

LA COSTUMBRE JURÍDICA INDIA COMO SISTEMA DE DERECHO

Carlos Durand Alcántara
Universidad de Chapingo, México

1. Introducción.

Por primera ocasión en sus resolutivos de 1994 la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas¹ reconoció que las prácticas jurídicas de los pueblos indios del mundo, **constituyen sistemas de derecho**. Al respecto el Artículo Cuarto de la Futura Declaración Universal de Derechos de los pueblos indígenas establece: "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, **así como sus sistemas jurídicos (...)**".

Esta nueva adecuación de los derechos indígenas advierte, contrario sensu a los fines de la globalización, que el Estado postmoderno capitalista reconocerá la existencia de diversos sistemas de derecho que confluyen conjuntamente con el hegemónico, a lo que algunos autores han denominado como el pluralismo jurídico, sin embargo habrá que cuestionar ¿en qué medida dentro de su mismo territorio la soberanía del Estado permitirá la aplicación -eficaz- de diversos sistemas de

• Durand Alcántara, Carlos, Profesor – Investigador, Universidad autónoma de Chapingo, México.

¹ Nos referimos a la 46ª sesión de la subcomisión de lucha contra las medidas Discriminatorias y de protección de las minorías y conforme al informe del Grupo de Trabajo sobre las poblaciones indígenas E/CN.4/Sub.2/1994/2/add.1, 20 de abril de 1994.

Desde sus inicios la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U. que fuera presidida por el distinguido jurista Abjorn Eide orientó la adecuación del derecho indígena como costumbre, Cf. Borrador de la Declaración de los Derechos Indígenas del año de 1985 y las subsecuentes reelaboraciones del documento hasta el año de 1993.

derecho?²; en este caso los que corresponden a los pueblos indios. Es evidente que en el fondo de este debate subyace un problema de poder.

De esta manera, constituye un reto para los científicos sociales, para el movimiento indio y sus intelectuales orgánicos establecer los argumentos que con suficiencia expliquen esta nueva adecuación de los "otros sistemas de derecho" y su viabilidad en el mundo postmoderno, aspecto que de alguna manera contribuirá al fortalecimiento del marco conceptual de la futura Declaración de los Derechos Indios, por parte de la Asamblea General de la ONU.

2. El Sujeto social indígena y la aplicación de sus sistemas de derecho.

¿Quiénes son los sujetos sociales indígenas, comunidades, pueblos y naciones indias a quienes corresponde esta nueva adecuación sistemática de sus derechos?. Tradicionalmente lo indio-indígena se ha explicado con relación a los habitantes originarios de América y sus descendientes, sin embargo, esta categoría - llamémosle descriptiva (lo indio)- guarda una connotación mucho más amplia, que lo propiamente americano, así bajo una concepción universal la ONU señala:

"Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquéllos que (...), se consideran a sí mismos diferentes de otros sectores de la población (...). Por el momento ellos no son parte de los sectores dominantes de la sociedad y están decididos firmemente a mantener sus territorios ancestrales y su identidad étnica".³

² Para Jean Carbonier la coexistencia de un derecho estatal y otros derechos no puede ser sino una alusión. Esta coexistencia no responde sino a un pluralismo jurídico por sobrevivencia, Cf. Carbonier, Jean, *Sociologie Juridique*. PUF, París, 1978, pp. 210-214, Cit. González Galván, *Derecho Indígena*. México, 1996, p. 10.

³ Human Rights Internet, for the record. Indigenous Peoples and Slavery in the United Nations. *A special report of two working groups of the human rights*. Sub-Comission, Ottawa, August, 1991, p. 6.

