la contingencia de todo lo humano y que el hombre no sólo es objeto sino también sujeto de conocimiento, reconoce que hay sistemas de pensamiento y culturas mutuamente incompatibles y aun contradictorias. Ello no significa claudicar de la crítica ni de la obligada oposición a determinadas formas de cultura que se consideran nocivas o erróneas desde la perspectiva de la otra cultura.¹⁹⁶

De manera que más allá de la existencia de hecho de las relaciones interculturales, la interculturalidad se puede tomar como un principio normativo. Entendida de la siguiente manera, la interculturalidad implica la actitud de asumir positivamente la situación de la diversidad cultural en la que uno se encuentra.¹⁹⁷ Esto conlleva necesariamente que los pueblos indígenas y la sociedad mestiza (para el caso de México) se debe aceptar la realidad, el aceptar convivir con otros que son diferentes a ellos, pero que a su vez también se les reconozca y se respeten su cosmovisión y sus derechos a los pueblos originarios, llamados pueblos indígenas.

La interculturalidad, a través de la filosofía que la toma como un horizonte crítico, tiene una ardua tarea contextual. La realidad de los pueblos indígenas y afroamericanos desdice cualquier pretensión de comprender homogéneamente al planeta y a la humanidad. Los modelos antropológicos, políticos, y económicos de dichas culturas desdican toda pretensión y totalización ideológica que propugna a la globalización neoliberal.¹⁹⁸

Sin duda hay que desatacar que el diálogo intercultural tiene esa posibilidad de la ampliación de perspectivas. Por un lado la comprensión del otro (otredad), lo cual no es posible sin trascender el propio punto de vista. Una de las dificultades se

¹⁹⁵ Panikkar, R., Foro para filosofía intercultural 1. Ilu, *Revista de Ciencias de las Religiones*, 2000, p. 26-30. Disponible en Línea: En <http://them.polylog.org/1/fpr-es.htm>, Consultado el 20 de julio de 2012.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Zúñiga, Madeleine y Ansión, Juan. *¿Qué entender por interculturalidad?*, Op. Cit, p. 5.

¹⁹⁸ Fornet-Betancourt, Raúl, *Filosofía intercultural*, México, Universidad Pontificia, 1994, p. 336.

presenta cuando no tomamos en cuenta la inter-independencia. Todo está relacionado con todo y a la vez cada parte de ese todo es diferente, cada persona es un nudo único en la red de relaciones que constituyen la realidad. La diferencia se encuentra en la cultura, entre los estilos de vida, los cuales significan distintas formas de pensar y de vivir la realidad.¹⁹⁹

Dicho lo anterior lleva a entender que existe una reivindicación de la identidad de estos pueblos, de lo que han sido y lo que son y pueden convertirse en actores sociales los cuales pueden transformar su realidad, en la que han estado a lo largo de la historia excluidos de la sociedad nacional. La lucha por el reconocimiento de su cultura y sus derechos ha sido un paso adelante en la construcción de la interculturalidad. Una relación diferente de los pueblos indígenas con el Estado tendría que desembocar en la constitución de un Estado pluricultural. Es decir, el Estado debería ser el puente entre los pueblos originarios y la sociedad mestiza mayoritaria para integrar una sociedad plural y democrática, en la utopía del “proyecto intercultural” o sociedad multicultural.²⁰⁰

De manera que el diálogo intercultural, como la relación entre las culturas, se basa en la naturaleza dialógica del ser humano; lo que habría que preguntarse es si este diálogo se da de igual manera entre diversas culturas.²⁰¹

Recordemos que uno de los objetivos del diálogo intercultural, en donde cada uno (o cada grupo) habla desde sus presupuestos culturales, que además están en disposición de ser puestos en cuestión para poder abrirse a la perspectiva del otro, era la construcción de una universalidad no reduccionista, por monocultural. De modo que las culturas son “realidades

¹⁹⁹ Panikkar, R., *Paz e interculturalidad*, Op. Cit. p. 15-16.

²⁰⁰ Olivé, León, *Inter-culturalismo y justicia social*, México, UNAM, México Nación Multicultural Programa Universitario, 2003, p. 25.

²⁰¹ Lo anterior presupone la necesidad del diálogo intercultural en el campo del derecho para analizar los puntos comunes y las diferencias entre los sistemas normativos indígenas y el llamado derecho positivo nacional, analizadas y armonizadas con relación a las autonomías que pide los indígenas, sin desconocer los marcos constitucionales y la necesidad de mantener la unidad nacional pero en cuanto a los marcos constitucionales resulta que los mismos son lamentablemente ahora insatisfactorios y no contemplan los reclamos de los pueblos indígenas, pero no tienen que ver sólo con la cuestión del derecho que se ligan a la justicia, sino a la democracia, desarrollo y bienestar social y derechos de las mujeres y de los niños; pero estos derechos refieren no sólo en lo interno en su propio mundo indígena, sino en lo externo, en la oblicación del estado a sacarlos adelante. Ver en Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Restitución de la armonía cósmica* Propuesta jurídica de los pueblos originarios de Abya Yala, *IV Jornadas Lascasianas*; México, IJ/UNAM, 2003, p. 66.

históricas” que surgen como “respuestas contextuales” para la solución de sus respectivas “preocupaciones, sus necesidades, sus cuestiones. Por ello se erigen como “visión del mundo”.²⁰²

Para Panikkar el diálogo intercultural sitúa las perspectivas de la cultura como limitadas y con la posibilidad de intercambio. A través del diálogo-dialogal que, basado en la confianza recíproca, permite el encuentro con el otro.

En este sentido Silvia Schmelkes va a mencionar que “la interculturalidad no va a ser un concepto descriptivo sino una aspiración. Como aspiración, la interculturalidad va a formar parte de un proyecto de nación”.²⁰³ La interculturalidad como un horizonte de proyecto de Nación el cual se ve muy lejano en los momentos en los que vivimos. Se debe estar consiente en que se debe adoptar una nueva mentalidad y las formas de ver las cosas, pero también debe aceptar que la realidad es otra a la que uno imagina, y se tendrá que cambiar la realidad para poder avanzar en un tipo de sociedad o de proyecto de nación a futuro.

Tomando de ejemplo la realidad de México como país, donde el problema del racismo es una constante, de la sociedad mestiza con respecto a los pueblos originarios, y que ha llevado a relaciones interétnicas conflictivas, que a su vez han impedido una nueva configuración del mapa étnico del país.²⁰⁴ Para construir un nuevo mapa étnico de México es necesario, el reconocimiento al derecho a ser diferentes, donde diferentes formas de ciudadanía interactúen en una sociedad plural como señala Navarrete: En este sentido, salir de la camisa de fuerzas del mapa étnico tradicional, cuestionar la identidad nacional mestiza y reconocer la

²⁰² Blanco, Juan, Horizontes de la Filosofía Intercultural. Aportes de Raúl Fonet-Betancourt al debate, *Revista A Parte Rei*, N°64, Julio 2009, p. 16-27. Ver Fonet-Betancourt, Raúl, Transformación Intercultural de la filosofía, Bilbao, Descée de Brouwer, 2001.

²⁰³ Schmelkes, Silvia, La interculturalidad en la educación básica. Conferencia presentada en el encuentro internacional de Educación Preescolar: Currículo y Competencias, organizado por Editorial Santillano celebrado en la ciudad de México, 2005 los días 21 y 22 de enero, Disponible en internet: http://132.247.1.49/ocpi_/documentos/docs/6/16.pdf.

²⁰⁴ Navarrete, Federico, *Las relaciones inter-étnicas en México*, México, UNAM, México Nación Multicultural Programa Universitario, 2004, p. 113.

pluralidad étnica de México es el único camino de llevar a la práctica el ideal de igualdad que conformó la nación mexicana desde sus orígenes.²⁰⁵

Sin embargo, de acuerdo con Panikkar, hay dos problemas relacionados con la interculturalidad, el primero es el monoculturalismo, que surge cuando se piensa que la cultura propia es el paradigma universal con el que se comparan otras culturas:

Hay un monoculturalismo que consiste en admitir un gran abanico de diversidades culturales, pero sobre el fondo único de un común denominador. Nuestras categorías se han enraizado tan profundamente en el subsuelo del hombre moderno, que se les hace difícil, por ejemplo, imaginarse que se pueda pensar sin conceptos o sin aplicar la ley de la causalidad. Se postula entonces una razón universal.²⁰⁶

De acuerdo con Panikkar, estamos en una cultura monocultural ejemplificada por el lenguaje empleado oficialmente por las Naciones Unidas al hablar de países “desarrollados” y de otros “en vías de desarrollo”.

