

Milka Castro Lucic

Editora

**Los Puentes entre la
Antropología y el Derecho.**

**Orientaciones desde la
Antropología Jurídica**

Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad

Facultad de Derecho

Universidad de Chile

1ª Edición: 2014.

Diseño y Preparación Editorial: Gemma Rojas Roncagliolo.

Diseño de Portada: Gráfica LOM

ISBN: 978-956-353-756-7.

Registro de Propiedad Intelectual: 239.879.

Impresión: Gráfica LOM

Concha y Toro 25, Santiago

Fono: (56-2) 2 672 22 36

Fax: (56-2) 2 673 09 15

Edita: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Impreso en Santiago de Chile

**Los Puentes entre
la Antropología y el Derecho.**

**Orientaciones desde la
Antropología Jurídica**

PRÓLOGO

La antropología jurídica posee una larga e interesante historia en países de otras latitudes, sin embargo, solo en las últimas décadas ha comenzado a ser conocida en el cono sur de Latinoamérica. El libro que presentamos es resultado, en parte, de un Taller realizado el año 2009 en Santiago de Chile, para debatir desde miradas interdisciplinarias -antropología y derecho- sobre la antropología jurídica, y pretende ser una contribución para forjar y consolidar ese camino, conocer su historia, marcos teóricos y metodológicos, y por sobre todo sus desafíos. La citada reunión, que contó con el auspicio de la Fundación Ford, congregó a un grupo de especialistas de las ciencias sociales y jurídicas, miembros de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), invitados por el Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, dirigido por la editora del presente libro, y tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Asistieron Jane Collier, Esther Sánchez, Diego Iturralde, Carlos Federico Marés y Raquel Yrigoyen. Nos propusimos debatir sobre tres temas: a) La definición de la antropología jurídica: ¿Es una disciplina que permite un análisis más completo de los fenómenos jurídicos? ¿Es una subdisciplina de las ciencias antropológicas? ¿Es un replanteamiento de la Antropología Social? ¿O es una especialidad del Derecho?; 2. Especificidad teórica, metodológica y conceptual. 3. Temas de interés en América: demandas de los pueblos indígenas por un reconocimiento de sus derechos ancestrales, derechos consuetudinarios, formas de entender la justicia, conflictos interétnicos, entre otros.

Este libro contiene cuatro aproximaciones diferentes a la antropología jurídica. En la primera parte, los trabajos de Milka Castro Lucic y Antonino Colajanni, ofrecen una revisión de su historia. Milka Castro Lucic, realiza una exploración general acerca de los precursores de la antropología jurídica, con una recopilación de algunos antecedentes relativos a los objeti-

vos que guiaban los estudios etnológicos de los juristas del siglo XIX, cimienta sobre el que se alzaría la ciencia antropológica. Desde esta perspectiva, se hace referencia a las tradiciones anglosajona, francesa y latinoamericana, aclarando que también en países de Asia, África y Oceanía existen interesantes estudios en el campo de la antropología jurídica. Luego se presentan algunos aportes y discusiones que han tenido lugar al interior de la antropología consolidada como tal sobre lo jurídico, y en especial sobre el estudio del derecho indígena. Finalmente se abordan las principales problemáticas que requieren su atención: la territorialidad, y su importancia para el ejercicio de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Se plantea que aun cuando está explícitamente reconocido este derecho en los instrumentos jurídicos internacionales (reconocimiento al derecho de conservar y reforzar sus instituciones y territorios), las estructuras comunitarias y sus territorios continúan siendo esquilados por regulaciones que emanan del derecho positivo. Admitiendo que en la tradición latinoamericana es escasa la referencia a estudios y aportes provenientes de países eurolatinos, el escrito de Antonino Colajanni constituye una interesante contribución al conocimiento de la historia de la antropología jurídica en Italia que, como ha sido un común denominador de la antropología, tuvo sus raíces en el trabajo realizado por especialistas del derecho. Una considerable cantidad de juristas, autónomamente o en colaboración con investigadores sociales, dedicaron su tiempo y sus reflexiones a los aspectos sociales y culturales de la fenomenología jurídica. La etnografía jurídica, la descripción y el análisis de materiales de observación de comportamientos concretos, ha producido un corpus empírico cuya presencia estimuló las discusiones generales sobre los temas clásicos de la relación entre derecho y sociedad. Colajanni releva el aporte de connotados especialistas del derecho que desde la etnología jurídica han analizado las causas de la formación, transformación y disolución de las instituciones jurídicas en otras sociedades y épocas históricas. Como consecuencia de las empresas coloniales italianas en África -a partir de las primeras décadas del siglo XX en Libia y desde 1936 en Etiopía-, surgie-

ron estudios antropológicos sobre fenómenos jurídicos. En los años sesenta, cuando se institucionaliza la carrera de antropología en Italia, se traducen las obras de los clásicos anglosajones sobre antropología y derecho, y surgen los primeros antropólogos italianos que se ocuparían de la antropología jurídica, de cuestiones teóricas y metodológicas, del derecho consuetudinario y de los derechos humanos en África y América.

En una segunda parte, Ignasi Terradas, Jane Collier y Esther Sánchez, abordan temas conceptuales y metodológicos. Terradas inicia su contribución sosteniendo que la Antropología Jurídica, más que una especialidad, es el replanteamiento de la Antropología Social, paralelo al Parentesco, con intersecciones entre ambos. En base al trabajo de Max Gluckman, *Costumbre y Conflicto en África*, plantea que la costumbre que se enfrenta de un modo u otro a un conflicto, lo hace siguiendo las pautas propias de un procedimiento judicial, al menos las más básicas. Destaca tres aspectos que suelen darse en las costumbres que reconocemos como derecho consuetudinario: la lógica de la norma, la perspectiva del realismo casuístico, y la moral. Como conclusión propone que el replanteamiento del estudio de las costumbres jurídicas (o de derecho consuetudinario), se debe ver ante los conflictos que tratan de contener, paliar o superar. El artículo de Jane Collier aborda el método del estudio de casos como herramienta útil para analizar los conflictos. Expone cuatro métodos para recoger la historia de casos problemáticos, señalando las ventajas y desventajas de cada método sobre la base de su investigación etnográfica del sistema legal de Zinacantán, un municipio indígena maya en las tierras altas de Chiapas, México. Siendo que cada método ofrece diferentes perspectivas, propone "siempre considerar utilizar tantos de estos como pareciera ser práctico". El estudio de casos se debe complementar con censos, información etnográfica o del contexto histórico de los casos. Para la autora, el método de estudio de casos no es un fin en sí mismo; los casos se recogen para suministrar datos que respondan a preguntas de investigación más amplias, como los intentos por descubrir las leyes de

un "pueblo", para comparar cómo los jueces razonan, para graficar cambios históricos, para analizar procesos políticos y sistemas de estratificación, para documentar pluralismo jurídico o para mostrar interacciones entre regímenes políticos. Esther Sánchez, plantea que el saber de la antropología permite reconocer la presencia de referentes cognitivos del derecho, y que la antropología jurídica representa un campo especializado. Alude a los presupuestos epistemológicos y metodología de la antropología jurídica, y propone que esta es un campo especializado de la antropología cultural. Desarrolla su tesis en base a estudios sobre los pueblos indígenas de Colombia. En sus palabras "la particularidad de esta especialidad es indagar el orden jurídico en una sociedad, pero concretamente como variable de la cultura". El derecho, conjunto de normas establecidas como obligatorias para ser cumplidas por los miembros de un grupo, representa un componente de la cultura. Propone que los estudios propios de la antropología jurídica deben abordar el derecho de las naciones, de los grupos urbanos, de las guerrillas, de los pueblos étnica y culturalmente distintos, de los grupos particulares de la sociedad (como los niños, las mujeres, los homosexuales, los jefes o los subalternos en las relaciones laborales, entre muchos otros). La autora luego de proponer una caracterización de lo que sería "el ámbito propiamente de la justicia" enfatiza en los métodos para identificar de lo jurídico en la vida cotidiana y en la necesidad de la interconexión entre las ciencias sociales.

A continuación, María Teresa Sierra, Victoria Chenaut, Sarela Paz, Morita Carrasco y Sébastien Grammond analizan materias que han alcanzado un gran interés en las relaciones multiculturales, como reformas legales, género y derechos, Estado plurinacional, justicia integral e identidad. María Teresa Sierra aborda el tema de las reformas legales orientadas a reconocer derechos indígenas en México bajo la lógica de un multiculturalismo neoliberal que reconoce derechos acotados sin generar cambios en la estructura de la relación de los pueblos indígenas y el Estado nacional. Presenta resultados de una investigación colectiva en diferentes regiones indígenas en México en la que se compararon las modali-

dades que asumen las justicias indígenas dentro y fuera del reconocimiento oficial. Señala que existe actualmente una "crisis de gobernabilidad, endurecimiento del Estado y luz verde a políticas neoliberales extractivas" presionando sobre las instituciones y territorios indígenas, situación que ha generado respuestas indígenas que disputan la legalidad instituida y los modelos de autoridad, justicia y seguridad desde las prácticas sociales, apelando a discursos globalizados de derechos colectivos y de identidad étnica. En su análisis de las reformas multiculturales en México en uno de los ámbitos sociales centrales de la vida de los pueblos indígenas -el campo de la justicia y el ejercicio de la autoridad-, aborda formas concretas en las que se actualiza la relación del Estado con los pueblos indígenas en el contexto actual de globalización neoliberal. Destaca dos momentos para abordar esta relación: uno, de reformas legales estatales después del 2001, caracterizado por un pluralismo jurídico aditivo y por políticas neoindigenistas que apelan a un discurso multicultural neoliberal; y otro, el momento actual de franco retroceso para los derechos colectivos y de nuevas tensiones con las organizaciones indígenas, que parece significar el fin del reconocimiento. Victoria Chenaut alude a la creciente relevancia que ha adquirido el género como categoría de análisis de los procesos jurídicos en sociedades multiculturales. Derecho y género se encuentran insertos en dinámicas históricas y de poder, por lo que gran parte de los conflictos presentan como punto de partida una concepción de las relaciones y roles de género que son cuestionados, reivindicados o negociados por los actores sociales. La autora muestra un panorama general acerca de algunos de los temas que se han trabajado sobre género y justicia en México desde la perspectiva de la antropología jurídica, ambos articulados e imbricados en situaciones de interlegalidad. En una primera parte discute brevemente los aportes de Laura Nader y Jane F. Collier, pioneras en los estudios de antropología jurídica y género en México; luego presenta una breve descripción del sistema jurídico, y a continuación muestra algunos aspectos de la situación de las mujeres indígenas ante el derecho, de acuerdo a investigaciones realizadas a partir de la década de 1990.

Finalmente, discute no solo el uso que las mujeres indígenas realizan del derecho, sino también algunos de los cuestionamientos que realizan mujeres que pertenecen a organizaciones indígenas acerca del derecho (tanto indígena como estatal), mostrando de esta manera una visión crítica sobre el derecho y el género en sociedades multiculturales. Sarela Paz examina los retos para avanzar hacia nuevas formas de Estado, especialmente en la reflexión sobre la forma política del Estado Plurinacional. Ello significa no contemplar solo los postulados de este, sino también entender que el desarrollo del pluralismo jurídico compromete la dimensión institucional del Estado moderno y los planteamientos del naciente Estado Plurinacional en la región andina. En su abordaje sobre los diversos caminos del pluralismo jurídico y el Estado plurinacional alude a los lineamientos generales que produjeron un pluralismo jurídico basado en el horizonte de la coexistencia de sistemas jurídicos y cómo dichos fundamentos están siendo transformados por los cambios constitucionales que propone un Estado Plurinacional. Estos cambios muestran que el pluralismo jurídico ya no es solamente aquella práctica jurídica que se fundamenta en la coexistencia, en el reconocimiento de dos sistemas jurídicos que tienen ámbitos definidos de jurisprudencia, sino también es una cancha jurídica sujeta a la interpretación intercultural. En la base y fundamento del Estado plurinacional se encuentra el autogobierno como principio de la libre determinación que, como señala la autora, "se expresa en las diferentes formas y modalidades que tienen los pueblos para tomar decisiones, para controlar su territorio, para imaginar proyectos de buen vivir que están ligados a su horizonte cultural". Morita Carrasco propone que en el actual escenario de reconocimiento de Derechos de los Pueblos Indígenas, la colaboración entre las ciencias sociales -especialmente la antropología- y las ciencias jurídicas es un factor clave para la concreción de esos derechos. En el trabajo que presenta aborda las relaciones entre la antropología y el derecho en términos de los obstáculos que impiden el cruce de sus fronteras. Enfatiza -con ejemplos de su trabajo de campo- los aportes que puede efectuar la antropología como ciencia empírica. La etnografía, señala,

"es una herramienta útil para que los operadores del derecho alcancen un conocimiento complejo de las circunstancias en que las personas se vinculan con el delito, así como los reclamos que se hacen a la justicia ante la violación de derechos reconocidos". La importancia de un diálogo genuino entre la antropología y el derecho dará paso a una "justicia integral", desplazando los esquemas cognitivos de una disciplina a la otra. Destaca la importancia de la coordinación entre las jurisdicciones especiales indígenas y el sistema judicial nacional. En sus palabras: "Comprender de manera integral la lógica de ejecutar la función de administrar justicia desde la cosmovisión y las prácticas internas nos permite dilucidar un ejercicio de vida común y de armonía distinto a nuestra comprensión occidental". Sébastien Grammond aborda, para el caso canadiense, la interesante problemática de la apropiación de la identidad indígena por parte del derecho, es decir, de las normas jurídicas que pretenden definir quién puede ser considerado *indígena*. Sostiene que han sido las reglas de la legislación federal las que han definido el "estatus de indio", así como las normas adoptadas por los mismos pueblos indígenas, sean los "códigos de pertenencia" de las *primeras naciones*, la "costumbre" inuit o las reglas que se han dado los grupos Mestizos. Adoptar definiciones jurídicas del estatus de indígena supone una cierta concepción de aquello que constituye la identidad indígena en el "mundo real". La pregunta que se hace el autor, y que desarrolla en la primera parte, es si existe compatibilidad entre las definiciones jurídicas y el estado actual del conocimiento en las ciencias sociales respecto al sujeto de la identidad étnica, y en particular la identidad indígena; advierte que mientras el derecho es a menudo visto como una construcción intelectual abstracta, las ciencias sociales abren al jurista la puerta del "verdadero mundo", de la realidad social. Grammond sostiene que lo que hace que una persona sea indígena es que participa en una red de relaciones de ayuda mutua y de reciprocidad basado en las relaciones de parentesco. Por último, propone que sería conveniente evaluar si existen diferencias entre la identidad jurídica y la identidad sociológica, de otro modo se podría constituir en una fuente de injusticia.

En la parte final, Carlos Frederico Marés, Cristóbal Carmona y Diego Iturralde se refieren a los desafíos para avanzar en el diálogo entre la antropología y el derecho. Marés inicia su artículo con una situación de conflicto que hoy comparte y moviliza a muchos pueblos indígenas. Analiza la idea de que la ley constituye una invención, un acuerdo creado en un pequeño centro de poder. Respecto del territorio plantea que los Estados nacionales latinoamericanos han ejercido soberanía sobre los territorios de los pueblos indígenas; en sus palabras: "es casi imposible conocer y estudiar los derechos nacionales latinoamericanos sin tratar la cuestión indígena. Esta es una característica determinante de los sistemas jurídicos de América Latina, que desde hace mucho tiempo mantienen un velado conflicto con los pueblos originarios del continente y que a fines del siglo XX han comenzado a incluir sus derechos colectivos como excepcionales, pero marcadamente existentes". Sostiene que la antropología y el derecho deben trabajar juntos, aunque es posible que sea más difícil para el abogado o el juez comprender que la realidad no necesariamente debe adecuarse a las leyes legítimamente elaboradas dentro del Estado de derecho. En este marco, el autor ofrece un análisis concreto de la realidad latinoamericana, su multiculturalidad en confrontación con los sistemas jurídicos nacionales que, aunque propios de cada país, tienen una única fuente y lógica. Propone que la antropología jurídica es una encrucijada donde el jurista y el antropólogo aportan sus métodos y conocimientos, superando así la vieja división de tareas que impuso la ciencia moderna. Cristóbal Carmona analiza la relación de la antropología con el derecho y el etnocentrismo en el momento de su génesis formal en el siglo XIX. La antropología, para el autor, nace directamente subordinada al derecho. Para ello analiza el debate entre dos juristas británicos, Henry Maine y John Austin; el primero -considerado como uno de los padres de la antropología- criticaba a Austin porque sus concepciones legales no se ajustaban ni representaban las que operan en sociedades distintas a la occidental. Carmona sostiene que la antropología nació con el imperativo prácti-

co de aportar información a los respectivos gobiernos coloniales para la mejor adecuación de sus sistemas a las peculiaridades de cada pueblo colonizado. Luego, tomando como ejemplo la pericia antropológica, sostiene que la antropología sigue cumpliendo una función similar a la desempeñada en el colonialismo decimonónico. Admite que existen formas de relación posible entre derecho y antropología, las que, sin pretender escapar a la estructura hegemónica que rige las relaciones interétnicas, contribuirían a lograr mayor justicia en las relaciones interculturales. Propone una "redefinición" de la misma *antropología*, en donde antes que afán epistemológico la guíe un afán de justicia, pero también un desarmar y armar el derecho en torno a una inclusión ética de la diversidad. Diego Iturralde señala que en los pasados veinte años se ha extendido un método de investigación que ha combinado estrategias metodológicas y analíticas de las ciencias jurídicas y de la antropología social sobre temas relacionados con el acceso y disfrute de derechos -reivindicaciones de derechos específicos de los pueblos, el "derecho a un derecho" y la justicia propia-. Es a estas investigaciones y análisis que "se las viene denominando, en términos disciplinarios, antropología jurídica". El autor señala que la "interacción entre el derecho y la vida social, que comprende a ambos como productos culturales, los cuales, en las sociedades simples, tienden a confundirse entre sí, mientras que en las sociedades complejas se diferencian, dando origen a una zona de intersección en la cual es posible identificar puntos de tensión entre las normas legales -de carácter general- y las prácticas culturales -de carácter específico- de cada segmento de la sociedad". Propone establecer el objeto de estudio como una intersección. El artículo ofrece -en el contexto del desarrollo de la antropología jurídica- una revisión de los enfoques de investigación que se han utilizado en derechos humanos. Finalmente se hace una reflexión sobre los resultados de la utilización de las estrategias de investigación de la antropología jurídica en el campo de los derechos humanos.

Para finalizar, quisiera expresar mis agradecimientos a las personas que colaboraron en la edición de este libro. En primer lugar, agradecer a la Dra. Gemma Rojas Roncagliolo, por el profesionalismo y dedicación con que abordó el diseño y la preparación editorial de la obra que se presenta, y a quienes de alguna manera contribuyeron con esta publicación: Paulina Araya, Montserrat Castro, Pablo Huenteleo, Daniel Poblete, Francisca Roncagliolo, Pablo Rubio y Juan Vergara. Un agradecimiento especial a las y los colegas que han aportado los trabajos que en este libro presentamos, pues constituyen importantes aportes para avanzar en el conocimiento del desarrollo de la antropología jurídica, tanto en nuestros países latinoamericanos, como en otras latitudes.

Milka Castro Lucic, editora

Santiago de Chile, febrero de 2014

LOS PUENTES ENTRE EL DERECHO Y LA ANTROPOLOGÍA

Milka Castro Lucic

Introducción

Si bien existe una copiosa y meritoria bibliografía sobre la historia de la antropología jurídica y sobre su desarrollo teórico, conceptual y metodológico en varios países -principalmente de Europa y América del Norte-, en Latinoamérica, con excepción de México, el conocimiento y desarrollo de esta disciplina es incipiente. En el presente documento, mostraré un panorama general que motive al lector a adentrarse en este dominio de la antropología vinculado a temas urgentes en América Latina, como es el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Desde que el hombre se arraigó sobre la tierra han existido instituciones. Al agruparse en asociaciones y sociedades, los individuos fueron creando órdenes jurídicos que regularían y conciliarían sus relaciones, es decir, fueron creando derecho. Este fue el campo abordado por los juristas del siglo XIX, reconocidos como protoantropólogos, y por los primeros antropólogos. En su interés por conocer al "otro" en la diversidad y alteridad, se introdujeron a través del trabajo de campo en otras sociedades recogiendo datos sobre autoridades, sistemas de poder y formas legales; centraron su interés en la identificación de las normas jurídicas y los principios que regulaban y orientaban la organización de los pueblos estudiados. La información heredada es contundente en tiempos y lugares

distintos, de modo que hoy se dispone de una nutrida plataforma de información que demuestra la vinculación de las teorías y métodos de la antropología con contribuciones provenientes del campo del derecho.

En la historia del acercamiento entre el derecho y la antropología destacaré dos momentos que tienen similitudes: el primero se produjo durante el colonialismo y la expansión del capitalismo en Europa entre los siglos XVIII y XIX, en el periodo en que los intereses de las grandes potencias se volcaron sobre los pueblos que aún permanecían fuera de su campo de influencia. Utilizando diversos mecanismos de integración económica, social, jurídica y cultural, impusieron una amplia gama de tácticas de expropiación de sus territorios y recursos naturales. El segundo momento acontecerá un siglo después, cuando tres acontecimientos mediarían para que especialistas del derecho y la antropología de América Latina reavivasen su interés por el cruce de sus fronteras, en las postrimerías del siglo XX. Estos fueron: a) la expansión de la economía-mundo capitalista, que toma la ruta de la mercantilización de aquellos recursos naturales emplazados en territorios indígenas, enfrentando diversas formas y grados de resistencia por parte de los pueblos afectados, justificada por un desdibujado y debilitado poder estatal dispuesto a ceder poder político ante los requerimientos y presión de las agencias multinacionales; b) la emergencia y robustecimiento del movimiento indígena y la consolidación de sus organizaciones; y c) las transformaciones de los marcos jurídicos internacionales y nacionales -reformas constitucionales y legislación especial-, con un manifiesto propósito de iniciar una nueva relación con los *pueblos* indígenas sobre la base del reconocimiento de sus derechos¹.

Hoy ha caído el telón que cubría la existencia o persistencia de una diversidad cultural conformada por aproximadamente 5.000 pueblos que conservan más de 4.000 lenguas en el mundo. Su extinción había sido tempranamente presagiada por las ideas evolucionistas de transformación, progreso, desarrollo o modernización de todas las sociedades. Contribuyó también a esta negación un imaginario esencialista que escondió al

indio que vivía en el mestizo o el campesino, ocultando la raíz indígena presente en estas categorías. Todo apuntaba a presagiar su desaparición. Consecuentes con aquel pensamiento, durante gran parte del siglo XX, antropólogos y abogados manifestaron escaso interés por los estudios antropológico-jurídicos sobre los pueblos indígenas. Solo a finales del siglo, cuando emergen las movilizaciones indígenas demandando de los Estados nacionales el reconocimiento de sus *derechos ancestrales*, se vuelve la mirada hacia los puentes entre la antropología y el derecho; estas disciplinas volverían a cruzar sus caminos.

Me parece importante llamar la atención sobre dos hechos sustanciales que constituyen tareas y desafíos para la antropología jurídica. Por un lado, desde una mirada pretérita, durante el siglo XIX hubo una extraordinaria producción conceptual, teórica, metodológica de lo que podemos llamar la *protoantropología jurídica*, que conformaría el cimiento de la propia antropología. Por otro, los Estados han acordado efectuar cambios radicales en sus cuerpos normativos, con el objetivo de avanzar hacia el reconocimiento de la pluralidad jurídica y cultural, que admita el ejercicio de los sistemas jurídicos y políticos de los pueblos indígenas, en el marco de sus derechos fundamentales. No obstante esta favorable situación, el mayor desafío que se enfrenta es generar un cambio real de mentalidad para construir nuevas relaciones entre los pueblos originarios -que otrora fueron llamados *primitivos* y como tales sentenciados a sucumbir en el camino hacia a la civilización- y los Estados modernos de Occidente, los mismos que provocaran el desmembramiento y mutilación de sus derechos como resultado de siglos de subordinación al derecho positivo y sometimiento a múltiples y persistentes estrategias de aculturación.

En este escrito revisaré la historia de la antropología jurídica, sus precursores, los legados que propiciaron su surgimiento como disciplina, y los desafíos que enfrenta en América Latina. En la primera parte se elabora una revisión histórica acerca de la emergencia de la antropología jurídica a partir de una recopilación de antecedentes sobre el interés que guía-

ba los estudios etnológicos de los juristas del siglo XIX, cimiento -como señalara- sobre el que se alzaría la ciencia antropológica. Puesto que esta revisión hará referencia a las tradiciones anglosajona, francesa y latinoamericana, debo señalar que también en países de Asia, África y Oceanía existen importantes aportes de antigua tradición². Luego se presentan, sin pretensión de exhaustividad, dos temas: uno sobre algunos aportes y discusiones que han tenido lugar al interior de la antropología consolidada como tal sobre lo jurídico, y en especial sobre el estudio del derecho indígena; y para finalizar, me referiré al contexto en el que hoy se desarrolla la antropología jurídica en Latinoamérica, caracterizado por graves conflictos por la recuperación de los territorios de los pueblos indígenas. Aun cuando están explícitamente reconocidos como uno de sus derechos humanos fundamentales en los instrumentos jurídicos internacionales (derecho de conservar, reforzar y reconocer sus instituciones y territorios), sus estructuras comunitarias y sus territorios continúan siendo esquilmos por regulaciones que emanan del derecho positivo³.

Emergencia de los vínculos entre el Derecho y la Antropología

El período seminal para la institucionalización de la Antropología como ciencia termina en la segunda mitad del siglo XIX. Es copiosa la literatura que, de forma creciente, versa sobre el análisis de los vínculos entre el derecho y la antropología, cuya raíz se encuentra en el siglo XIX, cuando connotados intelectuales y científicos optaron por la búsqueda de una visión humanística y cultural del derecho, empujando a estas disciplinas a cruzar sus fronteras (Kuppe y Potz, 1995). En la gestación de la antropología es hoy innegable el aporte del derecho, vinculado a la inquietud de juristas marcados por el pensamiento del evolucionismo clásico como Henry Maine en Inglaterra, Lewis Henry Morgan en Estados Unidos, Jacob Bachofen en Suiza, Friedrich Carl von Savigny, Albert Hermann Post y Joseph Kohler en Alemania, Richard Thurnwald en Austria, y John F. McLennan en Escocia. Asimismo, existe consenso entre diversos espe-

cialistas en que los practicantes de la antropología en sus primeros años, fueron juristas de formación (Mair, 1965; Rouland, 1988; Kuppe y Potz, 1995; Collier, 1995; Shott, 1995; Marzal, 1996; Krotz, 2002; Korsbaek, 2002 y 2004; Poole, 2006; Le Roy, 2007; Iturralde, 2008). Más atrás en el tiempo, se ha reconocido como el primer precursor de la antropología jurídica a Charles-Louis de Secondat, barón de la Brède et de Montesquieu (1689-1755), jurista y filósofo, para quien la ley era uno de los componentes del sistema sociopolítico que estaba fuertemente vinculado a su funcionamiento, y que era propia de cada sociedad, cada tiempo y cada lugar, estableciendo así una estrecha relación entre ley y sociedad. No estuvo de acuerdo, por tanto, con la posibilidad de transferir un derecho de una sociedad a otra. Montesquieu, por su reconocimiento de la diversidad del derecho, podría ser considerado como el primer antropólogo, pero también como el primer *antropólogo legal* del período moderno (Evans-Pritchard, 1987; Rouland, 1994).

A finales del siglo XVIII, como reacción al racionalismo ilustrado y el clasicismo, nace en Inglaterra el Romanticismo, un movimiento cultural que se extiende a Alemania y Francia, y desde estos centros se propaga por Europa. Con su elogio de la historia y la tradición, y la valoración de lo diferente, de los sentimientos y de la cultura de cada pueblo, este movimiento penetró en el Derecho, considerado entonces como parte de la cultura y por tanto sometido a todas las fuerzas del cambio que intervienen en la evolución cultural. Otra idea clave para el Romanticismo, el *espíritu del pueblo*, tendría también influencia en la construcción teórica de los primeros antropólogos que asignaron valor a la alteridad, y en la idea de cultura como materialización del espíritu de los pueblos. Se sostenía que como resultado de su propia historia, las comunidades se particularizan por atributos propios. Estos dos aspectos de la escuela romántica -la valoración de la historia y la existencia del *espíritu del pueblo*- se incorporaron al campo de lo jurídico con la corriente del Historicismo Jurídico, más comúnmente conocida con el nombre de Escuela Histórica

del Derecho, surgida como reacción a los intentos de universalizar el Derecho Civil abstracto del Código Napoleónico que colisionaba con el derecho que practicaban los pueblos colonizados, con sus "costumbres largamente establecidas y con disposiciones particulares sobre la propiedad, la herencia, la organización y la autoridad familiar, la solución de conflictos, las sanciones sociales, etcétera, y chocaba tanto más brutalmente cuanto más tradicional y menos burguesa, es decir más campesina, era la sociedad" (Palerm, 1981: 149). Fue con la Escuela Histórica del Derecho que se dio inicio al estudio sistemático del *derecho consuetudinario*, valorizando el pasado histórico de los ordenamientos jurídicos, y el espíritu popular y la costumbre como fuente de todo derecho en lugar de la ley. Este movimiento, que también se conoce como Romanticismo Jurídico, tuvo como precursor al jurista alemán Gustav von Hugo (1764-1844), siendo sus figuras más sobresalientes los juristas alemanes Friedrich Karl von Savigny (1779-1861)⁴ y Georg Friedrich Puchta (1778-1846). El derecho se concebía unido indisolublemente con el lenguaje, las costumbres y la cultura, bases de la nación.

Entre los pensadores evolucionistas y románticos que se proponían explicar la trayectoria histórica de la humanidad fue clave la figura de Savigny, a quien se debe situar en una época en que el sistema jurídico de Alemania estaba integrado, al mismo tiempo, por soluciones inspiradas en el derecho germánico, el derecho feudal, el derecho canónico y el derecho romano, reconociéndose además diversas fuentes, no siempre compatibles⁵. Al derecho germánico, que se caracterizaba por la "preeminencia de la costumbre como fuente del Derecho, el primitivismo de sus instituciones, la concepción asociativa y colectivista, y el privilegio tribal" (Merello, 1996: 75), se oponía el derecho romano individualista y universalista, defensor de la propiedad privada, el contrato y la potestad individual. En la práctica, se vivía un tipo de *pluralismo jurídico*⁶, donde la diversidad de fuentes jurídicas generaba múltiples tensiones al ofrecer soluciones contradictorias a las mismas cuestiones (Morelli, 2005). Savigny sostenía que el derecho era un componente de la cultura como lo era el

arte y el lenguaje, y era también parte de una época, por tanto, para conocer el derecho vigente se requería necesariamente conocer su historia y sus transformaciones a través del tiempo. El derecho, al nacer del pueblo mismo, no puede ser impuesto desde el exterior: causó controversias esta idea de que la creación del derecho proviene de fuerzas inmanentes al pueblo, del *espíritu del pueblo* (*Volkgeist*), y de que su legitimación se encuentra en la historia y no en la arbitrariedad de un legislador. Pese a que se atribuye a Herder el haber acuñado la idea de *espíritu del pueblo*, Savigny hizo suyo este concepto que estaba en boga en la atmósfera intelectual de la época, adaptándolo a su propia especulación acerca del origen y la naturaleza del Derecho (Contreras, 2001). El derecho *consuetudinario* de un pueblo, decía Savigny, surge de la repetición constante de actos, es la consecuencia y la manifestación externa de una *regla jurídica invisible*, porque nace *en la conciencia*, de acuerdo a principios, valores y convicciones. También se pregunta cómo identificar esa regla: "¿a través de qué medios podemos por tanto reconocerla? La reconocemos en la medida en que se manifiesta en acciones externas y se exterioriza en forma de costumbres, usos, prácticas. En la uniformidad de una pauta de conducta duradera y continuada reconocemos su raíz común y opuesta al mero azar..."⁷. Su idea de identificar al derecho como un conjunto de instituciones jurídicas que vive en la conciencia colectiva del pueblo⁸, le lleva a proponer una metodología basada en la jurisprudencia histórica, íntimamente ligada con las costumbres (Savigny, 2004). Su obra iba en el sentido de la construcción del pensamiento antropológico evolucionista que propondría la valoración de las instituciones, consideradas estas como producto de experiencias anteriores y conocimientos heredados: "Cada individuo (es) al mismo tiempo (...) miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado. Cada período e historia de un pueblo (es) como la continuación y desarrollo de las edades pasadas" (Savigny et al, 1908: 13)⁹. A Savigny se le atribuye una postura relativista al sostener que las pautas jurídicas proceden de la forma de vida de un pueblo, de su contexto histórico, social y cultural.

La antropología heredará del Romanticismo alemán la palabra *cultura* (*Kultur*), que en su uso más habitual designaba precisamente el *espíritu de un pueblo* determinado, bajo la convicción de que las naciones estaban dotadas de un alma colectiva, consecuencia de su historia (Delgado, 1998). Esta idea de *espíritu del pueblo* fue incorporada por antropólogos culturalistas como Ruth Benedict, Gregory Bateson, Ralph Linton, Margaret Mead y Abraham Kardiner en sus estudios sobre cultura y personalidad, sustentados en la existencia de modelos inconscientes de las culturas como determinantes de las conductas de los individuos. Enorme importancia tuvo también la concepción de un *espíritu del pueblo* que se manifiesta en la cultura, en el pensamiento de Ferdinand Tönnies, sociólogo alemán que propuso crear una síntesis que vinculara el romanticismo y el racionalismo. Su famosa dicotomía *comunidad y sociedad* (*Gemeinschaft y Gesellschaft*) integradas en un modelo que explica la evolución de la sociedad tradicional a una sociedad moderna, tuvo sus raíces, como él mismo señala:

(...) en la importante contradicción existente -en Alemania- entre el modo racionalista de pensar y la escuela histórica, que al final se resolvió en favor de ésta última. Este dualismo destaca, sobre todo, en la filosofía del derecho, y ha dado lugar al abandono total de todo aquello, que en el terreno del derecho puede derivarse de la razón o que, precisamente y de manera justificada, de la razón de un legislador. De ahí que, en cambio, haya conducido a un más alto precio del derecho consuetudinario como configuración normal del espíritu popular. Durante años he reflexionado a fondo acerca de esos conceptos, sobre todo a partir del pequeño libro de Savigny: De la profesión para legislar en nuestro tiempo y la ciencia del derecho. Después me familiaricé con el escrito mundialmente conocido de Sir Henry Maine, Ancient Law (Tönnies, 1986: 1).