Conforme a esta concepción los "pueblos indígenas" se encuentran en los cinco continentes⁴ y en más de 75 países. Así los "ainu" y "barakumin" de Japón, los "dai", "miao", "yi", "yugur", "kirguiz" -entre otros- de China.⁵ Los "adivasi" de la India,- los "papúas", los "dayak", los "penán" y los "aetas" en Asia suroriental, los "pigmeos batak" y "twa" de Ruanda e inclusive, los aborígenes de Australia o los "inuit" de Alaska, Canadá y Groenlandia, son indígenas. La otrora vieja concepción de reconocer a lo "indio" como lo americano hoy carece de fundamento. Los "casi mil", pueblos de América, no representan tan sólo sino una cuarta parte de la población indígena del mundo. Así, el 90% de la diversidad cultural en el mundo se debe a los pueblos indígenas. Más o menos 250 millones de personas, es decir, el 4% de la población mundial, pertenecen a uno de los grupos indígenas sobrevivientes.⁶

3. Hacia una adecuación epistemológica del Derecho Indígena.

Siguiendo a Werner Krawietz⁷ concebimos que en la teoría general del

⁴ Como enunciado el término indígena se incorporó en el año de 1762 en el Dictionaire del' Académie Française; el que al respecto señala "Indigene. Subst' l se dit des natural de un pays"; Cf. Alcides Reissner, *El Indio en los Diccionarios*, Ed. INI, México, 1980.

⁵ Cf. Dai Cha fou, *Las Nacionalidades en China: Demografía y Política*, en Etnias de Oriente y Occidente, CONACULTA, México, 1991, pp. 79-92.

⁶ Sin embargo, según un estudio del Massachusetts Institute of Technology (MIT) en la próxima generación desaparecerá la mitad de los 600 idiomas que actualmente se hablan en el planeta, 3000 lenguas están marcadas para morir, porque ya ningún niño las habla. Nada más en Papua Nueva Guinea, se hablan 800 diferentes idiomas, en Indonesia aproximadamente 240, en toda África más de 800. Según el MIT, solamente 300 lenguas de este tesoro lingüístico tendrán un cierto futuro. Eso es un desastre para la humanidad. Porque con cada idioma que desaparece, se diluye una cultura local y perdemos un mundo. Nociones filosóficas y religiosas irremplazables y generaciones de conocimiento sobre la vida en la tierra se pierden. Cf. Fabig Heike y Verheyen, Luc., Inheemsens. In de Uvvrlijn van de ontwikkeling, De Wereld Morgen. Maandblad voor Internationale Verstandhouding en Ontwikkelingssamen working, Bruselas, 1993 (29), núm. 5, p. 4.

⁷ KRAWIETZ, Zum Paradigmenwchsel im Juristischen Methodenstreit, en, del mismo autor, Kazimierz Opalek y otros (comps) *Argumentation and Hermeneutik in der Jurisprudenciz*, Berlin, 1979, pp, II 3-152 y 181.

Derecho existe una nueva visión metodológica, epistemológica y paradigmática del Derecho, la que acude en buena medida a una **interpretación sociológica del Derecho**, y que surge como una crítica a la dogmática jurídica, cuyo fundamento es el de la comprensión de los fenómenos jurídicos a partir de la praxis jurídica.

La discusión central de este ensayo se ubica en intentar explicar el significado peculiar que adquieren las relaciones jurídicas que se desarrollan en el medio indígena, y si a partir de esto es viable reconocer al Derecho consuetudinario indio como un "sistema legal".⁸ Una Segunda fundamentación radica en ubicar la existencia de formaciones sociales en las que subyace un modelo pluralista de derecho.

La construcción epistemológica de los sistemas de derecho indígena, forma parte de un conjunto de categorías más amplias como lo son entre otras, la cosmovisión y la cultura de los pueblos indígenas, las que a su vez nos permiten reconocer la identidad grupal que subyace en cada uno de ellos.

De esta manera, al identificar al sistema de derecho indígena es indispensable adecuarlo en el medio sociocultural en que se conoce y aplica.