El otro problema, planteado por el mismo autor, se refiere a la multiculturalidad que haría posible el pensar en una experiencia separada y respetuosa entre diversas culturas, cada una con su cosmovisión. Esto daría lugar a la coexistencia plural de culturas inconexas entre sí, para lo que a Panikkar es imposible en las condiciones actuales. Hoy en día difícilmente las culturas pueden estar aisladas, los medios de comunicación y la tecnología propician una interrelación constante.²⁰⁷

Sin embargo, hay que destacar que el monoculturalismo y el multiculturalismo pueden generar grandes riesgos: El monoculturalismo asfixia por opresión a las otras culturas. El multiculturalismo conduce inconscientemente a una guerra de culturas (con la previsible derrota de las menos fuertes) o nos condena a un apartheid cultural que a la larga también se hace irrespirable.²⁰⁸

El lenguaje en las relaciones interculturales va ser el vínculo el cual permitirá el entendimiento o la barrera que propicia el distanciamiento entre los individuos que

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 130.

²⁰⁶ Panikkar, R., *Foro para filosofía intercultural*, Op. Cit, p. 15.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 25.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 27.

se relacionan. Así que será de suma importancia dar lugar a la consciencia, al darse cuenta, al percibir y discernir un cierto estado de cosas en el proceso de la comunicación. Se puede ser consciente de no entender la lengua o idioma del otro y también de que la visión de su realidad es distinta de la mía. Es necesario poner atención al lenguaje, pensar en las palabras como símbolos y no sólo como conceptos. Consecuentemente cada lengua es un mundo que conlleva una visión particular de la realidad.²⁰⁹

Sin duda, el diálogo se va dificultar en la medida en que existe una cultura dominante (monocultura) como la única válida, a tal grado de que no exista cabida para el punto de vista del otro. Lo que puede ayudar a lograr este diálogo es el desarme cultural, término que fue acuñado por Panikkar, que significa el abandono de la trinchera en la que se ha parapetado la cultura moderna de origen occidental, considerando valores adquiridos y no negociables, como son el progreso, la tecnología, la ciencia, la democracia, el mercado económico mundial, etc. El desarme cultural no significa el negar los propios valores, sino más bien evitar su utilización como armas invasoras. El desarme cultural permitiría establecer entonces una relación en igualdad.²¹⁰

Para Panikkar²¹¹ la cultura está compuesta por ritos, costumbres, opiniones, ideas dominantes, así como por los estilos de vida que caracterizan a un pueblo en una época determinada; la lengua, la historia y la geografía son factores culturales. Es en este sentido que no existen universales culturales sino invariantes humanas como el comer, dormir, pasear, hablar, relacionarse, etc., pero el modo en que cada cultura se interpreta, se vivida y se experimentada de formas distintas.

Así el pluralismo emerge de la conciencia simultánea ante la incompatibilidad de las diferentes visiones del mundo y de la imposibilidad de juzgarlas de manera imparcial ya que nadie está por encima de su propia cultura, abastecedora de los instrumentos de comprensión. Este pluralismo permite la relatividad o, en palabras

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 80-81.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 158-159.

²¹¹ Panikkar, R., *La experiencia filosófica de la India*, Madrid, España, Trotta, 1997, p. 46.

del autor, la radical relacionalidad, es decir, una relacionalidad concerniente a los diferentes contextos culturales en los que cada afirmación tiene sentido diverso.²¹²

Para Panikkar el diálogo dialogal es la forma de comunicación en la interculturalidad, presupone la confianza recíproca para conocer lo desconocido, es el encuentro entre dos individuos que hablan, escuchan y que se espera a su vez sean conscientes de ser algo más que dos seres pensantes. "El diálogo dialogal es el ágora, no la arena donde se lucha por convencer al otro, o someterlo a las ideas dominantes u objetivas".²¹³

Desde este punto de vista, la interculturalidad va representar la posibilidad de ampliar las perspectivas de las diferentes culturas. El diálogo intercultural se puede dar bajo condiciones en las que estemos dispuestos a dejarnos conocer por el otro y aprender del otro, con la posibilidad del aprendizaje mutuo.

3.2 Sally Falk Moore Campos sociales semiautónomos

Quizás la teoría más versátil de ese momento sobre el pluralismo jurídico era el de la antropóloga Sally Falk Moore de los campos sociales semi-autónomos²¹⁴ como unidades básicas para el análisis de la dinámica jurídica. Según Griffiths, Moore cambió las categorías de " asociación", de "nivel legal" y demás por la de "campo social semi-autónomo" para describir la manifestación social del derecho.

Moore, sin embargo, menciona que en las sociedades menos complejas así como las tradicionales, en donde sigue existiendo una relativa homogeneidad y cohesión social, los campos sociales tienden a tener manifestaciones menos severas en

²¹² Panikkar, R., *Paz e interculturalidad*, op. Cit, p. 70-71.

²¹³ *Ibídem*, pp. 52-53.

²¹⁴ Formulada a partir del estudio simultáneo del pueblo tradicional de Chagga en Tanzania y de la industria costurera femenina de Nueva York, la teoría de los campos sociales semi-autónomos fue diseñada por Moore para tratar de explicar y representar el fenómeno de lo jurídico en coyunturas tan diversas como las cuales le sirvieron de sustento empírico para su propuesta. Vease en Moore, Sally. *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, Law and Society Review, No. 7, p. 723, 1973: Wolkmer, Op. cit. p. 184.

comparación con sociedades heterogéneas modernas, que han sido el escenario de agudos procesos de diferenciación.

Los campos sociales semi-autónomos van a contar con dos características fundamentales. La primera se refiere a la capacidad normativa. La segunda, y que está inmersa incluso en el rótulo escogido por Moore, es su semiautonomía o autonomía parcial. En los párrafos siguientes se examinarán ambos atributos, y se comentarán algunas de sus implicaciones. Moore describe brevemente el concepto de campo social semi-autónomo y va destacar sus cualidades:

"El campo social semi-autónomo está definido y sus fronteras trazadas no por su organización (puede ser un grupo corporativo como puede no serlo) sino por un factor procedural, el hecho de que puede desarrollar reglas y constreñir o inducir a su obediencia". El campo social semi-autónomo tiene capacidad de generar reglas, y los medios para inducir las u obligar su cumplimiento, pero simultáneamente, se inscribe en una matriz social más amplia que lo puede afectar o invadir, algunas veces por la invitación de personas dentro del campo, o bien por su propia instancia. Así, por un lado, los campos sociales semi autónomos pueden articularse unos con otros, generando una cadena compleja de relaciones sociales. Por el otro, el carácter semi autónomo de los campos sociales está definido por su capacidad de resistir selectivamente a las normas de otros campos sociales".²¹⁵

Por lo tanto, el campo social semi-autónomo designa una esfera o dicho de otra forma un espacio social en donde se van a configurar normas de conducta y los mecanismos necesarios para inducir o forzar su aplicación. "Este conjunto de expresiones jurídicas, que es lo que en Moore constituye el factor procedural o procesual, es el sello distintivo de los campos sociales. Su carácter más que descriptivo es funcional, según el desarrollo de Moore".²¹⁶ Lo procedural es lo que tiene la función de generar y mantener las normas de comportamiento. Para la identificación del campo social semi-autónomo no es suficiente con identificar un conjunto de reglas comunes a unos actores sociales. Debe también de contar con los subsiguientes mecanismos de cumplimiento y reproducción de las distintas normas. Con esta definición de factor "procedural", según lo comenta Griffiths,

²¹⁵ Cabedo Mallol, Vicente, *Constitucionalismo y derecho Indígena en América Latina*, colección Amadis, Universidad Politécnica de Valencia, 2004, p. 742.

²¹⁶ Griffiths, Op. cit. 1995, p. 210.

cualquier reglamentación, o bien norma de conducta es, para efectos del modelo de Moore, derecho. Estas regulaciones, sean legales, ilegales o simplemente no legales, son el elemento estructural del campo social, independientemente de su composición, su forma de organización y su grado de inclusión. Pero esto no concluye, Griffiths señala que Moore no va lograr formular un concepto claro y estructurado de derecho. La idea de reglamentación y el factor "procedural" son sólo algunas de las descripciones de la actividad reguladora del campo social.

Sin embargo, Moore no justifica este criterio para delimitar lo jurídico ni la exclusión de las otras partes de la actividad reguladora. Su conceptualización, según Griffiths, será totalmente infundada. Incluso, la acusa de recaer en el vicio del centralismo legal de equiparar derecho y Estado y, adicionalmente, de fabricar de manera indirecta una conceptualización de derecho basada en las ficciones del centralismo legal.

El campo social semi-autónomo se puede rodear de una agrupación de individuos, sea o no corporativa, hasta el espacio dentro del cual una cantidad indefinida de agrupaciones sociales se relacionan unas con otras.²¹⁷

La semi-autonomía de los campos sociales radica en su capacidad de resistencia a las normas de otros campos sociales. Su "ordenamiento jurídico" propio impide, e incluso inhibe, toda penetración de la normatividad de otros ámbitos sociales circundantes, incluyendo al Estado.²¹⁸ Esta capacidad de resistencia de los campos sociales se debe a la necesidad de sus miembros de permanecer dentro del campo y conservar las relaciones ya existentes que han sido construidas por los demás miembros y el campo en general. El miedo a ser expulsados, a salir del juego, los obliga a abstenerse de invocar normatividades externas y prestar obediencia a su campo social en cuestión.

