
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Los Derechos Colectivos.
Hacia su efectiva comprensión y protección

María Paz Avila Ordóñez y
María Belén Corredores Ledesma
Editoras



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593-2) 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Danilo Caicedo Tapia
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Esther Almeida
Christel Drapier
Guillermo Fernández-Maldonado Castro

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo del *Programa Desarrollo y Diversidad Cultural para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social*, implementado por el Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador con la asistencia de las agencias del Sistema de Naciones Unidas y el financiamiento del Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio del gobierno de España.

ISBN: 978-9978-92-785-4
Derechos de autor: 032327
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica,</i> Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>María Fernanda Espinosa,</i> Ministra Coordinadora de Patrimonio	
Presentación	xi
<i>José Manuel Hermida,</i> Coordinador Residente del Sistema ONU en Ecuador	
Prólogo	xiii
<i>María Paz Avila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma</i>	
Introducción	xv
<i>Agustín Grijalva</i>	
I. La tensión entre los derechos colectivos y derechos individuales	
Derechos individuales y derechos colectivos	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos	27
<i>Rainer Baubock</i>	
La interculturalidad posible: el reconocimiento de los derechos colectivos	61
<i>Neus Torbisco Cassals</i>	
II. Derechos de las nacionalidades indígenas	
Nacionalidades indígenas y Estado nacional en Ecuador	103
<i>Diego Iturralde Guerrero</i>	
Usos de la Ley y usos de la costumbre: La reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado	127
<i>Diego Iturralde Guerrero</i>	
Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2006	147
<i>Rodolfo Stavenhagen</i>	

Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2009	179
<i>James Anaya</i>	
III. Pueblo Afroecuatoriano	
Derechos colectivos y pueblo Afroecuatoriano	217
<i>Jhon Antón Sánchez</i>	
IV. Usuarios y consumidores	
Consumidores y consumismo.	
Perspectivas de una nueva concepción	257
<i>María Paz Avila y Diva Avila</i>	
El sistema mundial no-hegemónico y la globalización popular	277
<i>Gustavo Lins Ribeiro</i>	
La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español	303
<i>Lorena Bachmaier Winter</i>	
V. Medio ambiente sano	
La responsabilidad objetiva por daños ambientales como mecanismo de participación para el acceso a la justicia ambiental.....	353
<i>Ricardo Crespo</i>	
Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización de los pueblos tradicionales.....	363
<i>Byron Real López</i>	
VI. Acciones de protección	
Concepto de acción colectiva	415
<i>Antonio Gidi</i>	
Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil	427
<i>Antonio Gidi</i>	
El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos	457
<i>Christian Courtis</i>	
Nota biográfica de las autoras y autores	497

Usos de la Ley y usos de la costumbre: La reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado*

Diego Iturralde Guerrero

Sumario

I. Presentación. II. Estado y pueblos indígenas. III. Reivindicación del derecho y reificación de la costumbre. IV. Uso de la ley y uso de la costumbre. V. Derecho Indígena y Reforma del Estado: perspectivas de investigación. VI. Consideraciones finales.

Presentación

Los movimientos indígenas vienen planteando de una manera creciente el reconocimiento, vigencia y privilegio de un derecho propio que regule la vida social indígena. Este reclamo organiza su oposición a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen y se funda en la idea de que el derecho es una pieza clave en la estrategia

* Este texto fue originalmente publicado en 1993, en el libro *Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado*, coordinado por A. Wray y Juan Carlos Ribadeneira, Ediciones Abya Yala, Quito. El autor es actualmente (2009) Director Académico del Centro de Investigaciones Superiores en Antropología Social (CIESAS)(México).

del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar las condiciones que hacen posible el ejercicio de la hegemonía¹.

Aunque la razón es secular la formulación de esta reivindicación es relativamente nueva y se corresponde con el momento más alto del desarrollo de las plataformas de lucha de los movimientos étnico-nacionales. También ocurre –y esto no es casual– cuando los modelos de dominación interna e internacional experimentan una aguda crisis y el papel regulador del Estado –y del derecho– son puestos en cuestión.

Me interesa en este texto explorar la relación que existiría entre estos dos fenómenos: reivindicación del derecho indígena y reforma del Estado, como uno de los ejes en los cuales se concentra actualmente la tensión de la relación entre los pueblos indígenas y los estados. Al mismo tiempo quiero proponer una reflexión sobre algunos conceptos y alternativas metodológicas para estudiar esta reivindicación indígena y su destino posible hacia el final del milenio. Considero que el tratamiento de este tema requiere reflexionar acerca del sentido y el alcance de las reivindicaciones indígenas, así como de algunas denominaciones que se han vuelto un lugar común en las plataformas del movimiento indígena y en la retórica de sus dirigentes, pero que aún no han recibido un tratamiento sistemático y conspiran con introducir ambigüedades en sus luchas.