⁸ Para fundamentar el concepto de sistema legal recogemos a la escuela contemporánea del derecho francés la cual define que: "Cada derecho constituye de hecho un sistema, emplea un cierto vocabulario, correspondiente a ciertos conceptos; agrupa las reglas en ciertas técnicas para formular las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; está ligado a una cierta concepción del orden social, que determina el modo de ampliación y la función misma del derecho". Si bien dentro de los marcos estructural-funcionalista, esta categorización nos permite acercarnos a la delimitación de nuestro objeto de estudio. Cf. David, René y Camille Jauffret, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1988, p. 20.

Las investigaciones acerca de los sistemas normativos jurídico-indígenas, es decir, la explicación integral del conjunto de reglas, principios, normas, acciones, procedimientos y órganos ejecutores- del derecho indígena, no han alcanzado su plena madurez.

Entre los esfuerzos más significativos se encuentran: la escuela holandesa de derecho consuetudinario, la que propuso la creación de la Commission on Folk-Law and Legal Pluralism. Entre los trabajos de esta escuela destacan: John Griffiths, et al., *Anthropology of law in the Netherlands. Essays on Legal Pluralism* (1986). En la escuela anglófona, los trabajos de Laura Nader, *The Anthropological Study of Law* (1965), y *On Studys the Ethnography of Law and its Consequences*. En Asia, *Asia Indigenous-Law*, de M. Chiba (1986); sobre el derecho consuetudinario africano, *Ideas and Procedures in African Customary Law*, de Max Glukman; En Francia, los trabajos en esta área se desarrollan principalmente en el Laboratoire de Anthropologie Juridique dirigido por Michel Alliot y Ettiene Leroy y en el Centre Droit et culturef (1977), dirigido por Raymond Verdier. En Australia, los trabajos de Irene O'Connell. En América Latina los trabajos de Rodolfo Stavenhagen; en Guatemala las investigaciones del Dr. Rolando López Godínez y finalmente en México, los trabajos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, encabezados por el Dr. Jorge Alberto González G. y la Universidad de Chapingo a través del Doctorado de Sociología Rural, correspondientes al Proyecto de Pueblos indios.

3.1. Algunos argumentos metodológicos para la comprensión de los sistemas de derecho indígena.

A nuestro parecer, el tratadista del fenómeno en cuestión cuenta con tres fundamentaciones metodológicas:

- a) La del marxismo que se fundamenta en el "formen" (modo de producción) y sus respectivas relaciones de producción,

las cuales interaccionan con una superestructura históricamente determinada;

b) La estructural-funcionalista que interpreta a la naturaleza de los fenómenos culturales como funciones organizadas en instituciones y dirigidas por lo general a la resolución de una determinada necesidad particular. Bajo esta óptica, el sistema de derecho indígena pretende mantener el "orden social y la unidad del grupo"; y

c) El enfoque simbólico, que se sustenta en la idea de las prácticas jurídicas como símbolos que generalmente contienen un significado que nos lleva a áreas más allá de las prácticas. Consecuentemente las confrontaciones son símbolos que expresan la jerarquía social y la cosmovisión, de alguna etnia en particular.

Nuestro objeto de estudio se ubica en los márgenes de la Teoría General del Derecho y del Estado, así como en el campo de la Antropología (y dentro de ésta la etnología) y, desde luego, de la Sociología Jurídica. De esta manera advertimos un enfoque transdisciplinario del estudio del sistema de derecho indígena).

Con todas las dificultades que ello representa, dado el objeto de estudio planteado, procuraremos construir una visión que ambiciosamente llamaremos "holística", en la que es relevante la categoría de cultura, circunstancia que nos ubica en el marco de la antropología jurídica y de la sociología jurídica.

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

El estudio de las normatividades indígenas no puede ser elaborado bajo patrones positivistas o "cientifistas", conforme a los cuales la norma

jurídica es explicada solamente como un poder hegemónico del Estado o como una transición evolutiva de la costumbre en norma.

Los procesos sociales concretos que se efectúan en los pueblos indígenas permiten constatar que los sistemas jurídicos existen como fenómeno concreto, constituyendo un aspecto relevante en la regulación de la reproducción social de dichos pueblos, y cuyos fundamentos radican en su cultura, que está diferenciada de los referentes occidentales.