²¹⁷ Wolkmer, Op. cit., p. 184.

²¹⁸ La resistencia (y consiguiente interacción) con otros campos sociales no estatales es, sin embargo, una deducción del modelo en la que concurre Griffiths. Este autor va realizar toda una crítica a Moore por conceder al Estado un papel central en el desarrollo de las implicaciones de su modelo (en particular por estudiar casi exclusivamente sus "esfuerzos" y fracasos penetrando en los demás campos sociales) y en cambio, no ahondar en las interacciones experimentadas por estos campos sociales al margen de la participación estatal.

Pero, en cualquier caso, esta autonomía del campo social va ser sólo parcial. El campo social puede imaginarse como recubierto por una "película" o "membrana" de textura porosa que dependiendo de su propia tendencia estructural a cerrarse o a abrirse y de los contenidos de la normatividad externa, procede a la filtración de esta última en mayor o menor grado. Pero precisamente, por el contrario, el campo social goza también de una cierta permeabilidad a influjos jurídicos externos la cual se encuentra por ello sumergido en un continuo "tráfico" jurídico en el entorno que se encuentra.

De esta manera, afirma Moore, "un gran número de campos de este tipo pueden articularse unos con otros de tal modo que forman una cadena compleja de relaciones sociales", entrelazando múltiples segmentos de la sociedad en cuestión.²¹⁹

Esta cadena de campos sociales superpuestos y entrelazados puede ser imaginada como una red o urdimbre en principio amorfa, multidimensional y sin un patrón organizativo definido, cuya figura final se la otorga el espacio social en el que se inscribe de acuerdo con su imagen y semejanza. Es de nuevo la idea del isomorfismo entre la estructura social y el mundo de lo jurídico. Así, Moore va intentar evitar el error en el que incurrió Pospisil al presuponer y asignar a toda sociedad posible un tipo estructural ideal antes de su descripción específica.

Del mismo modo, la interacción entre los distintos campos sociales puede modularse en todas las maneras imaginables intersecándose entre sí, conteniéndose unos a otros, rozándose apenas. El concepto es lo suficientemente dinámico y adaptable para reducir las más variadas configuraciones socio-jurídicas.

²¹⁹ Por el otro, el carácter semi autónomo de los campos sociales está definido por su capacidad de resistir selectivamente a las normas de otros campos sociales. Uno de ellos y de importancia capital para la autora es el Estado, en la medida en que "dado que el derecho de los estados soberanos tiene una forma jerárquica, ningún campo social dentro de una moderna política podría ser absolutamente autónomo desde un punto de vista jurídico. Vease en Moore Sally Falk (1983) *Law as process. An anthropological Approach*, London, Routledge & Kegan Paul, p. 14.

Ahora, dependiendo la complejidad de la sociedad examinada, los campos sociales se concentran en mayor número a la configuración de la "red" aludida, así como el intercambio permanente de formas, significaciones, símbolos jurídicos, etc. Del mismo modo, a mayor complejidad, los campos sociales semi-autónomos se percibirán de forma más contundente y concreta, para a su vez presentar alternativas de interacción (intersecciones, roces, etc.). En sociedades complejas, más densa y extensa será la red de campos sociales.

Continuando con esta línea de pensamiento, cabe observar que también en el modelo de Moore, el Estado va constituir uno de los muchos campos sociales semi-autónomos²²⁰: puesto que posee una evidente capacidad reguladora y además su carácter semi-autónomo.²²¹ No presenta ninguna característica especial que lo haga diferente de los demás campos sociales aparte, tal vez, de ser por lo general para muchos propósitos el más incluyente y de constituir un obstáculo importante para otros. Estas características, sin embargo, no le son exclusivas ni necesarias.

Puede perderlas o también pueden encontrarse en otro campo social. La propia autora argumenta que, como la de cualquier otro campo social, la autonomía del Estado está sujeta a constantes constricciones por parte de campos sociales menos prominentes. Su potencial de penetración, como la de todos, es falible, variable y contingente. Sutilmente, Moore va desconocer incluso una eficacia y un poder simbólico propio. En un momento dado, sugiere que no existe razón para que el cumplimiento de la normatividad estatal no obedezca a las mismas razones por las que se aplican en los reglamentos internos de los otros campos sociales.

²²⁰ Griffiths menciona, en estricto rigor el Estado no va ser el único campo social sino más bien una agregación de varios campos sociales. El Estado unitario y compacto no es una descripción laudable de la realidad estatal.

²²¹ Las observaciones sobre pluralismo jurídico adelantadas desde la teoría sistémico-funcionalista de Niklas Luhmann por autores como Günther Teubner van a refutarán vigorosamente la permeabilidad de los sistemas jurídicos, por lo menos de aquellos con un fundamento estatal y positivista. En ella, aunque los sistemas no dejan de ser sensibles al *Derecho externo*, la autonomía de los campos sociales permanece prácticamente intacta. Se espera, en las próximas páginas, poder reconstruir adecuadamente esta discusión y la salida ofrecida por Teubner a semejante paradoja.

El temor a ser expulsado del juego social, o al deterioro de las relaciones establecidas, sostiene, pueden fácilmente ser el principal estímulo para movilizar e invocar en un dado caso el derecho estatal, y no su fuerza coercitiva. Así lo expresa Moore en la siguiente cita:

Es razonable asumir que al menos algunas de esas normas legales que son obedecidas, su obediencia también a las mismas presiones y aprehensiones que produce la observancia del ordenamiento no legal del campo social, en vez de cualquier potestad coercitiva directa del Estado.²²²

De acuerdo con los autores consultados, esta teoría tuvo bastante éxito en su proyecto descriptivo.²²³ Sus dos grandes fortalezas, como se sugiere, van a ser su flexibilidad y su capacidad de apreciar la complejidad social. A juzgar por las diferentes posturas, esto se debe principalmente a su capacidad explicativa prácticamente ilimitada de la teoría social sobre la que está edificado el concepto de "campo social semi-autónomo"; o, mejor aún, como lo resalta Griffiths, al hecho de que no se basa sobre ningún concepto preconcebido de sociedad y de foco de juridicidad. Por esta razón, el esquema de los campos sociales admite y puede aplicarse a cualquier configuración social.

De igual manera, la teoría de los campos sociales es libre de ideas preconcebidas sobre los focos de juridicidad existentes en una sociedad dada. Cualquier composición social puede presumir tal calidad, trátase de un grupo grande o pequeño de individuos, con o sin una organización corporativa; trátase de un conjunto de asociaciones, organizaciones o simplemente de agrupaciones sociales. De igual forma, en Moore cualquiera de estas agrupaciones de actores sociales puede o no constituir un campo social semiautónomo.

²²² Dávila Sanz, J., *Apuntes sobre Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho - Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), 2004, p. 43.

²²³ Moore propone una teoría descriptiva del pluralismo jurídico a partir del concepto de campo social semi autónomo. Éste "es definido y sus fronteras trazadas no por su organización (puede ser un grupo corporativo como puede no serlo), sino por un factor procedimental, el hecho de que puede desarrollar reglas y constreñir o inducir a su obediencia. En tanto unidad básica para el análisis de la dinámica jurídica, dos características interrelacionadas del campo social semi autónomo deben ser resaltadas: su carácter semi autónomo y su capacidad reguladora. Esta última está íntimamente relacionada con la generación, dentro de un determinado campo social, de normas, costumbres y símbolos internos, pero sobre todo con los mecanismos para inducir o coaccionar su cumplimiento. Vease en Moore, Sally Falk, "Law and social change: the semi -autonomous social field as an appropriate subject of study" en *Law and Society Review*, Vol. 7 N°4, 1973, p. 722.

Tener un sistema de autorregulación no es una propiedad inherente a los grupos sociales. Es una cuestión que debe ser verificada por el observador y que depende del campo social propuesto. En algunas hipótesis puede perfectamente no funcionar. En cambio, como se vio, Pospisil, Ehrlich, Gurvitch y demás, asignan previamente a sus unidades de análisis una capacidad reguladora Pospisil a todos los subgrupos sociales, Ehrlich a la sociedad en su totalidad, etc., lo que puede reducir su alcance explicativo.

Otra de las cualidades que, por ejemplo, Griffiths²²⁴ destaca de esta teoría es la mutabilidad continua de la autonomía del campo social. La textura del campo está en constantemente cambio de acuerdo con su dinámica interna y será distinta para cada uno de sus campos sociales circundantes. Esto se suma al panorama de los campos sociales un movimiento que se aprecia en la realidad social, pero que las otras teorías no consiguen capturar precisamente por la rigidez de las unidades básicas de análisis escogidas. Finalmente, debe hacerse hincapié la descripción que se encuentra en el modelo de Moore del constante dinamismo interno de todo campo social. La normatividad del campo social está sujeta a constantes cambios, al menos potencialmente, en razón a su relativa permeabilidad frente a "derechos externos".