Debo advertir que estas propuestas están tratadas a partir de una generalización: las tendencias que muestran en las últimas dos décadas el desarrollo de los movimientos indígenas y de las políticas estatales. Es posible que esta generalización extrapole fenómenos de una realidad muy diversa, pero es posible también que esta extrapolación contribuya a atisbar el porvenir. Hace falta reconocer los diferentes escenarios en los cuales esta relación se está dando ahora y su diverso destino, tarea que no se acomete en este texto².

- 1 He tratado este tema extensamente en “Movimiento Indio, Costumbre Jurídica y Usos de la Ley”, en Stavenhagen e Iturralde (compiladores) *Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989.
- 2 Preparé un estudio prospectivo para UNESCO en 1988 que aparecería publicada con título *Naciones indígenas y estados nacionales en América Latina hacia el año 2000* en un libro preparado por Héctor Díaz Polanco para el Consejo Nacional de Cultura (México, 1993). En él analizó estas tendencias y el progreso de las tensiones entre los pueblos y los estados.

II. Estado y pueblos indígenas³

Asistimos actualmente a un proceso de transformación global de los modelos de organización nacional y de los modelos de la relación entre los Estados, así como a un momento de emergencia de las configuraciones étnicas y de revitalización de sus demandas; en esta coyuntura el proceso de constitución de las naciones latinoamericanas se encuentra de pronto con la oposición de sectores cultural y socialmente diferenciados que se resisten a mudar sus prácticas propias y sus entidades particulares por aquellas que le son propuestas en nombre de un proyecto nacional. Los pueblos y comunidades indígenas, que han protagonizado a lo largo de cinco siglos incontables episodios de resistencia indudablemente han cambiado, se han transformado, pero nunca han dejado de ser distintos y ahora ponen en evidencia este resultado histórico: una nación incompleta, por no decir inviable.

Este fenómeno se puede mirar claramente al considerar dos procesos que hemos vivido en las últimas décadas : de una parte el pleno desarrollo de los Estados nacionales en lo que se refiere a la ocupación del espacio, la articulación de la población y el desarrollo del mercado interno; y, de otra parte, el fortalecimiento de las configuraciones étnicas, que estructuran formas de organización cada vez más sólidas y empiezan a plantear una serie de reivindicaciones que van más allá de las posibilidades del modelo nacional porque suponen privilegiar la diversidad, transformar el marco organizativo sobre el que se funda la organización del Estado tal como lo conocemos y supone cambiar las actitudes y las prácticas prevalecientes en la relación pueblos indios - Estados nacionales. Estos dos procesos están íntimamente relacionados porque la reconstitución de los pueblos como entidades étnicas e incluso la emergencia de nuevos conglomerados étnicos en América Latina , su reorganización en los niveles locales, nacionales y regionales con demandas específicas son fenómenos claramente asociados a la modernización de las relaciones de producción en el campo, a la modernización de las relaciones

3 Este numeral recoge básicamente sobre la relación Estado-Pueblos Indígena que la he desarrollado en varios textos. Entre otros el citado en la nota 2 *supra* y los artículos: *Los pueblos indígenas y sus derechos en América Latina* aparecidos en *Crítica Jurídica* N° 11 (IIJ-UNAM, México 1993) y *Revista del Instituto de Derechos Humanos* N°... (IIDH, San José, 1993), y *Pueblos Indígenas y Estados Latinoamericanos: una relación tensa*, por aparecer en *Nueva Sociedad* (ILDIS, Caracas).

políticas y en general al desarrollo económico y social a partir de la mitad de este siglo.

Si bien la emergencia de los pueblos indígenas se debe a diversos factores y se presenta de distintas maneras, creo que se pueden señalar cinco tipos de dinámicas que hacen evidente este fenómeno y contribuyen a explicarlo⁴.

- a. una creciente territorialización de la presencia étnica en la nación, que resulta de la expansión geográfica y demográfica de los mismos pueblos, que tiene que ver con el desarrollo nacional, con la ruptura de los viejos sistemas locales y regionales que los tenían encapsulados y con la dinamización del mercado interno. Esta territorialización implica una refuncionalización de las relaciones de parentesco en favor de las relaciones de carácter territorial y tiene también un impacto sobre la reelaboración del sentido de auto asignación étnica bajo nuevas condiciones materiales y en los destinos migratorios.
- b. el surgimiento y fortalecimiento de formas de organización étnica logra tejer una amplia red de solidaridades y de acción concertada, que no elimina las formas comunitarias de base ni establece una pirámide jerarquizada a la manera sindical, pero que es eficiente para procesar los reclamos, organizar la participación y formar un amplio frente panétnico con plataformas y reivindicaciones compartidas.
- c. el desarrollo de una plataforma cada vez más sintética de demandas indígenas que lleva los reclamos específicos de las comunidades hacia expresiones más altas en el orden jurídico y en el orden político; expresiones que incluyen la demanda de territorios como espacios de reproducción social y política; del derecho al desarrollo étnico y cultural; de condiciones de desarrollo económico autogestionado y de plena participación en la economía nacional; del establecimiento de un orden jurídico y político plural que garantice el cumplimiento y el mantenimiento de las reivindicaciones anteriores.