Al dimensionar a la normatividad jurídica india, como un sistema perse, es pertinente intentar la búsqueda de aquellas regularidades que probablemente lo expliquen, estableciendo algunas de las categorías con las cuales sería dable acercarnos a su significado. Al respecto encontramos cinco categorías, a saber:

- a) Las sociedades simples;
- b) Las relaciones de propiedad;
- c) La autoridad como órgano aplicador del derecho;
- d) El lenguaje;
- e) El parentesco.

Conceptos que explicaremos de manera analítica, intentando no perder la visión de conjunto del fenómeno en cuestión.

A) "Sociedades simples" y pueblos indios.

La sociedad simple es el espacio territorial en que adquiere eficacia y validez (si bien en ocasiones relativas) la aplicación de la normatividad indígena.

La sociedad simple no supone una comunidad autocontenida y autárquica por fuera del crecimiento capitalista, sino más bien la existencia de poblaciones indígenas que en mayor o menor medida interactúan con la sociedad compleja y en cuyas áreas territoriales

existen derechos consuetudinarios⁹ que solamente son aplicados y reconocidos en sus demarcaciones.

Originalmente estas sociedades simples provienen de las formas "primitivas" que históricamente dieron paso al desarrollo de la sociedad humana. Lewis Morgan, en el marco de la antropología evolucionista, explicó los desarrollos de estas sociedades, aspecto retomado por Carlos Marx, no sólo en sus obras clásicas que aludieron al modo de producción comunista primitivo, sino a la crítica del esquema de las "formen" (Grundrisse)¹⁰ en el que el propio Marx reconoció problemas críticos de la evolución histórica, ubicando diversidad de comunidades primitivas que se transformaron de manera heterogénea hacia formas distintas de Estado y de sociedades de clase, profundizando sus estudios en lo que denominó como modo de producción asiático.

En los Grundrisse, Karl Marx refiere: "El hombre no se individualiza sino a través del proceso de la historia. En el origen, aparece como un ser genérico, un ser tribal, es una comunidad de sangre, de lengua, de costumbre y debe existir previamente para que el individuo se apropie las condiciones objetivas de la "vida".¹¹ En Latinoamérica las sociedades simples son la base de las etnias. La etnia constituye una unidad territorial con espacios internamente delimitados y jerarquizados: barrios o secciones, parajes, sitios. La etnia como tal se rige por una serie de principios de autogestión y un relativo igualitarismo que conlleva a una forma muy específica de practicar la democracia. La etnia tiende a regular en su interior todos los aspectos de la vida social, económica, cultural y religiosa. Incluida la tierra en

⁹ El manejo del término costumbre jurídica indígena no representa una simple cuestión semántica, sino que va más allá, en el sentido de reconocer el perfil histórico de los sistemas de derecho indígenas, los cuales no pueden ser dimensionados al margen de su consuetudinarietà, la que se ha venido reinterpretando en el tiempo.

¹⁰ Cf. MARX, Carlos. Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858, Siglo XXI Editores, 13ª ed., México, 1984.

¹¹ Il Grundrisse, Op. cit., p. 12.

esa regulación su distribución y su uso son sancionados por la comunidad, pues ésta da y quita con apego a ciertas leyes internas.

B) Las relaciones de propiedad indígena.

Las relaciones de propiedad comprendidas como la expresión jurídica de las relaciones de producción que históricamente han desarrollado las etnias para satisfacer sus necesidades e interaccionarse con los demás sectores y clases sociales de la sociedad metodológicamente no se pueden separar, en el estudio de los sistemas de derecho indígena de su matriz socioeconómica, dadas las particularidades que integran a dicho derecho.

La normatividad jurídica de los pueblos indígenas se enlaza a las formas de apropiación social del medio, así como a su reproducción social y cosmovisión existiendo diversas interpretaciones culturales acordes a cada una de las etnias existentes en el mundo, planteado de esta manera; el estudio de los sistemas de derecho indígena adquiere validez el entendido epistemológico de totalidad, al observar la pertinencia de fenómenos que se entrelazan y explican de manera global.