Pero antes de terminar este segmento cabe señalar que al igual que Pospisil y sus antecesores sociológicos, el esquema de Moore tiene una estructura circular y tautológica²²⁵. En este caso también existe una mutua referencia sin salida entre el derecho y su marco social. El derecho en Moore se encuentra socialmente en campos sociales semi-autónomos y a su vez el campo social semi-autónomo se va caracterizar e identificar por su capacidad reguladora, es decir, por ser un lugar

²²⁴ Como sostiene Griffiths, analizando los postulados teóricos de la autora, toda reglamentación de una norma de conducta es considerada derecho. Sin embargo, todo campo social puede ser afectado e invadido, a veces por invitación de personas pertenecientes al mismo campo social, y otras veces a pesar de ellas, por la matriz societal más amplia, en la que está inscripto determinado campo social semi autónomo. Vease en Cabedo Mallol, Vicente, *Constitucionalismo y derecho Indígena en América Latina*, colección Amadis, Universidad politécnica de Valencia, 2004, p. 19.

²²⁵ Otra diferencia importante con Pospisil es que el pluralismo de Moore es horizontal, en el sentido de que los espacios sociales semiautonomos no se hallan ordenados jerárquicamente.

de producción de derecho. Así, la existencia de un cierto subsistema legal está supeditada a la demostración previa del campo social semi-autónomo en el que ha de inscribirse, pero ésta, por su parte, está simultáneamente condicionada a la existencia de este subsistema legal dentro de sus presuntas fronteras. Dicho en otros términos, eso equivale a decir que la existencia de un subsistema legal se demuestra mediante la existencia de sí mismo, o que un campo social semi-autónomo específico es lo que es. La siguiente cita ilustra adecuadamente una parte de lo que se ha querido designar por circularidad:

Es así como las fronteras del campo social semi-autónomo las determina su actividad jurídica (equivalente al desarrollo de reglas y mecanismos de obediencia) y de igual modo, una cierta actividad se reconoce como jurídica porque ocurre dentro de los linderos de un campo social semi-autónomo.

3.3 Inter-legalidad

Dentro de la literatura Jurídica interlegalidad es la acción de administrar justicia a partir de criterios de 'interlegalidad horizontal activa' la cual se produce cuando el conjunto de jurisdicciones interactúan, coordinan y cooperan para encontrar una solución justa bajo las formalidades y procedimientos de la jurisdicción ordinaria. Este pluralismo jurídico permitirá que los grupos sociales más vulnerables, como mujeres, presos, indígenas, migrantes, discapacitados, niños, ancianos o población de bajos ingresos, accedan con prontitud a la justicia, especialmente en las materias civil y familiar, y para las víctimas en asuntos penales.²²⁶

Los sistemas de derecho nativos con más o menos fuerza consiguieron sobrevivir, aunque fueron obligados a redefinirse y adecuarse a nuevas normas, como ocurrió también en los pueblos indígenas en América Latina subyugados por la colonización española. Con la instauración de los Estados, el nuevo derecho nacional se impuso como único referente de legalidad, lo que implicó la negación, la clandestinización y en ocasiones la criminalización de los sistemas jurídicos indígenas.²²⁷

²²⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico*, México, UNAM, 2000, p. 237.

²²⁷ Teresa Sierra, María, "Pluralismo Jurídico e Interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento", *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS/Flacso-Ecuador, Español, 2012, p. 387.

Desde la Colonia, hay que destacar que los pueblos indígenas han vivido en un contexto de interlegalidad, lo que los ha llevado a moverse entre el sistema jurídico impuesto a través de las relaciones de dominación y los sistemas jurídicos propios, preservados por siglos como un elemento identitario y forma de resistencia. Mientras tanto padecen una inequidad del sistema jurídico formal, también se han apropiado del mismo, desarrollando un conocimiento bastante profundo de normas, códigos y leyes, con el objetivo de defenderse de éstas y salvaguardar sus derechos, utilizando las leyes del Estado.

Este proceso ha sido sin duda positivo, y en el mismo camino se sitúa el uso frecuente que hacen las organizaciones indígenas del derecho internacional, del cual tienen claras nociones por lo que este garantiza derechos colectivos que las leyes nacionales no reconocen. Gracias a la relación frecuente, alternada y creativa, y sin duda conflictiva, con la administración de justicia estatal, las comunidades originarias lograron mantener márgenes y límites entre ambas justicias y a la vez conectarlas. Es decir, no se puede pensar una justicia originaria excluyendo su relación con la justicia estatal, ya sea en la misma construcción local de la justicia, o en la conexión entre ambas. Pero, tampoco hay que suponer que esta relación es armónica e igualitaria, sino controversial y desequilibrada, lo cual motiva a las comunidades en hacer esfuerzos de independencia judicial frente a la justicia estatal.

De esta manera, el primer aporte que habrá de destacarse de Santos y sin que sea de los más relevantes de su amplio abanico de herramientas conceptuales, es su distinción entre los distintos espacios-tiempos del derecho, que será de gran utilidad para dar por concluido este texto. A partir de esta distinción, como se verá, Santos organiza en varias etapas la discusión en torno al Pluralismo Jurídico y completa la periodización propuesta por Merry.²²⁸

²²⁸ Merry va señalar que la ley va ser un sistema de signos que representa-distorsiona realidad a través de los mecanismos de escala, de proyección y de simbolización. Al igual que los mapas, los diferentes ordenamientos jurídicos tienen escalas diferentes, diferentes formas de proyección y centrado, diferentes sistemas de simbolización. Ver en Orantes García, José Rubén, "*Legal Pluralism*", "*Anthropology*,

De acuerdo con Boaventura, el derecho posee tres espacio- tiempo de acciones crecientemente marcadas -el local, el nacional y el global-, cada uno de los cuales cada uno posee su propia normatividad y racionalidad jurídica, razón por la cual las tensiones entre ellos también tienden a aumentar.²²⁹ No obstante, la teoría jurídica de los últimos doscientos años se ha ocupado principalmente exclusivamente en el funcionamiento del derecho en el espacio-tiempo del Estado-Nación como si se tratara del único marco de lo jurídico.

La apuesta de la interlegalidad se enfrenta sin embargo al reto de encontrar formulaciones jurídicas que al mismo tiempo defiendan las demandas legítimas de los pueblos indígenas en torno a la autonomía y libre determinación permitan desarrollar conceptualizaciones que no esencialicen las costumbres y las normas indígenas, reproduciéndolas como entes fuera de la historia del poder.²³⁰

El segundo período es claramente, para Santos, una expansión del primer debate. Con éste, la discusión fue trasladada a las sociedades modernas en donde reconocer la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos dentro de las fronteras nacionales, fuera de forma transversal a la estructura social, se tornó en una tarea sumamente difícil y polémica, como hubo ya oportunidad de demostrarse.

La hipótesis de Santos es que actualmente el debate ha entrado en una tercera fase de discusión gracias a la globalización. Con el surgimiento de ordenamientos legales transnacionales y supranacionales, se ha integrado a la discusión del Pluralismo Jurídico el espacio-tiempo global. Este no puede confundirse con el derecho internacional público, cuyos sujetos y campos de acción son principalmente los Estados-Nación, ni con las regulaciones aplicables a entidades

Law and Transnational Processes" y *"Law and Colonialism"* de Merry, Sally Engle Liminar. Estudios Sociales y Humanísticos, vol. VII, diciembre, Núm. 2, 2009, p. 198.

²²⁹ Santos, Boaventura, "Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas", en García, Mauricio y Santos, Boaventura (Ed.): *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Tomo I, Universidad Nacional-Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 133.

²³⁰ Teresa Sierra, María, "Pluralismo Jurídico e Interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento", *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS/Flacso-Ecuador, Español, 2012, p. 399.

privadas que operan conjuntamente en diversos territorios nacionales²³¹. Por el contrario, en esta última fase la discusión está enfocada en la conformación y funcionamiento de sistemas legales de origen transnacional, o incluso nacional y local, que se reproducen globalmente por medio de otros mecanismos distintos a los que caracterizan la interacción entre Estados.²³²

Dicho esto la pluralidad jurídica de Santos puede por tanto definirse como coexistencia y superposición de una constelación de sistemas de justiciabilidad estructurados en torno a un uso y una interacción específica entre la retórica, la burocracia y la violencia y cuyo alcance espacio-temporal puede enmarcarse indistintamente en lo local, lo nacional o lo global. Es el estado de cosas típico del Pluralismo Jurídico, pero inmerso en una dinámica de interacción e interpenetración continua y con las particularidades estructurales, espaciales y temporales que Santos reconoce en el derecho.