4 Natalia Wray formuló estos puntos para el caso de Ecuador en su artículo *La construcción del movimiento étnico-nacional-indio en Ecuador: carácter y dimensión de su demanda*, en *América Indígena*, vol 49, N° 1 México DF, marzo 1989.

- d. Una creciente inserción de las economías de los pueblos indígenas en el mercado interno bajo todas las modalidades posibles, fenómeno que tiende a aumentar en el contexto de la crisis y de la informalización ya que estas economías se basan en la posibilidad de reproducir, fortalecer y conservar maneras culturales particulares que les permiten construir estrategias de sobrevivencia en las cuales el ejercicio de la identidad resulta fundamental. Esta inserción provoca procesos de diferenciación dentro de los mismos pueblos, haciéndolos más complejos y posibilitando el apareamiento de élites indígenas que son capaces de formular e impulsar proyectos propios.
- e. Finalmente, todo esto conduce a modificación de las relaciones entre los pueblos y los Estados, la cual se torna cada vez más compleja y directa, porque desaparecen las intermediaciones y los pueblos indígenas organizados se ven enfrentados directamente al aparato del Estado, para negociar sus asuntos. Por esta razón la relación se politiza y llega a desbordar la institucionalidad que tradicionalmente la contenía.

Por estos factores y por lo que han provocado en el seno de los Estados nacionales creo que los pueblos indígenas se han constituido o están en vías de constituirse en actores sociales y en sujetos políticos⁵. La presencia de este nuevo actor plantea un problema fundamental para el destino de la nación, un problema que no fue reconocido antes y que no se resolvió con la política de integración, es el problema de la constitución de la nación como una unidad capaz de alojar la totalidad social, regular sus relaciones, representarla e impulsar un proyecto para su propio crecimiento y su perpetuación. Dicho desde el punto de vista negativo, pone en evidencia que la nación latinoamericana que se ha desarrollado hasta ahora no es una entidad política y jurídica capaz de construir la unidad de la totalidad social, sino que ha construido el Estado mediante la negación de una buena parte de esa totalidad. La pretendida unidad de la nación y el pretendido derecho de conducir la nación como si fuera realmente una unidad están siendo puestos en cuestión por estos pueblos revitalizados,

5 He escrito sobre el tema en: *Los pueblos indios como nuevos sujetos sociales* en Nueva Antropología N° 39, México DF, 1990; y *Los Pueblos indios y el campo indigenista*, Instituto Nacional Indigenista (comp) Seminario Permanente sobre Indigenismo, México DF, 1990.

reorganizados y convertidos en un nuevo actor social con un potencial mucho más alto.

Esta primera reflexión permite proponer que la relación entre los pueblos indígenas como sujetos políticos y los Estados nacionales en América Latina, en este momento, está cargada de tensiones, que estas tensiones van en aumento y que van a seguir creciendo y que, de no mediar cambios importantes en las demandas de los pueblos indígenas, que las hagan viables, y de no cambiar las respuestas y la naturaleza misma del Estado, que se vuelva plural, al final del siglo podríamos asistir a enfrentamientos violentos y graves como lo estamos viendo en otras partes del mundo y a los que nuestro mismo continente no ha sido ajeno en los últimos años.

La reivindicación del derecho indígena aparece y prospera en este contexto como un reto y como una posibilidad para reconfigurar la arena de la relación entre los pueblos y el Estado; creo que así hay que comprenderla.

III. Reivindicación del derecho y reificación de la costumbre

Como lo he mencionado antes, el desarrollo de las plataformas de los movimientos indígenas tienden a llevar las demandas de las comunidades y pueblos a su expresión jurídica más alta: la reivindicación es relativamente reciente y resulta posible reconocer su evolución. Desde el reclamo de escuelas para el campo, hasta el del derecho a una educación bilingüe-bicultural administrada por los mismos pueblos; desde la lucha por las tierras y la reforma agraria, hasta el derecho a un régimen territorial indígena; desde el establecimiento de las primeras formas de organización legal (las comunas, los sindicatos agrarios, etc.) hasta la formulación de un estatuto de nacionalidad; hay una historia que atraviesa el campo del derecho y que viene de las demandas por el cumplimiento de la ley y va hacia la exigencia de un régimen de pluralismo jurídico.

En este tránsito e movimiento social crea y utiliza una serie de signos a los que carga con el sentido de sus reivindicaciones y con el cual va generando un discurso cada vez más complejo. En el caso de la nociones de nación y nacionalidad indígena, territorio étnico y, para el tema que nos ocupa, derecho consuetudinario.

La noción de derecho consuetudinario y otras que se utilizan con sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena, etc.) se forja como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas.