La arquitectura conceptual de Tönnies influyó en la teoría dicotómica del *continuum folk-urbano* de Robert Redfield, abogado y antropólogo, que explica la evolución de una sociedad *folk* hacia una sociedad moder-

na a partir de la distinción entre sociedades basadas en el *status*, en derechos y deberes asignados en el seno familiar, y sociedades basadas en el *contrato*, ideas planteadas anteriormente por Maine y Morgan¹⁰.

Otro sobresaliente jurista, clásico de la historia de la antropología, Henry Maine (1822-1888) fue magistrado, reconocido como historiador de la jurisprudencia, y fue además gobernador británico de la India. Se ha sostenido que fueron sus obras *Ancient Law* (1893), *Early History of Institutions* (1875) y *Early Law and Custom* (1883) las que verdaderamente crearon la *Antropología Jurídica* (Rouland, 1988). *Ancient Law* (1861) se convirtió en fuente de gran parte de las teorías antropológicas sobre cambio social, evolución y desarrollo. Maine propuso como hipótesis que lo que hoy es el derecho habría surgido en las *sociedades primitivas* pasando por diferentes estados de desarrollo a medida que las sociedades se volvían más complejas (Rouland, 1988). Kuper sintetiza la contribución de Maine en el siguiente párrafo:

(...) el concepto de la historia de Maine consideraba originariamente al hombre como un miembro dependiente de un grupo familiar corporativo conducido por un patriarca despótico. Más tarde, el poder patriarcal y su consecuencia, la agnación, proporcionó las bases para asociaciones más amplias. Posteriormente, estas comunidades fueron adoptando personas abandonadas o extraviadas, y el principio de agnación se fue diluyendo dando lugar a que las asociaciones locales se constituyeran en las bases organizativas de la vida social. Finalmente, las sociedades basadas en el parentesco fueron reemplazadas por sociedades basadas en el Estado. Esta transición de la sangre al territorio, del estatus al contrato, era la mayor revolución en la historia de la humanidad (Kuper, 1989: 24-25).

Maine fue uno de los fundadores del *método comparativo* y abrió la perspectiva para el análisis político de la antropología; propuso que el parentesco constituía el principio básico de la organización de las sociedades primitivas y la única base posible de establecer una comunidad con

funciones políticas (Fábregas, 2002: 150). Distinguió dos principios sobre el parentesco y el territorio como fundamento de los derechos políticos: el principio central del sistema establecía que no se podían obtener los derechos políticos sino por parentesco real o artificial; y el principio de la habitación del mismo territorio, dotado de una vitalidad superior, era condición de la comunidad de derechos políticos (Maine, 1893). Con Maine la investigación antropológica se extiende más allá del campo de las relaciones de parentesco que parecía dominar la atención de la mayoría de los estudiosos, y mostró que "las agrupaciones sociales con base territorial eran de igual importancia que las parentelas" (Palerm, 1997: 55)¹¹. Su obra *Ancient Law* constituye según Evans-Pritchard un libro que si bien:

(...) está dirigido a personas interesadas en la teoría legal y versa principalmente sobre problemas sumamente técnicos de derecho romano y sus variantes europeas (...), trata estos temas con un alto grado de sistematización y de un modo *comparativo* con el propósito de llegar a afirmaciones generales de tipo sociológico. Versa en su mayor parte sobre estos problemas, en las formas que tuvieron en las sociedades europeas más antiguas que conocemos (...) y es, por tanto interesante para los antropólogos tanto en lo que respecta al método como al tipo de estructura social al que se refieren los diversos problemas. Lo que ha levantado mayor discusión en la teoría antropológica es su interpretación de la agnación y patria potestad (Evans-Pritchard, 1987: 125).

La universalidad que se pretendía reconocer a la agnación, fue "contradicha por hechos etnográficos, puesto que un número considerable de pueblos matrilineales, son cazadores y recolectores" (Evans-Pritchard, 1987: 133). Como señalara en los párrafos precedentes, un importante aporte de Maine fue establecer, a partir de diferencias legales entre sociedades primitivas y modernas, la tipología *status* y *contrato*. Demostró que las relaciones entre las personas en la sociedad antigua estaban determinadas por su categoría o status, y las modernas por el contrato. Esta

tipología inspiraría los estudios de Morgan, pero también influyó en la sociología francesa y alemana, como en los casos de Durkheim y Tönnies con la contraposición entre comunidad y sociedad, en los estudios campesinos de Kovalevsky, de Costa¹², y de Robert Redfield. La perspectiva de análisis de Maine tendría un gran impacto en los estudios de comunidades de indígenas y campesinos¹³. En opinión de Balandier, el estudio comparativo de instituciones indoeuropeas de Maine concluye con la existencia de *dos revoluciones* en el devenir de las sociedades: "el pasaje de las sociedades basadas en el status a las sociedades basadas en el contrato; el pasaje de las organizaciones sociales basadas en el parentesco a las organizaciones dependientes de algún otro principio, especialmente en el principio de "contigüidad local", que define las bases de la 'acción política común'" (Balandier, 2005: 77). Sin embargo, en el debate siempre abierto de estas dos vías, la referencia más frecuentemente citada sigue siendo *Ancient Society*, de Lewis Henry Morgan.

Morgan (1818-1881), jurista de formación, sería reconocido como el fundador de la antropología norteamericana. Su gran dedicación por los pueblos llamados primitivos o salvajes se expresa en el estudio de las diferencias entre las sociedades, sentando las bases de la *etnografía*. Se le ha señalado también como pionero de las encuestas de campo. Su interés por la estructura social y organización de los iroqueses lo lleva a publicar el primer tratado científico de etnografía norteamericana, *League of the Ho-dé-no-sau-nee, or Iroquois* (1851, en Bonté e Izard, 1996). Los años siguientes inicia estudios comparativos sobre la institución del parentesco, introduciendo el concepto *sistema de parentesco* en sus obras *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family* (1871), y *Ancient Society* (1877). En esta última plasma la teoría de la evolución de las sociedades, su mayor aporte a la antropología. El afán por incrementar el conocimiento y comprensión de los sistemas de parentesco y la terminología fue clave para comprender la organización de la familia y la estructura de la sociedad. Morgan tuvo la capacidad de interrelacionar las *instituciones* con las prácticas, el desarrollo tecnológico y las formas ju-

rídicas dentro de un proceso histórico universal. Concibió el progreso como el resultado del desarrollo de inventos y descubrimientos, pero también del desarrollo de las instituciones -divididas en gobierno, familia, religión y propiedad-. Sus estudios sobre diversos regímenes de posesión le permitieron demostrar que la regla más antigua de la tenencia de la tierra era la común¹⁴, y también analizar la "posesión histórica de los diversos regímenes de posesión, que abarcan desde la propiedad común de la tierra, hasta la propiedad individual y privada" (Díaz Polanco, 1977: 25). En *Ancient Society*, Morgan describe dos tipos de gobierno diferente, dejando -en opinión de Balandier (2005)- privadas de lo político a un vasto conjunto de sociedades:

El primero, en el tiempo, está fundado en las personas y en las relaciones puramente personales; podría considerarse una sociedad (societas)... El segundo se funda en el territorio y en la propiedad, podría considerarse un Estado (civitas). La sociedad política está organizada en estructuras territoriales, da cuenta de relaciones de propiedad tanto como de las relaciones que el territorio establece con las personas (Morgan, 1877: 11, en Balandier, 2005: 78).

Tanto Maine como Morgan reconocieron la existencia de funciones políticas basadas en el parentesco o en el territorio, y coincidieron en que en su origen la sociedad estuvo fundamentada en las relaciones consanguíneas, y con posterioridad adquirieron importancia las relaciones políticas ligadas al territorio. Fue Morgan quien desde una perspectiva evolucionista propuso la existencia de dos formas de gobierno, una con base en relaciones personales y otra, en el territorio.

Una década clave para la antropología jurídica fue la de los años sesenta del siglo XIX, cuando aparecen simultáneamente dos obras cruciales: *Derecho Materno* (*Das Mutterrecht*, 1861), de Johann Jakob Bachofen, con la que se inaugura la Etnología del parentesco, y en la misma línea vendría más tarde *Primitive Marriage* (1865) de J.F. McLennan. Johann

Jakob Bachofen (1815-1887), abogado suizo, profesor de derecho romano y magistrado, destacó por sus aportes en la línea del parentesco. Ha sido considerado precursor de los análisis de parentesco, creador de los términos *endogamia* y *exogamia*, y observador de ciertas nomenclaturas de tipo clasificatorio que Morgan profundizaría algunos años más tarde de manera magistral (Rouland, 1988). *El Derecho Materno* es conocida como una obra que trata de la historia de la familia, en especial sobre el matriarcado, desde la perspectiva evolucionista¹⁵. Propuso que en el origen de la humanidad se sitúa un orden de relaciones políticas bajo el control de las mujeres. Engels, en su obra *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado* (2006 [1884]), especificaría la importancia del *Derecho Materno* y las cuatro tesis que allí se plantean y que dan origen al estudio de la historia de la institución de la familia¹⁶. En opinión de Marzal, para Bachofen el Derecho Materno correspondía a una de las etapas más primitivas de la humanidad, y por tratarse de una institución arcaica, Bachofen aduce como una de las fuentes de estudio el mito, tema que sería un clásico de la antropología (Marzal, 1996). Los mitos, explica Bachofen, "constituyen la manifestación del modo de pensamiento originario y se muestra como una revelación histórica directa y, en consecuencia, como fuente histórica excepcional de fiabilidad" (Bachofen, 1988: 56-57, en Marzal 1996: 69). Los mitos poseen inercia, por ello no solo sirven para expresar los principios de la civilización que los crea, sino que también pueden preservar en su seno ideologías de civilizaciones anteriores, de las fases más primitivas (Llinares García, 1985).

Otro notable jurista que hemos citado más arriba, John Ferguson McLennan, (1827-1881), abogado escocés, publicó su teoría sobre la historia del matrimonio *Primitive Marriage (El matrimonio primitivo, 1865)*, donde plantea que el origen del matrimonio moderno se tiene que buscar en la vieja costumbre del rapto; de hecho, fue uno de los primeros que estudió su propia cultura contemporánea con la misma metodología que aplicó a los pueblos exóticos. Palerm sostuvo que con McLennan se vuelve al campo del Derecho Comparado (Palerm, 1997):

A McLennan se deben los términos de exogamia y endogamia, aunque su reconstrucción y el origen de estas reglas de matrimonio haya sido descartada. Algunos grupos primitivos que vivían en promiscuidad y en constante guerra con sus vecinos encontraron que la existencia de muchas mujeres constituía una fuente de debilidad. Se dedicaron al infanticidio femenino, llegando así a un estado de carencia de mujeres. Esto condujo a la exogamia obligatoria expresada en el raptó de mujeres de otros grupos, del que quedan supervivencia rituales hasta nuestros días. Por otro lado, al ser la mujer una propiedad valiosa la promiscuidad se convirtió en una forma arcaica de matrimonio poliándrico, que se transformó en poliandria fraternal (...) de ahí en adelante el parentesco no podía ser contado más que por línea femenina (...) Más tarde la mujer se traslada al hogar de los esposos y los hijos pasan a ser reconocidos por los nuevos parientes. En otras palabras la ascendencia patrilineal aparece como resultado de la poliandria fraternal combinada con la patrilocalidad (Palerm, 1997: 57).

En el siglo XIX, como resultado de numerosos estudios etnológicos realizados por los juristas, hubo gran efervescencia en los debates terminológicos, síntoma de lo que sería la Antropología Jurídica: se habló de *Jurisprudencia Comparativa*, *Paleontología Jurídica*, *Arqueología Jurídica*, *Etnología Jurídica* y *Jurisprudencia Etnológica*. En el campo de la jurisprudencia y la etnología, sobresalió la figura del jurista alemán Albert Hermann Post (1839-1895), quien en 1872 publicó el libro sobre derecho comparativo *Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts* (Introducción a la Ciencia del Derecho). Post "se considera a sí mismo fundador de la *Jurisprudencia etnológica*"¹⁷. De acuerdo con Sarfatti, el Derecho Comparado había seguido tres corrientes: a) etnológica e histórico-sociológica; b) filosófica jurídica; y c) jurídico en sentido estricto jurídico-positivista¹⁸. En la corriente etnológica se distinguen dos grupos: uno, de la *Jurisprudencia Etnológica*, representada por Herman Post, Adolf Bastian, J. J. Bachofen, y Giuseppe Mazzarella, quienes sobre la base del estudio de los pueblos primitivos pretenden construir la

historia del derecho. El otro grupo centró su estudio en la *Historia universal del derecho*, con H.S. Maine y J. Kholer. Post se propuso crear una historia universal de las *instituciones jurídicas* utilizando el método comparativo y usando material de todos los pueblos del mundo, y describió la manera como fueron manejadas las infracciones del derecho en los tiempos primitivos: 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'. 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 paz', sin que se apliquen todavía normas fijas -todavía sigue tratándose de 'sentencias instintivas', que 'surgen inmediatamente del inconsciente' -¹⁹.

El estudio de la *Jurisprudencia Etnológica* sobre el Derecho de los pueblos primitivos, se proponía construir en base a "los estados jurídicos primitivos, la prehistoria del desarrollo del Derecho de los países civilizados. La Ciencia del Derecho Comparado, así enfocada, desembocaría luego en la historia universal del Derecho" (Radbruch, 2005: 13). Otra propuesta conceptual provino del jurista italiano Giuseppe Mazzarella (1868-1958). En lugar de *Jurisprudencia Etnológica* propuso el término *Etnología Jurídica* como una "rama de la Etnología, que, mediante el estudio comparado de las costumbres y de las leyes de todos los pueblos desaparecidos o vivos, se propone investigar inductivamente el proceso general del desenvolvimiento de las *ideas* y de las *instituciones jurídicas*, e investigar las causas que las determinan y las leyes según las cuales las mismas obran"(Mazzarella, 1989, en Posada, 1923:137)²⁰.

Esta sucinta revisión de algunos de los principales precursores de la antropología, cuya relectura estimo fundamental para penetrar en las raíces de este campo y dilucidar las relaciones entre la antropología, el derecho, y la antropología jurídica, admite algunas conclusiones: a) la génesis de la antropología es inseparable de los lazos que la ligan al derecho. El

vínculo se instala en el nacimiento mismo de la antropología, cuando algunos juristas se concentraron en el estudio del orden dado por el parentesco, las normas campesinas, el acceso a y herencia de los recursos; b) en la naturaleza de la reflexión en torno al derecho fueron claves los estudios etnográficos y de derecho comparado para el surgimiento de una antropología jurídica; c) las políticas colonialistas atrajeron el interés de especialistas en derecho, por tanto la discusión teórica y conceptual estuvo íntimamente condicionada por hechos históricos que llevaron a relevar especificidades socioculturales y, a partir de ello, los fundamentos de la norma y derecho; d) las teorías y conceptos centrales de la antropología fueron aportados por los estudios del Derecho Comparado; e) hubo un notable interés en conceptos como derecho consuetudinario, instituciones, parentesco, fuentes del derecho y propiedad comunal (territorio); y f) la incipiente antropología del siglo XIX definió como objeto de investigación científica a las sociedades primitivas, instalando una particular concepción de la alteridad.

Por esos años hubo una gran acumulación de estudios históricos de derecho comparado que aportaron importante información sobre diversas formas de organización, de propiedad, de trabajo, y de organización política, de las sociedades antiguas y medievales de Oriente y Occidente. Esta información, utilizada de manera comparativa, contribuyó a comprender aquellas sociedades de Asia, América, África y Oceanía que iban siendo progresivamente "descubiertas" por Europa en el curso de su expansión colonial, y conformaría una base fundamental para el desarrollo de la teoría de la evolución (Godelier, 1981). Las relaciones entre Europa y las sociedades no europeas tuvieron el sello del eurocentrismo y la modernidad, y darían origen a dos mitos fundantes: la idea-imagen de la historia de la civilización humana como una trayectoria que parte de un estado de naturaleza y culmina en Europa, y el mito de que las diferencias entre Europa y las sociedades no europeas eran diferencias de naturaleza (racial) y no de la historia de las estructuras del poder (Quijano, 2000). El mito de las diferencias raciales habría sentado las bases de la eurocéntrica

perspectiva evolucionista, de movimiento y de cambio unilineal y unidireccional de la historia humana, que justificaba las condiciones de vida de una enorme diversidad cultural indígena y no indígena que iba quedando excluida y subordinada al nuevo estilo de desarrollo -o de la llamada "civilización"-, mientras -de otro lado- florecía la revolución industrial y la expansión colonial. Desde el momento en que se erige Occidente como el punto de culminación de la evolución en razón del desarrollo de las artes y la tecnología, la colonización fue legitimada pues disponía por sí misma de una ideología cómoda para justificar la dominación y explotación coloniales. Fue este escenario lo que atrajo el interés de connotados especialistas en derecho para conocer los aspectos legales de las colonias (Le Roy, 2007; Krotz, 2002).

Antropólogos y el estudio de lo jurídico

A estas alturas no es desproporcionado afirmar que la antropología nació más cercana a lo que hoy reconocemos como antropología jurídica. El conocimiento que ha sido legado por los juristas del siglo XIX, en términos generales, corresponde a estudios comparativos que buscaban comprender la naturaleza, origen y evolución de la sociedad humana, bajo el prisma de las características de la civilización y del pensamiento moderno. La antropología jurídica nace del desarrollo singular del derecho comparado (Terradas, 2008b). Cuando la antropología social se distancia del derecho y emprende su propio camino de desarrollo y fragmentación, arrastra cuerpos teóricos, metodológicos y conceptuales surgidos de la cultura jurídica en diferentes tiempos y lugares. La riqueza de áreas de interés propias de la antropología generó en su desarrollo una proliferación de denominaciones, ya sea como una antropología adjetivada a medida que se iba especializando -por ejemplo antropología política, antropología económica, antropología rural, entre otras-; o una antropología *acerca de* -como la antropología de las religiones, antropología del desarrollo, de la educación-. La antropología jurídica y la antropología del

derecho no escaparon a esta necesidad de especialización. Las diversas definiciones que han surgido, en cualquiera de las dos denominaciones, aluden a una parcialidad (área, campo, rama, subcampo, herramienta, disciplina o subdisciplina temática), difuminando el enfoque global e integral propio de la antropología sobre particulares objetos empíricos. Con esta especialización -han sostenido Augé y Colleyn- se ha corrido el "riesgo de condenar el análisis a una especie de cirugía salvaje en dominios concretos -político, sagrado, religioso, artístico- cuando todos ellos son necesariamente interdependientes" (2006: 32). El enfoque integral es necesario cuando se caracteriza el derecho indígena o derecho consuetudinario, y es también condición del enfoque de la antropología jurídica. Se supera así no solo la fragmentación analítica, sino también la visión occidental que pretende aislar esferas que poseen una racionalidad jurídica particular. Lo jurídico se encuentra inmerso en la estructura social y la cultura de los pueblos indígenas; por ello separar los fenómenos jurídicos de otras esferas de la cultura o pretender distinguir los fenómenos jurídicos y morales de los fenómenos religiosos tampoco resultará fácil (Mauss, 1967).

Son muchas las variantes en tiempo y espacio que ha tenido el desarrollo de la antropología jurídica, y claramente se reflejan en los matices de cada tradición: germana, anglosajona, francesa, latinoamericana. Comparativamente, en Latinoamérica el desarrollo es reciente; como se verá más adelante, solo en la década de los ochenta del siglo XX emergen especialistas del derecho y la antropología orientados hacia una antropología jurídica aplicada a temas que se vinculaban fundamentalmente con las demandas del movimiento indígena por derechos propios, y con las denuncias de los impactos que causa la globalización en sus territorios. Expondré sucintamente las orientaciones y sus variantes.

En la tradición anglosajona han sobresalido dos debates. El primero, en torno a una definición de derecho que permitiera distinguir entre ley y costumbre, y con ello determinar si las *sociedades primitivas* tenían de-

rechos como las *sociedades civilizadas*, o si eran meramente *costumbres*, se produjo entre Malinowski y Radcliffe-Brown (Collier, 1995; De la Peña, 2002). Bronislaw Malinowski (1884-1942), fundador de la corriente funcionalista, definió el derecho como parte de un conjunto de procesos sociales que:

(...) gobierna todas las fases de la vida de la tribu, consiste, por lo tanto, en un cuerpo de obligaciones forzosas consideradas como justas por unos y reconocidas como un deber por los otros, cuyo cumplimiento se asegura por un mecanismo específico de reciprocidad y publicidad inherentes a la estructura de la sociedad (...) El derecho es más un aspecto de su vida tribal, un aspecto de su estructura, que un sistema independiente, socialmente completo en sí mismo (Malinowski, 1969: 73-74).

No estaba de acuerdo en la existencia de sociedades sin leyes. Malinowski se aparta del formalismo y la visión positiva del derecho, y sostiene que todas las sociedades tienen derecho. Alfred Radcliffe-Brown (1881-1955)²¹, desde su posición estructural funcionalista planteó, por el contrario, que si bien todas las sociedades pueden tener costumbres y sanciones, no todas tienen derecho; del jurista Roscoe Pound (1870-1964) tomó la definición de *derecho como control social* por medio de la aplicación sistemática de la fuerza de la sociedad políticamente organizada. Posteriormente, se produciría otro debate, esta vez sobre si se debía o no utilizar categorías del derecho occidental en procesos políticos de pueblos no occidentales. Paul Bohannan (1920-2007), antropólogo norteamericano, funcionalista, sostenía que se debían utilizar los conceptos propios de una cultura nativa porque estos reflejan la organización de un sistema legal; en tanto que Max Gluckman (1911-1975), antropólogo sudafricano, estructural funcionalista, afirmaba que una terminología derivada de conceptos jurídicos occidentales facilitaría las comparaciones, y que los mecanismos de resolución de conflictos en sociedades sin Estado eran comparables a los procesos judiciales modernos (Moore, 1969;

Collier, 2004)²². Más adelante, en los años setenta hubo un amplio movimiento centrado en el cambio de enfoque, desde lo normativo a los procesos de resolución de disputas y conflictos²³. Una crítica a este enfoque es que habría pretendido extraer estos procesos de sus contextos, y transformarlos en técnicas aplicables a otras áreas (Sawatsky, 2009). Teresa Sierra y Victoria Chenaut (2002), en un interesante recorrido por las corrientes anglosajonas, resumen la sistematización elaborada por John Comaroff y Simon Roberts (1981) sobre las distintas posiciones aludidas; como se señalara más arriba, estos autores identifican dos paradigmas: el *normativo*, representado por Radcliffe Brown, con énfasis en el conocimiento de las normas, las sanciones y la estructura social, y el *procesual*, vinculado a los postulados de Malinowski, centrado en procesos sociales y jurídicos. Las autoras aclaran que ambos paradigmas fueron posteriormente cuestionados por enfoques que destacaron la importancia de las "dinámicas históricas y relaciones de poder" (Sierra y Chenaut, 2002: 138)²⁴.

El desarrollo del pensamiento de la antropología jurídica francesa, en opinión de Norbert Rouland (1988), ha sido menor comparado con los avances en las tradiciones anglosajona y alemana. Diversos autores han sostenido que fueron dos los factores que motivaron los estudios sobre el derecho en África: el proceso de colonización y la introducción de tribunales europeos (Poirier, 1968; Le Roy, 1978; Verdier, 1981; Braun, 1985; Rouland, 1984, 1988, 1991; Alliot, 1983, en González Galván, 1996). En esta tradición sobresale un conocimiento más sistemático y detallado de las relaciones entre justicia y cultura, y las obras son más sólidas en la argumentación e informadas en la etnología (Terradas, 2008a). Precisamente una primera descripción de los problemas de la antropología jurídica fue publicada en la obra *Ethnologie générale* (1968), coordinada por Jean Poirier, la que contiene tres importantes artículos: "Etnología Jurídica", de Henri Lévy-Bruhl; "Aculturación jurídica" de Michel Alliot; e "Introducción a la etnología del aparato jurídico" de Jean Poirier. A Henri Lévy-Bruhl (1884-1964), se le atribuye el nacimiento de la antropología

jurídica. Este abogado y sociólogo evolucionista pensaba que el estudio de las sociedades *primitivas* permitiría comprender las sociedades modernas. Sus alumnos Michel Alliot y Jean Poirier fructificaron las enseñanzas, abocados principalmente al impacto de la colonización. Alliot, considerado el padre de la antropología jurídica francesa, sería fundador del Laboratorio de Antropología Jurídica de París (1965), bajo la coordinación de Etienne Le Roy. Inspirado en el universo negro africano, Alliot (1983) propuso modelos que relacionaran la concepción de mundo y el derecho, de modo que las instituciones jurídicas debían ser examinadas en el contexto de la sociedad a la que pertenecen; en ellas se encontrará su coherencia pues existen tantas formas de pensar el derecho como formas existen de pensar el mundo. Para Norbert Rouland (1988), la antropología jurídica es un instrumento de diálogo que permite conocer la alteridad del pasado y el presente, de las sociedades tradicionales y modernas, y tener así un mejor conocimiento de la propia sociedad. Louis Assier-Andrieu (1987), atento también a la diversidad de contextos sociales y culturales, reconoce como campo de la antropología jurídica esta diversidad y sus transformaciones, y el *conflicto* como creador de Derecho. La importancia de una antropología jurídica atenta a las sociedades sin Estado y con conflictos radica en que "atiende a los hechos tangibles de la vida social grosso modo, en la cual se expresa, tan claramente como en las fórmulas sabias, un sentido particular de lo justo y de lo injusto, de lo posible y de lo prohibido, de lo que es y de lo que debe ser"²⁵. Assier-Andrieu no está de acuerdo en traducir al lenguaje de Occidente las prácticas que se dan en otras sociedades, ni mucho menos interpretarlas bajo pautas occidentales. Valora el aprendizaje con y de los otros, rehabilitando la *dimensión dialógica* de muchos de los antropólogos de principios del siglo XX (Ramis, 2010).

Tradición latinoamericana

En la tradición latinoamericana, el mayor desarrollo se ha producido en México. Entre muchas publicaciones sobre la historia de la antropología jurídica, dignas de mencionar son las compilaciones de Stavenhagen e Iturralde (1990), Chenaut y Sierra (1995), y Krotz (2002)²⁶. En México, Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia, importantes aportes de profesionales de las ciencias jurídicas y sociales han surgido de estudios en torno al Derecho Indígena, conflictos y relaciones interétnicas, justicia indígena, género, peritaje antropológico, entre otros temas. El mayor desarrollo que ha habido en México es coherente con la historia de la antropología en este país, que desde las primeras décadas del siglo XX fue escenario e inspiración de importantes obras que dejaron su impronta en la tradición antropológica latinoamericana. Entre los años '20 y '70 -a partir del surgimiento del "movimiento indigenista", cuando el *indio* vuelve a hacer noticia- se encuentran las raíces de la reflexión antropológica mexicana (Marzal, 1993). El reencuentro de la antropología y el derecho en Latinoamérica -como disciplinas complementarias- se puede situar en los años '80, década marcada por el fortalecimiento de las organizaciones indígenas y sus demandas, y por el inicio de procesos de reforma constitucional y legal en muchos países que habiendo estado bajo gobiernos de dictaduras militares instalaban la recuperación de la democracia (Iturralde, 2008). El inicio de los estudios de la antropología y el derecho está marcado por la obra publicada por Rodolfo Stavenhagen (1988) *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, que surge en respuesta a la devastadora relación que impusieron los Estados nacionales a los pueblos originarios; como él mismo lo expresa:

(...) la problemática de las poblaciones indígenas no se reduce a carencias de orden material ni al desafío del desarrollo económico y social. Se trata de algo mucho más profundo y complejo: (de) la posibilidad de sobrevivencia (...) como colectividades con identidad étnica

y cultura propias, en el marco de las sociedades nacionales. La violación de los derechos humanos de los grupos indígenas no se manifiesta solamente por las carencias de orden material y los procesos de despojo y explotación de los que son víctimas (...) sino también porque se les ha negado sistemáticamente la posibilidad de poder conservar y desarrollar sus propias culturas (incluyendo lenguas, costumbres, modos de convivencia y formas de organización social) (...) Su explotación ha sido doble: por una parte, una explotación de su clase, por su condición precisamente de campesinos pobres y marginados, carentes de tierras y de recursos (...). Por otra parte, por su condición étnica de indígenas, discriminados y despreciados por el racismo inherente y los sentimientos de superioridad cultural de la sociedad nacional, dominada por los valores culturales "occidentales" (Stavenhagen, 1988: 9).

Este escenario ha sido propicio para la corporativización de antropólogos y abogados que han alentado una antropología jurídica latinoamericana. Sin duda, un hito inicial importante para el reencuentro de la antropología y el derecho fue la publicación del libro *Entre la ley y la costumbre*, editado el año 1990 por Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde. Constituye una obra pionera sobre el derecho indígena que contiene una diversidad de contribuciones de especialistas de diferentes países. En este libro se sintetizan los planteamientos de la antropología jurídica (Iturralde, 2008). Otro importante hito tuvo lugar siete años después (1997) cuando se conforma la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), que congregó a antropólogos, abogados, sociólogos y representantes de pueblos indígenas de Latinoamérica que venían trabajando en temas de derechos indígenas. En la consolidación de esta iniciativa fue relevante la presencia de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal de la Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas (UICAE) presidida entonces por la Dra. Keebet von Benda-Beckmann, ello debido a que esta Comisión decide desarrollar su XII Congreso de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal el año 2000 en Chile. Este

evento, que tuvo lugar en la ciudad de Arica, propició la presencia de un centenar de especialistas de Latinoamérica, Europa y África, consolidando definitivamente a RELAJU. Esta red reúne en masivos congresos bianuales a especialistas de Latinoamérica que abordan una amplitud de temas relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y el pluralismo jurídico²⁷.

En forma paralela, los pueblos originarios irrumpen en el contexto histórico actual dando inicio a un proceso de reindigenización de personas que habiendo permanecido hasta hace un par de décadas silenciadas o encerradas en el mestizaje -en el campo o la ciudad-, regresan a las identidades para luchar por la descolonización, reivindicar sus derechos, y exigir mayor participación. El indígena quiere ser un sujeto activo y protagónico en esta etapa de cambios que fomentará la proliferación de organizaciones de base, que no han estado exentas de conflictos entre ellas (Castro Lucic, 2003). El estudio de esta enorme y compleja diversidad temática de gran interés para la antropología jurídica latinoamericana ha dado origen a nuevos desafíos teóricos, conceptuales y metodológicos, y ha llevado a algunos autores a definir áreas o campos de estudio de la antropología jurídica: espacios de interlegalidad, mecanismos de control social, conflictos, administración de justicia, peritaje antropológico²⁸, pluralismo jurídico, derecho comparado (Sierra, 2009; Krotz, 2002; Silva, 2000). Ha sido clave para la legitimación de los derechos negados en una historia no olvidada el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas por parte de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo. Se ha abierto un amplio, complejo e insospechado escenario temático sobre el que, hasta entonces, antropólogos, sociólogos y abogados no habían mostrado mayor interés, pero que hoy son temas instalados en las agendas de la antropología jurídica, como los derechos colectivos, las demandas autonómicas, el derechos a mantener sus autoridades propias o representativas, el derecho propio o consuetudinario, el derecho a ser consultados, el derecho a los recursos naturales y al territorio.

En esta aparente promisorio realidad, habitan dos determinantes paradojas: por una parte, existe hoy un campo jurídico gestado conscientemente por una categoría de agentes especializados para reconocer los derechos de pueblos que estuvieron por siglos subyugados al derecho positivo; el mismo derecho que hoy estimula y compele a iniciar un proceso de retorno, rescate, o reparación social, económica, política y cultural, de reconquista territorial y resguardo de sus recursos naturales. Por otra, el hecho de que aun cuando el bienestar y el futuro de los pueblos indígenas dependen directamente de las políticas y prácticas de los Estados, estos privilegian la protección de los intereses de las empresas que invierten en sus países, en lugar de proteger el bienestar de los pueblos indígenas (Naciones Unidas, 2012). Lo cierto es que los gobiernos están siendo acusados por el movimiento indígena, como consta en la Declaración de la V Cumbre Continental de Pueblos Indígenas, realizada en noviembre del 2013:

(...) el nuevo proyecto económico neoliberal a través de los gobiernos de turno ha radicalizado su política económica extractivista en alianza con las empresas multinacionales respaldados por las oligarquías nacionales, dando continuidad al modelo capitalista; además se militariza los territorios, se criminaliza la protesta y se penalizan las movilizaciones de los pueblos indígenas y sectores sociales con acciones de represión, persecución, judicialización a las autoridades y líderes indígenas y sociales, como una política del estado con la única finalidad de garantizar el saqueo y la depredación²⁹.

De aquí el interés por destacar que una de las deudas mayores de la antropología jurídica se asocia a la pérdida de los territorios de los pueblos originarios. Las demandas por los derechos territoriales constituyen un foco de tensiones que -muy lejos de ser solucionado, como afirma Stavenhagen- acarrea otros problemas como las militarización de los territorios, judicialización, invocación de leyes antiterroristas y encarcelamientos.