El elemento que aún no se ha comentado en relación con la teoría de Santos es el entrecruzamiento. De acuerdo con su esquematización, este entrecruzamiento parece ocurrir en dos sentidos. Por un lado, en el sentido "cartográfico" o visual. Con ocasión de su distinto espacio-tiempo, los ordenamientos se superponen espacial y temporalmente, y operan en diferentes escalas. Cubren áreas diversas, coincidiendo e intersecándose en puntos específicos.

Para explicar más adecuadamente esta idea de superposición espacio-temporal Santos recurre a la metáfora de los mapas. El derecho, al igual que los mapas, es una representación simplificada y sistematizada de la realidad, que se sirve de la escala, la proyección y la simbolización para tales propósitos.²³³ Desde la

²³¹ Santos, Op. cit., 2002, p. 162.

²³² *Ibidem*, p. 165.

²³³ Desde su condición subordinada los pueblos indígenas han aprendido a ampliar su repertorio cultural y legal, a moverse entre distintas lógicas y racionalidades y construir nuevos conocimientos que les permitan articular mundos de vida diferentes. Esta capacidad puede ser utilizada en su beneficio si la incorporación de nuevos lenguajes o el recurso a instancias del Estado no implica debilitar sus propios espacios de ejercicio de autoridad y autonomía en tanto los pueblos. Reconocer sus jurisdicciones indígenas no significa pensarlas como entes aparte de las dinámicas jurídicas nacionales y globales, sino más bien como espacios controlados por los pueblos y sus autoridades, con sus propias síntesis prácticas de discursos de la operación dentro y fuera de las comunidades. Ver Teresa Sierra, María, "Pluralismo Jurídico e Interlegalidad. Debates antropológicos

perspectiva de la escala, como por ejemplo, el ordenamiento de los Estados-Nación opera en el ámbito nacional mientras que otros ordenamientos se enmarcan en áreas más pequeñas o desbordan las fronteras como ocurre con los ordenamientos transnacionales. Así, cualquier segmento "espacial" puede estar atravesado por varios ordenamientos multidimensionales e intersecantes.

Pero, por otro lado, en Santos el entrecruzamiento también opera en el sentido de la hibridación. Al igual que en Moore, en la pluralidad jurídica las fronteras de los ordenamientos legales tienen una textura porosa que los somete a una continua dinámica de configuración mutua y de hibridación jurídica.²³⁴ La pluralidad jurídica no es pues sólo multiplicidad y coexistencia; es también intersección, hibridación e intercambio.

3.4 Porosidad Jurídica

Finalmente, se expondrá con fundamento en lo dicho hasta ahora el concepto de inter-legalidad, la cual es, en palabras del autor, "la contraparte intersubjetiva o fenomenológica de la pluralidad jurídica"²³⁵. Describe los efectos de la pluralidad jurídica sobre las conciencias y las acciones individuales:

"una concepción de diferentes espacios legales superpuestos, interpenetrados y mezclados en nuestras mentes como en nuestras acciones, en ocasiones de saltos cualitativos o crisis oscilantes en nuestras trayectorias como en la rutina de los eventos cotidianos. Nuestra vida está constituida por una intersección de órdenes legales, esto es la inter-legalidad".²³⁶

De acuerdo con Santos,

La discusión sobre la interlegalidad parte de lo siguiente: en las sociedades contemporáneas circulan varios órdenes jurídicos, los cuales se superponen, articulan e interpenetran, tanto en la actitud de los actores sociales, como en su comportamiento. Es más, vivimos en un tiempo de legalidad porosa o de porosidad jurídica, o de múltiples redes de órdenes jurídicos que nos llevan a

en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento", *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS/Flacso-Ecuador, Español, 2012, p. 400.

²³⁴ Santos, Op. Cit., 2001, p. 133.

²³⁵ Santos, Boaventura. *Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Londres, Routledge Eds 1995, p. 297-298.

²³⁶ Santos, Op. Cit. 1995, p. 297-298; Chenaut y Sierra, Op. Cit., p. 158.

constantes transiciones y trasgresiones. La vida sociojurídica del momento está constituida por la intersección de diferentes líneas de fronteras y el respeto de una implica la violación de otras. La expresión fenomenológica de esta situación es lo que se ha llamado interlegalidad.²³⁷

Boaventura va utilizar la expresión como metáfora y sin diferenciarla verdaderamente de la interlegalidad. Va asociar dicha metáfora a la expresión de la imbricación de diferentes escalas jurídicas, a saber, la escala local, la escala nacional y la escala internacional, apuntábamos que esto dentro del esquema del orden jurídico occidental moderno, bien representado por la figura geométrica de la pirámide jurídica.

Si la intersección de las distintas escalas legales en el análisis de los fenómenos jurídicos nos parece un campo aún fértil, la incorporación de distintos puntos de

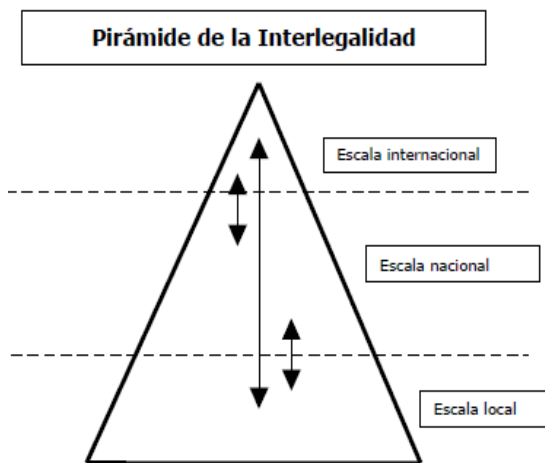


Ilustración 1 Adonon, Viveros Akuavi, *Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México*, Derecho, sociedad e interculturalidad en América Latina: Cambios y perspectivas ET/DH-1 Congreso Europeo de Latinoamericanistas, CEISAL, Bruselas, 2007, Abril 11-14,

vista de la juridicidad resulta sumamente importante para un enriquecimiento suplementario. Evocando la permeabilidad, los puntos de contacto y de comunicación van a permitir los intercambios y las influencias, la porosidad jurídica abre un nuevo campo de análisis el cual va permitir, caracterizar los puntos de encuentro de las distintas culturas jurídicas en presencia. Este proceso va

tener su propio origen dentro de las comunidades y se va ir configurando según las particularidades de cada una de ellas. Hablar de porosidad va permitir identificar el carácter endógeno y poner el énfasis en la construcción de nuevas identidades jurídicas particulares. El carácter endógeno, va implicar contar con un sistema abierto en el cual los actores se adaptan al tiempo presente por el manejo

²³⁷Santos, Boaventura. de S., El discurso y el poder, *Estado, Derecho y luchas sociales*. Bogotá, ILSA, p. 236.

de la realidad próxima además del contexto del que se rodean. Consecuentemente será endógeno ya que la adopción de un referente jurídico va implicar su adaptación a una nueva realidad conceptual, al nuevo ethos comunitario.²³⁸

Santos con sus hipótesis, augura entonces el inicio de una nueva etapa del “Pluralismo Jurídico (la de la postmodernidad) en donde ahora el desafío, además de establecer las condiciones de posibilidad del Pluralismo Jurídico y sus formas de interacción, es también articular los tres espacio-tiempos del derecho y las distintas maneras como pueden afectarse unos a otros”.²³⁹ Lo local puede repentinamente globalizarse, lo nacional reducirse a lo local o lo global determinar el destino de lo nacional.

Del mismo modo, Santos también inaugura el aspecto intersubjetivo del Pluralismo Jurídico. A través del concepto de inter-legalidad, describe la trayectoria individual a través de los tres espacios-tiempos. Todo actor social invoca en su vida cotidiana diversos derechos, transitando así por varios territorios y dimensiones jurídicas simultáneamente. De hecho, en esto consiste la pluralidad jurídica.

Finalmente, a la larga, el entrecruzamiento entre derechos se presenta en las conciencias individuales. No es un fenómeno que ocurra por fuera de la percepción humana. Son las personas las que recurren y mezclan variadas formas de justiciabilidad y no las formas de justiciabilidad propiamente las que se mezclan e intercambian elementos. “Algo similar ocurre en el esquema de Teubner. Es la movilización del código legal/ilegal por parte de los actores sociales lo que diferencia lo jurídico de otros discursos. Aquí también el derecho depende de la percepción y del uso lingüístico”.²⁴⁰

²³⁸ Adonon Viveros, Akuavi, *Delineando geografías jurídicas: Características y particularidades del derecho indígena en México en la Actualidad*, México, UAM Cuajimalpa, 2000 p. 19.

²³⁹ *Ibidem*, p. 21.

²⁴⁰ *Idem*.

Pero, a diferencia de Santos, el uso de este código es irrestricto. Cualquier situación puede prestarse para su movilización. En cambio, en Santos lo jurídico está circunscrito, como se dijo, al elemento de la justiciabilidad.