Los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas se fundamentan en un reconocimiento tácito (en lo interno) de las relaciones de propiedad, las que se manifiestan en dos niveles:

a) **La propiedad comunal** del espacio físico (la tierra) que se regula a través de un "estatuto comunal" (de tradición oral) y que puede ser aprovechado por toda la comunidad (aguas, bosques, fauna, etc.), y

b) **La propiedad familiar** que se finca en el parentesco y que alude al medio de producción, los instrumentos de trabajo, los árboles plantados, los animales domésticos, etc.

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

Si bien con lo anterior reconocemos la hipótesis de que los pueblos indios son poseedores de "culturas jurídicas propias", que ordenan, conforme a su propia identidad, las relaciones sociales de producción y de propiedad, es importante precisar que los sistemas jurídicos indígenas no constituyen un orden aislado "puro", sino compenetrado por otras diversas relaciones históricas (económicas, jurídicas, políticas, religiosas, lingüísticas), así como con el sistema jurídico del bloque dominante.

Más bien el aserto de reconocer la existencia de los sistemas jurídicos consuetudinarios se ubica en los márgenes del concepto de autonomía relativa, que explicaría la pervivencia de los sistemas de derecho indígenas en el interactuar de dos sociedades y con la hegemonía de una de éstas.

Las relaciones comunitarias de propiedad, organización social y parentesco y sus formas de reproducción social son la matriz de experiencias donde se reproduce e interactúan los multicitados sistemas de derecho indígenas.

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

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

La identidad cultural de la etnia permite reconocer otras categorías significativas, como son el parentesco, el lenguaje, la religión, etc., elementos coadyuvatorios en la comprensión del derecho indígena. Al

referirse a la integración de estas categorías y a la costumbre india, Mario Rizo menciona:

"El derecho consuetudinario no por los orígenes diversos que manifiesten sus normas debe considerarse como una amalgama informe e inconexa de sentidos, al contrario la eficacia que en tanto derecho tienen dichas normas, es expresión de un proceso de organización analógica propia, que en el plano cultural, ideológico o semiótico, realiza la comunidad basándose en lo que ella misma va definiendo como sus intereses básicos, materiales e inmateriales".¹²

C) El poder y la autoridad en los pueblos indígenas.

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

Al situarse en el estudio de las sociedades más remotas, Clastres precisa:

"...los estudios de campo sobre la sociedad primitiva, la sociedad sin estado, muestran que, al contrario, la primera división no es la división de grupos sociales opuestos, entre ricos y pobres, explotadores y explotados, sino que la que sirve de base a todas las demás divisiones es la que existe **entre los que mandan y los que obedecen, porque lo fundamental es la división de la sociedad entre los que ejercen el poder y los que están sometidos a él**".¹³

Sostenemos la hipótesis de que es falso suponer la idea de que toda la costumbre jurídica evolucionó, hasta convertirse en norma jurídica,

¹² Rizo, Mario. Consideraciones acerca del ordenamiento consuetudinario en comunidades indígenas de las Regiones Autónomas del Atlántico Norte, en IV Taller de Antropología Centroamericana, Managua, Nicaragua 16-18 de abril de 1991, p. 10.

¹³ 13 Anty-mytes, Pierre Clastres entrevistado, en Civilización, septiembre 1984, México, p. 207 (subrayado nuestro).

como así sostiene de alguna manera la concepción positivista del derecho, más bien existió una ruptura histórica que determinó el cambio en la naturaleza jurídica de dicho derecho, de una tradición normativa que se fincó en la reciprocidad y en la oralidad se transitó a una normatividad de las hegemonías, superviviendo "marginamente" el derecho indígena. En otras palabras, se transformó también el sentido de autoridad prevaleciente.