El reconocimiento especial que se ha otorgado en la normativa internacional a los derechos de los pueblos indígenas sobre la totalidad de sus territorios ancestrales, incluyendo los recursos naturales, sella la importancia -como condición existencial- del vínculo que han establecido con su hábitat. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras" (Art. 25). Cuando la antropología jurídica aborda temas como formas de gobierno, resolución de disputas, demandas autonómicas, derecho consuetudinario, administración de justicia, peritaje antropológico, derechos sobre recursos naturales, inevitablemente remite al territorio donde estos fenómenos acontecen, a su anclaje en un espacio y tiempo determinados. Es por ello que del ejercicio del derecho colectivo al territorio, dependerá el ejercicio de los otros derechos; el territorio constituye la base de la competencia o jurisdicción del derecho indígena, del sistema de justicia, de la facultad para administrar justicia y del reconocimiento de sus autoridades (Gómez, 2002; Yrigoyen, 2004; Llasag, 2006; Pérez, 2006).

No obstante lo anterior, la realidad es que debido a la existencia de riquezas naturales en territorios indígenas han proliferado los problemas y conflictos. Se ha elevado la presión sobre los yacimientos mineros y energéticos, los bosques y otros recursos de gran atracción económica, en un marco de políticas económicas avaladas por los Estados que priorizan su explotación por sobre el derecho al territorio, instalando el conflicto de intereses (Surallés, 2009). La antropología en general, y la antropología jurídica en particular, estarán en deuda con los pueblos indígenas mientras el conocimiento etnográfico y teórico no contribuya al esclarecimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas³⁰. El principal escollo

radica, en general, en la falta de voluntad de los Estados para iniciar un proceso de discusión jurídica sobre la identificación y demarcación de los territorios indígenas e iniciar un diálogo con los pueblos. La situación del territorio es compleja. Como consecuencia de siglos de políticas basadas en el no reconocimiento territorial que condujeron a una conformación fragmentada, disminuida o relocalizada, se pueden distinguir tres tipos de territorialidad indígena: a) territorios propios, b) territorios impuestos, y c) territorios enajenados. Los dos primeros constituyen el territorio real, mientras que el territorio enajenado es un territorio simbólico que, si bien legalmente ya no les pertenece, es parte de su imaginario cultural y base de sus demandas. El territorio *propio* es el espacio culturizado desde tiempos remotos, donde los vínculos de relaciones personales mantienen y refuerzan, de alguna manera, la autoridad local y los significados socioculturales de la espacialidad. El territorio *impuesto*, reducido por una autoridad externa bajo la concepción de tierras agrícolas y ganaderas mínimas de sobrevivencia, resultó de la incorporación de los pueblos indígenas a los Estados nacionales, trastocando su autonomía. El territorio *enajenado*, cercenado por diversas formas de usurpaciones constituye, sin embargo, un importante componente de valor histórico simbólico y político en las demandas territoriales y discursos indígenas. Parafraseando a Luis Villoro (1998), el territorio simbólico remite a un lugar originario, considerado sagrado, porque de allí surgió el pueblo; se conserva en la memoria y puede concebirse como un territorio nuevo, fruto de futuras conquistas. En el vuelco dado en el reconocimiento internacional de los derechos indígenas, uno de los mayores dilemas que hoy enfrentan los Estados nacionales es el reconocimiento del derecho sobre el territorio, especialmente cuando se encuentran muy desdibujados producto de históricas e interminables desposesiones e incluso transformaciones al interior de las propias comunidades territoriales, como consecuencia de las diferentes presiones que han tenido lugar en distintos tiempos y espacios -usurpaciones totales o parciales, reformas agrarias, privatización y mercado-. La recomposición territorial, siendo un anhelo de los pueblos, se enfrenta a complicadas

situaciones como es el debilitamiento de sus organizaciones políticas, principalmente por divisiones entre quienes permanecieron en las comunidades rurales y quienes emigraron hacia las ciudades.

El mosaico de formas organizacionales y jurídicas del siglo XVI -desde sociedades recolectoras y pastoriles hasta sociedades estatales- derivó en una plétora de formas con diversos niveles de control de sus instituciones y territorios. En este devenir, la organización comunal es la institución que mejor representa la jurisdicción indígena, y -como advierte Villoro (2005)- se ha iniciado un movimiento por la restauración de la comunidad. Si bien aquella comunidad territorializada y relativamente aislada, con una identidad colectiva enraizada en formas heredadas de reproducción cultural y social ha sufrido severas transformaciones, continúa vigente el fenómeno de la *gestión comunal* (Chamoux y Contreras, 1996), que tiene lugar en un territorio. La importancia que adquiere la comunidad queda de manifiesto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas al otorgar un valor capital a la comunidad: "Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una *comunidad o nación indígena*, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate" (Art. 9. Destacado propio).

La antropología y las ciencias sociales en general, con la moda de las teorías de la modernización -por los años cincuenta del siglo XX, bajo la influencia de la antropología social norteamericana- estudiaban los cambios en las pequeñas aldeas indígenas que, según la teoría, deberían despertar de su letargo tradicional bajo el impacto progresista de la tecnología, la economía de mercado y el individualismo (Stavenhagen, 2005). El 'desarrollo de la comunidad', paradigma obsesivo de investigadores y planificadores, es hoy desafiado por las demandas indígenas. De la mano, y tal vez como consecuencia, había que esperar -de acuerdo con el paradigma funcionalista- la 'desintegración' de la comunidad, el fin, la muerte de la comunidad: se anunciaba así que el mundo indígena se había

desintegrado. Pero ¿cuál es el significado de *desintegración*? De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, *desintegración* puede aludir a: una destrucción completa, a la pérdida de cohesión, o a la separación de los elementos que componen el todo. Lo que ha ocurrido es la *transformación* en ciertos aspectos de las sociedades indígenas, unos más que otros, como consecuencia de la acción de los Estados. El concepto *desintegración* introduce una falsa perspectiva, porque elude la acción penetrante de las políticas de Estado que se han propuesto para transformar las comunidades y debilitar la conexión inseparable con el territorio donde la organización comunal ha dotado al espacio de formas particulares de significación social, cultural, económica y política. El campo de análisis de las comunidades encierra muchas ambigüedades provenientes de la forma en que han sido abordadas por la literatura histórica, sociológica, política, económica y antropológica -con considerables prejuicios- sobre el origen de la comunidad y de la tenencia comunal, los valores del comunitarismo por encima de los intereses de sus miembros, la condición de repositorio de tradiciones identitarias, la no diferenciación de las formas de cooperación, y la no distinción del *continuum* de derechos de propiedad desde el libre acceso al acceso restringido (Chamoux y Contreras, 1996). En el mismo sentido, y tal vez como consecuencia, una serie de leyes y políticas confabuladas con juicios retóricos que han dado por hecho su rendición ante el triunfo de la modernidad, han ignorado su armazón jurídica. La tendencia ha sido suponer una inmutable organización comunal, para todos los lugares y en todos los tiempos, que no permite deducir características de una comunidad territorial *concreta*, en tiempos y lugares diferentes, que termina por negar su existencia en las formas actuales (Castro Lucic, 2008). Otra entrada a la comprensión de la territorialidad y el derecho consuetudinario que regula la vida en comunidad es la organización en torno a ejes opuestos y complementarios. En el eje de la organización, las relaciones *individuales* (redes de parentesco, vecindad o amistad) y relaciones *colectivas* y *cooperativas* (como miembro de la comunidad); y en el eje del derecho, se combinan formas

colectivas e individuales de propiedad. En la comunidad se entrelazan las relaciones de colaboración (individual o colectiva), sobre la propiedad individual y colectiva. Existen espacios en los que permanecen vigentes con mayor o menor fuerza las redes de gestión comunal. Estas se observan en los sistemas comunitarios para el riego, el pastoreo o la reparación de la infraestructura comunitaria, pero también a nivel de rituales y ceremonias, entre otras actividades. En el nuevo escenario de reconocimiento de derechos territoriales, se abrirán caminos para la recomposición de la comunidad y del derecho consuetudinario con los miembros que permanecieron en ellas y otros que han decidido volver, en relaciones no exentas de tensiones que develarán diferentes proyectos comunales. Parafraseando a Le Roy (2007), se estaría instalando un escenario donde el derecho está contribuyendo en la reproducción de la sociedad. Así como "el campo político se percibe como sistema de organización que opera en el marco de un territorio delimitado de una unidad política" (Balandier, 2005:95), el campo de lo jurídico también requiere de la delimitación del territorio. La antropología jurídica debe avanzar hacia la elaboración de un cuerpo teórico explicativo de las transformaciones de la sociedad indígena, de su derecho propio, de los límites espaciales que corresponden a este derecho, que es resultado de diversas políticas, regulaciones y acciones implementadas por el Estado a lo largo de varios siglos. Una de las preguntas primordiales frente a estas transformaciones alude al estado en que se encuentran el derecho propio y las instituciones de los pueblos indígenas. Aun cuando existe una débil base de información empírica, es dable sostener la premisa que el derecho indígena devino en un *derecho mestizo* en su propio territorio, entretejido con una cultura en parte propia y en parte foránea, bajo la imposición de un perseverante derecho estatal.

Existe amplio consenso en que la antropología jurídica es la propia antropología social que desde una perspectiva *realista y crítica*, en las últimas décadas del siglo XX, ha comenzado a ocuparse de las problemáticas que hemos destacado: derechos de la diversidad, derechos de los

pueblos indígenas, derechos consuetudinarios, formas de entender la justicia, conflictos e identidades diversas, conflictos interétnicos, género, entre otros. Parafraseando a Terradas (1999), ninguna antropología jurídica puede ser ajena al legado de variedad social y política de los pueblos y, consecuentemente, al etnocidio. Por esto, no es casualidad que la antropología jurídica, después de dedicarse principalmente a estudiar la variedad social y jurídica de diferentes pueblos durante el colonialismo, se preocupe por los diversos avatares en los que se pierde dicha variedad. En Latinoamérica el derecho y la antropología se han centrado en el estudio del otro derecho, el derecho de los pueblos indígenas. Cada una de estas dos disciplinas desde su especialización interpretan el espacio de lo jurídico en las sociedades indígenas, y su aproximación al estudio también es diferente. Los antropólogos han comenzado a manifestar su interés por recuperar este enfoque de la antropología, como he analizado en páginas anteriores. Es claro: la redefinición de las relaciones de estas dos disciplinas -antropología y derecho- es uno de los retos que se deben resolver. Lo jurídico constituye el ámbito de una sociedad conformado por el campo de fuerzas entre luchas, conflictos y consensos que en las sociedades indígenas acontecen en el entramado de relaciones sociales de las estructuras de poder en diferentes niveles jerárquicos (pueblo, clan, linaje, comunidad, familia). En sentido abstracto se encuentra presente en todas las sociedades, occidentales o no. El ejercicio y desafío es dar cuenta de las formas concretas que asume en cada sociedad. Si bien la antropología contribuye a mostrar la diversidad cuando se postula que cada sociedad construye su propio universo y su propia juridicidad, debería también explicar la juridicidad en los pueblos indígenas, los procesos, las dinámicas del cambio, producto este de las articulaciones con las sociedades dominantes, y en especial con el derecho positivo. El ámbito de lo jurídico está incluido en la totalidad social, cultural, económica y política.

Consideraciones finales

Existe consenso en retrotraer los orígenes de la antropología a los juristas del siglo XVII y XVIII, y sostener que los componentes de la teoría antropológica del siglo XIX provienen de sus ideas humanistas que dejaron una gran riqueza conceptual y teórica. La trayectoria histórica muestra la íntima relación entre los temas jurídicos y antropológicos, las corrientes teórico-conceptuales y el contexto histórico, económico, jurídico y político de la época. En este escrito, más que buscar antepasados remotos con pretensiones de exhaustividad, se proporciona un panorama general sobre los puentes que unieron la antropología y el derecho en tiempos del colonialismo. La antropología -como señala Llobera (1975)- lejos de haber nacido como una disciplina desapasionada dedicada a explicar el problema de la diversidad, es hija del colonialismo, de aquel proceso histórico que condenó a la mayor parte de la humanidad a someterse a una minoría. Para ahondar en esta idea, Llobera cita las certeras palabras de Lévi-Strauss cuando se refiere a los efectos del colonialismo:

(...) millones de seres humanos inocentes han sido despojados de sus recursos, en tanto que sus instituciones y creencias han sido destruidas; muchos de ellos muertos despiadadamente, otros sometidos a esclavitud o contaminados por enfermedades que les era imposible resistir. La antropología es hija de esta era de violencia; su capacidad para evaluar más objetivamente los hechos que pertenecen a la condición humana refleja, al nivel epistemológico un estado de cosas en que una parte de la humanidad trataba a la otra como un objeto³¹.

Este pasado de dominación precisado por Lévi-Strauss, constituye la cimiento de la antropología jurídica y también la base de las ideologías indígenas que forjan procesos de descolonización y de cambios en la relación con los Estados. Es este el escenario donde el proceso de descolonización en América Latina ha dado el impulso a la antropología jurídica, donde los caminos de la antropología y el derecho se cruzan nuevamente.

La diferencia de contextos con el siglo XIX es radicalmente diferente; hoy los pueblos indígenas son altamente valorados en la normativa internacional, se les ha reconocido el derecho a su cultura propia, recomponer toda su historia, legitimar sus antiguas autoridades y recuperar sus territorios. El proceso de empoderamiento que iniciaron se ha plasmado en acciones concretas, conscientes de que solo a través de sus movilizaciones -demandas, marchas, interpelaciones al Estado, frenos a los proyectos de inversión en sus territorios-, pueden tocar las puertas del derecho.

La antropología jurídica latinoamericana tiene un amplio y diverso campo de acción. A diferencia de las vertientes anglosajona, francesa y otras, en América Latina el desarrollo es comparativamente menor, especialmente en el cono sur. Una de las tareas prioritarias deberá ser avanzar en la producción etnográfica, teórica y metodológica. Los antecedentes que hemos ofrecido sobre los puentes que existieron entre la antropología y el derecho en el origen de la antropología en el siglo XIX, sean ellos una invitación a profundizar lo que se ha hecho, abrir nuevos derroteros, revisar y revitalizar viejas discusiones, y especialmente a repensar una antropología jurídica, crítica y realista, desde Latinoamérica al tenor de un marco jurídico internacional que pretende poner fin a la historia "civilizatoria" de la que persisten más de cuarenta millones de personas.

El derecho al territorio de los pueblos originarios de América Latina es uno de los temas más controvertidos en el presente, por lo que debe recibir atención prioritaria. Contrariamente, la historia de la antropología jurídica muestra un divorcio entre las denuncias y reclamaciones de parte de los propios pueblos indígenas cuando han tenido que defender los derechos colectivos sobre sus territorios y recursos naturales, y los derroteros de una antropología que privilegió otras áreas teóricas o prácticas. Lo cierto es que en la actualidad, la cuestión de los derechos humanos de los pueblos indígenas no tiene prioridad en la formación de antropólogos y científicos sociales, y está prácticamente ausente en las carreras de derecho. La incipiente antropología jurídica dispone de las herramientas teóri-

cas, conceptuales y metodológicas para explicar el significado e importancia del territorio para los pueblos indígenas que, si bien su legitimidad es de competencia jurídica, es elemental para la supervivencia y reproducción de la cultura.

Notas

¹ En el nivel internacional han sido claves el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

² En Rusia, uno de los centros de coordinación de la Antropología Jurídica es el Instituto de Etnología y Antropología de la Academia Rusa de Ciencias (<http://www.jurant.ru/en/>). Anatoli Kovler, abogado, ha señalado que existe un importante cuerpo de conocimientos desde la etnología jurídica y la antropología jurídica, que fueron estimulados por la colonización de Siberia, el Cáucaso y Asia Central (Kovler, 2005). Destaca el trabajo realizado en terreno por Maxime Kovalevsky quien buscaba en el derecho consuetudinario la génesis de las formas de derecho contemporáneo para explicar el mecanismo de la formación y el desarrollo de las normas jurídicas. En fin, queda por explorar el trabajo que ha desarrollado la Comisión de Pluralismo Legal, de la Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas, en diferentes países y continentes, pues ello constituye una muestra del interés por el tema. Una serie de reuniones académicas sobre derecho consuetudinario y pluralismo legal han tenido lugar en los siguientes países: Bellagio, Italia (1981); Vancouver, Canadá (1983); Tutzing, Bavaria, Alemania (1986); Zagreb, Yugoslavia (1988); Ottawa, Canadá (1990); Ámsterdam, Holanda (1991); Wellington, Nueva Zelanda (1992); Ciudad de México, México (1993); Accra, Ghana (1995); Moscú, Rusia (1997); Williamsburg, Estados Unidos (1998); Arica, Chile (2000); Chiang Mai, Tailandia (2002); Nuevo Brunswick, Canadá (2004), Jakarta, Indonesia (2006); Zurich, Suiza (2009); Ciudad del Cabo, Sudáfrica (2011) y Manchester, Reino Unido (2013). Mayor información en www.commission-on-legal-pluralism.com/about/#sthash.fJVrIeKX.dpuf.

³ La Declaración de Naciones Unidas y el Convenio N° 169 de la OIT, se refieren al tema: "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias *instituciones* políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica,

social y cultural del Estado" (Artículo 5, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)" (Artículo 6, Convenio 169, OIT).

⁴ Savigny fue contemporáneo de grandes pensadores, filósofos, juristas y escritores alemanes, entre los que se cuenta a Hegel (1770-1831), Fichte (1762-1814), Goethe (1749-1832), Heinrich (1748-1810), Herder (1744-1803), Hölderlin (1770-1843), Jacobi (1743-1819), Schelling (1775-1854), Schiller (1759-1805), Schleiermacher (1768-1834), y Schlegel (1772-1829). Todos ellos comparten las características fundamentales de la orientación romántica, predominante en la Alemania de la época. Savigny fue muy influenciado por la obra del profesor Gustav Hugo (1764-1844), precursor de la Escuela Histórica (Morelli, 2005).

⁵ La idea de espíritu del pueblo nace en una Alemania dividida; en 1815 la Confederación Germánica estaba conformada por 38 Estados alemanes que integraban un Imperio, el Imperio austríaco, y cinco reinos: Prusia, Baviera, Sajonia, Hannover y Wurtemberg.

⁶ Mientras el derecho romano afirmaba que la propiedad era privada e indivisible, el *derecho germano* -señala Morelli (2005)- la reconocía sujeta a obligaciones y restricciones de vecindad, admitiendo además la propiedad colectiva de las ciudades y las familias, el derecho feudal sustituía la propiedad por concesiones en usufructo.

⁷ Savigny, 1840, *System des heutigen römischen Rechts*, I, & 7, cit., Bd. 1, p. 14-15; en Contreras, 2001: 175.

⁸ Pueblo es "el sujeto en el que, y para el que, el Derecho existe" (Savigny, 1840: 169, en Contreras, 2001: 175).

⁹ En el siglo XIX, la Escuela Histórica del Derecho admite que "la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer, y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna" (Savigny, 1908: 16).

¹⁰ En el pensamiento de Tönnies la comunidad se asocia a relaciones sociales basadas en nexos subjetivos fuertes como los sentimientos, las creencias y las tradiciones comunes, los vínculos de parentesco, de vecindad y de amistad; en lo comunitario predomina lo colectivo sobre lo individual y lo íntimo frente a lo público, se basa no en el contrato, sino en el status (Góngora, 1986).

¹¹ Ver también en Palerm, 2005, cap. 4: Juristas y etnólogos.

¹² Para Joaquín Costa, la comunidad "no es un hecho aislado en la historia (...) ha regido en todos los pueblos de la antigüedad: en la India, en Grecia, Roma, Germania, Celtiberia, Bretaña, Galia, en África, en América (...) De la existencia de este régimen comunalista en todos los pueblos de la antigüedad, dan claro testimonio todos los escritores (...) La comunidad doméstica se transmitió de la Edad Antigua a la Edad Media en casi toda Europa" (Costa, 1981: 58-59). Regímenes de propiedad comunal: la *marca* alemana, el *mir* ruso, la *marca* germánica, el *allmend* suizo, la balcánica *zadruga* serbia, el *township* anglosajón, la *commune* francesa, la *dessa* de Java, el *común* castellano y la *común* hindú. Y en América el *ayllu* andino, y *callpulli* azteca. El estudio de las comunidades hoy podría ser fuente de instituciones perdidas de la sociedad original (Godelier, 1974).

¹³ Tomando el ejemplo de la Comunidad de la India señala que "por mucho que pueda haber cambiado una institución (...) rara vez se encontrará que ha perdido por completo la concha en que originalmente fue construida. Ocurre que, entre los hindúes, encontramos una forma de *propiedad* que inmediatamente debe redoblar nuestra atención (...) La Comunidad de Aldea de la India es, a la vez, una sociedad patriarcal organizada y una asamblea de copropietarios (...). Gran cantidad de autores inteligentes y observadores, la mayor parte de los cuales no defienden ninguna teoría sobre su naturaleza y origen, están de acuerdo en considerarla la institución menos destructible de una sociedad que nunca introduce voluntariamente innovaciones en ninguna de sus costumbres. Las conquistas y las revoluciones parecen haber pasado sobre ella sin disturbarla ni desplazarla, y los sistemas de gobierno más beneficiosos de la India han sido siempre los que la han reconocido como la base de la administración" (Godelier, 1974: 49).

¹⁴ Estas formas "eran ejercidas por la tribu, que después se inició el cultivo de la tierra, una parte de la tribu se repartió entre las *gentes* y cada una de éstas la poseía en común; con el transcurso del tiempo, se adjudicaron individualmente, lo que condujo, por último, a la propiedad individual privada. Las tierras no ocupadas y yermas permanecían todavía como bien común de la *gens*, de la tribu y de la nación. Éste, en suma, parece haber sido el proceso de la experiencia respecto a la posesión de la tierra. En general, los bienes personales eran de propiedad individual" (Godelier, 1974:72).

¹⁵ La obra de Bachofen giró en torno a tres ejes: estudios sobre la historia del derecho, a partir de 1841, recopilados en sus *Obras Completas*, luego el estudio del derecho antiguo greco-romano cuando investiga sobre categorías culturales subyacentes, es el período en que publica *El Derecho Materno* (1861), *La Leyenda de Tanaquil* (1870), estudio etnológico, y la obra póstuma sobre los etruscos

matriarcales, *Castas de Anticuario* (1890), en la que estudia el avunculado. El tercer eje marcado por lo mitológico, publica *Simbólica Sepulcral* (1859) y *La doctrina de la inmortalidad en el orfismo* (1867) (Ortiz Osés, 1988).

¹⁶ Engels sostiene que "el estudio de la historia de la familia comienza en 1861 precisamente con el *Derecho materno* de Bachofen. El autor formula allí las siguientes tesis: 1) primitivamente los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual (a la que Bachofen da, impropriamente, el nombre de "heterismo"); 2) tales relaciones excluyen toda posibilidad de establecer con certeza la paternidad, por lo que la filiación sólo podía contarse por línea femenina, según el derecho materno; esto se dio entre todos los pueblos antiguos; 3) a consecuencia de este hecho, las mujeres, en cuanto madres, como únicos progenitores conocidos de la generación joven, gozaban de un gran aprecio y respeto, que llegaba, según Bachofen, hasta el dominio femenino absoluto (ginecocracia); 4) el paso a la monogamia, en la que la mujer pertenece a un solo hombre, encerraba la transgresión de una antiquísima ley religiosa (es decir, el derecho inmemorial que los demás hombres tenían sobre aquella mujer), transgresión que debía ser castigada o cuya tolerancia se resarcía con la posesión de la mujer por otros durante determinado período" (Engels, 2006: 16-17).

¹⁷ Post, H., 1894, *Grundris der ethnologischen Jurisprudenz*, Oldenburg. 2 ts., en Kuppe y Potz, 1995.

¹⁸ Sarfatti, Mario, 1933, *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Torino, pp. 27-36. En Montoro Ballesteros, 1973.

¹⁹ Post, H. 1894, *Die Grundlagen des Rechts un die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, Oldenburg. En Kuppe y Potz, 1995: 12.

²⁰ Mazzarella, Giuseppe, 1899, *La Condizione giuridica del marito nella famiglia matriarcale. Contributo alla giurisprudenza etnologica*. En Posada, 1923: 137.

²¹ Radcliffe-Brown adoptó una posición más jurisprudencial, condicionando la existencia del derecho al ejercicio del control social, a la aplicación sistemática de la fuerza de una sociedad políticamente organizada.

²² Existe una abundante y documentada información sobre los paradigmas teórico-metodológicos de la antropología jurídica anglosajona. Ver: Collier, 1995; Sierra y Chenaut, 2002; De la Peña, 2002, Korsbaek y Mercado, 2005; Comaroff y Roberts, 1981.

²³ Ver la extensa obra de Laura Nader. Entre otros: Nader y Todd, 1978.

²⁴ Comaroff y Roberts, 1981, en Sierra y Chenaut, 2002. Este debate es examinado por E. Adamson Hoebel, en su libro *The Law of Primitive Man* (2006 [1954]).

²⁵ Assier-Andrieu, Louis, 1996, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, pp. 163. En Terradas, 1999: 57.

²⁶ Existen también en México líneas de investigación en antropología jurídica y estudios de posgrado.

²⁷ 2014, Pirenópolis, Brasil (IX); 2012, Sucre, Bolivia (VIII): "El pluralismo jurídico en América Latina: Visiones críticas desde la teoría y la práctica"; 2010, Lima, Perú (VII): "Identidades, Interculturalidad, Pluralismo Jurídico y Derechos Colectivos"; 2008 Bogotá, Colombia (VI): "Diversidad étnica y cultural: desarrollos constitucionales, políticas y prácticas nacionales"; 2006, Oaxtepec, México (V): "Justicia y diversidad: retos de la globalización"; 2004, Quito, Ecuador (IV): "Globalización y Pluralismo jurídico: luchas sociales y legales en la construcción de estados interculturales"; 2002, Quetzaltenango, Guatemala (III): "Pluralismo Jurídico: Presente y Futuro"; 2000 Arica, Chile (II): "Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico: Desafíos en el Tercer Milenio"; 1997, Quito, Ecuador (I): "Pluralismo Jurídico en América Latina". Una primera obra producto de esta red fue el volumen LVIII de *América Indígena* dedicado al tema "Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico en América Latina" (Castro Lucic y Sierra, 1998), que reunió estudios presentados en un Seminario fundacional de RELAJU. Los resultados del Congreso de Arica, algo más de 100 trabajos presentados, muestran un diverso panorama del derecho de los pueblos indígenas y el pluralismo jurídico, fueron publicados el año 2000 (Castro Lucic, 2000).

²⁸ Han surgido importantes estudios en el campo de antropología jurídica aplicada en estrecha relación con el derecho y los peritajes antropológicos (Sánchez, 2010).

²⁹ V Cumbre Continental de los Pueblos Indígenas. *Declaración de La María Piendamó*, 2013 [en línea] <<http://www.cumbrecontinentalindigena.com/declaracion-de-la-maria-piendamó/>> [Consulta: 19-01-2014].

³⁰ Sobre Antropología, Derechos y Territorio hay una importante cantidad de publicaciones, entre otros: Surrallés y García Hierro (eds.), 2004; García, 1976; Godelier, 1989; OEA, 2009.

³¹ Lévi-Strauss, Claude, 1966, Anthropology: its achievements and future, in *Current Anthropology* 2: 126, citado en Llobera, 1975: 375.

Referencias

- Alliot, Michel, 1983, Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit, en *Bulletin de Liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, 6, pp. 83-117.
- Assier-Andrieu, Louis, 1987, Le juridique des anthropologues, en *Droit et Société*, 9, pp. 91-110 [en línea] <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds05/005-06.pdf>> [Consulta: junio 2011].
- Augé, Marc y Jean Paul Colley, 2006, *¿Qué es la Antropología?*, Paidós, Buenos Aires.
- Balandier, Georges, 2005, *Antropología Política*, Ediciones del Sol, Buenos Aires.
- Bonte, Pierre y Michael Izard, 1996, *Diccionario de Etnología y Antropología*, Ed. Akal, Madrid.
- Braun, Pierre, 1985, Anthropologie juridique et droit à venir, *Archiv für rechts und sozialphilosophie*, Beiheft, 24, F. Steiner Stuttgart.
- Castro Lucic, Milka y María Teresa Sierra (comp.), 1998, *América Indígena*, Vol. LVIII, 1-2, Enero-Junio.
- Castro Lucic, Milka, 2008, Despertar de los pueblos indígenas: el regreso a la "comunidad", en *Revista del CESLA*, 10, pp. 25-36.
- Castro Lucic, Milka, 2003, Desafíos de las Políticas Interculturales en Chile: Derechos Indígenas y el Desarrollo Económico, en *Fermentun*, Año 13, 38, septiembre-diciembre, pp. 520-538.
- Castro Lucic, Milka (comp.), 2000, *Actas del XII Congreso de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal*, Universidad de Chile-Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal-UICAE, Arica.
- Chamoux, Marie Noëlle y Jesús Contreras, 1996, *La gestión comunal de los recursos. Economía y poder en las sociedades locales de España y América Latina*, Icaria, Barcelona.

- Chenaut, Victoria y M. Teresa Sierra (coords.), 1995, *Pueblos Indígenas ante el derecho*, CIESAS, México.
- Collier, Jane, 1995, Problemas teórico-metodológicos en la Antropología Jurídica, en Victoria Chenaut y María Teresa Sierra, *Pueblos indígenas ante el Derecho*, CIESAS, México, pp. 45-76.
- Collier, Jane, 2004, Cambio y continuidad en los procedimientos legales zinacantecos, en María Teresa Sierra (ed.) *Haciendo justicia: interlegalidad, género y derechos en regiones indígenas*, CIESAS/ Cámara de Diputados/Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, pp. 57-113.
- Comaroff, John y Simon Roberts, 1981, *Rules and Processes: the Cultural Logic of Dispute in an African Context*, University of Chicago.
- Contreras, Francisco, 2001, La idea del Espíritu del Pueblo en F.C.V. Savigny, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35, pp. 161-187.
- Costa, Joaquín, 1981, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Guara Editorial, Zaragoza [en línea] <http://www.digibis.com/bividpu/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=101738> [Consulta: junio 2011].
- De la Peña, Guillermo, 2002, Costumbre, ley y procesos judiciales en la antropología clásica: apuntes introductorios, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos-UAM, México, pp. 51-68.
- Delgado, Manuel, 1998, Dinámicas Identitarias y espacios públicos, en *Revista CIDOB D'Afers Internacionals*, 43-44, pp. 17-33.
- Díaz Polanco, Héctor, 1977, Morgan y el Evolucionismo, en *Revista Nueva Antropología*, diciembre, Vol. II, pp. 5-38.

- Engels, Federico, 2006, *Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, Fundación Federico Engels, Madrid.
- Evans-Pritchard, Edward, 1987, *Historia del Pensamiento Antropológico*, Ed. Cátedra, Madrid.
- Fábregas Puig, Andrés, 2002, Reseñas del Derecho Antiguo de Henry Maine, en *Alteridades*, enero-junio, Vol. 12, 123, pp. 49-50.
- García, José Luis, 1976, *Antropología del territorio*, Taller de Ediciones Josefina Betancor, Madrid.
- Godelier, Maurice, 1974, *Antropología y economía*, Anagrama, Barcelona.
- Godelier, Maurice, 1981, *Instituciones económicas*, Anagrama, Barcelona.
- Godelier, Maurice, 1989, *Lo ideal y lo material*, Taurus Humanidades, Madrid.
- Gómez, Magdalena, 2002, Derecho Indígena y Constitucionalidad, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos-UAM, México, pp. 235-277.
- Góngora, Mario, 1986, Romanticismo y tradicionalismo, en *Revista Ciencia Política*, Vol. VIII, N° 1-2, pp. 138-147.
- González Galván, Jorge, 1996, La enseñanza de la antropología jurídica en Francia, en *Etnicidad y Derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 4, UNAM, México, pp. 291-311.
- Hoebel, Adamson, 2006, *The law of primitive man*, Harvard University Press, Cambridge.
- Iturralde, Diego, 2008, Utilidades de la antropología jurídica en el campo de los derechos humanos: experiencias recientes, en *Revista Pueblos*

y *Fronteras*, 5, junio-noviembre [en línea] <http://www.pueblosyfronteras.unam.mx/a08n5/art_02.html> [Consulta: agosto 2013].

Korsbaeck, Leif y Florencia Mercado Vivanco, 2005, La sociedad plural y el pluralismo jurídico. Un acercamiento desde la antropología del derecho, en José Emilio Ordóñez Cifuentes (coord.) *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, pp. 153-177.

Korsbaeck, Leif, 2002, La Antropología y el estudio de la ley, en *Revista Ciencia Ergo Sum*, marzo, 9, Vol. I, México, pp. 50-61.

Korsbaeck, Leif, 2004, Tylor en México. Una excursión a Texcoco, en *Revista Cuicuilco*, enero-abril, Vol. 11, 030, México, pp. 1-40.

Kovler, Anatoli, 2005, L'anthropologie juridique en Russie: passé et présent d'une (grande) inconnue, in *Droit et Cultures, Anthropologie juridique en Russie, Revue semestrielle de anthropologie et de histoire*, 50, 2005-2, pp. 13-28 [en línea] <<http://droitcultures.revues.org/1049>> [Consulta: enero 2014].

Krotz, Esteban, 2002, Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica, en Esteban Krotz (ed.) *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos-UAM, México, pp. 13-49.

Kuper, Adam, 1989, Ascenso y caída de la sociedad primitiva, en *Ortodoxia y Tabú. Apuntes críticos sobre la teoría antropológica*, Bellaterra, Publicacions d'Antropologia Cultural, Universitat Autònoma de Barcelona, pp. 21-38.