CONCLUSIONES

El pluralismo sostiene que, en principio todos quienes comparten la naturaleza humana deben vivir de manera que contribuyan a su progreso moral, esto es el perfeccionamiento de la sociedad y del control cultural de lo propio y lo ajeno, que promuevan el encuentro respetuoso en la diversidad legítima de todos los seres humanos por igual. Según el pluralismo esto sólo se vuelve posible en la diversidad de identidades humanas, en el pluralismo de las costumbres o formas de vida, porque sólo al reconocer la diversidad hacemos el ejercicio de buscar lo que tenemos en común con aquellos que tiene una forma de vida distinta de la nuestra y evitamos por consiguientes los prejuicios y la discriminación ya que compartimos la misma naturaleza humana.

El pluralismo requiere respetar no sólo aquellas costumbres que los miembros de una misma identidad viven como valores, sino además tratar como valores aquellas costumbres legítimas que otros, en virtud, de su identidad propia tan legítima como la nuestra viven como valores. Así el propósito de la diversidad de formas de vida y de costumbres es, el de posibilitar el encuentro respetuoso de todos los seres humanos, que comunican dichas costumbres y las mejoran a través del diálogo filosófico, es decir, a través del diálogo con argumentos, y que hace patente la inteligibilidad (racionalidad) de los seres humanos, a saber, su naturaleza humana.

El desafío ético común de todos los seres humanos es el encuentro respetuoso en la diversidad, la interacción respetuosa con la diferencia legítima se presenta como un Deber ético que orienta al mejor entendimiento de la naturaleza humana y que define aquello que debemos vivir como valores y tratar como valores de aquello que no debemos ni vivir ni tratar como valores.

Sin embargo ha surgido una nueva categoría en torno a los pueblos indígenas, la de pueblo originario que históricamente va hacer mención que estos pueblos van a

contar con un origen mesoamericano y además muchas de sus formas de organización social, política y ritual contemporánea pueden rastrearse incluso hasta el período colonial, es muy representativo términos identitarios ya que se asumen bajo una representación simbólica de pueblo originario y no de pueblo indígena.

Hay que destacar que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo el cual es un instrumento sobre poblaciones indígenas en el mundo, en el que toman en cuenta a los sujetos sociales que se encuentran en una problemática específica.

Los conceptos básicos de dicho convenio son el respeto y la participación, respeto a su organización social y económica y a su identidad propia. La convivencia de su identidad indígena debe ser considerada como criterio esencial para así determinar los grupos interesados, dicho en otros términos, por ningún motivo el Estado o grupo social tiene derecho de negar la identidad que pueda afirmar un pueblo indígena.

La conciencia de obligatoriedad. Todos los miembros de una determinada comunidad, deben considerar que la conducta común a todos ellos tiene una autoridad, de tal manera que no puede ignorarse dicha conducta sin que todos consideren que se ha violado un principio el cual es regulatorio en la vida de la comunidad.

Se trata sin duda de un camino complejo, no exento de obstáculos y desafíos. Si bien tanto la justicia ordinaria como la justicia indígena existen, y ahora con pleno reconocimiento constitucional, el estudio muestra la persistencia de una cultura jurídica que ve y trata a la justicia indígena en condición de inferioridad, con prejuicios, desconocimiento, desprecio, a veces hasta con miedo. Hay entonces, todavía, un largo recorrido para alcanzar no sólo la coexistencia, sino la convivencia armónica

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 la cual oriente la búsqueda del bien común, en el caso de los pueblos indígenas esta visión está en la raíz de su concepción del derecho, lo que resulta extraño a la mentalidad occidental.

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 se puede encontrar la madurez y la sabiduría para restablecer el equilibrio y reparar el daño.

La aceptación de la diversidad como una característica fundamental de la naturaleza y de la sociedad, ha podido permitir que las culturas indígenas puedan compaginar esta concepción del derecho con la occidental. Sin embargo, han sido duras las condiciones aplicadas a la sociedad indígena a lo largo de su historia como una cultura subalterna, pensar desde el genocidio hasta la violación reiterada de todos sus derechos humanos a lo que ha permitido que, combinando su criterio de diversidad de la naturaleza con el proceso de resistencia que le ha venido gestando durante los últimos años 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.

Así frente a esta definición pragmática, los pueblos originarios se han visto en la necesidad de entender ambos códigos culturales, atender a las dos visiones del derecho, y aplicarlas de acuerdo sea el caso, entendiendo que su eficacia es lo que cuenta.

Las anteriores consideraciones se pueden 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.

El multiculturalismo se ha instalado como una moda académica, como paradigma, como utopía y hasta teoría, pero habría que preguntarse hasta que punto es un discurso ideológico más que una política que el Estado nación, en su conjunto, trata de implementar. Se promueve el reconocimiento de las diferencias y que las asimetrías se reduzcan, para que a la postre todos seamos iguales en oportunidades, en capacidades y libertades. Se han dado algunos pasos para empezar a respetar al diferente pero no es algo que se haya implementado en todo el sistema educativo, donde la mayoría de la población es mestiza y desconoce hasta la existencia de los pueblos indígenas en su país, y en el peor de los casos lo niega o los discrimina.

Las discusiones sobre el multiculturalismo, pluriculturalismo e interculturalismo son importantes en el debate teórico, pero más interesa su aplicación práctica. A veces algunos autores los utilizan como sinónimos pero otros han tratado de hacer énfasis en la diferencia, esto es importante sobre todo para esclarecernos estos conceptos.

Con respecto al concepto de interculturalidad, como cualquier concepto, tiene diferentes acepciones, de acuerdo a los propósitos de cada campo de acción o disciplina que la trate, pero la interculturalidad no es ya exclusividad de los antropólogos, como era antaño, que el entendimiento de la alteridad era el campo propio de la antropología. Hoy podemos decir que las ciencias sociales tienen que ver con los nuevos conceptos que se emplean para tratar de explicar la realidad. Sin embargo, para los pueblos indígenas la interculturalidad viene a ser nuevamente un concepto abstracto y ajeno a su propia realidad, ya que quienes no tienen esos medios para inducir al otro ni parecen interesados en poner sus propias cosmovisiones fuera de sus ámbitos comunitarios.

En este sentido, la interculturalidad como otros conceptos provienen de la cultura occidental que trata de entender al otro, al diferente a esta cultura, y se espera

que los pueblos indígenas adopten esta misma postura para apropiarse adecuadamente de los elementos culturales ajenos a su cultura, que podrían servirle en su desarrollo. Es decir, aprender del otro lo que pueda aportar en su formación y desarrollo se ve como algo positivo, pero ante una realidad desigual en donde no se han superado una serie de vicios como es el racismo, entonces la interculturalidad se convierte en una utopía.

Los pueblos originarios de nuestro país tienen que construir su propio concepto de lo que entienden por interculturalidad. Entonces tendríamos dos visiones diferentes sobre una misma concepción, la del Estado y la de los pueblos originarios. La interculturalidad será una realidad cuando cambie la sociedad y el Estado, y donde se de la integración real de los pueblos originarios en la construcción de una nueva sociedad plural, que la podremos llamarla pluricultural o intercultural, donde se de una interacción de las diferentes culturas, sin excluir a ninguna, que contemple la diversidad cultural de las etnias y la sociedad mestiza en su conjunto, por eso no podemos seguir hablando de una cultura nacional, sino de varias culturas interactuando, en un futuro no lejano México debería concebirse como una Nación diversa.

Debo señalar que el concepto de interculturalidad es algo todavía no totalmente definido, se tiene aún como un concepto en construcción, en la que se tienen que seguir dando discusiones y definiciones más precisas para evitar confusiones. El papel de las nuevas generaciones de investigadores es aportar elementos para la discusión y tal vez más adelante aventurarnos a hacer una teoría de lo que se debe entender por la interculturalidad, en una sociedad compleja como la nuestra, en medio del torbellino de la globalización, donde se contemple la voz de los pueblos originarios de nuestro país.

Hay que decir que tanto el fenómeno jurídico, así como la vida de las comunidades indígenas se desarrollan dentro de un espacio complejo. La complejidad no sólo se centra en el enfrentamiento entre una visión hegemónica en torno a la organización social y su regulación, y una visión indígena.

Hablar del término porosidad jurídica permitirá poder ver la construcción de identidades jurídicas particulares lo que permite abocarse los puntos de contacto y los intercambios entre sistemas jurídicos (Indígena-Estado).

De este modo la porosidad jurídica cuenta con una variedad de modalidades de imbricación de sistemas normativos y en donde existen fronteras jurídicas particulares.

Bibliografía

Acosta Romero, Miguel, *Derecho Administrativo Especial*, México, Porrúa, 2001.

Actas finales de los tres primeros congresos Indigenistas Interamericanos, Comité Organizador del IV Congreso Indigenista Interamericano, Guatemala, 1959.