El ejercicio de la autoridad que regula y aplica al derecho indígena se ubica en dos esferas, una que lo dimensiona en los márgenes de la etnia y aquél que lo interacciona con la autoridad hegemónica (la del bloque dominante).

C.1) ¿Existe una legitimación consensual de la autoridad indígena?

La aplicación del derecho indígena y su eficacia se origina en el supuesto de una aceptación de la autoridad que **se basa en un conjunto de intercambios recíprocos**. A diferencia del poder de clase, el sentido de autoridad de las comunidades y de algunas etnias surge de una aceptación recíproca en la que sus miembros reconocen que cualquiera de ellos ulteriormente podrá formar parte de la estructura que aplicará al derecho indígena. Quizás en buena parte, este **sentido de reciprocidad es uno de los elementos que ha permitido mantener, con mayor o menor fuerza, a las autoridades indígenas** de algunas etnias del mundo. Sin embargo, el estudio del poder en una región determinada amerita adecuar el análisis del equilibrio precario entre los sistemas políticos indígenas y la penetración del capital, cuyo epicentro radica en el desconocimiento del fuero de dichas autoridades. Insistiríamos entonces en el problema de la hegemonía y que en la actualidad para algunos estudiosos, el fortalecimiento de estas autoridades indígenas radicaría en el reconocimiento de la autonomía política de estos pueblos.

Aunque no sólo es a partir de las relaciones recíprocas - que si bien elemento preponderante -, en el que se cristaliza el sentido de autoridad, existen otros elementos como el parentesco, la lengua, la identidad, etc., en otras palabras la cultura que da cohesión al grupo, a efecto de que quien ejerce y administre el derecho indígena se encuentre plenamente identificado por quienes lo admiten y secundan. Y que quienes lo ejerzan, constituyan el conducto que relaciona a la etnia con el "exterior".

Por otro lado, es indudable que la intensificación de la división del trabajo ha determinado que el sentido de poder y autoridad se "deshable" en formas ya no propiamente tradicionales, en la que aparecen "cacicazgos", terratenientes o simplemente formas recreadas por el poder del Estado, que no corresponden a la trayectoria cultural indígena.

Pero esta disimilitud de poderes nos lleva necesariamente a perfilar que las concepciones con las que actúa el poder hegemónico y la autoridad tradicional se encuentran contenidas por disposiciones valorativas diferenciadas, así por ejemplo, mientras diversos pueblos indígenas procuran conciliar el interés social, el Estado Nacional aplica, con órganos especializados, la "justicia" a quien así mejor lo demuestre, dándose el absurdo de no reconocer la verdad real, sino la "verdad jurídica", como por ejemplo las que se originaron en los títulos coloniales que legitimaron el despojo agrario de millones de indígenas en todo el mundo.

Sin embargo, habrá que revalorar el sentido coactivo que aplica la autoridad indígena por cuanto que en su accionar observamos contradicciones interétnicas que en ocasiones dan un sentido de fuerza para quien aplica el derecho indígena.

En otros casos, las estructuras políticas de las que depende el derecho indígena pueden variar no solamente de una región a otra, sino incluso,

dentro de una misma etnia pueden subsistir micropoderes que a su vez recreen diversos derechos indígenas, aspectos que a la posteridad podrán debidamente ser explicados por la etnografía que se apoye en el estudio de caso. Sin embargo, nuestra fundamentación teórica es la de apuntalar el reconocimiento de un sentido de autoridad indígena que no necesariamente - aunque en ocasiones se alterne con la del Estado- subsiste "per se" teniendo como marco legitimador a las relaciones de reciprocidad interétnicas.

D) Lenguaje y derecho indio.