A partir de esta noción de derecho consuetudinario como un vehículo para dar forma a la reivindicación del derecho de los pueblos a autorregularse se da un esfuerzo por sintetizar, dentro del amplio espectro de la cultura, aquellas costumbres que podrían considerarse jurídicas en la medida que materializan preceptos normativos relacionados con el control social interno de la vida comunal. Por esta vía se reifica las costumbres: esto es, se les atribuye una materialidad y una estabilidad que las hace equivalentes a las normas positivas, con la única limitación de la carencia de una expresión estandarizada (escrita). Este proceso implica la construcción de un objeto de conocimientos relativamente aislado de las prácticas concretas en las que existen como normatividad implícita y conlleva el proponerlas como parte de un código de comportamientos. Así, para reivindicar el derecho se reifica la costumbre y se tiende a convertir a ésta en un otro *derecho*.

Esta reificación de la costumbre como derecho consuetudinario puede ser legítima y eficaz en la lucha ideológica del movimiento indígena. Sin embargo no deja de plantear algunas inquietudes conceptuales y metodológicas. Vale la pena preguntarse en primer término acerca de la pertinencia analítica de procedimiento mediante el cual se pretende crear normas jurídicas alternativas a partir de hechos sociales y culturales que tienen su propia naturaleza. Las relaciones de familia, por ejemplo, han sido objeto de una abstracción-antropológica- como normas sociales y de otra abstracción –jurídica– como normas jurídicas. A partir de unas y otras se han construido modelos (el parentesco) y regulado el derecho de familia. Ahora bien, cuando oponemos al Código Civil las costumbres según las cuales una comunidad o una cultura se representa las relaciones de parentesco, operamos un “enroque” que puede ser útil par poner en evidencia la distancia entre la ley y la vida cotidiana, pero este contraste no garantiza que las segundas puedan ser propuestas como normatividad alternativa. Lo mismo cabe plantearse respecto de las representaciones culturales de las formas de distribución y apropiación de los re-

cursos; de la organización del ejercicio de la autoridad; de los mecanismos de generación del consenso y de eliminación del disenso y otras tantas operaciones de transformación mecánica de la costumbre reificada en norma jurídica alternativa, Indudablemente hay una distancia epistemológica que debe ser conservada y en todo caso superada mediante procedimientos metodológicos más rigurosos.

Otra preocupación sobre este procedimiento se refiere a la introducción sistemática de cierto maniqueísmo en la valoración de la relación: normas-prácticas. El discurso sobre el derecho consuetudinario (y en general sobre el derecho indígena), que se basa en una crítica justa de la inadecuación de la ley, tiende a valorar la costumbre como “buena” y la ley como “mala” en virtud de su origen (una suerte de maniqueísmo genético). Esta operación está presente en muchas otras consideraciones sobre el mundo indígena cuyas bondades se mitifican más allá de su eficacia y de su pertinencia sobre la base de la legitimidad de su origen. El proceso de reificación de las costumbres indígenas no solamente que vuelve a éstas cosas, sino que las vuelve “cosas buenas”. Evidentemente este maniqueísmo se corresponde, como un espejo, con las actitudes de signo inverso que han prevalecido durante siglos y que minusvaloraron y satanizaron ex-oficio, las prácticas culturales indígenas.

Estrechamente vinculado con el peligro anterior surge otro relacionado con el ocultamiento de la realidad. La interpretación de las representaciones de la cultura como un código normativo y la tendencia a proponerlo como un sistema de normas alternativas contribuye a la construcción de un imaginario cultural capaz de explicar y justificar en su nombre cualquier hecho social. Una vieja tradición de la antropología instaló las nociones de armonía y funcionalidad en la conceptualización e las comunidades y las culturas tradicionales y considera a las transgresiones como rupturas eventuales de este orden; esta tradición parecería estar inspirando todavía (o nuevamente) el esfuerzo en torno al reconocimiento del derecho consuetudinario. Desde esta perspectiva, el imaginario cultural del que cuenta el trabajo de los antropólogos, viene a ser una especie de código ideal, no escrito, para la regulación de los comportamientos y, por lo tanto, la fuente natural de un derecho alternativo. Esta visión sin embargo no se plantea seriamente la posibilidad de que las competencias y contradicciones sean la verdadera naturaleza de esas comunidades tradicionales y

por tanto de ese imaginario y de que las normas que de él emergen expresen un conjunto de imposiciones para asegurar un orden de cosas que aloja desigualdades, exclusiones, imposición de intereses sectoriales, etcétera.

Muchas otras preocupaciones podrían ser planteadas en torno de este tema relacionadas por ejemplo con la eficacia de las normas, su aplicabilidad, la pertinencia de tornarlas positivas y por tanto eliminar las ventajas de su plasticidad. La presencia de estas inquietudes pone de manifiesto la falta de ejercicios analíticos más profundos y, probablemente, de nuevos avances en el desarrollo de la plataforma del movimiento indígena. Lamentablemente en los últimos años la actividad analítica se ha quedado a la saga del movimiento social y se muestra débil para contribuir a consolidación de sus propuestas; hay más condescendencia que crítica.