Kuppe, René y Richard Potz, 1995, La Antropología del Derecho. Perspectivas de su pasado, presente y futuro, en J.E.R. Ordóñez Cifuentes (ed.), *Antropología Jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 9-45.

- Le Roy, Etienne, 1978, Pour une anthropologie du droit, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. I, pp. 71-100.
- Le Roy, Etienne, 2007, L'anthropologue et le Droit. Juridisme, ethnocentrisme et reproduction des sociétés, Pierre Noreau (ed.), *Dans le regard de l'autre/In the Eye of the Beholder*, Montréal, Les Éditions Thémis, pp. 75-112.
- Llasag Fernández, Raúl, 2006, Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Vol. 2, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr2.pdf>> [Consulta: junio 2013].
- Llinares García, María del Mar, 1985, Introducción, en J.J. Bachofen, *El Matriarcado*, Akal, Madrid, pp. 5-13.
- Llobera, José R., 1975, *La antropología como ciencia*, Anagrama, Barcelona.
- Maine, Henry, 1893, *El derecho antiguo*, Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid.
- Mair, Lucy, 1965, *Introducción a la antropología*. Alianza Editorial, Madrid.
- Malinowski, Bronislaw, 1969, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Ariel, Barcelona.
- Marzal, Manuel, 1993, *Historia de la antropología indigenista. México y Perú*, Anthropos, México.
- Marzal, Manuel, 1996, *Historia de la antropología*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Mauss, Marcel, 1967, *Introducción a la etnografía*, Istmo, Madrid.
- Merello, Ítalo, 1996, *Historia del Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

- Montoro Ballesteros, Alberto, 1973, Iusnaturalismo y Derecho comparado, en *El Derecho Natural Hispánico*, Biblioteca de Filosofía del Derecho, Vol. 11, Ed. Escelicer, Madrid, pp. 403-423.
- Moore, Sally F., 1969, Comparative studies, in Laura Nader (ed.) *Law in culture and society*, Aldine Pub. Co., Chicago, pp. 337-348.
- Morelli, Mariano G., 2005, Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 28, 2004/2005, [en línea] <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Revista_del_Centro281.pdf> [Consulta: 10-06-2011].
- Naciones Unidas. *Análisis del deber del Estado de proteger a los pueblos indígenas afectados por las empresas transnacionales y otras empresas*. E/C.19/2012/3 [en línea] <<http://www.diplomaciaindigena.org/wp-content/uploads/2012/05/Estudio-Empresas-y-DDHH-UNPFII-2012.pdf>> [Consulta: 7-01-2014].
- Nader, Laura and Harry F. Todd Jr. (eds.), 1978, *The disputing process. Law in Ten Societies*, Columbia University Press, New York.
- OEA, 2009, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 56/09, 30 diciembre.
- Ortiz Osés, Andrés (ed.), 1988, *Mitología arcaica y derecho materno. Johann Jakob Bachofen*, Anthropos, Barcelona.
- Palerm, Angel, 1981, *Antropología y marxismo*, Ed. Nueva Imagen, México.
- Palerm, Angel, 1997, *Introducción a la teoría etnológica*, Universidad Iberoamericana, México.
- Pérez Guartambel, Carlos, 2006, *Justicia indígena*, Universidad de Cuenca.

- Poirier, Jean, 1968, Introduction á l'ethnologie de l'appareil juridique, in *Ethnologie générale*, Encyclopédie de la Pléiade, Paris.
- Poole, Deborah, 2006, Los usos de la costumbre: hacia una antropología jurídica de un estado neoliberal, en *Alteridades*, enero-junio, Vol. 1, 031, México, pp. 9-21.
- Posada, Adolfo, 1923, *Tratado de Derecho Político*, Librería General Victoriano Suarez, Madrid.
- Quijano, Aníbal, 2000, Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina, en Edgardo Lander (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, pp. 201-246 [en línea] <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/quijano.rtf>> [Consulta: junio 2013].
- Radbruch, Gustav, 2005, *Introducción a la filosofía del derecho*, 9ª edición, FCE, México.
- Ramis Barceló, Rafael, 2010, La justicia vindicatoria y el status de la antropología jurídica, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXII, pp. 515-529.
- Rouland, Norbert, 1994, *Legal Anthropology*, The Athlone Press, London.
- Rouland, Norbert, 1984, Horizons pour l'anthropologie juridique, in *Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif*, 2, pp. 339-376.
- Rouland, Norbert, 1988, *Anthropologie juridique*, Les Presses universitaires de France, Paris.
- Rouland, Norbert, 1991, *Aux Confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Ed. Odile Jacob, Paris.
- Sánchez, Esther, 2010, *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*, Cooperación Alemana GTZ, Colombia.

- Savigny, Eichorn, Gierke, Stammler, 1908, *La escuela histórica del Derecho*. Traducido del alemán por Rafael Atard, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.
- Savigny, Karl, 2004, *Metodología Jurídica*, Edicamp, Brasil.
- Sawatsky, Jarem, 2009, *The ethic of traditional communities and the spirit of healing justice*, Jessica Kingsley Publishers, London.
- Shott, Rüdiger, 1995, Main Trends in German Ethnological Jurisprudence and Legal Ethnology, in Alison Dundes & Alan Dundes, *Folk Law*, University of Wisconsin Press, pp. 202-229 [en línea] <http://books.google.cl/books/about/Folk_Law_2_Vol_Set.html?id=JAOp3xh7D4wC&redir_esc=y> [Consulta: junio 2013].
- Sierra, M. Teresa, 2009, Antropología Jurídica y Derechos Indígenas: problemas y perspectivas, en *Dimensión Antropológica* [en línea] <<http://www.dimensionantropologica.inah.gob.mx/?p=1439>> [Consulta: junio 2013].
- Sierra, María Teresa y Victoria Chenaut, 2002, Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos-UAM, México, pp. 113-180.
- Silva Santisteban, Fernando, 2000, *Introducción a la antropología jurídica*, Fondo de Cultura Económica, Lima.
- Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (comps.), 1990, *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), México.
- Stavenhagen, Rodolfo, 1988, *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, El Colegio de México e Instituto Interamericano de Derecho Humanos, México.

- Stavenhagen, Rodolfo, 2005, El mundo en que caben muchos mundos: el reto de la globalización, en J. A. Torrico (coord.), *Culturas, poder y mercado*, Fundación El Monte, Sevilla, pp. 21-35.
- Surrallés, Alexandre, 2009, Entre derecho y realidad: antropología y territorios indígenas amazónicos en un futuro próximo, en *Bulletin de l'Institut Français d'Études Andines*, 38, 1, pp. 29-45.
- Surrallés, Alexandre y Pedro García Hierro (eds.), 2004, *Tierra Adentro. Territorio indígena y percepción del entorno*, IWGIA, Documento N° 39, Copenhague.
- Terradas, Ignasi, 1999, Antropología jurídica. Frente al replanteamiento de Louis Assier-Andrieu, en *Revista de Ciencias Sociales*, 19, pp. 51-66.
- Terradas, Ignasi, 2008a, *Justicia Vindicatoria*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- Terradas, Ignasi, 2008b, La construcción primitiva de la identidad sucesoria y la génesis de la ordalía, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, pp. 965-985.
- Tönnies, Ferdinand, 1986, El nacimiento de mis conceptos de "comunidad" y "sociedad", en *Sociológica. Revista del Departamento de Sociología*, 51, Universidad Autónoma Metropolitana, México, pp. 1-5 [en línea] <<http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/tonnies.pdf>> [Consulta: 09-12-2013].
- V Cumbre Continental de los Pueblos Indígenas. *Declaración de La María Piendamó*, 2013 [en línea] <<http://www.cumbrecontinentalindigena.com/declaracion-de-la-maria-piendamamo/>> [Consulta: 19-01-2014].
- Verdier, Raymond, 1981, *Premières orientations pour une anthropologie du droit, Droit et culture*, 1, pp. 5-22.
- Villoro, Luis, 1998, *Estado plural, pluralidad de culturas*, UNAM/Paidós, México.

Villoro, Luis, 2005, *De la libertad a la comunidad*, Fondo de Cultura Económica, México.

Yrigoyen, Raquel, 2004, Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos, en *El Otro Derecho*, 30, junio, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, pp. 171-195.

LA ANTROPOLOGÍA DEL DERECHO EN ITALIA

Antonino Colajanni

A pesar de no existir, hoy en día, oficialmente una disciplina como la "Antropología del Derecho" (o "Antropología Jurídica") en el ordenamiento universitario italiano (no obstante sí hay cursos esporádicos y ocasionales dedicados al tema), desde hace un siglo han sido publicados una gran cantidad de libros y ensayos sobre las relaciones entre los sistemas normativos, los procesos de administración de justicia, las concepciones de *lo justo* y de *lo debido*, y las diferentes culturas humanas. Muchos antropólogos profesionales se han ocupado frecuentemente de temas como los mencionados, y una gran cantidad de juristas -autónomamente o en colaboración con investigadores sociales- han dedicado su tiempo y sus reflexiones a los aspectos sociales y culturales de la fenomenología jurídica. Al mismo tiempo, la descripción y el análisis de materiales de observación de comportamientos concretos ("etnografía jurídica") han producido un corpus empírico cuya presencia ha sido un estímulo para las discusiones generales sobre los temas clásicos de la relación entre derecho y sociedad.

1. Las primeras contribuciones al tema: G. Mazzarella, el derecho colonial y el derecho folklórico

Para introducir este panorama sobre el interés de antropólogos y juristas hacia los temas indicados, empezaría con un autor muy original y autónomo, que en los primeros años del siglo pasado publicó una impresio-

nante serie de ensayos sobre el antiguo derecho de la India, visto en una dimensión comparativa y general de la relación entre derecho y sistemas culturales particulares. Giuseppe Mazzarella fue un jurista excéntrico, profesor de *Etnología Jurídica* en la Universidad de Catania durante varios años (hasta que una reforma del ordenamiento universitario cambió el título de su cátedra a "Derecho Romano"). En uno de sus primeros ensayos, de carácter metodológico (Mazzarella, 1906), este autor declara que la etnología jurídica es una "ciencia teórica y aplicativa, que se propone descubrir las causas de la formación, de la conservación, de la transformación, y de la disolución de las instituciones jurídicas". En el marco de un sistema comparativo entre instituciones jurídicas de pueblos diferentes, y considerando la existencia de "áreas etnográficas específicas", este autor se dedica en particular a las relaciones sociojurídicas de derecho matrimonial, y sintetiza en términos generales los resultados de una obra anterior sobre las "condiciones jurídicas del marido en la familia matriarcal" (Mazzarella, 1899). La mayoría de sus estudios se dedicaron a los sistemas jurídicos antiguos de la India, sobre los cuales en el curso de varios decenios este autor publica quince volúmenes dedicados a la "Etnología analítica del antiguo derecho indiano"; los diferentes temas investigados incluyen argumentos tales como el origen y las formas del préstamo en el antiguo derecho indiano, las diferentes formas de familia y sus aspectos de transmisión de los derechos sobre los bienes, las formas de las instituciones procesales, y argumentos similares. En otro ensayo, dedicado a los problemas de la metodología de estudio en la Etnología Jurídica, Mazzarella discute con competencia y precisión los aportes de los grandes juristas del siglo XIX acerca de la sucesión histórico-evolutiva de las instituciones familiares y del matrimonio, la relación entre patriarcado y matriarcado, la evolución de los sistemas gentilicios, y, finalmente, las dinámicas de las comunidades territoriales. Autores como Bachofen, McLennan, Morgan, Sumner Maine, Post, son presentados con un conocimiento profundo de las fuentes y con una visión crítica basada en un equilibrio entre el análisis histórico y los modelos de clasificación protoestructural (Mazzarella, 1902; 1910). A nivel más general y estructural, este autor se empeña también en

un esfuerzo extraordinario por identificar los elementos fundamentales y recurrentes de los sistemas jurídicos en todas las sociedades y en todas las épocas históricas (Mazzarella, 1918-20); ver también Mazzarella, 1912; 1926). Ya en los años '50 del siglo pasado se comentaba positivamente el esfuerzo de Mazzarella en su investigación sistémica e histórica sobre las dinámicas de los sistemas jurídicos, y en su esfuerzo de análisis sobre las características estructurales de los mismos, en comparación con las contribuciones clasificatorias e histórico-culturales propuestas en aquella época por W. Schmidt (Panetta, 1954; Tucci, 1953). Más recientemente se han multiplicado los estudios y las evaluaciones de las contribuciones de Mazzarella a la historia jurídica y a la fundamentación de las peculiaridades de las normas jurídicas (Derrett, 1969; Verdier, 1996; Di Lucia, 1997; Faralli-Facchi, 1998).

Un sector diferente de estudios antropológicos sobre fenómenos jurídicos aparece en Italia con gran intensidad como consecuencia de las empresas coloniales del país en África, a partir de las primeras décadas del siglo XX en Libia, y después -desde 1936- en Etiopía. Las conquistas coloniales imponían obviamente un conocimiento de cierta profundidad acerca de las costumbres sociales y jurídicas de las poblaciones indígenas de las regiones coloniales, y un gran número de buenos juristas se dedicaron al reconocimiento, registro y consideración del derecho consuetudinario indígena en el marco de la reorganización del Estado colonial. Hay que reconocer que la mayoría de los juristas (investigadores, legisladores coloniales, jueces de los tribunales de las colonias) tenían una formación jurídica fuerte, en buena parte autónoma con respecto a las posiciones políticas e ideológicas del poder político del país, y que presentaron trabajos de buen nivel. Entre los mayores expertos del mundo académico, indirectamente vinculados a las responsabilidades administrativas coloniales, recordamos el fundamental y gigantesco trabajo de Carlo Conti Rossini (de 802 páginas) sobre los principios del derecho consuetudinario en Eritrea (Conti Rossini, 1916), y los estudios de Enrico Cerulli, quien también trabajó sobre Eritrea (Cerulli, 1918), pero sobre todo es autor

de una monografía sistemática dedicada al derecho consuetudinario de los pueblos de Somalia del Norte (Cerulli, 1918-19). Es evidente que estos importantes investigadores, a pesar de contribuir directa e indirectamente a la administración colonial, conservan con cierto orgullo su autonomía científica, y se plantean el problema de la importancia que puede tener un conocimiento profundo de los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas para mejorar la eficiencia y eficacia de la administración. En un ensayo de carácter general, Conti Rossini afirma que "la etnografía jurídica, o sea el estudio de las costumbres jurídicas indígenas, puede juntar admirablemente la actividad práctica y la ciencia". Insiste en la necesidad de "escuchar profundamente las opiniones de los súbditos de las colonias" y señala los peligros que pueden derivar de la ignorancia de las costumbres jurídicas, o sea de las normas sociales cargadas de sanciones, por parte de la administración. Pero, para administrar bien, es necesario estudiar largo tiempo, recoger las costumbres -¡y no son investigaciones fáciles, que se puedan hacer en un fin de semana!- y después sistematizarlas con un ojo puesto en la ciencia jurídica y otro en las ciencias sociales (Conti Rossini, 1941: 168-169). Esta postura relativamente crítica y propositiva hacia las reformas coloniales que se puedan basar en buena medida en los estudios sobre el derecho indígena local, aparece en una serie de estudios sobre instituciones concretas del derecho de los pueblos de las colonias, y proviene de una generación de juristas que mantiene una cierta distancia de las ideologías y políticas dominantes en la época fascista; también porque su formación jurídica en las grandes escuelas nacionales constituía una especie de "defensa" frente a las presiones políticas, con un código disciplinario de profunda tradición. Por ejemplo, en el sector de la administración de la justicia indígena, Renzo Sertoli Salis empieza su importante ensayo sobre el tema mencionado afirmando que "en la historia de las colonias, las rebeliones de los indígenas aparecen casi siempre como efecto de justicia denegada" e insiste muchas veces en la importancia del principio del "respeto frente a los usos y costumbres de los indígenas" (Sertoli Salis, 1933: 1,5). Al mismo autor se le debe una monografía muy detallada dedicada a los derechos sobre la tierra en Eritrea,

donde presenta una reconstrucción de la historia de la intervención jurídica italiana, del sistema indígena, y de los fracasos del largo proceso de colonización, debido a una cierta ignorancia sobre el sistema local (Sertoli Salis, 1932).

Si queremos pasar a las contribuciones a la etnografía jurídica por parte de un investigador de campo, tenemos que hacer referencia a los numerosos estudios de Massimo Colucci, un juez del tribunal de Mogadiscio (Somalia) que realizó una gran cantidad de visitas de campo y entrevistas con informantes clave en diferentes regiones de Somalia, y también en Cirenaica. Su monografía más importante está dedicada al estudio de los principios del derecho consuetudinario de los somalíes y a sus formas de propiedad (Colucci, 1924). Pero hizo también investigaciones sobre temas de derecho penal (Colucci, 1927; 1929; 1943) y consideraciones generales sobre los límites a la aplicación de los derechos consuetudinarios en las colonias (Colucci, 1935).

Entre los estudios recientes de tipo antropológico-histórico sobre distintos aspectos del contexto colonial italiano en las primeras cuatro décadas del siglo pasado, que le confieren una gran importancia a las normas jurídicas coloniales en las relaciones entre europeos e indígenas, quiero señalar los importantes trabajos de Barbara Sòrgoni, quien se ha dedicado a la legislación colonial y a las políticas de discriminación sexual y racial en la colonia Eritrea (Sòrgoni, 1998a; 1998b). Una reconstrucción muy detallada e inteligente de la etnología histórico-jurídica italiana de la primera mitad del siglo XX, con muchas referencias críticas e interpretativas sobre los estudios coloniales, se encuentra en un ensayo de Carlo Rossetti, que es parte de una importante obra que recoge varios ensayos sobre la historia de la antropología italiana (Rossetti, 1985).

Hay otro sector importante de cooperación entre juristas e investigadores sociales en las primeras décadas del siglo pasado. Se trata de los estudios e investigaciones provenientes más que todo de juristas especializados en derecho agrario y en derecho romano, quienes se dedican al

tema de la identificación, recolección y aplicación de costumbres jurídicas populares de las diferentes regiones rurales de Italia, colaborando con la Comisión Real para la Recolección de Costumbres y Usos Jurídicos, instituida ante el Ministerio de Justicia. En concordancia con las posiciones de los seguidores de la orientación teórica del "derecho viviente" (que considera las formas jurídicas populares, en su oralidad, obligantes como las normas jurídicas del Estado) y con el nuevo código civil (que considera las "costumbres locales" como fuentes de derecho), se realiza en todo el país una recolección de las costumbres populares, en colaboración con los folkloristas y etnógrafos de la época. Naturalmente, el tema de la consideración y registro-aprobación de las costumbres populares obligaba a los juristas de la época a tratar con atención y cuidado el delicado argumento de la fundamentación y eficacia de las costumbres populares, que imponían una discusión de la "teoría del derecho consuetudinario" y una confrontación con la tradición del derecho romano de la *consuetudo* (con sus elementos constituyentes del *tacitus consensus populi*, y de la *opinio juris ac necessitatis*¹). Para no detenerme demasiado en este crucial problema, quiero simplemente hacer referencia a algunas contribuciones importantes de las primeras décadas del siglo pasado (D'Amelio, 1910; Levi, 1913; Bonfante, 1926 [1923]); y quiero también referirme muy brevemente a otro tema relacionado con el anterior, y que está en la base de las reflexiones sobre la teoría general del derecho, frente a las posibles diferencias entre derecho oficial (normativo) y derecho no legislativo: se trata del problema del "pluralismo jurídico" (de la posible existencia de diferentes fuentes de derecho vinculadas con diversos actores sociales en el contexto del Estado en su totalidad). Es importante anotar, con este propósito, que justo en las primeras décadas del siglo pasado se empezó a reflexionar sobre este importante asunto a partir de un pequeño pero extraordinario libro dedicado al "ordenamiento jurídico", publicado por uno de los grandes juristas de la época (Romano, 1917). Santi Romano sostenía que no son las normas como tales las que caracterizan un ordenamiento jurídico, sino las *instituciones*, que son formas sociales organi-

zadas, las que en su ámbito -que puede ser muy limitado- ejercen control directo sobre las acciones de los individuos y grupos. Y las instituciones jurídicas -con su parcial autonomía- son muchas y variadas en cada Estado, así que la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y la coexistencia y acuerdo-compatibilización entre ellos, es una característica primaria de toda organización estatal.

Volviendo a uno de los ejemplos de la pluralidad jurídica, el de los grupos sociales rurales de las regiones italianas marginales, tenemos que recordar que en 1930 se republicó un famoso ensayo del gran jurista romanista Vittorio Scialoja, que ya en 1886 había señalado a la doctrina jurídica italiana la necesidad de una recolección y registro detallados de las costumbres jurídicas populares (Scialoja, 1930; véase también el importante comentario de Carusi, 1929). El más distinguido jurista que se dedicó con gran continuidad y empeño a este tema fue Fulvio Maroi, al que se deben muchos ensayos de teoría y método sobre las relaciones posibles entre derecho normativo formal y derecho popular caracterizado por la oralidad (Maroi, 1925; 1927; 1930; 1932). Maroi se dedicó también al estudio y análisis muy detallado de algunas instituciones jurídicas fundamentales, con base en una comparación intercultural, un reconocimiento de las continuidades y discontinuidades entre el derecho romano y el derecho moderno; con una gran capacidad de darle importancia a algunos comportamientos y costumbres populares contemporáneos, como los vínculos contractuales, y la imposibilidad de revocar las donaciones (Maroi, 1956a [1949]; 1956b [1953]). También a este autor se debe -en un nivel más general-, un importante ensayo sobre las contribuciones de la sociología jurídica al estudio de la persona humana (Maroi, 1951 [1950]). Este último tema -las relaciones entre sociología jurídica y teoría general del derecho- siempre ha representado, en Italia, la base general de todas las discusiones entre derecho y cultura. Recordamos, a propósito, únicamente dos ensayos importantes de los años '50 del siglo pasado: Leonardi (1951) y Treves (1958).

Entre los especialistas del derecho popular de los campesinos italianos hay que mencionar a Raffaele Corso, quien fue uno de los folkloristas más renombrados. Empezó sus publicaciones con una recolección sistemática y ricamente comentada de proverbios populares que funcionaban como "reglas formales" de carácter jurídico, y revelaban al mismo tiempo la permanencia de antiguas costumbres jurídicas que se remontaban a la época romana y/o medieval (Corso, 1908; 1916). En las décadas siguientes, este mismo autor se ocupó de los temas generales de la etnografía jurídica y de la posible relación positiva entre investigaciones de etnografía jurídica y procesos de colonización (Corso, 1938; 1949; 1955 [1954]). El interés por las formas de derecho popular ha continuado en las últimas décadas, y ha producido una serie de estudios, tanto documentales como de crítica a las insensibilidades, olvidos y ocultamientos del derecho oficial frente a las formas espontáneas de expresión de las concepciones jurídicas vinculadas a las culturas populares (principalmente campesinas). Entre los muchos estudios existentes, me limito a recordar algunos de Luigi Lombardi Satriani (Lombardi Satriani, 1974, 1995; Lombardi Satriani-Meligrana, 1975), la importante monografía de un jurista sobre el código de la venganza entre los pastores de Cerdeña (Pigliaru, 1959), y la reciente investigación sobre el mismo tema en una región del sur de Italia (Scionti, 2008). Estos últimos estudios son más socioantropológicos que orientados a la tradición de trabajos de tipo "folklóricos". Una síntesis del tema desde el punto de vista de la sociología jurídica se encuentra en Cesetti (1983).

2. La antropología jurídica moderna: investigaciones y estudios de los antropólogos

Si pasamos a los años más recientes, y sobre todo a los intereses de los antropólogos italianos sobre la existencia de sistemas jurídicos externos a Occidente en una época postcolonial, tenemos que enfatizar también el proceso de progresiva institucionalización de las disciplinas

antropológicas en las universidades del país, en las cuales a partir de los años '60 del siglo pasado se multiplicaron las cátedras oficiales (de "profesores permanentes", y "profesores ocasionales") de disciplinas antropológicas (esencialmente: "Etnología", "Antropología Cultural", "Historia de las Tradiciones Populares"). Todo lo anterior facilitó la autonomización de las investigaciones antropológicas, y una cierta separación entre las diferentes disciplinas. No obstante este relativo distanciamiento, el sector del "Derecho" al interior de la visión holística de la antropología como estudio integral de la "Cultura" mantuvo su importancia, y se pudieron promover algunas traducciones de libros clásicos de la antropología jurídica. En 1972 se publicó la traducción de famoso libro de Bronislaw Malinowski, *Crime and custom in savage society*, de 1926 (Malinowski, 1972). En 1973 se publicó la traducción del manual clásico de Adamson Hoebel de 1954, *The law of primitive man. A study in comparative legal dynamics* (Hoebel, 1973), y en 1977 apareció la traducción del libro de Max Gluckman *Politics, law and ritual in tribal society* (Gluckman, 1977). Finalmente, en años más recientes se publicó el manual de Norbert Rouland, *Anthropologie juridique* de 1988 (Rouland, 1992) y el libro de Laura Nader *The living forces of law* (Nader, 2003). Estos libros de carácter general y teórico ejercieron una gran influencia en varios cursos universitarios de antropología y generaron mucho interés en diversos juristas.

Uno de los primeros antropólogos italianos de la nueva generación que se ocupó con intensidad de la antropología jurídica en sus cursos universitarios fue Francesco Remotti, de la Universidad de Turín. En 1982 este autor dedicó un libro de carácter general al tema, insistiendo mucho en las cuestiones de teoría y metodología, de terminología y clasificaciones, añadiendo también capítulos bien organizados de "estudios de casos", referidos a los Nunamiut de Alaska, a los Banande de Congo, a los Tiv de Nigeria, a los Barotse de Rodesia. Las fuentes utilizadas son propias de este autor para los Banande, y de Hoebel, Bohannan y Gluckman para los otros estudios de casos. En el capítulo inicial se ilustra con detenimiento el

tema de los "orígenes jurídicos de la antropología social" haciendo referencia a los grandes autores clásicos del siglo XIX (Remotti, 1982). Este importante libro fue republicado después de más de veinte años, conjuntamente con un ensayo de un joven especialista del tema, que se ha concentrado en la actualización de la información sobre la antropología del derecho en las últimas décadas, y sobre las relaciones de intercambio entre antropología y disciplinas colindantes, como teoría e historia del derecho, sociología, filosofía del derecho, añadiendo una riquísima bibliografía general sobre el tema (Remotti-Motta, 2006). Este joven colaborador de Remotti en el libro mencionado es uno de los más intensos y competentes expertos italianos en la antropología del derecho. En realidad, Riccardo Motta, de formación sociológica y jurídica, ha estudiado con mucho detenimiento la literatura especializada en antropología de los fenómenos jurídicos y ha publicado una gran cantidad de estudios histórico-críticos. Los estudios más significativos se dedicaron al análisis de las contribuciones a la antropología jurídica por parte de Marcel Mauss (Motta, 1984), Paul Huvelin (Motta, 1979), Norbert Rouland (Motta, 1995) y Raymond Verdier (Motta, 1983). Un trabajo de mucha intensidad que presenta un cuadro metodológico-histórico sobre el tema, en el contexto del cual se profundiza el argumento de los procesos de ajuste entre sistemas jurídicos y de "aculturación jurídica", es un libro que tiene un curioso título: "La domesticación de los derechos étnicos", que comprende en su parte final una presentación detallada de estudios de casos en diferentes países contemporáneos (Inuit de Canadá, aborígenes australianos, Papúa-Nueva Guinea, Maorís de Nueva Zelandia, Navajo del suroeste de Estados Unidos, Sami de Laponia, Gitanos de Europa). Importantes páginas son dedicadas también al tema del pluralismo jurídico (Motta, 1994). Otro ensayo que me parece relevante es el minucioso análisis de las fuentes históricas antiguas sobre los pueblos indígenas de Nueva Francia y Canadá (denominados *the First Nations*) en temas tales como la soberanía doméstica y los derechos ancestrales (Motta, 2001). Por último, una recopilación crítica muy ordenada y completa retoma el cuadro integral de las contribuciones de la antropología a la fenomenología jurídica, dedi-

cándose a autores como Durkheim, Malinowski, Polanyi, Llewelyn y Hoebel, Gluckman, Bohannan, Pospisil, Verdier (Motta, 1986). Quiero recordar también, entre los estudios generales, un cuadro de la problemática de la antropología jurídica que ha sido muy utilizado en varias universidades del país (Brischetto Di Stefano, 1991).

La atención hacia temas generales de reflexión, como la naturaleza de las normas jurídicas desde el punto de vista antropológico (Mondardini, 1980), o las razones de la persistencia del derecho consuetudinario (Colajanni, 1971), ha empeñado frecuentemente a los antropólogos italianos. Entre los panoramas generales, dedicados a las dinámicas jurídicas, sociales y culturales de todo un continente, podemos señalar un ensayo que presenta las líneas generales y los debates sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, en sus relaciones con el "Derecho Indígena", o sea, con la producción normativa y la administración de la justicia propia, basada en las tradiciones ancestrales y en su adaptación relacional con la modernidad (Colajanni, 2008). Mucho menos representadas están las investigaciones directas de campo sobre aspectos conductuales de grupos de culturas diferentes, y la dedicación a temas específicos del derecho, como las instituciones familiares, derechos sobre la tierra y argumentos semejantes. Quiero recordar, en lo que se refiere a temas específicos e instituciones jurídicas, las consideraciones sobre las instituciones familiares y el parentesco en el cuadro de las posibles reformas de los ordenamientos jurídicos positivos (Colajanni, 1993). Sobre el tema de los derechos consuetudinarios africanos en relación a las aguas, tenemos un excelente e importante repertorio de fuentes que recoge todos los estudios y las normas referidas a todos los países africanos (Ramazzotti, 1996).

Las investigaciones de campo sobre distintos argumentos de "etnografía jurídica" no son muchas, pero algunas tienen cierta importancia, como la investigación de Guido Sertorio dedicada al ordenamiento de derechos sobre la tierra de los Yoruba de Nigeria, que utiliza también un análisis

muy detallado de las sentencias de las cortes de derecho consuetudinario (Sertorio, 1966; 1967). Así como una investigación en las áreas internas de Arabia Saudita sobre la estratificación de los sistemas jurídicos y la relación entre sistemas tribales y derecho nacional, realizada en el ámbito de un programa de cooperación internacional (Moriendo, 1968a; 1968b). En el campo del derecho penal, puedo referirme a un estudio sobre un caso de homicidio y venganza entre los Achuar de la Amazonía ecuatoriana (Colajanni, 1984). En el mismo tema de estudio se destacan las investigaciones de Patrizia Resta sobre el Kanún, el código jurídico tradicional de la sociedad albanesa (Resta, 1996), y sobre la venganza de sangre en la cultura albanesa contemporánea (Resta, 2002). Un etnógrafo con larga experiencia de investigaciones de campo en las Islas Trobriand de Melanesia se ha dedicado con gran detenimiento a explorar el proceso de producción, memorización y transmisión de las normas jurídicas clínicas de estos grupos indígenas, sin formalidades que salgan de un derecho inserto en la vida social primaria (Scoditti, 1995). Por su parte, Antonio Palmisano, con mucha atención y produciendo una relevante etnografía jurídica, se ha dedicado al manejo de la justicia de acuerdo a reglas tradicionales -fuera de los tribunales oficiales- entre los Pashtun de Afganistán (Palmisano, 2007). Al mismo autor se debe un análisis muy interesante y profundo de la mitología de un pueblo africano, los Lotuho, en términos de sus sistemas normativos y de concepciones implícitas del derecho (Palmisano, 1989), y un ambicioso y teóricamente refinado estudio general sobre los fundamentos filosóficos y antropológicos del Occidente jurídico, dedicado a reflexionar a nivel teórico sobre los conceptos de "libertad", "justicia", "*welfare state*", "control social", "contrato social" (Palmisano, 2006). Vale la pena mencionar también un estudio muy útil y detallado -realizado en forma indirecta, a través de fuentes secundarias y de internet- sobre el derecho consuetudinario en el proceso reciente de establecimiento del Territorio Autónomo "Nunavut" de los Inuit de Canadá (Coresi, 2005). Sobre el mismo tema, la mayor parte de la documentación, con ricos comentarios a cargo del jurista B. Faedda, se encuentra en el sitio web "Diritto & Diritti" (<http://www.diritto.it>). Sobre aspectos de

las culturas populares de las diferentes regiones de Italia, quiero mencionar el estudio de S. Sassu que retoma y actualiza las investigaciones ya mencionadas de Pigliaru sobre la "venganza barbaricina" de la parte central de Cerdeña, presentando una intensa investigación sobre un sistema de solución tradicional de las controversias en el área de Gallura (Sassu, 2007). Para terminar con la referencia a los estudios italianos de antropólogos interesados en la temática jurídica, quiero mencionar algunas investigaciones sobre el argumento de los derechos humanos mirados desde el punto de vista de la antropología. Un libro completo ha sido dedicado por Gualtiero Harrison al tema de los fundamentos antropológicos de los derechos humanos, con particular referencia al tema de los derechos de la infancia (Harrison, 2001). Una serie de ensayos de carácter general, provenientes de diversos profesionales de la disciplina, son recogidos en una importante publicación coordinada por Adriano Santemma (Santemma, 1998). Una reconstrucción del debate que se desarrolló en los años cuarenta del siglo pasado en torno al *Statement on Human Rights* propuesto por Herskovits en el marco de los trabajos de preparación de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" del 1948, se puede encontrar en un ensayo dedicado al "desorden mundial en el campo de los Derechos Humanos" (Colajanni, 2002). Hay que mencionar, por fin, una colección de breves pero muy útiles ensayos basados en una experiencia plurianual en el "Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas" de Ginebra (Bamonte, 2003).