En la práctica jurídica india, que parte del principio de oralidad, los mecanismos del lenguaje–discurso¹⁴ adquieren un especial significado. El manejo de esta categoría, más que adecuarse a partir de contenidos de tipo axiomático procura interaccionarse en el análisis del discurso, ubicando la lógica que subyace entre el "modelo" de administración legal de los pueblos referidos y su respectiva operativización. Hasta ahora los estudios sobre la materia son precarios. Para no caer en

¹⁴ Como concepto genérico de discurso recojo la definición de Charadeau quien señala que: "El discurso no debe ser asimilado a la manifestación verbal del lenguaje que aún si domina en el conjunto de las manifestaciones del lenguaje, corresponde a determinado código semiológico (verbal), es decir a un código gestual (lenguaje del gesto) o el código icónico (lenguaje de la imagen). El discurso está más acá (o más allá) de los códigos de manifestación de lenguaje en el sentido de que es el lugar de la puesta en escena de la significación, la cual puede emplear, para sus propios fines, uno o muchos códigos semiológicos".
Reconocemos que el lenguaje, entendido como discurso, juega un papel primordial, no sólo en el ámbito del derecho indio, sino como un núcleo organizador de la identidad étnica que da vida a la cosmovisión de los pueblos indios.
Charadeau, Patrick, Centre d'Analyse du discours, Université de Paris XIII, Una teoría de los sujetos del lenguaje, en Discurso, UNAM 1980, p. 23.

planteamientos simplistas haré una breve descripción de algunos aspectos que analizan el fenómeno.

Rainer Enrique Hamel advierte:

"La investigación sociolingüística reciente sobre los grupos indígenas mexicanos revela el rol específico que juega la lengua indígena y, sobre todo, su estructuración discursiva, en una serie de eventos y actividades claves para la orientación sociocultural de las comunidades autóctonas: procesos de trabajo colectivo, faenas, asambleas, conciliaciones, ritos religiosos, el ejercicio de la autoridad y del poder en diversos contextos, etc. En todas estas instancias aparecen elementos, de las costumbres jurídicas propias de las etnias. Pero quizás en pocos eventos la estrecha relación entre el derecho consuetudinario y su organización discursiva se revela con mayor claridad que en las conciliaciones".¹⁵

En los estudios de Collier, que se enmarcan en la resolución de conflictos (zinacantecos México) se ha propuesto retomar el concepto de Barkwun, entendiendo al lenguaje (jurídico) como una ley para conducir y resolver conflictos. Aspecto complejo si reclamamos a los códigos (jurídicos-semiológicos) como múltiples y diversificados, con lo cual al ser básicamente oral la aplicación de esta normatividad nos llevaría a recapacitar sobre cuáles son los márgenes de dicha "ley". La tarea del investigador sociolingüístico tendría que relacionarse más bien con los fenómenos que interaccionan a la "racionalidad india" (su cultura) con el órgano que particularmente vía lenguaje jurídico-indio, aplica y hace eficaz dicho discurso. Como son, por ejemplo, en América Latina las asambleas, los consejos de ancianos, los tatamandones, los principales, las mayordomías, los gobernadores tradicionales, los consejos supremos, etc.

Por otro lado tenemos que la eficacia y cumplimiento de la norma india guarda un sentido de concreción que no es factible se desprenda de los

¹⁵ 15 Rainer, Enrique Hamel. Costumbre jurídica, y lenguaje, en América Indígena, N° 25, p. 20.

códigos lingüísticos acordes con la realidad india.

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

Para Santiago Nino la simple formulación de normas utilizando el lenguaje hace que se encuentren limitadas por el problema "de ser aplicadas con vaguedad, ambigüedad e imprecisión, por cuanto que el sentido de las palabras no sea unívoco".¹⁶

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

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

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

2.- Estructuras y estrategias discursivas: lenguajes especializados vs. cotidianos, estrategias verbales, técnicas de argumentación y narración, patrones de interacción verbal, etc.

3.- Estructuras y formas lingüísticas: selección y uso de las lenguas, cambio de códigos, préstamos, variación interna de cada lengua, etc."¹⁷

E) Parentesco y derecho indio.

¹⁶ Nino, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 246.

¹⁷ Hamel, Reiner. OP.cit.,p. 21

La quinta y última categoría significativa que se enlaza al estudio del derecho consuetudinario de los pueblos indios es el sistema de parentesco.