Quiero proponer una exploración posible de este campo basado en la constatación de que el así llamado derecho consuetudinario o la costumbre indígena en torno al control normativo no existe ni funciona de manera aislada, sino en una interrelación con la ley. Me parece que esta exploración ofrece, sino mejores, por lo menos una mayor cantidad de opciones para profundizar en el tema y comprender mejor el destino de la reivindicación indígenas de un derecho propio.

IV. Uso de la ley y uso de la costumbre⁶

Como se insinuó al inicio de este texto, la reivindicación de un derecho propio tiene, genéricamente, una utilidad política equivalente a la que –en otros momentos y condiciones– puede tener el reclamo de la aplicación cabal de las leyes vigentes o la adopción de legislaciones que reconozcan y protejan el patrimonio cultural indígena. Se inscriben en el plano de la lucha ideológica pues no existen verdaderamente condiciones para una negociación o concertación del ejercicio democrático del poder.

Pero estos usos político/ideológicos, no son los únicos. Hay otros que transcurren sin mayor espectacularidad, en las luchas cotidianas de las comunidades, que son –a mediano y largo plazo– elementos centrales de las

6 Una primera versión del texto de este numeral es parte del artículo citado en la nota 1.

plataformas generales de lucha e instrumentos eficientes en el esfuerzo por sobrevivir social y culturalmente.

Los indígenas recurren a sus costumbres jurídicas –a su derecho consuetudinario– como una táctica para sustraer del impacto del régimen jurídico nacional algunos asuntos que consideran de su competencia exclusiva, o que quedan mejor protegidos al margen de tal régimen. Arreglos familiares endogámicos, formas particulares de heredar, fragmentación de predios por debajo de los mínimos permitidos por legislaciones agrarias, concertaciones de prestación ocasional de mano de obra y arreglo de disputas originadas en este tipo de relaciones, son –deliberadamente o no– “ocultadas” de la ley y puestas bajo la tutela de las costumbres locales, aún en aquellos casos en que éstas impliquen mayores restricciones, pero siempre que doten de suficiente legitimidad.

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

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

aquellos puntos de acuerdo entre las partes. La Ley entra en juego para ejercer presión sobre los desacuerdos y para forzar salidas viables a los conflictos.

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

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

V. Derecho Indígena y Reforma del Estado: perspectivas de investigación⁷

- a. El trabajo sobre costumbres indígenas, su relación con la ley y con la administración de justicia, permite recoger un primer conjunto de re-

7 Por considerarlo de utilidad transcribo en éste acápite un texto preparado conjuntamente con François Lartigue para un grupo de trabajo sobre Antropología Jurídica y Derechos Indígenas establecido en México con otros colegas abogados y antropólogos.

sultados de carácter metodológico, que pueden ser considerados y proyectados independientemente para otros propósitos.

Prácticas sociales, normas jurídicas y procedimientos que las vinculan, conforman una red bastante compleja en la cual destacan una serie de intersecciones formadas por la concurrencia de dos tipos de procesos: cambios en el comportamiento de los sujetos sociales (o, lo que es su resultado: nuevas situaciones de tales sujetos en el conjunto social), por una parte; y, reforma de la normatividad, por la otra. Entre estas dos dinámicas se establece una relación de mutua interacción, cuyo análisis resulta sumamente productivo, tanto para establecer las características y la dirección de tales procesos, como para prever sus resultados⁸.

Esta manera de entender la relación parece útil para construir el universo de estudio en un campo relativamente nuevo, respecto del cual es todavía difícil definir con claridad los límites y las características de la problemática y, por tanto, formular un conjunto de preguntas relevantes. Indudablemente la trama de intersecciones posibles entre la costumbre (o la práctica) y la ley (o la norma) puede ser muy densa y muy amplia—dependiendo de la cantidad de información que se pueda manejar para construirla—; la delimitación de su alcance, así como la determinación y jerarquización de las intersecciones sobre las cuales se ha de trabajar, resultan por tanto un ejercicio previo muy importante, para el cual es necesario adoptar criterios y técnicas muy claras y operativas. Hay un doble riesgo siempre presente: aislar una sola relación respecto del conjunto de las prácticas y normas en que se desenvuelve; y, diluirla en un sistema de influencias y determinaciones no manejables.

Una segunda enseñanza tiene que ver con la manera en la cual se integran las diversas disciplinas que concurren al tratamiento del tipo de temáticas propuestas. Evidentemente aparecen íntimamente ligadas la antropología y la ciencia jurídica; pero su integración no resulta fácil, posiblemente porque tienen orígenes epistemológicos muy distantes y porque sus prácticas han sido hasta ahora diversas; un sinnúmero de discusiones y desencuentros provienen de los usos diferenciados de categorías y conceptos que en cada una de las tra-

8 Esta es una conclusión posible del ejercicio de discusión con otros colegas latinoamericanos que se recoge en el libro *Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps); México DF, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (coeditores), 1990.

diciones tienen su propio sentido. Más aún, según sea el objeto, otras disciplinas y metodologías especializadas deben ser utilizadas en el trabajo, como por ejemplo la sociolingüística, la historia del derecho, la etnohistoria y la antropología política; lo que hace aún más difícil la construcción de una solución consistente. Las ideas de interdisciplinariedad y multidisciplinariedad, como estrategias de integración, no resultan satisfactorias en tanto tienden a subordinar, o por lo menos a privilegiar, una sola alternativa analítica.