3. Los importantes aportes de los juristas al tema de la relación entre derecho y cultura

Podemos mencionar ahora, para completar este cuadro de las contribuciones de los estudiosos italianos a los diferentes temas de la Antropología Jurídica, los aportes que vienen directamente de las disciplinas jurídicas y de los diferentes profesionales de este sector. Lo que vale la pena subrayar es que los estudios que mencionaré a continuación en su mayor

parte surgen espontánea y autónomamente de los juristas, con pocos y raros contactos directos con antropólogos, lo cual merece algunos comentarios específicos. A pesar de los escasos vínculos recientes entre antropólogos y juristas, contamos con una serie muy respetable y continua de trabajos de investigación que muestran con toda evidencia la capacidad de los juristas italianos de respetar hasta el final las exigencias del saber antropológico y de dedicarse con profundidad a lecturas específicas de antropología; y al mismo tiempo nos confirma que las tradiciones del derecho "social", del "derecho viviente" y del "derecho como aspecto particular de una cultura", tiene raíces fuertes en este país. Y que los acercamientos rígidamente formalistas y técnicos, concentrados en las instituciones oficiales del derecho (parlamentos, leyes y códigos, tribunales, ciencia jurídica) tienen por cierto su importancia, pero no aparecen dominantes. Entonces estos juristas no se limitan al análisis de las normas de acuerdo a la lógica jurídica, a la historia y a la sistemática del derecho, sino que se ocupan de estudiar a fondo los contenidos de las normas, los referentes sociales y culturales, los intereses vitales a los cuales las normas se refieren, y el pensamiento social que en ellas se manifiestan.

Quiero comenzar con los especialistas de Derecho Romano que recientemente han retomado la importante tradición del siglo pasado de los romanistas interesados en el estudio comparativo del derecho en sociedades "tradicionales" y "primitivas" (Mazzarella, Bonfante, Scialoja). Entre los primeros estudios de esta fase de interés antropológico de los romanistas italianos se destaca el trabajo de Alba Negri, quien se ha dedicado a reconstruir la importancia de la etnología del derecho para la historia jurídica, y ha valorizado las contribuciones de las escuelas jurídicas alemanas, desde Post hasta las grandes revistas de Derecho Comparado. En su monografía de 1983 ha reconstruido todo el proceso histórico de los contactos entre ciencias antropológicas y ciencias jurídicas, reivindicando la importancia fundamental de la ciencia de la cultura para la epistemología jurídica, y ha tratado también la "aculturación jurídica", las políticas del derecho colonial y la recolección de los "corpus" de derecho

consuetudinario en África (Negri, 1978; 1983; 1984). Una contribución muy importante que nos han dejado los romanistas consiste en el examen muy atento y detallado de los aportes a la teoría social del derecho que remontan a uno de los grandes fundadores de la antropología jurídica del siglo pasado: Henry Sumner Maine, cuya obra fundamental *Ancient Law* (1861), con su teoría de la transición en la historia de la humanidad desde las sociedades de *status* a la sociedades de *contract*, ha sido uno de los clásicos de las ciencias sociales. Ya sea desde el punto de vista de la progresiva construcción de las formas modernas de derecho, como en lo que se refiere a la comparación entre sistemas jurídicos diferentes (el derecho medieval y el derecho indiano), Maine ha sido un punto de referencia para numerosos ensayos de gran intensidad (Capogrossi Colognesi, 1981; Cassani, 1985, 1986). A la importancia central de los estudios sobre las sociedades arcaicas y "primitivas" para la constitución de los cuadros teóricos e interpretativos de los romanistas italianos, se ha dedicado con mucha atención Carlo Rossetti en su ensayo antes mencionado (Rossetti, 1985, 156-173).

Pero son los especialistas de Derecho Internacional los que han aportado una contribución continua y muy intensa al tema de los derechos de los pueblos indígenas (en el ordenamiento internacional y en los ordenamientos jurídicos internos), que es un tema fundamental para la Antropología Jurídica. Repaso, entre otros, el breve pero importante ensayo de Fausto Pocar, uno de los más importantes internacionalistas italianos, miembro de numerosas Comisiones y Grupos de trabajo de las Naciones Unidas, sobre "El derecho indígena y el Derecho Internacional" (Pocar, 1993), y el estudio de Federico Lenzerini, otro importante internacionalista, sobre el valor de la diversidad cultural en el Derecho Internacional (Lenzerini, 2001); como también la colección de ensayos coordinada por el mismo autor y dedicada a un tema muy importante y poco investigado: el tema de la "reparación" y de las compensaciones por las injusticias sufridas por los pueblos indígenas, en los niveles internacional, regional y nacional (Lenzerini, 2008). No faltan los ensayos de carácter

general sobre los diferentes argumentos relativos a las luchas por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y a la protección de las identidades y del patrimonio cultural (Cammarata, 2004; Zagato, 2006a); y comentarios muy atentos y competentes a las más recientes normas internas del Banco Mundial en el tema de políticas indígenas, así como a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Errico, 2006; 2007). Por otra parte, son muchos los estudios sobre las normativas jurídicas de protección de los pueblos indígenas en los países de *Common Law* (Mazza, 2004), y sobre la situación específica de la protección de la diversidad cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema en Canadá, por ejemplo (Rolla, 2006). En esta última colección de ensayos se destaca un excelente trabajo de Eleonora Ceccherini (2006) sobre el clásico tema de la alternativa entre la "integración" de las minorías étnicas y el "reconocimiento" de sus diferencias. A Rolla se debe un libro anterior sobre el desarrollo de los derechos fundamentales en Canadá, entre universalidad y diversidad cultural (Rolla, 2000). Entre los internacionalistas quiero mencionar también a Massimo Jovane, autor de un importante ensayo sobre la universalidad de los derechos humanos y la protección internacional de la diversidad cultural (Jovane, 2007). También a los filósofos del derecho se deben ensayos e investigaciones de interés para la antropología del derecho. Por ejemplo, Lorenzo Scillitani es uno de estos estudiosos muy interesados en el tema, autor de un libro que recoge varios argumentos de reflexión teórica y crítica con referencia a diferentes autores, entre los cuales el famoso antropólogo francés Lévi-Strauss (Scillitani, 1996), y de varios ensayos que critican las teorías 'étnicas' del derecho, reivindican la necesidad de un acercamiento transcultural en el estudio del derecho y la oportunidad de considerar muy pertinente la filosofía, al lado de la sociología, para obtener una visión antropológica de los fenómenos jurídicos (Scillitani, 1991; 1994; 1997; 1999). Entre los problemas de derecho internacional se ha desarrollado en los últimos años un interés especial por el tema de la defensa de los "derechos de propiedad intelectual" de los pueblos indígenas, en contra de la concesión de patentes y de los acuerdos de libre comercio,

que muy frecuentemente atentan contra los derechos fundamentales y la diversidad biológica que es por lo general controlada, en las regiones tropicales, por pueblos y organizaciones indígenas. A este tema se han dedicado con mucha atención Simone Vezzani (Vezzani, 2007; 2008) y Lauso Zagato (Zagato, 2006b). Quiero también mencionar una iniciativa promovida por una coordinadora de ONG italianas (se trató de una campaña de información en todo el territorio nacional) y dedicada a los "derechos de propiedad intelectual y derecho al desarrollo", que involucró a un grupo de antropólogos, juristas y economistas acerca de este importante argumento, e incluye tanto discusiones generales como estudios en áreas específicas, a través de investigaciones etnográficas en Ghana y Ecuador (Colajanni-Palmieri, 2007).

No son pocos los estudios de casos sobre la documentación ya existente, o en algunos casos sobre la base de investigaciones de campo en contextos sociales marginales, que profundizan temas específicos o investigan la situación de ciertos derechos indígenas en algunos países. Por ejemplo, debemos a Lorenzo Milazzo un buen estudio sobre el proceso de reconocimiento de los derechos de los indígenas en México (Milazzo, 2006), y a un distinguido jurista experto sobre pluralismo jurídico y conflictos agrarios (Losano, 2004), un rico ensayo sobre los territorios de los indios del Brasil entre derechos históricos y derecho vigente (Losano, 2006). Eugenio Caliceti ha trabajado mucho sobre el reconocimiento jurídico de los territorios *quilombolas* de Brasil (Caliceti, 2008a; 2008b), y ha producido una excelente tesis de doctorado sobre la función de los derechos colectivos originarios de naturaleza dominical en los sistemas italiano y brasileño (Caliceti, 2009). Lorenzo Nesti se ha dedicado con gran competencia a los derechos territoriales y a los conflictos ambientales entre los Mapuche de Chile (Nesti, 2000; 2002), y Marzia Rosti se ha concentrado en la situación de los pueblos indígenas en Argentina, también con referencia a los derechos sobre la tierra (Rosti, 2004; 2006). Entre los estudios de etnografía jurídica, en los cuales prevalece la metódica atención hacia las costumbres, obligaciones, y normas sociales implí-

citas provistas de sanciones, observadas en grupos y minorías que quedan fuera del sistema social y jurídico oficial, se destacan algunas excelentes investigaciones sobre el derecho de los Gitanos residentes en Italia (Simoni, 1999; Mazza, 2000; Mancini, 2004).

Junto a estas contribuciones de descripción y análisis de sistemas jurídicos vivientes, de ejemplos de formas de marginalidad con respecto al "derecho oficial" y formal de los códigos y de los tribunales, existe una serie de estudios de carácter general que demuestran la actitud de los juristas de este país por contribuir también con marcos teóricos de nivel elevado a la Antropología Jurídica en su conjunto, construyendo una visión antropológica de los fenómenos jurídicos a partir de la teoría del derecho y de la filosofía jurídica, pasando por la sociología del derecho. Son buenos ejemplos de esta categoría de escritos los ensayos de Renato Treves, el fundador de la Sociología del Derecho en Italia (Treves, 1979), y de Alberto Febbrajo sobre las relaciones entre sociología y antropología del derecho (Febbrajo, 1985); así como los de Alessandra Facchi sobre los límites de la antropología del derecho (Facchi, 1995), y de Facchi y Mittica sobre los conceptos y normas en una perspectiva de la antropología jurídica (Facchi-Mittica, 2000). Pero la obra más relevante en este sentido es el ensayo general, con carácter de manual, de Rodolfo Sacco, un distinguido jurista, maestro de Derecho Civil y de Derecho Privado Comparado, que tiene el ambicioso título de "Antropología Jurídica" (Sacco, 2007). Se trata de un interesante trabajo dedicado en su mayor parte a las instituciones básicas del derecho privado, pero tomando una posición que privilegia los componentes culturales de las instituciones jurídicas y el análisis de los procesos históricos que inciden en la variación de los sistemas jurídicos. Y dedica gran atención a la coexistencia entre las culturas que genera efectos jurídicos especiales, al pluralismo jurídico, a los aspectos lingüísticos, a las relaciones entre pensamiento y palabra en la producción de lo jurídico, a los conflictos y sus soluciones, y, en definitiva, a las relaciones entre derecho, "verdad" y lo sobrenatural. En pocas palabras, me parece que el libro de Sacco revaloriza la vieja tradición de

los grandes juristas del siglo pasado, que solían mirar los fenómenos jurídicos desde un punto de vista general, panhumano, y que le confería al derecho la función de representar en su máxima expresión el valor y las características de la "sociabilidad humana". El mismo autor ya había producido un ensayo muy estimulante sobre el "derecho no escrito, o derecho mudo", que iluminaba con su presencia un Tratado de Derecho Civil, insistiendo en un tema no muy estudiado (Sacco, 1999).

Resulta evidente, del panorama de estudios e investigaciones aquí presentados, que en Italia existe una tradición de gran profundidad histórica y caracterizada por una buena continuidad en los trabajos sobre la relación entre antropología y derecho, y una buena vitalidad en la producción contemporánea. Hay que observar que, paradójicamente, es muy intenso, autónomo y bien fundado el interés de los juristas hacia la materia antropológica (incluyendo también investigaciones etnográficas de campo); mucho mayor que el interés recíproco y la competencia de los antropólogos hacia los temas de la teoría e historia del derecho. En realidad, es muy reducido el número de antropólogos que puedan beneficiarse de una formación en las dos disciplinas, y los contactos entre las Facultades de Ciencias Sociales (no existen en Italia Facultades de Antropología, solamente carreras de antropología) y las Facultades de Derecho son muy escasos. Pero las contribuciones al tema han sido tan intensas y abundantes que pareciera ser que ha llegado el momento de instituir finalmente, en nuestro sistema académico, una Cátedra de Antropología Jurídica, que pueda retomar los hilos de las antiguas y no olvidadas investigaciones de Giuseppe Mazzarella, quien en los años '20 del siglo pasado fue durante mucho tiempo profesor de esta materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Catania. Un buen ejemplo del renovado interés en una colaboración e intercambio entre antropólogos y juristas es evidente en una muy reciente iniciativa editorial. Se trata de un número cuádruple de la revista *Thule. Revista Italiana de Estudios Americanistas* (nn. 26/27 y 28/29, 2009-2010), completamente dedicado al tema "Derechos de los pueblos indígenas y derecho indígena en las Américas", y coordinado por

el autor de este ensayo. Esta importante publicación, de 736 páginas, contiene 21 ensayos de diversos autores internacionales dedicados al tema. Entre ellos, 10 son juristas y los otros antropólogos. Esperamos que sea el inicio de una nueva fase en las relaciones interdisciplinarias, toda vez que los dos frentes de especialistas necesitan, hoy mucho más que en el pasado, de intensos intercambios.

Notas

¹ "Consenso no explícito del pueblo" y "Convicción de la obligatoriedad jurídica y de la necesidad".

Referencias

- Bamonte, G., 2003, *Indigeni, indigenismo e diritti umani*, Bulzoni Editore, Roma.
- Bonfante, P., 1926 [1923], Per una revisione della teoria della consuetudine, in P. Bonfante, *Scritti Giuridici Varii*, Vol. IV, Studi Generali, Roma, pp. 115-123.
- Brischetto Di Stefano, M. E., 1991, *Antropologia giuridica. Un percorso di ricerca*, Ed. Tringali, Catania.
- Caliceti, E., 2008a, Identità, diversità e diritto in Brasile. Il riconoscimento giuridico di territori *quilombolas* e *cafuzos*, *Atti del XXX Congresso di Americanistica*, Perugia, pp. 1-13.
- Caliceti, E., 2008b, La funzione socio-ambientale degli statuti appropriativi: la proprietà collettiva *quilombola* nell'ordinamento agrario brasiliano, *Archivio Scialoja Bolla*, 1, pp. 1-19.
- Caliceti, E., 2009, *La funzione dei diritti collettivi di natura dominicale nei sistemi costituzionali italiano e brasiliano*, Tesis de Doctorado

en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos, Università degli Studi di Trento.

Cammarata, R., 2004, *I diritti dei popoli indigeni. Lotte per il riconoscimento e principio di autodeterminazione*, Working Papers del Dipartimento di Studi Sociali e Politici, 6, Università degli Studi, Milano.

Capogrossi Colognesi, L., 1981, Sir Henry S. Maine e l' *Ancient Law*, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 10, pp. 83-147.

Carusi, E., 1929, Folkloristica giuridica e storia del diritto (a proposito di una recente iniziativa romana), *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, a. III, Vol. II, pp. 129-159.

Cassani, A., 1985, Un trionfo del metodo storico: "Ancient Law" di Henry Sumner Maine, *Giornale Critico della Filosofia Italiana*, 64, pp. 429-460.

Cassani A. (a cura di), 1986, *Società primitiva e Diritto antico. Scritti di Henry Sumner Maine*, Faenza Editrice, Faenza.

Ceccherini, E., 2006, Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene, in G. Rolle, *Eguali ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 58-113.

Cerulli, E., 1918, Diritti indigeni ed etnologia giuridica delle nostre Colonie. Note sui diritti consuetudinari dell'Eritrea, *Rivista Coloniale*, XIII, 3, 6, pp. 94-104, 242-246.

Cerulli, E., 1918-19, Il diritto consuetudinario della Somalia Settentrionale (Migiurtini), *L'Africa Italiana*, 37 (1918), pp. 120-137, 216-233; 38 (1919), pp. 45-56, 231-247, 278-286.

- Cesetti, F., 1983, Studi italiani sul folklore giuridico, *Sociologia del Diritto*, II° s., 10, 1, pp. 119-140.
- Colajanni, A., 1971, Aspetti e problemi relativi alla persistenza del diritto consuetudinario nelle società tradizionali dell’Africa Nera, *Problemi di Ulisse*, XI, 69, pp. 166-178.
- Colajanni, A., 1984, Prácticas chamánicas y cambio social. La muerte de un hechicero Achuar: hechos e interpretaciones, en VV. AA., *Relaciones interétnicas y adaptación social, entre Shuar, Achuar, Aguarunas y Canelos Quichua*, 44 Congreso de Americanistas de Manchester, Col. Mundo Shuar, Quito, pp. 227-249.
- Colajanni, A., 1993, Famiglia e parentela: problemi di ricerca antropologico-giuridica in aree indigene, con riferimento alle possibili riforme degli ordinamenti giuridici positivi, in *Tradizione giuridica romana e istituzioni giuridiche indigene del Brasile*, Progetto Italia-America Latina, Consiglio Nazionale delle Ricerche/ASSLA, Roma-Sassari, pp. 125-138.
- Colajanni, A., 2002, Il disordine mondiale nei diritti umani: il punto di vista dell’antropologia, in M. Belluscio, R. Noury (a cura di), *Il nuovo disordine mondiale. Economia, diritti umani e conflitti*, Ed. Ricerca e Cooperazione/Formin, Roma, pp. 57-88.
- Colajanni, A., 2008, Derechos de los pueblos indígenas y derechos indígenas en América Latina. Un punto de vista antropológico-jurídico sobre el futuro de los pueblos originarios del continente, in A. L. Palmisano, P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Atti del Convegno Internazionale di Siena 2007, Istituto Italo-Latino Americano, Quaderni IILA, Serie Economica 35, Roma, pp. 245-261.
- Colajanni, A. - N. Palmieri (a cura di), 2007, *Diritti di proprietà intellettuale e diritto allo sviluppo*, COCIS/Ricerca e Cooperazione, Roma.

- Colajanni, A. (a cura di), 2009-2010, *THULE. Rivista italiana di studi americanistici, I diritti delle popolazioni indigene e il diritto indigeno nelle Americhe*, 26/27-28/29, aprile/ottobre.
- Colucci, M., 1924, *Principi di diritto consuetudinario della Somalia Italiana Meridionale. I gruppi sociali. La proprietà*, Ed. La Voce, Firenze.
- Colucci, M., 1927, Il diritto consuetudinario delle tribù della Cirenaica, *Rivista Coloniale*, XII, 1, pp. 3-16.
- Colucci, M., 1929, Istituti delle tribù cirenaiche. Il patto di sangue, la vendetta, la composizione, *Rivista delle Colonie Italiane*, III, 3, pp. 262-272.
- Colucci, M., 1935, Estensione e limiti di applicazione dei diritti consuetudinari indigeni nelle Colonie, *Atti del Secondo Congresso di Studi Coloniali*, Firenze, pp. 241-251.
- Colucci, M., 1943, La composizione per l'omicidio e l'origine della pena nelle consuetudini dei Somali meridionali, *Rassegna Sociale dell'Africa Italiana*, VI, 3, pp. 1-16.
- Conti Rossini, C., 1916, *Principi di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, Unione Editrice, Roma.
- Conti Rossini, C., 1941, A proposito di etnografia giuridica, *L'Italia d'Oltremare*, VI, 11, pp. 168-169.
- Coresi, F., 2005, *Nunavut. Antropologia di una rivoluzione al rallentatore. Percorsi di applicazione fra studio del diritto ed esigenze del presente*, Ed. Aracne, Roma.
- Corso, R., 1908, Usi giuridici contadineschi ricavati da massime popolari, *Circolo Giuridico*, 39, pp. 3-16.
- Corso, R., 1916, Proverbi giuridici italiani, *Rivista Italiana di Sociologia*, A. XX, V-VI, pp. 531-592.

- Corso, R., 1938, Etnologia Giuridica, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino.
- Corso, R., 1949, Il contributo dell'etnografia giuridica alla colonizzazione italiana, *Rivista di Etnografia*, III, ripubblicato in *Problemi di Etnografia*. Conte Editore, Napoli 1955, pp. 135-142.
- Corso, R., 1954, L'Etnologia giuridica, Relazione Generale al "Congresso Internazionale di Diritto Comparato", Parigi, ripubblicato in *Problemi di Etnografia*, Conte Editore, Napoli, 1955, pp. 34-48.
- D'Amelio, M., 1910, La giurisprudenza etnologica e la revisione della teoria della consuetudine, *Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia*, A. II. p. I, pp. 37-45.
- Derrett, J. M. D., 1969, Juridical Ethnology. The life and work of Giuseppe Mazarella (1868-1958), *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 71, pp. 1-44.
- Di Lucia, P., 1997, Universali giuridici a posteriori: Giuseppe Mazarella, in P. Di Lucia, *L'universale della promessa*, Ed. Giuffrè, Milano, pp. 60-73.
- Errico, S. 2006, The World Bank and indigenous peoples: the Operational Policy on Indigenous Peoples (O.P. 4.10) between indigenous peoples' rights to traditional lands and to free, prior, and informed consent, *International Journal on Minority and Group Rights*, 13, pp. 367-390.
- Errico, S., 2007, The draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: an overview, *Human Rights Law Review*, 7 (4), pp. 741-755.
- Facchi, A., 1995, L'antropologia giuridica e i suoi confini, in A. Giansanti, G. Maggioni (a cura di), *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, pp. 107-125.

- Facchi, A. - P. Mittica (a cura di), 2000, *Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica*, F. Angeli, Milano.
- Faralli, C. - A. Facchi (eds.), 1998, *L'etnologia giuridica di Giuseppe Mazarella (1868-1958). Antologia di scritti*, Unicopli, Milano.
- Febbrajo, A., 1985, Sociologia e antropologia del diritto, *Quaderni Fiorentini per la Storia Giuridica*, 14, pp. 7-19.
- Gluckman, M., 1977, *Potere, diritto e rituale nelle società tribali*, Ed. Boringhieri, Torino.
- Harrison, G., 2001, *I fondamenti antropologici dei diritti umani*, Meltemi Editore, Roma.
- Hoebel, E. A., 1973, *Il diritto nelle società primitive. Uno studio comparato sulla dinamica dei fenomeni giuridici*, con un'Introduzione all'edizione italiana di Antonino Colajanni (pp. vii-xxxiv), Ed. Il Mulino, Bologna.
- Jovane, M., 2007, The universality of human rights and the international protection of cultural diversity: some theoretical and practical considerations, *International Journal on Minority and Group Rights*, 14, pp. 231-262.
- Lenzerini, F., 2001, Riflessioni sul valore della diversità culturale nel diritto internazionale, *La Comunità Internazionale*, 56, 4, pp. 671-684.
- Lenzerini, F. (edited by), 2008, *Reparations for indigenous peoples. International and comparative perspectives*, Oxford University Press, London.
- Leonardi, F., 1951, Sociologia giuridica e teoria generale del diritto, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, a. 28, serie 3, pp. 724-752.
- Levi, A., 1913, Contributi della Società di Etnografia Italiana allo studio del diritto e della coscienza giuridica popolare, *Lares*, II, 1, pp. 51-79.

- Lombardi Satriani, L. M., 1974, Per il diritto folklorico. Note per una delimitazione teorica, *Etnologia-Antropologia Culturale*, 28, pp. 23-40.
- Lombardi Satriani L. M. - M. Meligrana, 1975, *Diritto egemone e diritto popolare. La Calabria negli studi di demologia giuridica*, Ed. Qualecultura, Vibo Valentia.
- Lombardi Satriani, L. M., 1995, La rimozione del diritto, in A. Giansanti, G. Maggioni (a cura di), *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Ed. Raffaello Cortina, Milano, pp. 127-159.
- Losano, M. G. (a cura di), 2004, *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sudamerica*, Giuffr  Editore, Milano.
- Losano, M. G., 2006, I territori degli indios del Brasile fra diritti storici e diritto vigente, *Sociologia del Diritto*, 1, pp. 77-110.
- Malinowski, B., 1972 [1926], *Diritto e costume nella societ  primitiva*, con una Introduzione di Antonino Colajanni (pp. 9-35), Newton Compton, Roma.
- Mancini, L., 2004, Antropologia del diritto zingaro, *Sociologia del Diritto*, 31, 3, pp. 43-56.
- Maroi, F., 1925, *Costumanze giuridiche popolari. Prolusione a un Corso libero di Istituzioni di Diritto Civile nella Regia Universit  di Roma*, Tip. Centenari, Roma.
- Maroi, F., 1927, Per una raccolta di usi giuridici popolari, *Atti della Societ  Italiana per il Progresso delle Scienze*, 15^a Riunione, Firenze, pp. 520-537.
- Maroi, F., 1930, Le costumanze giuridiche e la riforma del diritto privato in Italia, *Atti del Primo Congresso Nazionale delle Tradizioni Popolari*, Firenze, pp. 122-150.
- Maroi, F., 1932, Il metodo comparato nello studio delle tradizioni giuridiche popolari, *Archivio Giuridico*, Vol. 107, pp. 3-16.

- Maroi, F., 1951 [1950], Contributi della sociologia giuridica allo studio della personalità umana, in *Studi in onore di A. Cicu*, Vol. I, Milano, pp. 489-495.
- Maroi, F., 1956a [1949], Il vincolo contrattuale nella tradizione e nel costume popolare, in F. Maroi, *Scritti Giuridici*, Vol. II, Milano, pp. 745-761.
- Maroi, F., 1956b [1953], Una sopravvivenza arcaica: l'irrevocabilità della donazione, in F. Maroi, *Scritti Giuridici*, Vol. I, Milano, pp. 549-561.
- Mazza, M., 2000, I metodi di risoluzione delle controversie nel diritto degli zingari. Profili di antropologia della giustizia, *Sociologia del Diritto*, s. II°, 27, pp. 115-147.
- Mazza, M., 2004, *La protezione dei popoli indigeni dei paesi di Common Law*, CEDAM, Padova.
- Mazzarella, G., 1899, *La condizione giuridica del marito nella famiglia matriarcale. Contributo alla giurisprudenza etnologica*, Tipografia E. Coco, Catania.
- Mazzarella, G., 1902, Le istituzioni giuridiche di una tribù dell'America Settentrionale, *Rivista Italiana di Sociologia*, VI, pp. 55-83.
- Mazzarella, G., 1906, Il metodo negli studi di Etnologia giuridica, *Rivista Italiana di Sociologia*, A. X, n. V-VI, pp. 3-23.
- Mazzarella, G., 1910, L'Etnologia giuridica. I suoi metodi, i suoi risultati, *Scientia*, A. IV, VIII, pp. 98-122.
- Mazzarella, G., 1912, L'etnologia giuridica e i fondamenti dell'analisi stratigrafica, *Rivista Italiana di Sociologia*, 16, pp. 560-582.
- Mazzarella, G., 1918-20, *Gli elementi irriducibili dei sistemi giuridici*, Vol. I° e II°, Ed. V. Giannotta, Catania.
- Mazzarella, G., 1926, La nuova fase dell'Etnologia giuridica, *Annali dell'Università di Camerino*, Camerino, pp. 167-209.

- Milazzo, L., 2006, La decolonizzazione incompiuta. Diritti indigeni, autonomia e diritti individuali: il caso messicano, in F. Bonsignori, T. Greco (a cura di), *Un solo mondo, un solo diritto?*, SEU, Pisa, pp. 1-38.
- Mondardini, G., 1980, *Norme e controllo sociale. Introduzione allo studio antropologico delle norme*, Iniziative Culturali, Sassari.
- Moriondo, E., 1968a, *Una ricerca di antropologia giuridica in Arabia Saudita*, Italconsult, Milano.
- Moriondo, E., 1968b, *Una ricerca di antropologia giuridica in Arabia Saudita. Note aggiuntive*, Italconsult, Milano.
- Motta, R., 1979, Antropologia e storia del diritto in Paul Huvelin: un gius-romanista alla corte di Emile Durkheim, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, IX, 2, pp. 399-439.
- Motta, R., 1983, I percorsi dell'antropologia giuridica (II): gli studi di Raymond Verdier negli anni '80, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XIII, 1, pp. 283-296.
- Motta, R., 1984, L'antropologia giuridica di Marcel Mauss, *Travaux offerts à l'Association du Centre de Recherche "Droit et Culture"*, Monographie 1, Paris.
- Motta, R., 1986, *Teorie del diritto primitivo. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Ed. Unicopli, Milano.
- Motta, R., 1994, *L'addomesticamento degli etnodiritti. Percorsi dell'antropologia giuridica teorica ed applicata*, Ed. Unicopli, Milano.
- Motta, R., 1995, L'opera di Norbert Rouland e l'antropologia giuridica francese, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XXV, 1, pp. 243-275.

- Motta, R., 2001, "Maitres chez eux". Sovranità domestica e diritti ancestrali delle Prime Nazioni in Nuova Francia e Canada, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 31, 1, pp. 211-232.
- Nader, L., 2003, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli.
- Negri, A., 1978, La méthode du juriste ethnologue, de l'époque de l'ethnologie juridique de Post à l'époque de la floraison de l'anthropologie culturelle, in *Rapport Nationaux Italiens au X^o Congrès International de Droit Comparé, Budapest 1978*, Giuffré Editore, Milano, pp. 37-62.
- Negri, A., 1983, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, Giuffré Editore, Milano.
- Negri, A., 1984, Una rivista giuridica meritevole dell'etnologia giuridica, la "Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, A. XIV, 1, pp. 265-275.
- Nesti, L. 2000, Lo status giuridico dei popoli indigeni in Cile. Il caso dei Mapuche, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, III, pp. 945-957.
- Nesti, L., 2002, The Mapuche-Pehuenche and the Ralco Dam on the Biobio river: the challenge of protecting indigenous land rights, *International Journal on Minority and Group Rights*, 9, pp. 1-40.
- Palmisano, A. L., 1989, *Mito e società. Analisi della mitologia dei Lotuho del Sudan*, Ed. Franco Angeli, Milano.
- Palmisano, A. L., 2006, *Tractatus ludicus. Antropologia dei fondamenti dell'Occidente giuridico*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Palmisano, A. L., 2007. On informal justice in Afghanistan, in G. Picco, A. L. Palmisano (ed.), *Afghanistan. How much of the past in the new future*, Institute of International Sociology/International University Institute for European Studies, Gorizia.

- Panetta, E., 1954, L'etnologia giuridica e il suo metodo secondo il Mazzarella, *Lares*, A. XX, I-II, pp. i-xix.
- Pigliaru, A., 1959, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Ed. Giuffrè, Milano.
- Pocar, F., 1993, Diritto indigeno e diritto internazionale, in *Tradizione giuridica romana e istituzioni giuridiche indigene del Brasile*, Progetto Italia-America Latina, Consiglio Nazionale delle Ricerche/ASSLA, Roma-Sassari, pp. 99-108.
- Ramazotti, M., 1996, *Readings in African customary water law*, FAO legislative study 58, FAO, Roma.
- Remotti, F., 1982, *Temi di antropologia giuridica*, Giappichelli, Torino.
- Remotti F. - R. Motta, 2006, *Temi di antropologia giuridica e Riflessioni e aggiornamenti su Antropologia giuridica e discipline confinanti*, Trauben, Torino.
- Resta P. (a cura di), 1996, *Il Kanun di Lek Dukagjini. Le basi morali e giuridiche della società albanese*, Besa Editrice, Lecce.
- Resta, P., 2002, *Pensare il sangue. La vendetta nella società albanese*, Ed. Meltemi, Roma.
- Rolla, G., 2000, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada tra universalità e diversità culturale*, Giuffrè Editore, Milano.
- Rolla G. (curatore), 2006, *Eguali ma diversi. Identità e autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Giuffrè Editore, Milano.
- Romano, S., 1917, L'ordinamento giuridico, *Annali delle Università Toscane*, ripubblicato il 1918, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Editore Spoerri, Pisa.
- Rossetti, C., 1985, L'etnologia storico-giuridica italiana nella prima metà del Novecento, in P. Clemente, A. R. Leone, S. Puccini, C. Rossetti, P.

- G. Solinas, *L'antropologia italiana. Un secolo di storia*, Editore Laterza, Roma-Bari, pp. 149-203.
- Rosti, M., 2004, Gli indios e la terra nell'attuale Costituzione Argentina, in M. G. Losano (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sudamerica*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 75-121.
- Rosti, M., 2006, Los derechos reconocidos a los indígenas por la Constitución Argentina de 1994. Un balance inicial, en E. Borja Jiménez (coord.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho. Nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Ed. Tirant Le Blanch, Valencia, pp. 223-243.
- Rouland, N., 1992, *Antropologia giuridica*, Ed. Giuffrè, Milano.
- Sacco, R., 1999, Il diritto non scritto, in VV. AA., *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Trattato di Diritto Civile, UTET, Torino.
- Sacco, R., 2007, *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, Il Mulino Editore, Bologna.
- Santemma A. (a cura di), 1998, *Diritti umani. Riflessioni e prospettive antropologiche*, EURoma La Goliardica, Roma.
- Sassu, S., 2007, Ordinamenti giuridici di tradizione orale in Sardegna: il caso della "rasgioni" gallurese, *Sociologia del Diritto*, 2, pp. 85-112.
- Scialoja, V., 1930, Proposta per una raccolta di usi giuridici popolari italiani (1886), *Atti e Studi della Commissione Reale per la Raccolta delle Consuetudini ed Usi Giuridici*, Appendice della "Rivista di Diritto Agrario", pp. 14-40.
- Scillitani, L., 1991, Normatività dei fatti: questioni filosofiche tra antropologia e diritto, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 4, pp. 701-712.