Adonon Viveros, Akuavi, *Delineando geografías jurídicas: Características y particularidades del derecho indígena en México en la Actualidad*, México, UAM Cuajimalpa, 2000.

Adonon Viveros, Akuavi, *Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México*, En: *Derecho, sociedad e interculturalidad en América Latina: Cambios y perspectivas* ET/DH-1 V Congreso Europeo de latinoamericanistas, CEISAL Bruselas 2007/Abril.

Aguirre Beltran, Gonzalo, *Regiones de Refugio*, México, INI, 1967.

Aráoz Velasco, Raúl Resurrección: *estrategias de un pueblo campesino*, Tesis de Maestría en Antropología Social, Universidad Iberoamericana, México, 1987.

Aráoz Velasco, Raúl, *Temas jurídicos andinos. Hacia una antropología jurídica*, Bolivia, Centro Diocesano de Pastoral Social de Oruro, 1996.

Aráoz Velasco, Raúl. "El sistema jurídico indígena y la costumbre. Ideas para un modelo de estudio y elaboración conceptual del sistema jurídico indígena" *Temas jurídicos Andinos. Hacia una antropología jurídica*. Serie Marka 8, Segunda edición. Material Didáctico Diplomado Derecho Indígena. IIJ UNAM, México, Facultad Derecho USAC, 2000.

Arroyo, Velasco, Juan Carlos, "Derechos de las minorías y democracia liberal", *Revista de estudios políticos*, N° 109, México, 2000, p. 201-222.

Austin Milan, Tomás R., *Comunicación intercultural. Fundamentos y Sugerencias*, 2000, Disponible en internet: www.angelfire.com/emo/tomaustin/intercult/comintuno.htm, visitado 25 de Julio de 2012.

Azcona, Jesús, *Etnia y nacionalismo vasco*, España, Anthropos, 1984.

B.Z. Tamanaha ", *una versión no-esencialista del pluralismo jurídico*", *Revista de Derecho y Sociedad*, 2000, Vol. 27, No 2.

Bartolomé, Miguel, *Procesos interculturales: antropología política del pluralismo cultural en América Latina*, México, Siglo XXI, 2006.

Bonfil Batalla, Guillermo (Compilador), *Utopía y revolución*. México, Nueva imagen, 1981.

Bonfil Batalla, Guillermo, "Pluralismo cultural y cultura nacional", *La semana de bellas artes*, México, núm. 104, 28 de octubre de 1981.

Bonfil Batalla, Guillermo, *México profundo, una civilización negada*, México, Rondon House Mandori, 2006.

Cabedo Mallol, Vicente, *Constitucionalismo y derecho Indígena en América Latina*, colección Amadis, Universidad Politécnica de Valencia, 2004.

Cajas Mejía, Ricardo, Centro de Estudios de la Cultura Maya, *Derecho Indígena. Sistema Jurídico de los pueblos originarios de América*, Guatemala, Centro de Estudios de la Cultura Maya- CECMA, 1994.

Cañizares Diego, Fernando *Teoría del Derecho*, Editorial Pueblo y Educación, México, Ministerio de Educación Superior, 1979.

Carrasco, Pedro, "Las Culturas indígenas de Oaxaca, México", en *América Indígena*, vol. XI, nº 2, México: Instituto Indigenista Interamericano, abril 1951.

Caso, Alfonso, "Definición del indio y lo indio", en *América Indígena*, Vol. VIII, N°4, México, Instituto Indigenista Interamericano, octubre 1948.

Cifuentes López, Marisela, "Aspectos normativos de la diversidad cultural. Balance y perspectivas del pluralismo jurídico en México", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, enero 2010, Núm. 29.

Comas, Juan, "Razón de ser del movimiento indigenista", en *América indígena*, Vol. XII, México, Instituto Indigenista Interamericano, N°2, Abril, 1953.

Comisión Jurídica para el Autodesarrollo de los Pueblos Originarios Andinos, CAPAJ, "El Derecho Consuetudinario Indígena". Propuesta presentada al V Seminario Amáutico en Calama.-Chile, del 27 al 29 Enero de 1995. Ver *Revista Aportes Andinos*, abril 2002, de Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. Disponible en internet <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/documento/derechoconsuetudinario.htm>, visitado el 20 de enero de 2012.

Correas, Óscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003.

Cremades, Ignacio, "Etnicidad y Derecho: Aproximación jurídica al derecho indígena en América", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Un diálogo postergado entre científicos sociales, V Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, IJ, UNAM, 1996.

Cueva, Agustín, *La teoría marxista. Categorías de base y problemas actuales*, Ecuador, Planeta, 1987.

David, René y Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, París, 1988.

De la Fuente Julio, *Relaciones Interétnicas*, México, INI, 1965.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio. "Introducción" en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.), *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, México, ITESO/UAA/Porrúa, 2007.

De Pina, Rafael, y de Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, 16° edición, México, Editorial Porrúa, 1989.

Declaración Universal de la UNESCO Sobre la Diversidad Cultural adoptada por la 31ª Reunión de la Conferencia General para la UNESCO, París 2 de noviembre de 2001.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, Manuel Lucero Espinosa, *Introducción al Derecho Positivo Mexicano*, México, Limusa, 2000.

Derecho consuetudinario indígena, *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, México, UNAM, 1994.

Díaz-Polanco, Héctor, *El laberinto de la Identidad*, UNAM, México, México Nación Multicultural Programa Universitario, 2006.

Diego Cañizares, Fernando *Teoría del Derecho*, Editorial Pueblo y Educación, Ministerio de Educación Superior, 1979.

E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, transl. W. Moll, Cambridge, HarvardUniversity Press, 1941.

Fernández, Sonia, *Naciones Indígenas (Análisis histórico y constitucional de los casos de Argentina-Chile)*, en alertanet en Derecho y Sociedad, Disponible en internet, <http://geocites.com/alertanet/F2bSfernandes.htm>-, 2000, visitado el 25 de Octubre de 2011.

Flores Vega, Misael, *Conciliar el pluralismo y el multiculturalismo mediante la tolerancia*. Espacios Públicos, México, núm. 22, agosto 2008, En Línea <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=67602221> visitado 04 de marzo de 2014.

Fornet-Betancourt, Raúl, *Filosofía intercultural*, México, Universidad Pontifica, 1994.

Fundación Vicente Menchú, "Cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas: Reflexiones en torno al problema de relación entre la cultura y la práctica del derecho en los pueblos indígenas", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM México*, 1994.

Gamio, Manuel, "Los países subdesarrollados", en *América Indígena*, Vol. XVII, México, Instituto indigenista Interamericano, N°4, octubre 1957.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 37° edición, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1985.

García Villegas, Mauricio, "La democracia constitucional: entre la libertad y la igualdad", *Revista de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia*, Medellín, N°. 7-8, 1996.

Geertz Clifford, *La interpretación de las Culturas*, México, Ediciones Gedisa, 1987.

Giménez, C., "La integración de los inmigrantes y la interculturalidad", en *Arbor*, CLIV, Julio, 1996.

Gómez Valencia, Herinaldy, Justicias Orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita", *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS/Flacso-Ecuador, Español, 2012.

González Álvarez Daniel, "Algunas consideraciones sobre el derecho de las muchedumbres", *Revista de Ciencias Penales*, N°3, 2000.

González Galván, Jorge Alberto, *Derecho Nayerij. Los sistemas jurídicos indígenas en Nayarit*, México, IIJ, UNAM, 2001.

González Galván, Jorge Alberto, *El Estado y las Etnias Nacionales en México*, 1 Ed., México, IIJ UNAM, 1995.

Gunther Teubner, *El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del derecho*, Alemania, Universidad de Frankfurt, 1989.

Henry Sumner- Maine, *L'ancien Droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, París, 1874.

"Hacia una tipología del sistema de cargos en las comunidades étnicas del Estado de México", *Cuicuilco. Revista de la Escuela Nacional de Antropología e Historia, México, Nueva época*, vol. 7, mayo-agosto, Núm. 19, 2000.

Hoebel, Adamson, *The Law of Primitive Man*, Massachusets, Harvard University Press, 1964.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico*, México, UNAM, 1997.
Introducción a la sociología jurídica, México, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 1994.

Irigoyen Fajardo, Raquel Z, *Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario, Colombia, Perú y Bolivia en Desfaciendo Entuertos*, Lima, Ceas, 1995.

Izquierdo, Ana Luisa, "La cosmovisión jusfilosófica de los pueblos indígenas" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XLVI, México, Universidad Nacional Autónoma de México, N°. 209-210, 1996.

Korsbaek Leif, Florencia Mercado Vivanco, *Concepto de Sociedad Plural: de las sociedades Simples a las Sociedades Plurales*. Disponible en internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1670/10.pdf>, visitado 1 de octubre de 2011.

Korsbaek, Leif, *Introducción al sistema de cargos*, México, UAEM, 1996.

Kottak. Ph. C., Antropología. *Una exploración de la diversidad humana* (con temas de la cultura hispana), Mac Graw Hill/Interamericana de España, Madrid, 1994.