Al igual que el proceso de establecimiento del objeto de estudio (como una intersección), parece que el acercamiento técnico debe ser transdisciplinario; esto es mediante una forma que haga posible el diálogo de las disciplinas en torno a un objeto común, tal como cada una de ellas lo comprende mejor. El punto de encuentro quedará fijado entonces en los términos de generación del objeto mismo de conocimiento (la o las intersecciones elegidas) y del conjunto de preguntas que se le formulen.

Finalmente, asociada a las dos cuestiones anteriores, se puede sugerir que la estrategia de investigación en este tipo de temas, debe ser establecida al definir el objeto o universo de trabajo y al escoger las perspectivas disciplinarias: dos elecciones íntimamente ligadas a las finalidades mismas del ejercicio. No hay una solución preestablecida, ni un paquete técnico privilegiado. Debe ser interconstruida en el proceso mismo de la investigación y en el diálogo transdisciplinario.

b. En este punto puede ser conveniente recordar que existen coyunturas científicas anteriores que han sido ocasiones de acercamiento entre las disciplinas convocadas, sus tradiciones y sus ejercicios experimentales⁹.

El reconocimiento de estas coyunturas, de los derroteros del diálogo emprendido y de su aparente interrupción es en sí mismo un ejercicio que podría ayudar a precisar el rango de posibilidades adentro del cual reconocer aquellos puntos de encuentro más probablemente interesantes y productivos. Al efectuar ese ejercicio se lograría también alguna claridad en cuanto a las limitaciones y debilidades de las experimentaciones y diálogos que no prosperaron. Asimismo, se espera que caracterizar a aquellas coyunturas en su contexto so-

9 Para el caso de México hay un balance de la literatura sobre el tema: Dorotinsky, D. *Investigación sobre costumbre legal indígena en los altos de Chiapas*, en Stavenhagen e Iturralde (comps) (nota 2 supra). Una bibliografía exhaustiva puede leerse en Nader, Koch y Cox "The ethnography of Law: a bibliographic survey", en *Current Anthropology* 7 (3): 267-294; 1966.

cial y político cultural amplio, en su época y en su ambiente, puede permitir revisar y relativizar la validez de nociones que se forjaron allí, tuvieron utilidad instrumental allí, y se reificaron posteriormente en la institucionalización académica de las disciplinas a pesar de su poca productividad posterior.

En todo caso, las posibilidades presentes de una antropología jurídica interconstruida en el ejercicio transdisciplinario y generadora de investigaciones novedosas acerca de temas emergentes, requieren del ejercicio de estas revisiones, digamos un ejercicio erudito de crítica de los procedimientos y nociones vehiculados por nuestras tradiciones metodológicas y conceptuales. Pero estas posibilidades presentes dejarán de ser algo más que prometedoras convocatorias en cuanto habremos demostrado su eficacia para dar cuenta de los fenómenos y procesos múltiples que se despliegan en los escenarios del mundo actual.

Una vez más (¿acaso esta expresión racionalista de la reiteración nos es suficiente?) la aceleración de los procesos sociales, tan proféticamente anunciada como haya sido, nos convoca urgentemente a la aventura de la indagación racional, a la tensión del descubrimiento en vez de la afirmación del reconocimiento, que Guillermo Bonfil veía como una práctica de las ciencias sociales que inhibe “la facultad para descubrir, para admitir lo imprevisto, lo no pensado, lo diferente”¹⁰.

Parece difícil que se logre descubrir algo sin que se ponga uno en la condición que permite efectuar observaciones y registrarlas con alguna sistematicidad. Ahora bien, estas observaciones y su registro distan normalmente de presentarse como datos científicos puros que respondan a la demanda programada de un edificio científico bien protegido de contaminaciones posibles. En lugar de garantizar su validez como si la asepsia fuese una calidad esencial, convendría mostrar que la tensión generada por las condiciones prácticas de la edificación sistemática de una investigación científica es lo que puede asegurar un pequeño avance innovador. La pertinencia de un pequeño descubrimiento efectuado en condiciones donde la urgencia práctica limita el control de las variables, y genera un efecto de perversión de la pureza del concepto radica en la habilidad de trabajar sobre la tensión misma, y no en eliminarla; así mismo, no adquiere valor si se opta por una presentación de los resultados que haga abstracción de las condiciones prácticas en que se

10 Guillermo Bonfil, Cholula: *la ciudad sagrada en era industrial*. (p. 10); México DF, UNAM, 1973).

han logrado; esto es, por una presentación abstracta que esconda la tensión inherente a la experimentación y oculte su carácter inminente a favor de una afirmación trascendental y falsa.