- Scillitani, L., 1994, Dimensione transculturale dei fenomeni giuridici nella ricerca antropologica, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2, pp. 291-313.
- Scillitani, L., 1996, *Studi di antropologia giuridica*, Jovene, Napoli.
- Scillitani, L., 1997, Un'introduzione all'antropologia giuridica, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2, pp. 24-38.
- Scillitani, L., 1999, Ambiguità e limiti di una teoria 'etnica' dei diritti, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, pp. 92-96.
- Scionti, F., 2008, *Pratiche di faida. Rappresentazioni della socialità in un contesto agro-pastorale contemporaneo*, Edizioni del Rosone, Foggia.
- Scoditti, G., 1995, Costruzione, memorizzazione e trasmissione di norme giuridiche all'interno di culture orali, in A. Giansanti, G. Maggioni (a cura di), *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, pp. 245-258.
- Sertoli Salis, R., 1932. *L'ordinamento fondiario Eritreo*, CEDAM, Padova.
- Sertoli Salis, R., 1933, *La giustizia indigena nelle colonie*, CEDAM, Padova.
- Sertorio, G., 1966, Per una ricerca sul concetto dei diritti reali nell'impostazione Yoruba tradizionale, *Africa* (Roma), XXI, 1, pp. 11-20.
- Sertorio, G., 1967, *Struttura sociale, politica e ordinamento fondiario Yoruba*, Cairoli, Como.
- Simoni, A., 1999, Il giurista e gli zingari: lezioni dalla *Common Law*, *Politica del Diritto*, a. 30, 4, pp. 629-666.
- Sòrgoni, B., 1998a, Diritto coloniale e diritto consuetudinario nella Colonia Eritrea, in A. Santiemina (a cura di), *Diritti umani. Riflessioni e*

- prospettive antropologiche*, EURoma La Goliardica, Roma, pp. 281-300.
- Sòrgoni, B., 1998b, *Parole e corpi. Antropologia, discorso giuridico e politiche sessuali interrazziali nella colonia Eritrea (1890-1941)*, Liguori Editore, Napoli.
- Treves, R., 1958, Il contributo delle scienze sociali allo studio del diritto, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, a. 35, serie 3, pp. 526-543.
- Treves, R., 1979, Il diritto come componente della cultura, *Sociologia del Diritto*, I° s., 6, pp. 1-2.
- Tucci, G., 1953, L'etnografia giuridica in Italia, *Atti del Terzo Congresso di Diritto Comparato*, Vol. I, Istituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, pp. 541-547.
- Verdier R. (ed.), 1996, Dossier Giuseppe Mazzarella, *Droit et Cultures*, 31, pp. 157-206.
- Vezzani, S., 2007, Il Primo Protocollo della Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 1, pp. 305-342.
- Vezzani, S., 2008, Sciamani e "cacciatori di geni". Proprietà intellettuale e diritti dei popoli indigeni, in I. Papanicolopulu (a cura di), *Atti del V° Incontro di Studio tra giovani cultori di materie internazionalistiche*, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Milano Bicocca, Giuffré Editore, Milano, pp. 85-123.
- Zagato, L., 2006a, Tutela dell'identità e del patrimonio culturale dei popoli indigeni. Sviluppi recenti nel diritto internazionale, in M. L. Ciminelli (a cura di), *La negoziazione delle appartenenze. Arte, identità e proprietà culturale nel terzo e quarto mondo*, Franco Angeli Editore, Milano, pp. 35-65.

Zagato, L., 2006b, Appunti su traditional knowledge dei popoli indigeni e diritti di proprietà intellettuale, in M. L. Ciminelli (a cura di), *La negoziazione delle appartenenze. Arte, identità e proprietà culturale nel terzo e quarto mondo*, Franco Angeli Editore, Milano, pp. 75-95.

ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: COSTUMBRES Y CONFLICTOS

Ignasi Terradas Saborit

El título de este artículo, "Costumbres y Conflictos", hace referencia a una obra de Max Gluckman¹, uno de los antropólogos constructores de la moderna Antropología Jurídica, es decir, de todo un ámbito jurídico y político que se desarrolla en la Antropología Social en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial. Y de hecho, más que de una especialidad yo diría que se trata de un replanteamiento de la Antropología Social, paralelo al del Parentesco, con intersecciones entre ambos.

En principio, Gluckman, en su *Costumbre y Conflicto en África*, decía que las costumbres -de naturaleza política y ritual- separan primero para reunir luego. Es decir, que veía un procedimiento para hacer frente a los conflictos: separar primero y luego emprender un proceso para volver a reunir. Nos hallamos frente a ritos, ceremonias o costumbres, por no decir juicios (en más de una de estas "costumbres"), de clara naturaleza jurídica, puesto que exhiben y predicán dogmas normativos, criterios de responsabilidad y opiniones sobre deberes. Estas costumbres pueden ser más o menos ceremoniales, no tienen por qué estar instituidas jurídicamente, es decir, con procedimientos reconocidos en el ámbito de lo jurídico.

Así pues, existen costumbres de naturaleza jurídica que actúan dividiendo primero a las personas para reunir las después. Estas personas suelen formar parte de grupos que se hallan en un conflicto latente, o bien el conflicto es entre ellas mismas a título individual.

La acción de separar para volver a reunir es un universal propio de juicios, arbitrajes y reconciliaciones en general. Gluckman hace ver que es también el procedimiento de muchos ceremoniales, que por esa misma virtud actúan a modo de instituciones o prácticas de carácter jurídico (reconocedores u otorgadores de derechos y justicia). De un modo elemental es también el procedimiento de separar a unos niños en una pelea y volverlos a reunir, obligándoles a hacer las paces.

Esta idea de separar y reunir está presente en muchos procedimientos judiciales. Es decir, en procedimientos que siguen normas para aplicar leyes, otorgar derechos e impartir justicia. La cuestión que aquí quiero plantear es la siguiente: ¿Existiría la costumbre jurídica si antes no hubiera existido el juicio? ¿Existiría una costumbre que tiene presente un conflicto latente y un modo de proceder propio de un juicio, si antes no se conociera algún tipo de procedimiento judicial? Mi hipótesis es que la costumbre que se enfrenta de un modo u otro a un conflicto, lo hace siguiendo las pautas propias de un procedimiento judicial, al menos las más básicas: la de reconocer por separado las partes, brindarles un proceso contradictorio más o menos formal, y finalmente aplicarles un criterio de equidad o conciliación; esto presupone la existencia de juicios.

Aquí solo plantearé una parte de la defensa de esta hipótesis²: la costumbre como forma de confrontación, y hasta cierto punto, al menos, de resolución de un conflicto, ha debido conocer -históricamente- el juicio también frente al conflicto. Puesto que sería muy raro que una sociedad humana pospusiera su juicio hasta alcanzar una costumbre para enfrentarse a determinadas materias de clamor judicial o litigación. Etnográficamente no se dan sociedades que observen costumbres dotadas del carácter jurídico que menciono sin que conozcan juicios. Otra cosa es que el etnocentrismo de las culturas jurídicas occidentales no quiera reconocer estos juicios como tales por no depender de un Estado de derecho o por carecer de las formalidades de un proceso romano-canónico, etc.

Propongo reinterpretar, pues, la costumbre que se da frente a un conflicto latente como la representación más o menos simbólica de la equidad o distribución de derechos propia de un juicio. Dicho con cierta simplificación, la costumbre (siempre la de carácter jurídico) sería un juicio simbólico para un conflicto latente.

Por otra parte, la autoridad que rige este tipo de costumbres puede ser una autoridad de naturaleza simbólica, y normalmente un símbolo sencillo, y un lugar que es también el de la justicia. Así, estas costumbres de naturaleza jurídica suelen celebrarse en los lugares que también albergan los juicios o las deliberaciones políticas de los pueblos (presididas por una autoridad), y son regidas por normas y éticas propias del proceso judicial: así lo veremos con el principio de equidad y con la ficción de la igualdad de todos los vecinos en el caso del sorteo de labranzas que expondré al final de este texto.

La costumbre, igual que el juicio, también *analiza* el conflicto, y lo representa de otro modo, lo reconstruye virtualmente, ceremonialmente o solo simbólicamente. La costumbre, como el juicio, alinea las partes del conflicto de una nueva manera. Esta nueva manera de alinear es una *refiguración*: es decir, las partes adquieren una nueva figuración, incluso una nueva personalidad. Puede ser la personalidad jurídica de las partes de un juicio, o la personalidad ritual de las partes de una costumbre más bien ceremonial, o la personalidad moral y jurídica de los componentes que ejercen un derecho consuetudinario frente a un conflicto latente.

A Gluckman le interesó la refiguración del conflicto sobre todo cuando era ritual, y cuando el ritual gestionaba el conflicto sugiriendo una situación de equilibrio³ o reequilibrio después de cierta catarsis social. Esta producía un equivalente a un acto de reconciliación.

Las costumbres jurídicas que puede reconocer el antropólogo coinciden, pues, en parte con las del derecho consuetudinario que admite el jurista, pero también observa aquellas que se manifiestan bajo la aparien-

cia de rituales o representaciones simbólicas. *Pero*, para que resulten relevantes en un itinerario de Antropología Jurídica deben primero albergar un conflicto latente, desarrollarse con una clara definición de las partes en el conflicto, obtener un procedimiento de resolución, así como garantías para dicho procedimiento, y estar sujetas a una autoridad que haga observar principios como el de equidad o igualdad ante una ley, y el cumplimiento de los actos y pautas del procedimiento.

Un jurista, y precisamente uno de los adalides de la escuela realista norteamericana, Karl Llewellyn (en colaboración con Adamson Hoebel, 1941) llegó a incorporar en la "Jurisprudencia Primitiva" casos "con sabor a derecho". Es decir, casos en los que el jurista podía reconocer algún elemento *análogo* a los hallados en un procedimiento judicial o en un acto de protocolización. Ello supuso un precoz posicionamiento contra el etnocentrismo prevaleciente en la mayoría de las escuelas de derecho.

Llewellyn recopiló casos acaecidos entre los años 1820 y 1880, que en los años 1930 los ancianos *cheyennes* todavía conservaban en su memoria. Uno de los temas recurrentes -en contra de la supuesta "informalidad" del derecho en pueblos primitivos o tradicionales- es el de la existencia de procedimientos adecuados para cada tipo de conflicto y el hecho de estar regidos todos ellos por autoridades judiciales. Es decir, por autoridades que interpretan normas y costumbres, y cuyas decisiones son respetadas por las partes que se contradicen ante ellas. Llewellyn descubrió además la existencia de doctrinas jurídicas capaces de cubrir los casos más singulares. Lo cual era prueba de la existencia de una "jurisprudencia primitiva" bastante desarrollada.

La metodología de Llewellyn, el estudio de cada caso como un conflicto de naturaleza jurídica, se ha mostrado extraordinariamente fructífero en la Antropología Jurídica; puesto que así se revelan claramente los recursos de todo tipo que una determinada cultura jurídica exhibe con la intención de hallar resoluciones eficaces.

En cambio, Gluckman alternó sus estudios de casos con otros de naturaleza más amplia y que coinciden con la noción antropológica de costumbre. Así, al estudiar los rituales de rebelión simbólica alcanza descripciones no solo ceremoniales, sino también teatrales de los mismos: existe toda una dramaturgia escénica que tiene que ver con el "poder de la representación teatral" para transformar un conflicto. Este aspecto, que en su día fue interpretado quizás de un modo excesivamente funcionalista o de equilibrio -el término preferido por Gluckman- presenta en realidad toda una originalidad y complejidad culturales, característicos en África. Una investigación reciente de José María Ortuño sobre la cultura social y política Tiv, pone de relieve este *continuum* entre conflicto social, jurídico y político por un lado, y creaciones rituales y hasta más estrictamente teatrales por otro⁴.

Así pues, también hay que considerar la costumbre en un *continuum* en el que los elementos jurídicos no están presentes en todas sus manifestaciones: pueden estar en medio de fenómenos de carácter más estrictamente ritual o teatral. Pero aquí el derecho debe hacer memoria y acordarse (en derecho romano, canónico y "germánico") también de aquellas instituciones jurídicas, que oscilan entre fenómenos religiosos o rituales y dramáticos.

Evidentemente, no todas las costumbres poseen alguna dimensión jurídica. Así, hallamos diversas costumbres de carácter casi exclusivamente religioso, lúdico o festivo que no tienen que ver con conflictos, derechos y justicia. Pero por otra parte existen costumbres -más de las que pueden no parecerlo a primera vista- que son jurídicas, reconozcan o no en el acervo del "derecho consuetudinario".

Aparte hay que considerar la acción de los mismos principios, que solo en función del contexto pueden predicar una sustancia jurídica. Así sucede con la acción de suertes o sorteos que a veces es decisiva como fallo de un proceso o de un conflicto activo o latente (como en los de

labranza que luego mencionaré), y que en otras ocasiones es solo un expediente puramente lúdico (como en los juegos de mesa).

El estudio de la sociedad a través de sus costumbres ha sido una de las definiciones de la Antropología Social (Fortes, 1987). Si a esta definición añadimos una traducción que hizo Marcel Mauss de la Antropología Social británica, diciendo que equivalía a la Etnología del derecho o a la Sociología jurídica y moral francesa (Mauss, 1967), podemos llegar a la conclusión de que la costumbre jurídica constituye el objeto por excelencia de la Antropología Social.

Con las ideas de estos maestros de la Antropología Social, para no citar más, Max Gluckman, Meyer Fortes y Marcel Mauss, nos queda claro que la costumbre de carácter jurídico resulta esencial para la Antropología. En realidad lo que se nos plantea es que el estudio de las costumbres jurídicas no es otra cosa que el mundo social abordado desde la perspectiva de las responsabilidades, los derechos, los deberes u obligaciones y, sobre todo hecho también con una gran teoría social, también establecida por Marcel Mauss, la teoría de la reciprocidad o del sistema del don. Esto último queda más claro cuando observamos que en cualquier teoría o doctrina jurídica civil, que descansa mínimamente sobre un régimen contractual, este tiene que ver, positiva o negativamente, con teorías de reciprocidad.

Por otra parte, y como ya ha dicho otro antropólogo jurídico, Louis Assier-Andrieu (1999), la Antropología Social está en realidad muy cerca del Derecho, y a menudo lo sustituye o lo niega pero lo imita, y a veces se funde con él, lo cual pasa en menor medida al revés. Así, cuando los estudios de Parentesco de la Antropología Social se alejan de la perspectiva más estrictamente "cognitiva" o de la culturalista, y se preguntan más bien por los contenidos de responsabilidad y derecho en los roles de parentesco, entonces se funde completamente el campo del Derecho con el de la Antropología Social. Esta fusión es muy ventajosa por la dinámica

interdisciplinaria que puede desarrollarse del modo más natural. Es decir, que así se pueden estudiar elementos del Derecho que son relevantes para la Antropología Social, y viceversa.

Pero, al mismo tiempo, hemos de ser conscientes de todos los problemas que conlleva esta relación interdisciplinaria. El más importante ya ha sido señalado por Louis Assier-Andrieu: el poder del Derecho para instituir la vida social contrasta con el de la Antropología que solo la comenta.

Volvamos a mi propuesta inicial: el análisis de las costumbres que destacan como creaciones sociales frente a determinados conflictos.

Deseo relevar tres aspectos o niveles que a mi parecer suelen darse en estas costumbres, las paradigmáticas de lo que reconocemos como Derecho Consuetudinario. Mi propuesta es considerarlos separadamente, sobre todo para la construcción etnográfica.

Un primer aspecto es el de la lógica normativa. El antropólogo ha de buscar en la costumbre la lógica de la norma, todo el contexto normativo que se observa cuando se dice que se cumple con una costumbre.

Hay pautas y actos de responsabilidad para cumplir con una costumbre. Entender esta lógica es entender la cultura normativa, la cual no es exclusiva del Derecho. Así, por ejemplo, podemos contemplar una costumbre litúrgica, una consuetud litúrgica, y tratar de entender la normativa de esa liturgia, la cual tendrá que ver quizás en parte con una teología dogmática, con una teología moral, con un derecho canónico... En el caso de la Antropología Jurídica, entender la lógica normativa equivale a reconstruirla como parte fundamental de una cultura jurídica. Así sucede especialmente en culturas jurídicas consuetudinarias en las que hay que comprender muy bien los principios normativos, puesto que la deducción analógica preside muchas decisiones.

Por otra parte, también cuando existen culturas jurídicas con textos básicos a partir de los cuales el pensamiento analógico crea mucha jurisprudencia, también hay que hacer un gran esfuerzo de comprensión de esa lógica normativa tan básica. Un ejemplo característico de ello es el de los diversos desarrollos analógicos del Derecho islámico. Pero, en general, el pensamiento analógico preside muchas culturas jurídicas de la humanidad que tienen constantemente presentes algunas normas fundamentales, tanto de forma como de contenido, sobre el derecho y la justicia.

En segundo lugar, hemos de considerar la perspectiva del realismo casuístico, es decir, de la particularidad del caso, de cada caso. Aquí es donde el antropólogo se distingue del jurista más claramente, puesto que quiere estudiar la costumbre como es vivida, como se vive en el curso de la vida de personas concretas. E insertar de este modo la costumbre dentro de una historia humana, buscando el significado de la costumbre en la historia de una vida, en el impacto que ha tenido en la vida de una familia, de algunas personas. De esta perspectiva surgen las preguntas que darán lugar a la elaboración etnográfica: ¿Qué significa en su vida tal costumbre?, ¿y en la de otras personas que conoce? ¿Ha impactado en su vida de una manera intensa, de una manera decisiva, o superficialmente? ¿Su vida sería diferente sin esta costumbre?

Por ejemplo, los casos en que se aplica o hay inspiración en el Fuero del Baylío en varios pueblos de Extremadura. Es una de estas costumbres que, indudablemente, tiene un impacto en la vida personal y familiar.

Este aspecto del derecho como caso vivido lo halla el antropólogo en su trabajo de campo. Y a diferencia de la encuesta jurídica no busca solo en las personas la reconstrucción del derecho, que también es necesario, sino también otro aspecto más típicamente antropológico, más etnográfico, que es el de buscar cómo es vivido el derecho. No solo utiliza la memoria de las personas para reconstruir la norma, sino que observa cómo se interioriza o diluye la norma en la vida de las personas.

Por lo tanto, ya tenemos dos aspectos o niveles por los que debe discurrir la etnografía jurídica en el estudio de las costumbres: el primero, el que atiende a la lógica normativa y a todas sus derivaciones. El segundo es el que se acerca a lo que en Derecho ha constituido la escuela realista. Realista porque se considera que es aquella que atiende más a la realidad del contexto social del derecho, bien sea a nivel legislativo o jurisprudencial. No es coincidencia que uno de los grandes impulsores de la moderna Antropología Jurídica, Karl Llewellyn, fuera también un destacado líder de la escuela realista de Derecho.

En tercer lugar, hay otro aspecto y otra perspectiva, que es la moral, la que en nuestra cultura jurídica se ha observado más bien a propósito del derecho natural o de los derechos humanos.

En Antropología Jurídica se revela muy importante un principio ético-jurídico prácticamente universal, que es el de la equidad. Este y otros principios que funden moral y derecho deben tenerse en cuenta, sobre todo al estudiar la perspectiva de los actores locales, la de las partes de cada caso o de los miembros electivos o partícipes de una costumbre.

Paul Vinogradoff (1928 [1913]) ya estableció muy claramente el significado del soporte o fusión moral del derecho en contraste con la mera fuerza coactiva del derecho, cuando resulta solo amparada por el Estado. Dada la importancia que para las costumbres tiene la ausencia o lejanía del Estado, es importante que el antropólogo jurídico comprenda la fuerza de la moral que en una localidad determinada, y en un momento histórico dado, imponen el cumplimiento de una costumbre.

Resumiendo, se trata primero de observar los principios y secuencias características de una lógica normativa, para poder reconstruir el entramado de la cultura jurídica. Luego, estudiar la realidad humana adscrita a cada causa o a cada vivencia de la ley o de la costumbre. Contemplar la historia que se desarrolla en la aplicación personal, familiar, vecinal, etc. de una ley o de una resolución judicial. Y en tercer lugar, hay que tratar de

captar ese aspecto a menudo más difuso, o a veces más difícil de definir o concretar en palabras, que es el de la dogmática moral que procede de sistemas éticos diversos (laicos y religiosos).

Dicho esto, podemos observar también que las costumbres son ficciones jurídicas, o mejor dicho, que detrás de una costumbre se albergan una, dos o tres ficciones jurídicas.

La teoría de las ficciones jurídicas ha jugado un papel muy importante en la fundación de la Antropología Social. Su generación fundadora, en la década de 1860, manejó la temática de la ficción legal o jurídica, y fue más allá de la ficción analógica, la más característica del Derecho. La que por ejemplo se daba en el Derecho Romano para juzgar a alguien que no era ciudadano romano, tratándolo como si lo fuera. Este *como si* es la ficción jurídica analógica más frecuente en Derecho. Es también la que trata a la persona que se da en adopción como si fuera un hijo legítimo⁵.

Uno de los fundadores de la Antropología Social⁶, Maine, ya fue más allá de la ficción analógica. Maine (1917 [1861]) se fijó en una ficción que algunos juristas ya tenían presente. Es la ficción consistente en aplicar una ley o interpretarla de un modo distinto por el cual fue creada. Un caso muy conocido en Historia y Antropología Social es el de las disposiciones legales de los regímenes señoriales medievales respecto a bienes usufructuados en común, que luego -a partir de la Desamortización, o incluso antes- se reinterpretan como bienes de una comunidad de titulares, desvinculados ya de su antiguo señor. Es el caso de muchas historias de bienes comunales. Y es una ficción legal: es decir, una primera legislación, que era señorial, se convierte luego en una ley invocada para una titularidad que no solo no es señorial, sino todo lo contrario: correspondería más bien a la titularidad de los antiguos siervos. En este sentido, por ejemplo, Louis Assier-Andrieu (1987) analiza un *usatge* catalán del siglo XI que en principio era señorial, dentro del orden feudal catalán, y que más tarde se reinterpreta como comunal, absolutamente comunal.

Estas ficciones legales ya no son como las "analógicas". Estas otras ficciones se prestan a confusiones o a relaciones que aparentemente pueden ser confusas, pero que, en la práctica, no lo son tanto. Suponen una comunicación social bien establecida, y en cualquier caso dan lugar a fenómenos como los que João de Pina-Cabral denomina "compatibilidades equívocas" (2002, Cap. 5). Es decir, situaciones que son equívocas desde el punto de vista del texto cultural o jurídico estrictos, pero que son compatibles social o políticamente. El ejemplo de Pina-Cabral trata de una transferencia de derechos que se mueve entre lo que puede ser una adopción, un secuestro, o incluso una esclavitud... Pero acaba imponiéndose la "compatibilidad equívoca" como comunicación social que lo engloba todo, la cual, en este caso, entiende que por una parte hay una transferencia de derechos sobre las personas y, que por otra, esos derechos sobre las personas son como si fueran sobre cosas. Es decir, que una parte transfiere un tipo de derecho y la otra reinterpreta con otra práctica esta recepción de derecho. La naturaleza equívoca de la transferencia estriba en que la traducción de uno a otro derecho puede hacerla el antropólogo o el jurista, pero no la hace ni el juez ni las partes.

El segundo tipo de ficción es la que más tiene que ver con el realismo jurídico. Se trata de la que crea derecho mediante un acto consustancial a lo que una población o cultura tiene por derecho social o natural indiscutible. Un ejemplo de ello es la ficción de equidad que estableció otro fundador de la Antropología Social, Bachofen (1996 [1861]), para la sociedad regida por el derecho materno.

Cuando Bachofen presenta el principio de equidad como creación natural del derecho materno, lo hace como principio que modifica todos los casos en los que la ley se tiene por igual ante todos, igual que la modificación que introduce la *epieiqueia* aristotélica. Se trata de la introducción de un principio que solo puede *definirse* con la definición o comprensión moral y jurídica de cada caso.

La ficción más estrictamente moral la debemos a otro de los fundadores de la moderna Antropología Social, Fustel de Coulanges (1984 [1864]). Cuando Fustel de Coulanges establece la filiación patrilineal como hecho jurídico y cultural, no lo hace partiendo de ficciones analógicas o legales, o del principio de equidad como ficción realista en el sentido de ser un principio natural que la sociedad predica sobre el derecho, sino que parte de un dogma religioso que hace de ficción jurídica. Así es porque define la filiación patrilineal como una ficción para la sucesión en un cargo religioso.

Para Fustel la filiación patrilineal es una ley para suceder en el sacerdocio, que estudia emblemáticamente entre los romanos, los griegos y, siguiendo las leyes de Manu, también en la India. Fustel no concibe la paternidad como un principio natural ni como una convención social, sino como una creencia religiosa, en la que la figura del padre emerge como tal por ser el sacerdote de la familia.

Así distinguiríamos tres aspectos o niveles en el estudio de las costumbres como ficciones jurídicas. El de la ficción analógica, basada en la deducción por extensión de dogmas, principios o convenciones; el de la ficción realista, por la introducción de valores sociales en las costumbres y procedimientos jurídicos; y el de la ficción moral o religiosa, creada por la acción de una creencia de este tipo sobre un precepto legal.

Un matiz importante que introducen todas esas ficciones es el de presentar las costumbres como prácticas legítimas ante un Estado de derecho o ante la Sociedad, y ante la moral o la religión. De este modo, las costumbres adquieren propiedades de legitimidad, competencia, irrevocabilidad y dogmática que explican su persistencia o transformación en otras costumbres que conservan cualidades similares.

Consideremos ahora una costumbre jurídica o institución de derecho consuetudinario bajo la perspectiva de estas ficciones jurídicas y de la conflictividad que contrarresta o transforma su acción. Para ello, nada mejor que uno de los paradigmas del "Derecho consuetudinario y la Eco-

nomía popular de España" (Costa et al., 1902): el sorteo de labranzas, de tierras concejiles o comunales, hallada en pueblos de Castilla, también de Extremadura, de León, de Aragón, de Asturias... Joaquín Costa, en su investigación de Zamora, es el primero que la estudia como ejemplo de medida de *redistribución* -lo que él entendía como "economía popular", mucho antes de que existiera la idea de "economía moral"⁷- y de *derecho social* (los derechos consuetudinarios que responden a los valores de estas "economías populares").

No olvidemos que a pesar del análisis (separación) que propongo, la acción consuetudinaria o de la costumbre lo fusiona todo como una empresa social, jurídica y moral a la vez. Esta separación analítica obedece únicamente a una propuesta metodológica para entender mejor lo que conlleva el cumplimiento de una costumbre.

Comencemos con la ficción legal de tipo analógico. Es la que en el sorteo de labranzas se da por analogía con la igualdad de los hombres ante la ley. Esta es la igualdad de todos los vecinos, campesinos y no campesinos, para concurrir en el sorteo con igual derecho.

La costumbre del sorteo de labranzas hace como si todos los vecinos fueran campesinos, porque intervienen todos los vecinos, incluyendo el párroco, el farmacéutico, el herrero, etc. Concurren todos los vecinos, sean o no campesinos. Se entiende aquí una igualdad en el que el derecho de vecindario sobre lo que es del común de este mismo vecindario prevalece sobre el derecho agrario que trata de otorgar la tierra a quien se dedica a ella, bien ya sea propietario o solo labrador.

Son *tierras de labranza* las que *también* se otorgan *para labrar a quienes no labran*: este es el origen de la ficción.

Dicha ficción es de carácter analógico: se reparten también esas tierras entre no labradores *como si* lo fueran.

Esta primera ficción será corregida por la ficción realista, la que más tendrá en cuenta la *realidad social*, de que solo los labradores trabajarán y sacarán rendimiento a esas tierras.

La ficción analógica de tratar a todos los vecinos como labradores o propietarios de tierras en rendimiento, opera en dirección contraria a esta realidad social. Y tanto labradores como propietarios podrían oponerse a ella por una razón sustancial, la de que se reparte la tierra sin tener en cuenta los vínculos que existen entre la tierra y los vecinos. Pero la igualdad deriva de una cuestión social de todo el vecindario, no de una cuestión agraria que debería favorecer a labradores y/o propietarios. Esta cuestión social va por delante, pero con todo deberá ser corregida por la misma costumbre.

Tenemos, primero, que se equiparan todos los vecinos, si se quiere "como si fueran campesinos", lo cual significa también que en principio la costumbre puede arrebatar tierras que podrían tocar a los labradores (o a los propietarios). Esto se hace en nombre de un predicamento de igualdad.

¿Quiénes son los iguales? Los iguales no son todos, son los hombres, y son los hombres cabezas de familia, tengan o no tengan hijos, pero cabezas de familia. A partir de haber contraído matrimonio entran en lo que será un sorteo.

Esta prelación del estatuto de vecino sobre el de labrador generará algunos acomodos realistas, precisamente para evitar conflictos. Así, se darán inmediatamente después del sorteo subrogaciones de hecho y subcontratos de arrendamiento de las tierras obtenidas en el sorteo. Es decir, que seguramente el cura del pueblo no cultivará directa o completamente el lote obtenido en el sorteo y encontrará a un labrador para que lo haga por él. Con lo cual, el primer principio de igualdad entre vecinos quedará *reinterpretado* por esa práctica subsiguiente, la cual forma parte

de la corrección realista de la ficción de igualdad de todos los vecinos como labradores.

Así va apareciendo la ficción realista, la cual atiende, como decía antes, a las circunstancias de hecho. Su cometido es producir y adecuar los hechos a la ficción analógica anterior. Porque la primera igualdad de derecho obvia algunas distinciones de hecho: las diferencias entre labradores y no labradores en su capacidad para cuidar y trabajar las tierras.

La ficción realista trata de corregir la ficción de igualdad de vecinos ante el trabajo de la tierra con una equidad atenta a la realidad de la actividad labriega y a otras realidades sociales: no todos los vecinos son tan iguales, hay viudas, huérfanos, hay personas que no tienen cabezas de familia (los cuales entrarán directamente o con tutores en el sorteo). También hay campesinos que necesitan más tierras. Por este último motivo el sorteo se repite. Esto lo flexibiliza a favor de una realidad más equitativa, corrigiendo el dogma moral de "echarlo a suertes de una vez por todas". Así se puede dotar de mayor justicia a la realidad de hecho: a lo que varía según las circunstancias de cada familia. De este modo, toda variación que ocurra en la composición de los hogares del pueblo se traslada al número de lotes a sortear.

Por otra parte, el sorteo se hace por dos años y se distribuyen las tierras en tres hojas, para facilitar la reproducción de los cultivos a partir de los barbechos. Es decir que se tiene en cuenta la continuidad, que ahora denominaríamos sostenible, de la explotación. Lo cual predispone a que las tierras recaigan en el cuidado de los labriegos de modo oportuno. Y además, como hemos dicho, se repite el sorteo con los lotes sobrantes. En el segundo sorteo intervienen aquellos que no están satisfechos con los primeros lotes recibidos. Este nuevo sorteo altera, por lo tanto, el primer sorteo basado en la igualdad de todos los vecinos. La entrada de esta ficción realista acerca más las tierras a la condición de los labriegos.

La ficción realista consiste básicamente, pues, en alterar las atribuciones de la ficción legal analógica, "la igualdad de todos los vecinos" introduciendo una redistribución de lotes que altera el principio inicial (para "cabezas de familia") y un subsorteo para adecuar mejor el primero a las circunstancias particulares de algunas familias (mano de obra activa en el hogar).

La tercera ficción es la de carácter eminentemente moral, es la que instituye el procedimiento que parece más justo para la redistribución.

Decía al comienzo, al citar a Gluckman, que las costumbres jurídicas separan a las personas para reunir las luego. En este caso el procedimiento de reunión es el sorteo. El sorteo se presenta como un dogma moral y procesal, como el procedimiento más justo para resolver la cuestión.

El echar a suertes ha sido también una forma de juzgar para algunas civilizaciones. Y más la suerte asociada a la fe religiosa (como en algunas ordalías). Con lo cual no es procedimiento banal en la historia de las culturas jurídicas.

Además, el factor suerte opera indirectamente de muchos modos en procesos aparentemente más controlados jurídicamente. Así, los antiguos griegos, más que jueces, lo que tenían eran jurados, que votaban después de escuchar a las partes. Nosotros también tenemos jueces, que no son jurados, pero que votan y son escogidos por votación. La suerte entra, pues, en los números que deciden los números de los jueces elegidos, y en los números que deciden las sentencias pronunciadas. La suerte numérica no es ajena a las resoluciones de las altas magistraturas. Y aunque se tenga por representativa (democrática), la resolución numérica es también apreciada como derivada de una suerte: "vamos o no vamos a tener suerte con este tribunal".

En el sorteo de labranzas se fija un día para el sorteo, se fija un lugar, y se fija un procedimiento. Es la ceremonia de la costumbre, la cual suele *celebrar* el sorteo en un día de fiesta patronal.

La operación de una institución de derecho consuetudinario se entiende mejor conociendo la comunidad humana en la que se desenvuelve. En un pueblo en el que la gente se conoce las operaciones que conducen a la equidad, que tienen en consideración las circunstancias reales de cada uno, son más fáciles de entrever y decidir. Así, si pudiera trazarse la historia continuada de estos sorteos de labranzas es muy posible que observásemos variaciones atentas a las circunstancias particulares de las familias, circunstancias a veces excepcionales, siempre fluctuantes.

Así, de la idea o dogma moral del sorteo y de la igualdad de derechos a las tierras comunales de todos los vecinos, pasamos a una serie de rectificaciones realistas que hace la misma costumbre. Con lo cual puede decirse que la costumbre instituida no es ajena a la casuística histórica, a las variaciones históricas de la población afectada, a las peculiaridades de cada caso. Así, lejos de interpretar la costumbre jurídica como una regla masiva, mecánica, vemos que debe tenerse en cuenta su capacidad para adaptar casos y adaptarse a ellos.

Y en las costumbres observadas en el tiempo presente, el antropólogo puede verificar con el trabajo de campo la importancia de la casuística real en la aplicación del derecho consuetudinario⁸.