Krotz, Esteban, "Órdenes jurídicos, antropología del derecho, utopía. Elementos para el estudio antropológico de lo jurídico", en *Pueblos indígenas ante el derecho*, Chenaut Victoria y Sierra María Teresa (Coords.), CIESAS, CEMCA, México, 1995.

Kuper, Adam, *Antropología y Antropólogos. La Escuela Británica*, México Anagrama, 1973.

Kuppe, René, Potz, Richard, "La antropología del Derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro", AA. VV., *Antropología jurídica*, México, IJ/UNAM, 1995.

León Portilla, Miguel, "¿Qué es el indigenismo interamericano?", En *América Indígena*, Vol. XXVI, N°4, México, Instituto Indigenista Interamericano, octubre 1966.

Loarca, Margarita, *La cosmovisión maya en torno al equilibrio, armonía y vida comunitaria*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Universidad Autónoma de México, 2000.

López, Ramírez, Eduardo, "El México Indígena de fin de siglo: Elementos para una política indigenista", en *Convergencia*, año 2 N°7, diciembre 1994, año 2.

MacDonald, T., "*Sociedades Plurales*", Diccionario de Antropología, México, Siglo XXI, 2000.

Malinowski, B., 'Introducción' a H.I. Hogbin, *Ley y Orden en la Polinesia*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1934.

Malinowski, B. i, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Planeta-Agostini, Editorial Ariel, Barcelona, 1969.

Malinowski B., *Una teoría Científica de la Cultura*, Madrid, Sarpe, 1968.

Melis, Antonio, "Mariátegui, el primer marxista de América". *Mariátegui y los orígenes del marxismo latinoamericano*, Ed. José Aricó. Segunda edición, México, Cuadernos de Pasado y Presente, 1980.

Moore, Sally.Falk *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, *Law and Society Review*, No. 7, 1973.

Moto Salazar, Efraín, *Elementos de derecho*, México, Porrúa, 1996.

Navarrete, Federico, *Las relaciones inter-étnicas en México*, México, UNAM México Nación Multicultural Programa Universitario. 2004.

Ocampo, Rodrigo, *Identidad y Reconocimiento: una mirada desde la ética política*, México, Facultad de Humanidades Universidad del Valle, 2005.

Ochoa García, Carlos, *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*, Guatemala, Cholsamaj, 2002.

Oehmichen, Cristina, "Reseña de Procesos interculturales. Antropología política del pluralismo jurídico en América Latina de Miguel Alberto Bartolomé". *Ava Revista de Antropología*, Universidad Nacional de Misiones Argentina, Núm. 11, julio 2007.

Olivé, León, *Inter-culturalismo y justicia social*, México, UNAM, México Nación Multicultural Programa Universitario, 2003.

Orantes Garcia, José Rubén, "*Legal Pluralism*", "*Anthropology, Law and Transnational Processes*" y "*Law and Colonialism*" de Merry, Sally Engle Liminar. *Estudios Sociales y Humanísticos*, vol. VII, diciembre, Núm. 2, 2009.

Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Restitución de la armonía cósmica* Propuesta jurídica de los pueblos originarios de Abya Yala, *IV Jornadas Lascasianas*; México, IIJ/UNAM, 2003.

Ordóñez Cifuentes, José Emilio, *Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica*, 2ª. ed., Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala –ICCPG-; 2000.

Ordóñez Cifuentes, José Emilio, “La cuestión étnico nacional y derechos humanos: El etnocidio”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica*, México, IIJ, UNAM, Número 23, 1998.

Ordóñez Cifuentes, José Rolando Emilio, *Análisis Interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*. IX Jornadas Lascasianas, México, IIJ, UNAM, 2000.

Ordóñez Cifuentes, José Rolando Emilio, *Derecho Indígena en Mesoamérica caracterización epistemológica y axiológica*, México, Tinta negra editores, 2007.

Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, *La discusión sobre la interculturalidad /Multiculturalismo*, obra inédita

Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, *Pluralismo jurídico: una aproximación antropológica desde los altos de Guatemala*, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

Ordóñez Mazariegos, Carlos, *Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Originarios*, México, UACM, 2012.

Ordóñez, José Emilio, (coord.) *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, XIII Jornadas Lascasianas Internacionales, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y social, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio del Problema de la Discriminación contra poblaciones indígenas*, 1983.

Panikkar, R., Foro para filosofía intercultural 1. Ilu. *Revista de Ciencias de las Religiones*, 2000, pp. 26-30. Disponible en Línea: En <http://them.polylog.org/1/fpres.htm>, Consultado el 20 de julio de 2012.

Panikkar, R., *La experiencia filosófica de la India*, Madrid, España, Trotta, 1997.

Panorama del derecho mexicano. Derecho indígena, México, McGraw Hill-UNAM, 1997.

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

Pop, Amilcar, *La juricidad desde la cosmovisión maya*, Disponible en internet www.Webmasteroit.or.cr visitado 23 de mayo de 2012.

Pozas, Ricardo, *Los Indios en las clases sociales en México*, México, Siglo XXI, 1995.

Pratt Fairchild, Henry, *Diccionario de Sociología, Selección de obras de Sociología*, México, FCE, 1997.

Prieto Valdés, Martha, Cuba, 1901-1976: Criterios doctrinales acerca de la interpretación del Derecho, en Matilla Correa, A., coordinador: *Historia del Derecho en Cuba*, Primera edición, La Habana, Editorial Ciencias Sociales, 2009.

Ramírez Eras, Ángel Marcelo, Paradigma de la interculturalidad, *Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas*, Año 3, N°. 26, mayo del 2001, disponible en línea, <http://icci.nativeweb.org/boletin/26/ramirez.html>, visitado 25 de julio de 2012.

Real Academia de la Lengua Española, Disponible en internet: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=pLURALISMO, visitado 5 de Noviembre de 2011.

Real Academia de la Lengua Española Disponible en internet http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=indigena, visitado el 23 de febrero de 2012.

Revista Aportes Andinos, Abril 2002, de Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. Disponible en internet: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/documento/derechoconsuetudinario.htm>, visitado el 20 de Enero de 2012.

Rodríguez Pérez, María Candelaria, "El reto de la gestión humana frente a la complejidad y pluralidad cultural", *Revista Venezolana de Gerencia*, Col 13, julio-septiembre, Universidad de Zulia, Venezuela, Núm 43, 2008.

Romero Giménez, Carlos, Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad, Educación y Futuro: *Revista de investigación aplicada y experiencias educativas*, México, N° 8, 2003.

Santos, Boaventura, "Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas", en García, Mauricio y Santos, Boaventura (Ed.): *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Tomo I, Universidad Nacional-Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2001.

Santos, Boaventura, *Towards a New Legal Common Sense. Law, Globalization and Emancipation*, 2³ Edition, Butterworths-LexisNexis, Inglaterra, 2002. Traducción José Martín Pérez Larios.

Sartori Giovanni, "Los fundamentos del pluralismo", en *La Política*, No 1, Primer Semestre de 1996.

Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, 2ª ed., México, Taurus, 2008.

Schmelkes, Silvia, La interculturalidad en la educación básica. Conferencia presentada en el encuentro internacional de Educación Preescolar: Currículo y Competencias, organizado por Editorial Santillano celebrado en la ciudad de México, 2005 los días 21 y 22 de enero, Disponible en internet: http://132.247.1.49/ocpi_/documentos/docs/6/16.pdf.

Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis Sociológico, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, 2ª edición, 2006.

Stavenhagen, Rodolfo, *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*, Nueva Antropología XIII, nº 43, 1992.

Stavenhagen, Rodolfo, "Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina". En: *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México 1990.

Stavenhagen, Rodolfo, "Introducción al derecho indígena", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Año VI, Núm. 17, Mayo-Agosto de 1991, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991.

Teresa Sierra, María, "Pluralismo Jurídico e Interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento", *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS/Flacso-Ecuador, Español, 2012.

Terceros Elba, *Sistema Jurídico Indígena*, Santa Cruz de la Sierra, CEJIS, 2003

Valdivia Dounce, Teresa, "En torno al sistema jurídico indígena", *Anales de Antropología*, Vol. 35, Instituto de Investigaciones Antropológicas, UNAM, 2001.

Villoro, Luis, *Estado Plural, pluralidad de culturas*, Paidós-UNAM, México, 2002.

Warman, Arturo, *Los indios mexicanos en el umbral de milenio*, México, FCE, 2003.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico - Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*, 3. Ed. San Pablo: Alfa-Omega, 2001.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999.

Zúñiga, Madeleine, Ansión, Juan, ¿Qué entender por interculturalidad?, 1997, p.4
En: Interculturalidad y Educación en el Perú. Foro Educativo. Disponible en internet: www.conytec.gob.pe/foroafroperuano/interculturalidad.htm, visitado 25 de Julio de 2012.