A tal efecto me apego a la concepción que sostiene Rodolfo Stavenhagen, el cual sostiene:

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

También tienen función de normar los sistemas de herencia y transmisión de la riqueza. En ocasiones, el funcionamiento de estos sistemas de parentesco entra en contradicción con el sistema jurídico nacional. Por ejemplo muchas sociedades son poligámicas, y las diferentes mujeres de un jefe de familia desempeñan papeles específicos en la estructura familiar. Sin embargo, la legislación civil de los estados no reconoce la poligamia y eso puede crear serios problemas para la estabilidad de la familia, la posición de los hijos, la transmisión de bienes en herencia, y la posición social o el estatus del hombre en la comunidad"¹⁸

Las relaciones parentales constituyen el eje de las relaciones de producción, de manera tal, que las costumbres cotidianas de las familias indígenas significan el elemento primigenio de simbolización y vida ritual indígena.

La finalidad de la familia nuclear o en extenso y consecuentemente del barrio (dijeran algunos antropólogos del linaje), es la de subsistencia y reproducción.

Para ello establecen una normatividad -jurídica- que plantea "equilibrios" al interior del núcleo familiar. Para dar paso a la satisfacción de las necesidades materiales, es preciso delimitar una

¹⁸ Stavenhagen, Rodolfo. Derecho indígena y derechos humanos, Ed. El Colegio de México, México, 1988, p. 100

estructura jerarquizada entre quienes organizan-guían y quienes son organizados.

De esta manera surgen una serie de derechos y obligaciones que sin encontrarse consignados en texto alguno recrean la vida y consecuentemente las relaciones sociales de la familia.

El principio que guía esta costumbre familiar se expresa como relaciones de reciprocidad en la que cada uno de sus miembros brinda determinada actividad al interior del núcleo, lo que le da cohesión y presencia. Los indios sostienen como valor fundamental al trabajo que se desempeña dentro del núcleo familiar y a la solidaridad entre sus miembros.

El incumplimiento en algunas de las actividades que corresponde a cada uno de los indígenas puede llevar a plantear controversia ante las autoridades tradicionales o, incluso, ante la agencia representativa gubernamental.

La organización de la estructura familiar se finca en el respeto a los mayores o padres, quienes son los que establecen el accionar del núcleo familiar.

Conclusiones.

Es posible, desde la Teoría General del Derecho y de la Antropología, establecer el estudio sistematizado de la antropología jurídica, disciplina que se encarga del estudio del conjunto de sistemas de derecho indígena que históricamente han regulado las relaciones sociales de esos pueblos.

En su ámbito más general, esta nueva disciplina - la Antropología Jurídica- se refiere al perfil del ser humano ante la norma jurídica, partiendo del criterio de diversidad cultural históricamente desarrollado

por los pueblos, advirtiendo de esta manera, la existencia de diversidad de formas legales y extralegales que las regulan.

En particular, las generalidades de la Antropología Jurídica que fundamentan al derecho indígena, derivan de la cultura de cada pueblo, en donde sobresalen el parentesco, la cosmovisión, el lenguaje y las relaciones de reciprocidad que se fincan en la tierra, no sólo como un simple medio de producción, sino como un vínculo necesario para la reproducción global de la etnia.

El derecho indígena, si bien es múltiple, complejo e histórico, existe como un conjunto de sistemas de regulación jurídica que se diferencian de los sistemas hegemónicos de derecho. Las estructuras y el procedimiento en que se fincan los sistemas de derecho indígena, lo sustentan como una normativización ad hoc a la racionalidad indígena, por cuanto que es eficaz en su aplicación al ajustarse a los patrones culturales de cada etnia. Las nuevas definiciones democráticas en que se finque la, postmodernidad deberán de advertir la necesidad del reconocimiento de los derechos indígenas, así como de sus órganos aplicadores, de dichos sistemas de derecho.