En conclusión, mi replanteamiento del estudio de las costumbres jurídicas o de derecho consuetudinario propone verlas ante los conflictos que tratan de contener, paliar⁹ o superar. Analizarlas según el uso de varias ficciones jurídicas, y dilucidar la importancia de la casuística frente a la normativa básica o general.

Notas

¹ Gluckman, 1965. Cfr. también para lo que sigue Gluckman, 1963.

² La otra parte es de demostración etnográfica más pormenorizada, la cual corresponde a otro trabajo en preparación.

³ Esto sí, dentro de un esquema quizás más afín a lo que se llama en Antropología el "paradigma estructural funcionalista".

⁴ Cfr. los capítulos en torno al Nyambuan de Ortuño (2004).

⁵ Para una crítica de la noción etnocéntrica de persona que implica la ficción de la adopción en el derecho común occidental ver João de Pina-Cabral (2002).

⁶ Maine, Morgan y Bachofen, que pueden considerarse los principales fundadores de la Antropología Social en la década de 1860, eran juristas.

⁷ Porque la idea de equidad consuetudinaria en la redistribución de bienes está presente en estas costumbres como un hecho moral y jurídico a la vez, y sin distinción de derecho subjetivo y social. Con lo cual el ensamblaje de Costa de "Derecho consuetudinario y economía popular" antecede, y es más explícito en lo jurídico que la propuesta de "Economía moral" divulgada a partir de las publicaciones de E.P. Thompson (Cfr. Thompson, 1995).

⁸ Como ha hecho Ricardo Sanmartín (1982, 1993) en el país valenciano al apreciar los casos en que se produce la división de una herencia en lotes para ser sorteados entre los herederos.

⁹ Los sorteos de labranzas de tierras concejiles serían en principio un paliativo de la escasez de tierras para un conjunto de labradores o de su mala situación o condición, o bien un añadido más equitativo a la desigualdad económica y social de una población rural.

Referencias

Assier-Andrieu, Louis, 1987, *Le peuple et la loi*, LGDJ, París.

Assier-Andrieu, Louis, 1999, L'Anthropologie, entre la négation et l'imitation du droit, en Jacques Commaille, Laurence Dumoulin & Cécile Robert (eds.) *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, LGDJ, París.

Bachofen, Johann Jakob, 1996 [1861], *Le Droit Maternel*, L'Age d'Homme, Lausanne.

Costa, J. et al., 1902, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Manuel Soler, Barcelona.

- Fortes, Meyer, 1987, "Custom and conscience", en *Religion, Morality and the Person*, Cambridge U.P., Cambridge.
- Fustel de Coulanges, Numa Denis, 1984 [1864], *La Cité Antique*, Flammarion, París.
- Gluckman, Max, 1963, *Order and Rebellion in Tribal Africa*, The Free Press, Nueva York.
- Gluckman, Max, 1965, *Custom and Conflict in Africa*, Basil Blackwell, Oxford.
- Llewellyn Karl & Adamson Hoebel, 1941, *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, University of Oklahoma Press, Norman.
- Maine, H. S., 1861 [1917], *Ancient Law*, Everyman's Library, Londres.
- Mauss, Marcel, 1967, *Manuel d'ethnographie*, Payot, París.
- Ortuño, José María, 2004, *Tar Vihi Yo: "La tierra está arruinada". El desmoronamiento de la reciprocidad en la sociedad Tiv: la revuelta nyambuan de 1939*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona.
- Pina-Cabral, Joao de, 2002, *Between China and Europe*, London School Monographs on Social Anthropology, Londres.
- Sanmartín Ricardo, 1982, *La albufera y sus hombres. Un estudio de Antropología Social en Valencia*, Akal, Madrid.
- Sanmartín Ricardo, 1993, *Valores Culturales. El cambio social entre la tradición y la modernidad*, Comares, Granada.
- Thompson, E.P., 1995, *Costumbres en común*. Crítica, Barcelona.
- Vinogradoff, Paul, 1928 [1913], *Common Sense in Law*, Thornton Butterworth, Ltd., Londres.

MÉTODOS PARA RECOGER CASOS PROBLEMÁTICOS EN ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

Jane F. Collier

Introducción

Desde 1954, cuando E. A. Hoebel publicó su influyente libro *The Law of Primitive Man*, los antropólogos norteamericanos interesados en el "derecho" han utilizado comúnmente el "método de estudio de casos" que él defendió. Hoebel desarrolló el método junto a Karl Llewellyn, distinguido estudioso de lo jurídico, profesor de Derecho de la Universidad de Columbia, exponente del realismo legal. En *The Cheyenne Way*, un libro escrito en coautoría, Llewellyn y Hoebel contrastan el enfoque que proponen para investigar "las cuestiones legales de una cultura" (1941: 20) con otros dos enfoques usados por académicos anteriores. Ellos desestimaron el enfoque "ideológico" en el cual los investigadores se concentran en la recopilación de normas o reglas, argumentando que no solo existen pueblos poco habituados a listar reglas: incluso si un investigador tiene éxito en la recolección de normas, algunas pueden ser simplemente reglas idealizadas que nadie sigue en la práctica. También rechazaron el enfoque "descriptivo", en el cual el investigador registra lo que la gente hace la mayor parte del tiempo. Este método, argumentaron, tiende a agrupar meras costumbres y reglas de etiqueta con "leyes" reales cuya violación involucra sanciones. La mejor forma para estudiar "las cuestiones legales de una cultura", concluyeron, es concentrarse en los "casos problemáti-

cos", definidos como "instancias de disputas, quejas, problemas" (1941: 21)¹. Tales casos problemáticos, argumentan, aportan valiosa información no solo respecto a cómo las disputas son resueltas, sino también sobre las motivaciones culturalmente elaboradas y las razones que una persona puede usar para avanzar en la solución que prefiere.

A pesar de que el método de estudio de casos ha sido criticado por sus limitaciones (ver Epstein, 1979; Bracery, 2006: 20), la recolección de historias de casos problemáticos continúa siendo una herramienta útil para analizar cómo las personas en una comunidad entienden y manejan los conflictos. En este trabajo me referiré a cuatro métodos para recoger historias de casos problemáticos, ilustrando las ventajas y desventajas de cada método con ejemplos provenientes de mi investigación etnográfica sobre el sistema legal de Zinacantán, un municipio indígena maya en las tierras altas de Chiapas, México. Como los distintos métodos para recoger casos problemáticos ofrecen diferentes perspectivas, un investigador debiera siempre considerar utilizar tantos de estos como pareciera ser práctico. Un investigador también necesita recoger otro tipo de información etnográfica para complementar los estudios de casos y entregar un contexto para entender la historia de los mismos. Después de considerar métodos de campo para recoger casos, terminaré con una pequeña discusión acerca de algunas de las formas en que varios autores han usado los casos problemáticos que recogieron para entender aspectos del sistema legal de las sociedades o grupos que estudiaron.

Entrevistas a informantes acerca de casos recordados

Debido a que Llewellyn y Hoebel deseaban estudiar las formas jurídicas tradicionales de los cheyenne -quienes estaban, al tiempo del estudio, confinados en reservas e inhabilitados de practicar sus anteriores formas de vida- ellos se basaron en entrevistas a ancianos acerca de los casos problemáticos que recordaban (1941). Tales casos recordados presentan obvias desventajas para un investigador. Para comenzar, los ancianos

-como es comprensible- solo recordaban los casos más memorables, dando lugar a un registro de casos que está inevitablemente sesgado hacia lo extraordinario. Los asuntos menores y cotidianos se olvidan y quedan fuera del registro, a pesar de que los casos mundanos probablemente constituyen la mayor parte de los problemas con que lidiaban. También los recuerdos están inevitablemente distorsionados. Los ancianos tenderán a recordar los argumentos y justificaciones que determinaron la solución, olvidando a menudo los argumentos que no resultaron en nada. Los ancianos también pueden fallar al recordar nombres cruciales, fechas o hechos. De igual forma, ellos -como todo el mundo- tienen sesgos, de los cuales pueden estar o no conscientes. Finalmente, los ancianos que los antropólogos eligen para entrevistar son comúnmente miembros respetados e importantes del grupo, que aprueban sus costumbres. Los miembros descontentos y desfavorecidos, y sus críticas al *statu quo*, rara vez están representados².

La primera vez que investigué el derecho zinacanteco en 1966-67, me basé en el método de Llewellyn y Hoebel de entrevistar a hombres mayores bien informados acerca de casos pasados. Traté de observar casos en el juzgado del pueblo, pero renuncié a ese proyecto por dos razones. Primero, el tribunal lidiaba con relativamente pocos casos. En la mayoría de las semanas solo había uno o dos. Tratar de observar casos podría haber involucrado muchas horas perdidas. Segundo -y tal vez lo más importante- encontré incómodo merodear por el juzgado. Yo era una mujer joven y los funcionarios del tribunal eran todos hombres que ocupaban su tiempo libre bromeando entre ellos. Si hubiese sido un hombre joven, como lo era un investigador de una comunidad vecina, me podría haber quedado y bromeado con los funcionarios (Prokosh, 1964). Pero mi presencia, como mujer, hacía que todo el mundo -incluida yo- se sintiera incómodo. Por lo tanto, resolví entrevistar a informantes -principalmente hombres mayores, líderes en sus comunidades o aldeas, o que habían trabajado en el tribunal municipal- en mi oficina en el pueblo cercano de San Cristóbal de Las Casas. El *Harvard Chiapas Project*, del que yo

era miembro, había desarrollado la costumbre de compensar a los informantes por su tiempo mediante el pago de lo que habrían ganado si se hubiesen desempeñado en sus trabajos habituales. Estaba así entrevistando a hombres mayores quienes estaban siendo pagados por contestar mis preguntas. El idioma que utilizamos fue el español, en vez del lenguaje nativo tzotzil maya. Casi todos mis informantes hablaban con fluidez español, y yo nunca logré fluidez en el tzotzil.

Usando el método de estudio de casos recordados, recogí un compendio de aproximadamente 287 casos problemáticos, los que analicé los años siguientes (Collier, 1995). Obviamente, mi registro de casos sufría todas las desventajas del método. Los casos reflejaban recuerdos parciales de ancianos que estaban siendo pagados por recordar, y forzados a narrar en un idioma foráneo. Sin embargo, este método de entrevistar informantes para recoger casos complejos tiene algunas claras ventajas. Primero, y la más importante, la situación de entrevista permite al investigador preguntar y buscar aclaración. Mi descubrimiento más importante sobre el "derecho zinacanteco" acaeció cuando traté de preguntar a anteriores funcionarios municipales qué era lo que comúnmente hacían cuando alguien cometía algún tipo de crimen, tales como asalto o robo de gallinas. Su incapacidad para contestar finalmente llevó a que me diera cuenta de que estaba haciendo la pregunta equivocada. Los funcionarios zinacantecos no pensaban en ellos mismos como aplicadores de la ley o castigadores de los infractores. En lugar de ello se consideraban mediadores, quienes usualmente comenzaban por preguntar a la parte ofendida qué era lo que él o ella deseaban, y luego trataban de negociar un compromiso que ambas partes pudieran aceptar. Años más tarde, un hombre resumió la filosofía zinacanteca cuando me explicó cómo él y otros ancianos habían persuadido a un vecino para cumplir un mandato como funcionario de menor rango. Señaló que le dijeron al futuro oficial que debido a que la gente que vive en una comunidad inevitablemente entrará en disputas con otros, siempre debe haber personas con autoridad que puedan ayudar a los litigantes a encontrar una solución al conflicto antes de que alguien

resulte herido o muerto. Para los zinacantecos, según llegué a entender, el objeto de una audiencia es encontrar un compromiso que todos puedan aceptar. No se trata de decidir quién tiene la razón y quién está equivocado, ni castigar a los infractores con el fin de reformarlos y/o disuadir a los demás. Los procedimientos legales zinacantecos están diseñados para garantizar la paz en el futuro, en lugar de determinar lo que realmente sucedió en el pasado (Collier, 1973; 1995).

A pesar de que gané una visión muy valiosa al tratar de hacer una pregunta equivocada, pronto aprendí a hacer preguntas que produjeran información positiva. En particular, me encontré con que preguntar a los informantes por qué los litigantes y mediadores habían construido los argumentos y las propuestas que reportaron me dio una visión fascinante sobre cómo los zinacantecos entienden los conflictos y su solución. Llewellyn y Hoebel, cuando propusieron el método de estudio de casos problemáticos, establecieron que "los casos son valiosos, siempre que sean válidos" (1941: 29). Yo no estoy de acuerdo. Teniendo en cuenta todos los problemas inherentes a la hora de recordar, la validez de los casos recordados siempre estará en duda. Además, ¿qué estándar de validez se puede usar teniendo en cuenta que las versiones recordadas siempre serán inferiores a una grabación transcrita de un proceso judicial? Pero las respuestas que los informantes dan a las preguntas sobre por qué la gente habló y actuó como lo hizo, ofrecen fascinantes visiones acerca de las motivaciones culturalmente entendidas y las justificaciones y excusas culturalmente aceptables. En resumen, el método de recolectar casos recordados, a pesar de sus desventajas, probablemente proporciona el conjunto de datos más completo para el análisis de supuestos culturales de un pueblo, acerca del por qué se produce el conflicto y sobre lo que debería hacerse al respecto.

Al igual que otros antropólogos que recolectaron historias de casos en comunidades donde las personas tienen relaciones de largo plazo con otros, aprendí que los zinacantecos consideraban la relación entre las par-

tes como más importante de lo que la gente alegaba haber dicho o hecho (Van Velsen, 1969). Mis informantes no solo describieron a los mediadores como instando a los litigantes a vivir sus obligaciones como vecinos o como personas relacionadas con otras de modos específicos, sino que también tomaban en cuenta la posición de los litigantes al interior de las comunidades. Las historias de casos recordados que recogí me proveyeron de valiosos descubrimientos dentro del sistema de estratificación social, revelando no solo las desventajas estructurales con que se enfrentaban mujeres y jóvenes al cuestionar las demandas y la conducta de los hombres adultos, sino también las ventajas poseídas por quienes habían reunido muchos seguidores y las desventajas de los adultos con pocos partidarios.

Entrevistar informantes acerca de casos recordados también permite a un investigador obtener información sobre los diversos foros disponibles para los litigantes en la comunidad. Al hacer preguntas acerca de los eventos que condujeron a una audiencia particular, por ejemplo, un investigador puede escuchar a menudo historias sobre los distintos foros que los litigantes visitaron antes de terminar en el foro que está siendo descrito. Así fue como aprendí acerca de los diversos "niveles legales" en Zinacantán (1995: Capítulos 1-2). Los informantes describieron cómo los litigantes particulares trataban de resolver sus disputas mediante ceremonias de curación, pidiendo perdón o apelando a un pariente o a un anciano de la aldea para actuar como mediador, antes de acercarse a los funcionarios municipales en el centro ceremonial y administrativo del municipio. Del mismo modo, hacer preguntas sobre lo que sucedió después de logrado el acuerdo me permitió explorar lo que los zinacantecos pensaban acerca de las opciones legales externas a su comunidad. Aprendí que los zinacantecos tendían a pensar los tribunales estatales, presididos por jueces mestizos, como lugares donde la gente iba a buscar venganza en vez de justicia. Al pagarle a un abogado para que prepare una acusación, un zinacanteco podría esperar tener un enemigo encarcelado en la prisión estatal, o al menos forzarlo a pagar una gran suma a un abogado por su defensa. Finalmente,

la entrevista ofrece la única manera que he descubierto para averiguar sobre foros posiblemente ilícitos, tales como aquellos en que funcionarios de dos o más municipios indígenas se reúnen para manejar los casos que traspasaban los límites municipales e involucraban crímenes serios que -por ley- deberían haber sido derivados a las autoridades judiciales del Estado.

Pedir a los informantes que hagan un recuento sobre las historias de disputas particulares también ha sido descrito como el método del "caso extendido" (Van Velsen, 1979), y es particularmente útil para el graficar los cambios en el tiempo en los alineamientos políticos y en los argumentos eficaces. Aunque muchos de los casos que un informante describe parecerán ser instancias de una única disputa entre individuos particulares, algunos casos parecerán tener historias largas. Como descubrí al enfocarme en las identidades de los litigantes, las peleas en que las mismas personas aparecen caso tras caso eran usualmente manifestaciones externas de disputas que existían entre facciones políticas cuyas fortunas crecieron y menguaron con el tiempo. Las historias completas de los casos también pueden revelar qué tipos de argumentos se han adelantado en determinados momentos, y el éxito que ellos tuvieron. Descubrí, por ejemplo, que las leyes del Estado mexicano llevaron a cambios en las decisiones zinacantecos, no porque las autoridades zinacantecas se sintieran obligadas a hacer cumplir las leyes estatales, sino debido a que los litigantes que apelaron con éxito en los tribunales foráneos proporcionaron alternativas que los mediadores zinacantecos y litigantes tuvieron que considerar al discutir las soluciones de compromiso (Collier, 1977). Una vez que los zinacantecos aprendieron que los tribunales foráneos permitirían a la gente escapar de las costumbres locales, tales como el pago de la dote o servir en los cargos religiosos, los mediadores comenzaron a aconsejar a aquellos que buscaban escapar de las obligaciones que al menos deberían cumplir con algunos requisitos mínimos, a fin de evitar nuevos conflictos y la amenaza de la brujería. Un novio reacio, por ejemplo, podría no tener que pagar como dote después de una fuga todo lo que la familia de su

novia exigió, pero los mediadores por lo general le aconsejaban que pagara algo para calmar la ira en los corazones de sus suegros y abrir el camino para una eventual reconciliación. Del mismo modo, los mediadores comúnmente aconsejaban a los padres de las novias que se negaban a casarse con sus pretendientes que pagaran al menos parte del dinero que había gastado el pretendiente despreciado. Puesto que si bien el matrimonio nunca se celebraría, las familias no podían escapar a tener que convivir como vecinos en el futuro (Collier, 1995: Capítulo 10).

Además de recoger historias orales de casos en español, le pedí a un par de informantes letrados que escribieran acerca de casos particulares en tzotzil. Luego trabajé con ellos traduciendo los textos. Este método me permitió descubrir cuán importante es recoger casos en el lenguaje nativo, ya sea pidiendo a los informantes que escribieran los textos como yo hice o grabando y luego transcribiendo audiencias reales como otros investigadores habían hecho (Sierra, 1992). Los textos que estaban escritos o grabados en el lenguaje nativo proveen invaluable información sobre las concepciones culturales a disposición de las personas para entender y manejar los conflictos que aparecían en sus comunidades. En mi caso, por ejemplo, los textos en tzotzil me permitieron evitar el problemático procedimiento de tener que pedir a los informantes, usando el español, cómo traducir la palabra "delito" al tzotzil. En cambio, fui capaz de centrarme en las palabras tzotziles que ellos traducían como "delito", mirando todos los contextos en que esas palabras aparecían a fin de analizar sus significados. Descubrí que la palabra tzotzil *mulil*, que los informantes usualmente traducían como "delito", tenía un rango mucho más amplio de significados que la palabra "delito" en español. Fue, de hecho, mejor traducido por la frase "cualquier acto que desagrade a los dioses y que pueda acarrear la venganza sobrenatural" (1995: 118)³. Los zinacantecos -descubrí- pensaban en los conflictos menos en términos de crimen y castigo que en términos de cómo calmar la ira en los corazones de la gente de modo que no tuvieran que clamar a los dioses por venganza. Mediante la recolección de historias de casos o transcripciones de audiencias reales escritas

en lenguaje nativo y después trabajando con informantes para traducirlas, un investigador que no domina con fluidez el lenguaje nativo puede, sin embargo, investigar los conceptos nativos como recomendó Bohannan en 1957, cuando argumentó que los jueces tiv en Nigeria seguían un proceso de razonamiento muy diferente del que usaban los jueces de las Cortes de Apelaciones norteamericanas.

Observación directa de Cortes u otros foros legales

La observación directa es comúnmente citada como el mejor y más certero método para que un investigador pueda obtener datos acerca de las "vías legales" de la gente, en vez de preguntar a los informantes por los casos recordados y por lo tanto involucrar todos sus lapsus mentales y prejuicios. De hecho, encontré que la observación, cuando es factible, constituye una herramienta indispensable. Ocupé solo una semana en 1967 tratando de observar casos en la cabecera municipal de Zinacantán, debido a la escasez de casos y mi incomodidad personal. Pero obtuve invaluable información por haberlo hecho de este modo. Más tarde, en 1997-98, cuando pude observar cómo estaban siendo manejados muchos casos, obtuve mayor conocimiento acerca de las ventajas y desventajas de sentarse en las audiencias tratando de tomar nota de lo que estaba sucediendo.

En 1997-98, el tribunal municipal en Zinacantán estaba muy ocupado. La población se había más que duplicado desde los '60, y había pocos días sin que al menos un caso llegara a los jueces municipales. Esto significaba que ya no tenía que avergonzarse a los jueces y a mí misma al sentarme junto a ellos mientras esperaban a que los litigantes llegaran. En vez de ello pude sentarme tranquilamente en una esquina del tribunal, usando un pequeño libro de notas para registrar mis observaciones de lo que la gente hacía y de lo que pude entender de sus palabras⁴. Contraté a una joven mujer para que asistiera al tribunal conmigo y me ayudara a entender lo que pasaba, pero aún con sus comentarios susurrados me fue difícil domi-

nar los argumentos complejos. Sabía suficiente tzotzil para formarme una idea general del problema que se estaba discutiendo, pero no lo suficiente para hacer algo más que tomar notas resumidas de lo que cada persona decía. También me di cuenta de que aún si yo hubiese entendido todo lo que la gente estaba diciendo, habría tenido dificultades para seguir muchos de sus argumentos porque no tenía acceso al conocimiento tácito acerca de la gente y los eventos pasados que los jueces y litigantes compartían producto de su larga residencia en la comunidad.

La ventaja más obvia de la observación directa es su inmediatez. Esto permite a un investigador observar por sí mismo los procedimientos en el tribunal. Pude haber tenido problemas para entender lo que cada persona decía, pero las notas que tomé sentada en mi esquina del tribunal reflejaban quién habló, por cuánto tiempo, algo del contenido y cómo reaccionaban los demás. Tomé esas notas en inglés, pero traté de apuntar las palabras y frases tzotzil que me parecieron importantes. En las tardes y días siguientes, mecanografié reportes más completos de los casos que había observado, basados en las notas a mano que solo yo podía descifrar. Estos reportes más completos de los casos observados después me permitieron escribir con más autoridad sobre las "vías legales" zinacantecas de lo que hubiera sido posible si tuviera que confiar solo en acontecimientos recordados por informantes. Por ejemplo, pude citar mis observaciones directas cuando argumenté que los jueces zinacantecos eran más compasivos con las mujeres abusadas que con los hombres abusadores, aun cuando todos los jueces eran hombres (Collier, 2004). Y mi observación directa de un caso largo y contencioso me entregó evidencia para argumentar que los jueces zinacantecos tienen la habilidad para llevar pacíficamente un tipo de acusación que, en una comunidad vecina, había llevado a los acusados a ser asesinados (Speed y Collier, 2000).

Otra ventaja de la observación directa es que indudablemente constituye el mejor método para obtener información precisa acerca del diseño del entorno de un tribunal o foro. En 1962, Hazard publicó un alucinante artículo describiendo que se podría aprender acerca del rol de los jueces

analizando las diferencias sobre cómo los muebles estaban dispuestos en las salas de justicia rusas y norteamericanas. Siguiendo su consejo, puse atención a la posición de los muebles en los foros zinacantecos y en cómo las personas permanecían y se movían dentro de sus espacios. En 1997, por ejemplo, descubrí que los jueces municipales usaban el juzgado de reciente construcción en forma muy distinta a aquella que los arquitectos mestizos habían imaginado cuando diseñaron el edificio (Collier, 1999). El "Juzgado de paz y conciliación indígena" tenía una gran sala de corte, con hileras de bancos para los litigantes frente a dos plataformas elevadas, una con escritorios individuales para el juez electo y el secretario municipal al frente, y otra con un largo escritorio para las "autoridades indígenas" a lo largo de un costado de la pared. Pero esta gran e impresionante sala de justicia era rara vez usada. En vez de eso, los cuatro jueces zinacantecos (en lugar del juez único imaginado por la ley indígena del Estado) usaban una pequeña oficina donde los cuatro se sentaban detrás de un escritorio en el mismo nivel que los litigantes, quienes se agolpaban en una fila de sillas a lo largo de la pared de enfrente. Mientras los arquitectos de la sala de justicia evidentemente imaginaron un juez único que se sentara detrás de su elevado escritorio a escuchar los casos y dictar soluciones de compromiso, la pequeña oficina reflejaba cómo los cuatro jueces trabajaban junto a los litigantes para encontrar una solución que pudiera proteger tanto a los jueces como a los litigantes de enfermedades enviadas por los dioses en respuesta a la furia de alguien insatisfecho.

La observación directa es también el mejor método para entender la relación entre lo que pasa en la sala del tribunal y lo que aparece en los archivos de la Corte. Aún durante mi única semana de observación en 1967, pude ver al presidente decirle al secretario mestizo qué incluir en el acta que le ordenó mecanografiar después de que un complejo caso fue resuelto. Obviamente el breve resumen dictado en español por el presidente dejó fuera muchos de los detalles que habían sido discutidos en las horas previas. En ese período creo que pocos casos dejaron registros escritos. En 1997-1998, en contraste, los jueces y litigantes a menudo

pedían que las actas se escrituraran. Así pues, en muchas oportunidades vi a los jueces decir al joven secretario indígena qué cosa mecanografiar. Los jueces y el secretario usualmente hablaban en tzotzil, pero el acta debía ser escrita en español. Las actas también tenían que ajustarse a un formato ya establecido que comenzaba con la fecha, el lugar, los nombres de los jueces y litigantes, etc., seguido de una breve descripción de los "hechos", y finalizando con los términos del acuerdo. Al escuchar a los jueces y el secretario decidir qué incluir, yo estaba fascinada de observar cómo ellos elaboraban los documentos que iban apareciendo para que al menos en lo superficial no se violaran las leyes del Estado. Por ejemplo, ellos describieron un caso de brujería como uno de asalto físico y convenientemente omitieron cualquier mención a una sentencia de cárcel que fuera más allá de lo que la ley estatal permitía a los jueces indígenas imponer. Yo también estaba entretenida al observar cómo muchas actas describían a los litigantes como personas que habían alcanzado un "acuerdo armonioso" que de acuerdo a la ley estatal era supuestamente lo que los tribunales indígenas debían entregar. La inclusión de esta declaración, por supuesto, estaba diseñada para defender a los jueces de litigantes furiosos que pudieran tratar de impugnar el acuerdo apelando ante las autoridades estatales superiores (Speed y Collier, 2000).

Finalmente, la observación directa permite a un investigador obtener una comprensión más exacta de la gama de casos que se presentan ante un foro particular que la que permite la recolección de recuerdos de casos por medio de informantes. En 1997-98, por ejemplo, vi a los jueces manejar muchas disputas maritales y peleas familiares que era poco probable que recordaran en el futuro. Sentarme en la sala del tribunal también me dio ideas sobre otras actividades judiciales. Los jueces que observé no solo manejaban casos, también ocupaban su tiempo aconsejando a los individuos que acudían a ellos para preguntar qué hacer respecto de una persona perdida, una pelea matrimonial o una deuda impaga. Asimismo, los jueces ocupaban su tiempo consultando con otras autoridades del mismo municipio y con dignatarios visitantes.

La observación directa, a pesar de sus muchas ventajas, tiene algunos inconvenientes. El más serio es la dificultad que tiene un investigador para entender todo lo que está pasando. Incluso los investigadores que poseen fluidez en el lenguaje, comúnmente no tienen acceso al conocimiento tácito de fondo que comparten los litigantes y jueces, quienes han pasado su vida en la misma pequeña comunidad. Lo ideal sería, por supuesto, que los investigadores pudieran complementar sus observaciones directas con entrevistas a los jueces u otros informantes con este conocimiento. No me fue posible hacer esto en 1997-98 porque los jueces estaban muy ocupados, y la joven mujer que contraté para ayudarme no sabía mucho. Como resultado, sentí que aprendí tanto como pude de las observaciones directas solo debido a los casos recordados que había recogido en los '70, y porque tuve acceso a la información etnográfica recogida por otros miembros del *Harvard Chiapas Project*. Ya sabía mucho acerca de Zinacantán y de la clase de casos que llegaban al tribunal cuando empecé las observaciones directas en 1997. Por ejemplo, habiendo recogido casos de brujería y hecho extensas entrevistas sobre el tema (Collier, 2002), entendí de qué estaba hablando un litigante cuando lo escuchaba decir a los jueces que había descubierto a su oponente rezando en una cueva. Observar los tribunales en acción y preguntar a los informantes acerca de casos recordados nunca deberían ser consideradas estrategias mutuamente excluyentes para el estudio de las formas legales de un pueblo. Por el contrario, las entrevistas y la observación necesitan ser usadas en conjunto, puesto que cada método provee información que es difícil de obtener usando el otro.

Otra desventaja de la observación directa deriva de la imposibilidad de registrar con exactitud todo lo que pasa en el tribunal. Por ejemplo, un investigador que toma notas escritas al observar el procedimiento puede solo registrar una fracción de lo que ocurre. Por otra parte, las notas escritas a mano deben ser mecanografiadas de un modo coherente antes de que el investigador olvide el significado de las frases que apuntó. Como resultado, un investigador que se basa en notas escritas a mano no puede

pasar todos los días en el tribunal, por lo que pierde los casos que llegan cuando está mecanografiando sus resúmenes. Hacer grabaciones de audio o video de una audiencia parece resolver ambos problemas. Las cintas pueden capturar más de lo que ocurre en el tribunal de lo que el investigador puede anotar; y estas se pueden guardar en un lugar seguro mientras el investigador asiste al juzgado cada día que este sesiona. Dado estos beneficios, es probable que tenga sentido tratar de grabar al menos una o dos veces si el investigador obtiene el permiso de los jueces y los litigantes (Sierra, 1992). La grabación, sin embargo, tiene otras desventajas. Las grabaciones toman incluso más tiempo en ser transcritas que las notas escritas a mano. También pueden requerir traducción. Una simple grabación, particularmente si debe ser traducida, puede tomar varias semanas o días de trabajo para convertirla en un registro escrito, en contraste con las pocas horas que se requiere para transcribir notas escritas a mano. Por tanto, tiene sentido para los investigadores limitar el número de grabaciones que realizan. Unas pocas grabaciones entregan invaluable información. Muchas grabaciones pueden constituir una barrera insuperable de analizar. Los investigadores enfrentados a una montaña de grabaciones sin transcribir han sido conocidos por abandonar sus proyectos.

Tomar notas a mano tiene otra ventaja sobre la grabación porque la aparente desventaja de tener que mecanografiar todo lo ocurrido lo más rápido posible en realidad constituye un importante beneficio. Por ejemplo, encontré que mecanografiar casos mientras estaban frescos en mi mente me alentó a comparar el caso en cuestión con los vistos anteriormente. Así descubrí regularidades que justificaban una investigación adicional y encontré discrepancias que sugirieron preguntas que podía investigar mientras aún estaba en terreno. Al mecanografiar mis notas de manera regular también entendí que la investigación y el análisis deben ir juntos. Cuando dejé el terreno ya había hecho una buena cantidad de análisis, lo que me ayudó a preparar rápidamente resúmenes de resultados requeridos por las agencias patrocinadoras y a producir a tiempo los textos académicos para conferencias y publicaciones.

Archivos judiciales

Los archivos judiciales ofrecen los únicos registros disponibles para historiadores y etnohistoriadores que quieren estudiar las "formas legales" de grupos que vivieron antes de lo que cubre la memoria de las personas. Cuando se analizan con debida atención los sesgos de los escribanos y funcionarios, y las circunstancias bajo las cuales los casos fueron registrados, los archivos, particularmente si cubren un largo periodo de tiempo, pueden proveer de invaluable información. Por ejemplo, si los registros cubren muchos años, un investigador puede documentar la relación entre los cambios políticos, sociales o económicos más amplios y los cambios en los procedimientos judiciales, tales como las diferencias entre los tipos de denuncias recibidas por el tribunal, el estatus de los litigantes o la naturaleza de los acuerdos. Asimismo, mediante el examen de los archivos judiciales, los etnohistoriadores pueden obtener conocimientos sobre las relaciones cambiantes entre grupos étnicos y sus gobernantes coloniales (Chenault, 1999; Merry, 2000).

Los archivos también entregan a los antropólogos información acerca de qué pasaba en los foros donde llegaban pocos casos. Aunque el municipio de Zinacantán se encuentra en el distrito judicial de San Cristóbal de Las Casas, y los funcionarios indígenas están obligados por ley a remitir los crímenes serios a las autoridades superiores, pocos casos de Zinacantán llegan en realidad al fiscal público (Agente del Ministerio Público). Como resultado, mis posibilidades de observar cómo realmente manejaban los casos de Zinacantán los funcionarios judiciales del estado fueron pocas. Pero en 1970 me permitieron examinar los archivos judiciales del distrito. Fui conducida a una habitación con muchas estanterías, donde se apilaban carpetas de gran espesor, cada de las cuales contenía copia de todos los documentos relativos a un caso en particular, los cuales estaban ordenados por año. Teniendo en cuenta las dificultades de tiempo con que me enfrentaba, decidí examinar solo cuatro años. Encontré pocos casos que involucraban a personas de Zinacantán. Pero estos casos me entregaron

fascinantes visiones sobre los malentendidos que plagaban las relaciones entre los pueblos indígenas y las autoridades mestizas. Por ejemplo, encontré un expediente sobre un incidente en que una familia zinacanteca acusaba a varios hombres de su comunidad de haber entrado por la fuerza a su casa. Todos los documentos que registraron las declaraciones hechas por la familia zinacanteca mencionaban que un niño había muerto pocos días después de la invasión a la casa, reflejando la creencia zinacanteca de que los niños que han sido fuertemente asustados pierden su alma y pueden morir si esta cae en manos del Señor de la Tierra, dios maya del inframundo. Pero los resúmenes posteriores del caso redactados o dictados por los jueces mestizos siempre omiten la muerte del niño. Las autoridades judiciales del estado trataron el caso como un simple allanamiento de morada y no como un asesinato (1995: 66).