Esto es inherente también a las condiciones de producción de esos descubrimientos: hacen falta por igual espacios de construcción teórica y vinculaciones con las urgencias de la práctica social; y una solución adecuada a las tendencias especulativas de los primeros y a las constricciones de las segundas.

Los espacios de encuentro transdisciplinario deben poner a prueba la capacidad de interlocución de las disciplinas en torno a objetivos respecto de los cuales ninguna de ellas cuenta con soluciones probadas; en ejercicios que permitan una especulación productiva que haga posible rebasar las limitaciones de cada disciplina y al mismo tiempo consigan crear un efecto de control sobre la tendencia especulativa en favor de la atención de procesos prácticos y la necesidad de producir respuestas a sus requerimientos.

A la misma vez, las vinculaciones con urgencias de la práctica, no pueden convertirse en obstáculos o limitaciones para la construcción y experimentación de soluciones analíticas independientes de esas constricciones y por tanto útiles para su uso en nuevos campos problemáticos.

Una condición favorable para este doble propósito ha sido en la experiencia hasta ahora desarrollada la generación de espacios intermedios, con la participación tanto de especialistas, como de agentes de intervención, en torno a problemas concretos, para producir soluciones útiles¹¹.

c. Algunas intersecciones podrían ser exploradas desde esta perspectiva transdisciplinaria, teórica y práctica; se refieren a procesos sociales emergentes que están demandando el procesamiento de nuevos discursos jurídicos o nuevos paquetes normativos. Mencionaremos algunas que están siendo asediadas por otros investigadores, aún sin darse cuenta, o sin ser formuladas a la manera que proponemos aquí.

La aceleración de los procesos urbanos y la transformación de las formas de acción colectiva, o de convivencia en la ciudad, muestran un escenario donde la complejidad cuestiona la eficacia social y política de la normatividad.

11 Cabe destacar entre los tipos de intercambios los mantenidos en eventos con: autoridades tradicionales indígenas y dirigentes encargados de asuntos legales de sus organizaciones; promotores y gestores de organizaciones no gubernamentales, investigadores en ciencias jurídicas y sociales.

La dinámica de esta complejidad parece agotar velozmente la normatividad existente, requerir nueva y mayor normatividad, y permitir la consolidación de una configuración cultural ciudadana más informada frente a las transgresiones autoritarias de las normas enunciadas; nueva configuración que, a la vez, es capaz de generar nuevas formas normativas o nuevas actitudes frente a las normas. Los individuos, los grupos y sus figuras de representación despliegan ahí acciones y actuaciones en donde la vinculación de las prácticas y las representaciones con las normas vigentes se ejerce a través de procedimientos en los cuales se socializan ciertos aspectos de las normas, (o sea en los cuales se desnaturalizan a estas) y las someten conjuntamente a transgresiones prácticas y a las prácticas de la transgresión.

Las autoridades, las instancias de control y de servicios, los sectores de interés, proceden con base en la normatividad enunciada, a la vez que la procesan y la llegan a transgredir, cuando reconocen los límites (inconvenientes) de su eficacia coyuntural. A la postre, muchos asuntos en estos escenarios emergentes (como los asentamientos marginales e irregulares) se resuelven por vía de transacciones, construidas precisamente en el ambiente y con los elementos de la normatividad enunciada, tal como los actores (autoridades y usuarios) las entienden, desnaturalizan y usan.

He aquí un conjunto rico de intersecciones que puede propiciar una antropología jurídica apta para abordar estas realidades, que parecen dotadas de gran inestabilidad. Ningún antropólogo dejará de reconocer que hay aquí retos cuyo enfrentamiento condiciona la antropología de los procesos políticos presentes. Problemáticas que quizá pueden resultar también atractivas para los sociólogos urbanos y, por qué no, para los abogados¹².

La ineludible pluralidad en materia de prácticas culturales: lingüísticas, religiosas, médicas, ambientales; plantea la necesidad de ir más allá de los postulados republicanos de homogeneidad e igualdad ante la ley. Este problema no se resuelve únicamente en las garantías que la tradición democrática ofrece por la vía de la pluralidad política y de la libertad ciudadana; parecería que siempre hizo falta desarrollar una normatividad funcional que las reconozca y proteja.

El peso de estas prácticas en la materialidad de las dinámicas socioculturales es diverso; pero ninguna es eludible. Ahora bien, ¿disponemos en nues-

12 Resulta particularmente estimulante a este respecto el libro de Antonio Azuela sobre Derecho y Propiedad Urbana en México; México DF, El Colegio de México, 1990.

tras disciplinas de tantos conocimientos positivos y de suficientes argumentos teóricos que nos permitan convalidar esta valoración jurídica de las prácticas, y por tanto su institucionalización como derechos reclamables? Al dudar de responder afirmativamente a estas preguntas encontramos la razón práctica de los ejercicios transdisciplinarios que proponemos. Hace falta producir respuestas acerca de la conveniencia de regular o no esas prácticas culturales; de la pertinencia de que tal regulación se haga mediante la adopción de normas jurídicas; de los efectos que estas tendrían sobre ellas. Esto no es posible hacerlo desde la antropología solamente; ni en el estudio descriptivo de las prácticas, que tiende a aislarlas y a presentarlas como objetos fijos. Hace falta el concurso de varias perspectivas disciplinarias para redefinir cada práctica cultural en su intersección con los procesos globales, donde su sentido esta siendo discutido y valorado funcionalmente, y donde se juega la conveniencia de su regulación. He aquí un campo que nos parece muy adecuado para el desarrollo de lo que, provisionalmente, hemos dado en denominar antropología jurídica.

Otros temas pueden ser definidos a partir de este procedimiento que hemos ejemplificado brevemente.

Asistimos a cambios rápidos en las relaciones sociales de trabajo y en las formas tradicionales de organización de los intereses de las clases; algunos especialistas anuncian la declinación de la normatividad laboral como un tipo de derecho tutelar de la desigualdad; estos dos hechos generan una dinámica, quizá transitoria, pero urgente, que se resolverá en el desarrollo de nuevas prácticas y, en la adopción de nuevas normas.

Las soluciones agrarias, independientemente de su eficacia histórica, parecen encontrarse agotadas. Nuevos modelos de regulación y uso de los recursos están siendo considerados, que posiblemente apuntan hacia tratamientos diversificados y diferenciadores. No vemos todavía claramente cómo se articularan las respuestas campesinas frente a este proceso, pero evidentemente surgirá allí una compleja red de intersecciones entre prácticas y normas, viejas y nuevas, que convocan a la investigación¹³.

13 La reforma del artículo 27 constitucional en México (diciembre 1991) resulta ilustrativa de este campo es desarrollo. El debate previo y posterior a su adopción por el legislativo, aunque no ha sido muy profundo, ha girado en torno a la necesidad de adecuar las normas a las prácticas, y las prácticas a las nuevas condiciones.

El redimensionamiento de las políticas sociales en el Estado neoliberal ha llevado al apareamiento de nuevas formas de intervención, que entre otros efectos, demandan una readecuación del estatuto organizativo y legal de los actores del desarrollo. Antiguas estructuras sociales ya no garantizan seguridad en el acceso a los recursos públicos, porque no ofrecen las condiciones de rentabilidad exigidas por las dinámicas del mercado; tampoco las formas tradicionales de intermediación son sostenibles; el mismo aparato establecido para redistribuir los mínimos de bienestar, ha sido incapaz para detener el crecimiento acelerado de la pobreza.

Todos están en la agenda de la modernización, que se cumplirá, tarde o temprano, por la vía de la reforma legal; mientras tanto, ya se están induciendo al margen de la normatividad, las condiciones que buscan provocar la emergencia de una trama de relaciones constitutiva del nuevo orden¹⁴.

d. El servicio que hasta ahora ha prestado la exploración de la intersección normasprácticas en el campo de las costumbres indígenas, no constituye desde luego una aportación teórica; ni siquiera resuelve todos los problemas metodológicos que podría plantearse una antropología jurídica. Sin embargo, nos ha permitido establecer una estrategia transdisciplinaria de construcción de problemáticas sobre fenómenos signados por su transitoriedad, y mal comprendidos por nuestras tradiciones académicas.

VI. Consideraciones finales

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

Como toda reivindicación de un sector social en el seno del Estado, ésta tiene un carácter eminentemente político: implica una disputa (y una forma de disputa) que excede los límites de una cuestión de doctrina o técnica jurídica, que —por tanto— no se resuelve en sí misma (esto es, en la reforma

¹⁴ Tal el caso de las dinámicas organizativas inducidas por el Programa Nacional de Solidaridad (México) y en particular por su versión indigenista: el Programa Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 1991-1995 (INI).

legal), sino en una variación de la correlación de las fuerzas sociales, asunto que, a su vez, atañe no solamente a los sujetos indígenas, sino al conjunto de la sociedad compuesta y opuesta en pueblos y en clases. Esta demanda indígena tal como se viene desarrollando actúa a su vez en el interior de un proceso más general, del que provienen sus condiciones objetivas y que está caracterizado por la opresión interna y la dominación internacional.

Todas las exploraciones analíticas sobre el derecho consuetudinario o la costumbre jurídica (como quiera que se desee llamar a este fenómeno) pueden ser válidas a condición de que se inscriban en el contexto de las luchas actuales de los pueblos indios; que se comprendan éstas (y la cuestión de los diversos derechos) como una forma de la contradicción que las define dialécticamente y que atraviesa todos los procesos sociales; y siempre que vayan más allá del mero reflejo de la conciencia espontánea de estos pueblos, expresada en la retórica de sus dirigentes y en las declaraciones programáticas de las organizaciones, para avanzar al establecimiento de las condiciones objetivas que las explican y en virtud de las cuales pueden o deben desarrollarse con un sentido estratégico.

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

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