Por último, los archivos pueden proporcionar información útil para los antropólogos que desean rastrear la historia reciente de los tribunales que investigan, o que quieran tener una idea de cómo los casos a los cuales asisten siguen el patrón general de los casos que llegan al tribunal. Con esos objetivos en mente obtuve el permiso de los jueces en Zinacantán para fotografiar los archivos judiciales. Estos archivos consisten, en general, en copias de actas en español, que contienen un breve resumen de los "hechos" de un caso, y de los términos del acuerdo. De las décadas de los '60 y '90, seleccioné algunos años para el registro y fotografié todos los documentos, con la intención de clasificar los casos por tipo y después comparar los años para descubrir cambios en los tipos de casos o los acuerdos establecidos en el tiempo. Nunca completé tal tarea. Ni siquiera desarrollé un método coherente para clasificar los casos. Teniendo en cuenta que debía publicar a tiempo, decidí concentrarme en analizar los casos que había obtenido a través de las entrevistas y la observación. El registro de las actas que recogí quedó sin analizar. Las fotografías están guardadas con mis notas de campo en la Universidad de Stanford.

Contratar un escribano para que asista a la Corte y registre los casos

El último método para recoger casos es contratar a un informante letrado que asista a la Corte todos los días y registre lo que en ella ocurre. Otro miembro del *Harvard Chiapas Project* usó este método como una manera de averiguar lo que pasaba en el tribunal durante los meses en que no podía asistir. El informante produjo un grueso expediente de casos que el investigador ofreció compartir conmigo. Leí algunos de los casos, pero nunca supe qué hacer con ellos, puesto que no tenía forma de entrevistarme con el informante que registró los casos, y por tanto no pude hacerle preguntas acerca de ciertos aspectos que me confundían. Seriamente, dudo que el informante haya asistido a la Corte. Sospecho que él supo de los casos a través de chismes locales. Pero no tuve forma de probarlo. Este método de recoger casos puede generar un registro impresionante y permitir a los investigadores aprender acerca de los casos mucho más de lo que ellos son capaces de observar. Sin embargo, yo no lo recomiendo a menos que se emplee un informante de confianza con quien se pueda hablar frecuentemente.

Conclusión

Con el tiempo las razones del porqué los antropólogos anglosajones han recogidos casos han variado. Llewellyn y Hoebel (1941) desarrollaron el método de estudio de casos problemáticos porque querían distinguir "leyes" de costumbres. Al comienzo del siglo XX, Radcliffe-Brown y Malinowski debatieron la cuestión de si los pueblos primitivos tenían "leyes" o no. Radcliffe-Brown (1933) argumentó que la ley existía solo en sociedades políticamente organizadas con autoridades capaces de castigar a quienes habían violado las normas. Grupos sin estas autoridades solo tenían "costumbres". Malinowski (1926) discrepó de esta afirmación. Él señaló que incluso grupos sin autoridades reconocidas tenían le-

yes en el sentido de que algunas normas son tan vitales para la sociedad que la gente se ve obligada a seguirlas con el objeto de disfrutar el respeto y cooperación de los otros. Llewellyn y Hoebel pretendieron seguir a Radcliffe-Brown al definir la "ley" como reglas aplicadas por líderes con la autoridad para imponer castigos. Pero ellos también querían concordar con Malinowski en que incluso grupos sin gobiernos centralizados tenían "leyes". Su solución para encontrar la "ley" en todas partes sin tener que adoptar el método de Malinowski de enfocarse en los incentivos para alcanzar conformidad -el cual creían que confundía la distinción entre leyes y costumbres- fue recoger casos problemáticos para descubrir, a través del análisis de sus resultados, qué normas prevalecían cuando eran impugnadas⁵.

Gluckman y Bohannan en los '50 usaron casos como evidencia en sus debates respecto de cómo los jueces razonaban para alcanzar sus decisiones. Ambos condujeron su trabajo de campo en sociedades africanas con tribunales formales. Gluckman (1955), quien estudió los barotse que vivían en lo que entonces era Rhodesia del Sur, se basó en el libro de Cardozo *The Nature of the Judicial Process* (1921), para argumentar que los jueces barotse razonaban de la misma forma que los jueces norteamericanos descritos por Cardozo. Bohannan (1957), quien estudió los tiv de Nigeria, señaló que los jueces tiv tenían sus propios métodos de razonamiento que solo podían ser descubiertos analizando las palabras tiv que utilizaban para expresar sus ideas. Gluckman señaló que los jueces en todas partes adoptan los mismos métodos porque en todas ellas enfrentan la misma tarea de decidir los casos que se les presentan. Bohannan tuvo en cuenta que un investigador primero debía estudiar cómo los jueces, por sí mismos, piensan respecto a su tarea, antes de comparar sus conceptos legales y las formas de razonar con aquellas utilizadas por jueces en otras partes del mundo.

Así como Gluckman y Bohannan discutieron sobre la forma de analizar la toma de decisiones judiciales, otros antropólogos que estudiaron

sociedades africanas carentes de tribunales formales utilizaron casos para analizar los procesos de negociación. Algunos se centraron en cómo los litigantes movilizaban a sus partidarios para garantizar que ambos bandos negociaran en iguales posiciones de fuerza (Evans-Pritchard, 1940; Gulliver, 1963), mientras que otros se enfocaron en personas con lealtades divididas, cuya necesidad de mantener buenas relaciones con ambas partes les animó a actuar como mediadores o a buscar líderes que pudieran mediar en una disputa (Colson, 1953). Aunque hubo un debate entre quienes se centraron en "la igualdad de fuerzas" y los que destacaron la importancia de "vínculos transversales", tanto estos antropólogos como Gluckman y Bohannan estaban interesados principalmente en la comprensión de cómo se resolvieron las disputas en las comunidades estudiadas.

En 1965, Laura Nader defendió una forma diferente de analizar los casos. En vez de enfocarse en cómo los jueces y mediadores elaboraban sus decisiones, ella instó a los antropólogos a analizar las decisiones tomadas por los litigantes. Tales decisiones, observó, determinan la clase de casos que se presentan ante jueces y mediadores, y así determinan los tipos de decisiones que pueden tomar esos terceros. Nader instó a los antropólogos a cambiar el enfoque de sus investigaciones desde el "cómo se manejan las disputas" (cómo los casos son manejados por las autoridades) al "proceso de disputar" (la forma en que cada persona involucrada en un caso, los litigantes así como los jueces o mediadores, deciden cómo ejercer sus intereses).

Centrar la atención en las limitaciones y los incentivos que influyen en las decisiones de los litigantes puede proporcionar pistas importantes sobre el sistema de estratificación de una comunidad. Al estudiar quiénes inician cada tipo de caso, qué buscan y qué soluciones esperan, un investigador puede examinar cómo las ventajas y desventajas son distribuidas en la sociedad. Las desigualdades de género, junto con las desigualdades entre jóvenes y viejos, ricos y pobres, son iluminadas por los estudios acerca de quién lleva y quién no lleva los casos a los tribunales. El método

de estudio de casos puede ser una importante herramienta para explorar cómo el poder se distribuye, y para documentar las luchas en curso y las antiguas líneas de división (Comaroff y Roberts, 1981). La Ley puede ser una importante herramienta de dominación, pero también es una herramienta que los dominados y oprimidos pueden utilizar para limitar los abusos de los poderosos.

Recoger casos también puede ser usado para analizar la interacción entre pueblos indígenas y los gobiernos coloniales o estatales que reclaman poder sobre ellos. Por ejemplo, los archivos históricos de casos pueden revelar cambios en el tiempo en las estrategias de los pueblos dominados y de quienes los dominan (Merry, 2000). Y las colecciones de los casos actuales pueden proporcionar pruebas para explorar cómo los diferentes grupos usan el popular discurso de los derechos humanos e indígenas (Goodale, 2002). Muchos líderes indígenas están invocando los derechos humanos para argumentar que los grupos indígenas son "pueblos" que deben disfrutar de su derecho humano a la "autodeterminación". En Chiapas, como en muchas partes del mundo, los líderes indígenas sostienen que los grupos indígenas deberían tener derecho a practicar sus "usos y costumbres" propios sin la interferencia estatal. Mi investigación reveló, sin embargo, que el discurso de derechos humanos también puede ser usado por los funcionarios del Estado para frustrar las aspiraciones de los pueblos indígenas. Los funcionarios estatales en Chiapas han estado dispuestos a usar el discurso de los derechos humanos para limitar la autonomía indígena debido a que algunos "usos y costumbres" violan, en los hechos, la letra -pero no el espíritu- de las leyes sobre derechos humanos. Como resultado, los funcionarios estatales han justificado el encarcelamiento de autoridades indígenas acusándolos de haber violado los derechos humanos individuales de litigantes particulares (Speed y Collier, 2000). No es de extrañar, por lo tanto, que los jueces zinacantecos que observé en la década de los '90 se encargaran de asegurar que en las actas se estipulara que los litigantes habían alcanzado un "acuerdo amistoso" (incluso si la declaración era falsa).

En resumen, recoger casos problemáticos puede proporcionar datos útiles para muchos tipos de análisis, especialmente si se recogen a través de varios métodos y se complementan con otros materiales, como los censos, información etnográfica o histórica. Sin embargo, recoger casos problemáticos no puede considerarse un fin en sí mismo; por el contrario, los casos se recogen para suministrar datos brutos que respondan a preguntas de investigación más amplias, las que pueden variar desde los intentos por descubrir las leyes de un "pueblo", comparar cómo los jueces razonan, graficar cambios históricos, analizar procesos políticos y sistemas de estratificación, documentar el pluralismo jurídico o mostrar interacciones entre regímenes legales. Dado que las recopilaciones de casos problemáticos han proporcionado en el pasado datos puros para responder muchos tipos de preguntas de investigación, existen buenas razones para suponer que la recolección de casos problemáticos seguirá siendo una herramienta útil de investigación para los científicos sociales interesados en cuestiones legales.

Notas

¹ Al abogar por un enfoque en los "casos problemáticos", Llewellyn estaba, de hecho, instando a los antropólogos a adoptar el "método de estudio de casos" que simultáneamente defendió como el mejor método para la enseñanza del "derecho" a futuros abogados y jueces de las escuelas de derecho norteamericanas.

² Los funcionarios de los gobiernos coloniales al tratar de entender las "leyes" de los grupos conquistados a menudo se reunieron con hombres de alto rango quienes describieron solo aquellas normas que le dieron poder a los hombres sobre las mujeres, y a las autoridades sobre todos los demás, olvidándose de las garantías concedidas a las mujeres y los jóvenes.

³ En Inglés: "an act that displeases the gods and can provoke supernatural retaliation" (Collier, 1973: 92-93).

⁴ Le pregunté a los jueces si me permitían grabar las audiencias si obtenía el permiso de los litigantes. Los jueces nunca respondieron a mi solicitud, así es que nunca pude hacer una grabación.

⁵ Hoebel respondía a la pregunta "¿Qué es la ley?" al afirmar que "una norma social es jurídica si su negligencia o infracción regularmente recibe, como amenaza o de hecho, la aplicación de la fuerza física de un individuo o grupo que posee el privilegio socialmente reconocido para actuar de este modo" (1954:28).

Referencias

- Bohannon, P. J., 1957, *Justice and judgment among the Tiv*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom.
- Bracey, D. H., 2006, *Exploring law and culture*, Waveland Press, Inc., Long Grove, Illinois.
- Cardozo, B. N., 1921, *The nature of the judicial process*, Yale University Press, New Haven, Connecticut.
- Chenault, V., 1999, *Honor, disputas y usos del derecho entre los totonacas del Distrito Judicial de Papantla*, Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales, El Colegio de Michoacán, Zamora, Michoacán.
- Collier, J. F., 1973, *Law and social change in Zinacantán*, Stanford University Press, Stanford, California.
- Collier, J. F., 1977, Political leadership and legal change in Zinacantan, in *Law and Society Review*, Vol. 11, N° 1, pp. 131-163.
- Collier, J. F., 1995, *El derecho zinacanteco*, CIESAS, México, D.F.
- Collier, J. F., 1999, Models of indigenous justice in Chiapas, Mexico: a comparison of state and Zinacanteco versions, *PoLAR*, 22, 1, pp. 94-100.
- Collier, J. F., 2002, Analyzing witchcraft beliefs, in J. Starr, y M. Goodale (eds.), *Practicing ethnography in law: new dialogues, enduring methods*, Palgrave Macmillan, New York, New York, pp. 72-86.
- Collier, J. F., 2004, Cambio y continuidad en los procedimientos zinacantecos, en M. T. Sierra (ed.), *Haciendo justicia: interlegalidad*,

- derecho y genero en regiones indígenas*, CIESAS, México, D.F., pp. 57-113.
- Colson, E., 1953, Vengeance and social control in plateau Tonga society, *Africa*, 22, pp. 199-212.
- Comaroff, J. & S. Roberts, 1981, *Rules and processes: the cultural logic of dispute in an African context*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois.
- Epstein, A. L., 1979, The case method in the field of law, in A. L. Epstein (ed.), *The craft of social anthropology*, Pergamon Press, Oxford, United Kingdom, pp. 205-230.
- Evans-Pritchard, E. E., 1940, *The Nuer*, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom.
- Gluckman, M., 1955, *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, Manchester, United Kingdom.
- Goodale, M., 2002, Legal ethnography in an era of globalization: the arrival of western human rights discourse to rural Bolivia, in J. Starr y M. Goodale (eds.), *Practicing ethnography in law: new dialogues, enduring methods*, Palgrave, Macmillan, New York, New York, pp. 50-71.
- Gulliver, P. H., 1963, *Social control in an African society: a study of the Arusha, agricultural Masai of northern Tanganyika*, Boston University Press, Boston, Massachusetts.
- Hazard, J. N., 1962, Furniture arrangement as a symbol of judicial roles, *Etcetera*, 19, 2, pp. 181-88.
- Hoebel, E. A., 1954, *The law of primitive man*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

- Llewellyn, K. N. & E. A. Hoebel, 1941, *The Cheyenne way: conflict and case law in primitive jurisprudence*, University of Oklahoma Press, Norman, Oklahoma.
- Malinowski, B., 1926, *Crime and custom in savage society*, Kegan Paul, Trench & Trubner, London, United Kingdom.
- Merry, S. E., 2000, *Colonizing Hawaii*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- Nader, L., 1965, The anthropological study of law, *American Anthropologist*, 67, 6, part 2, pp. 3-32.
- Prokosch, E., 1965, Court procedure in the settlement of disputes in Chamula, *Unpublished manuscript, Harvard Chiapas Project*, Cambridge, Massachusetts.
- Radcliffe-Brown, A. R., 1933, Primitive law, *Encyclopedia of the Social Sciences*, 9, pp. 202-6.
- Sierra, M. T., 1992, *Discurso, cultura y poder: el ejercicio de la autoridad en pueblos hñahñús del valle del Mezquital*, CIESAS-Gobierno del Estado de Hidalgo.
- Speed, S. & Collier, J. F., 2000, Limiting indigenous autonomy in Chiapas, Mexico: the state government's use of human rights, *Human Rights Quarterly*, 22, pp. 877-905.
- Van Velsen, J., 1969, Procedural informality, reconciliation, and false comparisons, in M. Gluckman (ed.), *Ideas and procedures in African customary law*, Oxford University Press, London, United Kingdom, pp. 137-152.
- Van Velsen, J., 1979, The extended-case method and situational analysis, in A. L. Epstein (ed.), *The craft of social anthropology*, Pergamon Press, Oxford, United Kingdom, pp. 129-149.

ALGUNOS PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS Y METODOLOGÍA DE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

Esther Sánchez Botero

¿Qué es, a qué profesión pertenece y cómo se aplica la antropología jurídica? Estas preguntas ya se las había planteado Milka Castro en la invitación que hiciera a un grupo de antropólogos y abogados para mancomunadamente escribir un libro. Tratando de caracterizar la antropología jurídica y de aclarar lo que en opinión de ella no está bien determinado, Milka Castro se pregunta también si la antropología jurídica es:

(...) un campo disciplinar que permite conocer fenómenos y relaciones que no eran accesibles a través de las disciplinas existentes; una disciplina que permite un análisis más completo de los fenómenos jurídicos; una subdisciplina de las ciencias antropológicas o jurídicas; un replanteamiento de la antropología social; o una especialidad del derecho¹.

El objetivo del presente ensayo es contribuir a informar qué es la antropología jurídica como área de conocimiento, y de su fundamentación para realizar determinadas prácticas. Asimismo, este texto busca mostrar cómo se evidencia ese tipo de conocimiento en las aplicaciones de quienes hacen la antropología jurídica contemporánea y de su impacto mediante peritajes en jueces y defensores.

La antropología jurídica estudia los referentes cognitivos del derecho en las distintas sociedades

Para responder los interrogantes que suscita este llamado, defenderé la tesis de que la antropología jurídica es un campo especializado de la antropología cultural, que es la rama de la antropología que estudia la cultura humana, es decir, todo lo que el hombre aprende como miembro de una sociedad; en otras palabras, los conocimientos y convenciones, así como las expectativas que comparten los integrantes de un grupo y que transmiten a sus hijos. La antropología cultural se hace y se desarrolla cuando el antropólogo conoce cómo se manifiestan en una gran cantidad de sociedades particulares los referentes cognitivos que, como líneas al pensamiento, las personas de una determinada sociedad comparten; estas líneas al pensamiento o referentes cognitivos se encuentran manifiestos en los modos de vida específicos de los grupos humanos; en las maneras selectivas de clasificación de realidades físicas o espirituales, de actuación, sentimientos y comunicación vividos y por ello empleados por los miembros de un grupo determinado y que los distinguen de otros grupos de modo real, o quizás bajo el sentimiento que genera un sentido de especificidad como *distintos*, pese a compartir los mismos rasgos culturales con otras sociedades. Quienes pertenecen a cada una de las culturas no solo tienen valores, ideas, palabras y gestos característicos para comunicarse, sino que además ordenan y clasifican de modo peculiar esos elementos. Una cultura es el resultado de lo propio, de lo apropiado de otras sociedades, e incluso de lo que les ha sido impuesto. Ejemplos de referentes cognitivos son los siguientes:

Para los indígenas u'wa de Colombia los seres humanos se clasifican en homocigóticos y heterocigóticos, igual que para los mestizos.

Entre los u'wa, los individuos pueden vivir en la tierra que posee un color. Los que nacen en un parto múltiple (gemelos y mellizos) deben vivir con una deidad en el lugar más amable que existe dentro de los diferentes

planos y también compartirán con la Madre Naturaleza y con ella, a su lado, no tendrán sufrimiento. Ese lugar es amarillo. Por ello, dejar los gemelos y mellizos para que sean recogidos por la Madre Naturaleza es un deber que obliga a los padres.

Para los mestizos colombianos los niños que no se bautizaron van al limbo; este es un lugar donde estarán a medias, nunca estarán bien porque no gozarán de la presencia de dios que se encuentra en el cielo. El limbo es gris y el cielo es azul.

El concepto de derecho se refiere a un universo de normas y sanciones legales de origen estatal o "tradicional", escritas o no escritas y codificadas por una colectividad determinada, que proyectan como deseable la marcha y cohesión sociocultural de un grupo. Las diferentes expresiones de los derechos se garantizan a través de organizaciones, que pueden o no ser burocráticas y policivas, que recurren a la coerción física o a la violencia para hacer valer las normas y decisiones del mismo poder legal.

El hecho de que en todas las sociedades no existan necesariamente leyes escritas o tribunales formales, a la manera de Occidente, ni una organización legal de tipo coercitivo, que obligue, con la fuerza física, al cumplimiento de la ley, no significa desde luego que no existan en todas las sociedades normas que regulen las diferentes actividades sociales, como las relacionadas con el parentesco, el uso de la tierra, la economía, la religión, e incluso la misma ideología. Mucho menos que esos derechos sean "informales" o "consuetudinarios" como clasifican a estos derechos algunos autores que definitivamente los ven distintos al propio, como algo que no es o no ha llegado a ser lo que sí es el Derecho con mayúscula². La opinión pública del grupo, a veces a través de voceros autorizados o de miembros que se designan en forma coyuntural y rotativa, en ciertas sociedades, permite imponer sanciones que tienen una gran fuerza y eficacia.

El derecho y la variable dependiente *justicia* como "voz" de la cultura genérica, es una institución común a todas las sociedades, que de distinta

manera expresa los principios y procedimientos rectores para ordenar la vida social, y por ello en culturas específicas toma forma al concretarse en modos particulares asentados en referentes y en valores diversos.

Las comunidades del pueblo nasa son las receptoras de las pruebas buscadas por autoridades con competencia jurisdiccional, elegidas para tal fin. Es la comunidad citada y reunida la que define cómo corregir al transgresor.

El objeto de estudio de la antropología jurídica

La particularidad de esta especialidad es indagar el orden jurídico en una sociedad, pero concretamente como variable de la cultura. Sus estudios se encuentran en las especificidades del derecho de las naciones, que cambia entre una y otra, de sus manifestaciones en los grupos urbanos, de las normas ilegales expresadas en las guerrillas, en los modos como el derecho hace parte de la vida de los pueblos étnica y culturalmente distintos, en los derechos y deberes de grupos particulares de la sociedad, como los niños, las mujeres, los homosexuales, los jefes o los subalternos y en las relaciones laborales, entre muchos otros. Además conoce cómo cambia el derecho por disposiciones internas o por imposiciones exógenas.

Lo que hacen los antropólogos con los criterios de la antropología jurídica es encontrar, en ciertas expresiones, "señales específicas" sobre cómo el derecho mediante cierta institucionalidad regula la vida de la gente, o cómo comparte con lo que hacen otras instituciones, por ejemplo la religión o las ideas culturales con relación a la salud y la enfermedad (de la sociedad o de individuos transgresores), ofreciendo explicaciones que revelen en un determinado orden: cómo es, por qué funciona, qué aspectos presentan conflictos y posibilidades de cambios, cuál es su lógica, y qué instituciones sostienen los principios reguladores.

A los homosexuales hombres entre los ingas del bajo Putumayo, en Colombia, se los apoya por parte de mujeres al entregarles ciertos alimen-

tos que ellos por ser hombres sin esposa requieren y les está vetado obtener.

A los homosexuales en Colombia se les prohibía formalmente y hasta el año 1995 ser maestros, porque eran pensados como seres moralmente indeseables para desarrollar esta tarea.

El derecho, es decir el conjunto de normas establecidas como obligatorias para ser cumplidas por los miembros de un grupo, que representa un componente de la cultura, si bien puede ser aislado del conjunto, es aprehendido, conocido e interpretado siempre, por el antropólogo jurídico, en el marco de un contexto integral.

Es necesario tener en cuenta que a pesar de los diferentes cambios socioculturales de la sociedad páez³, el modelo de justicia que poseen y aplican se aleja, en sus principios, de las modalidades de justicia imperantes en el marco jurídico nacional y de su sistema penal. En particular, su modelo de justicia no está fundado en el principio de "adversalismo", propio de nuestro sistema legal, y en consecuencia los actos de acusación, culpabilidad y argumentación tienen otro significado, o se enmarcan en un proceso cultural distinto.

En el derecho páez, la meta no es "vencer" en juicio al acusado, quien tendrá el derecho de defenderse a través del debido proceso occidental, sino -y fundamentalmente- resolver los conflictos y establecer un proceso de paz, una especie de tregua, entre las personas y grupos involucrados. Esto significa que existen diversas y siempre abiertas opciones de sentencia, y solo en casos extremos -como homicidios- los responsables pueden ser (aunque no necesariamente) forzados a salir de la comunidad, entregados a las autoridades nacionales, o a ser tratados bajo condiciones de aislamiento. Pero en términos generales, los diferentes grados de infracción no son únicamente percibidos como responsabilidad individual del acusado, sino que implican y afectan a un grupo mayor, o incluso a la comunidad, que se percibe también afligida y responsable por la situación. La meta es la búsqueda del equilibrio, el restablecimiento de la armonía entre los miembros de la sociedad y la naturaleza. En alguna medida es un proceso de catarsis, en el cual el lenguaje es muy impor-

tante. El acusado es tratado de la misma forma como si estuviese "enfermo" y la meta es "curarlo", lo que significa en realidad un proceso de restauración colectiva.

En conclusión, la aplicación de la justicia nasa tiene como objeto, entonces, la restauración de una armonía colectiva, perdida temporalmente, en la que la reflexión del acusado es parte fundamental del proceso, y cuya meta, salvo en casos extremos, es su reincorporación a la sociedad⁴.

El derecho es una manifestación cultural de la forma particular como una sociedad organiza la vida social; por ejemplo:

Define quiénes son sus miembros, la forma como rige el parentesco: sanguíneo, por afinidad o vía simbólica, sobre la base de que el concepto y sentido del parentesco no es universal (sociedades matrilineales o patrilineales); también, qué hacer con un huérfano ¿abandonarlo como hacemos en la mayoría de nuestros países, dejándolo al cuidado de instituciones inhumanas, adoptarlo por los miembros de un clan, o darlo en adopción por fuera de la sociedad en que nació? ¿Pueden adoptar todas las personas? o ¿qué principios y reglas rigen para determinar las excepciones, como por ejemplo las parejas homosexuales? Estos ¿pueden ser padres? ¿Niñas negras pueden ser hijas de un hombre soltero blanco? Define qué derechos adicionales tienen las mujeres en comparación con los hombres, por ejemplo: tierra, mayor número de días de descanso para el cuidado del bebé. ¿Cómo pagar una labor: con dinero, con trabajo posterior?

El derecho define también en una sociedad el manejo de lo que es de todos: reglamenta el acceso a recursos tales como agua, tierras, apropiación de la producción natural o como resultado del trabajo individual o colectivo; define si la tierra es propiedad colectiva o individual; si el territorio está determinado por coordenadas o por su uso regular, por lo que el antropólogo establece las categorías sobre los planos, los mitos, las restricciones sobre los lugares que se frecuentan o deben ser evitados por los miembros del colectivo bajo mundos de representación determinados:

¿Qué es el subsuelo? ¿es el lugar de lo podrido y de lo que tiene capacidad de hacer daño como lo es para los nasa? ¿o es lo que está debajo de la tierra, como es para las sociedades de Occidente?

¿Por dónde transitar y qué principios y medidas gobiernan? ¿En determinadas direcciones o en doble vía? ¿Solamente los que tienen parentesco ritual, como entre los awa? ¿Los que de manera temporal pasan por el lugar, pero no van a quedarse?

¿De dónde tomar el agua, cómo tratar los bosques, cuál es el lugar para enterrar a los muertos? ¿Dónde enterrar la placenta? ¿al oriente de la casa donde nace el niño, en basureros, o debe ser quemada en hornos de gas?

El ámbito propiamente de la justicia

El derecho especifica principios y procedimientos para orientar el modo de vivir en armonía y también cómo dar solución a los conflictos que se presentan, entre sus propios miembros o con externos porque actúan en contra de lo establecido. ¿Cuáles son y cómo se tipifican los delitos contra el individuo y cuándo contra el colectivo? ¿Cómo se sanciona la desviación a lo que se ha establecido como obligatorio, frente a las personas, al medio, los animales o a determinadas realidades sociales, como apoyar al desvalido?

El derecho es dinámico y por ello las normas pueden cambiar, bien sea por creación interna y voluntad de sus miembros o por imposiciones externas. Estos cambios significan la incorporación de nuevos referentes cognitivos en grupos particulares y su generalización en el tiempo.

Los hombres wayúú⁵ en Colombia conseguirían heredar la tierra en su sociedad matrilineal.

Las mujeres pueden abortar legalmente.

Se elimina la pena de muerte para los brujos, entre los huitotos o posible-mente en un Estado norteamericano por procesos de imposición exter-nos que determinan respetar los mínimos jurídicos (el derecho a la vida, a la integridad del cuerpo, a no ser esclavizado y a un debido proceso) independientemente de la etnia, raza o cultura.

Sujeto colectivo

Es muy importante destacar que gracias a las observaciones sistemáti-cas sobre las incomparables sociedades, sus instituciones y, por supuesto, los diferenciados comportamientos, los antropólogos jurídicos han mos-trado las claves culturales para probar que existen sociedades que socia-lizan al individuo sobre principios distintos a la individuación.

En sociedades como las indígenas, muchas de las categorías mentales que se comparten implican el "nosotros" en oposición al "yo"; "lo nuestro" en oposición a "lo mío". Estos referentes que impiden, por ejemplo, ha-blar de "mi tierra", "mi fuego", "mi mujer", implican normas observadas con regularidad, que definen, entre otros asuntos, que cualquier desvia-ción sea considerada como un atentado a la integridad social del grupo⁶.

En las sociedades asentadas sobre el individuo como centro del mun-do y objeto de protección como sujeto de derecho no sucede lo mismo. Esta diferencia cultural es crucial para encontrar una dimensión de tenor más elevado, que permita comprender los impactos de aquellas decisio-nes en las que un caso perteneciente a una sociedad en la que el sujeto es socializado como miembro de un sujeto colectivo de derecho, es juzgado con los parámetros de una sociedad que tiene al individuo como sujeto individual de derecho. Dos ejemplos al respecto:

Ejemplo 1. Aunque la mujer páez solicitó el 50% de los bienes por la separación de su marido y el juez de tutela de la jurisdicción ordinaria así lo determinó, la autoridad indígena emplazó su competencia jurisdiccio-nal y definió que a la mujer le correspondía el 100% de los bienes, ya que la patrilocalidad mantendría la tierra trabajada por la mujer.

Ejemplo 2. En la justicia indígena kichwa⁷, la etiología de la enfermedad se encuentra en el estilo de vida inaceptable, es decir del que se ha salido del ideal social y moral de la comunidad y al cual hay que rehacer. Este estilo de vida apreciado como "mala vida", a su vez es considerado "causa de las enfermedades y desgracias, tanto en humanos como en animales (...) Los indígenas relacionan la presencia de enfermedades y desgracias causalmente con los fracasos individuales" (Hess, 1994: 47) que exigen ser explicados y curados.

En este sentido, que uno o varios sujetos hayan adoptado un estilo de vida inaceptable, como puede ser robar, maltratar a la esposa, violar o incluso matar, es considerado como un suceso resultado de que una persona está en desgracia (enferma) y necesita una curación. Para ello existe una práctica de manera habitual, un rito⁸ que no viene de la casualidad, sino que es un proceso que va en busca de la salud mediante la sanación de la enfermedad. Es así como estas enfermedades son interpretadas en esta sociedad desde un "sistema de significación moral y social" (Hess, 1994: 49); y los conceptos médicos y jurídicos indígenas reflejan la cosmovisión como parte de un determinado sistema.

Por lo tanto, estas enfermedades engendradas por "la mala vida" son origen del sufrimiento de la persona, de su familia y de la comunidad, y cuando no pueden ser tratadas en el círculo familiar salen a un contexto social más amplio como es la comunidad o la Asamblea General. De esta forma, se consiente el tratamiento del enfermo y de sus enfermedades, por ejemplo: el uso del agua fría para tratar el desequilibrio entre frío y caliente que ha producido la enfermedad de una persona. De igual manera, para curar el "*mancharishca*" o espanto, el "*huairashca*" o mal viento, o el "*urcu japishca*" o cogida del cerro, se utiliza ciertas plantas consideradas medicinales como el culantro, la ruda, el runa-clavel, la Santa María, caballo-chupa, eucalipto, chilca, tetera, hierba-buena; estos mismos tratamientos son utilizados para curar la mala suerte o "*chiqui*", que es un mal autoprovocado, enfermedad que se puede producir por peleas con el cónyuge, los familiares, vecinos, vagancia, alcoholismo, adulterio, entre otros; es así que el uso de las hierbas medicinales, baño en la cascada o río helado y el trabajo comunal son útiles para

que la persona pueda llevar "*una vida apropiada*" (Hess, 1994: 54-63), y en este mismo sentido son utilizados por el sistema de justicia de este pueblo.

Por consiguiente, las sanciones que la asamblea o las autoridades indígenas imponen a sus pobladores buscan sanar al individuo, inquietan que retorne a una forma de vida apropiada y fortalezca el espíritu individual, familiar y colectivo que fue debilitado por sus actitudes y conductas inmorales (Kroeger, 1996: 494).

Con respecto al dolor que sienten en ese momento por el *ortigamiento* o el *fuetazo*, es transitorio, pero como al niño, "son experiencias formativas, que no afectan mayormente las relaciones sociales, más bien despiertan la solidaridad y la protección de los otros. Son pequeños signos que, incluso, refuerzan el sentimiento del valor personal" (Bustos, 2000: 109), y cuando el individuo sufre, lo hace también la comunidad entera, ya que encarna una estructura simbólica.

En relación al azote o *fuate*, constituyen un complemento en estos procesos de justicia preventiva y curativa, y no son aplicados indiscriminadamente; de esta manera mantienen comunitariamente el fin de la aplicación de su justicia que es recobrar la paz y la armonía. Relacionado a los argumentos para considerar la utilidad o no de los azotes, no provienen de principios morales, sino de una reflexión política profunda donde toda una Asamblea General decide de acuerdo a la gravedad de lo cometido. De esta forma, y como lo señala Alejandra Araya citando a Manuel de Lardizábal: "En una nación honrada y pundonorosa (...), toda pena de vergüenza usada con prudencia, y haciendo distinción en el modo de imponerla (...) puede producir muy saludables efectos"⁹. La mayoría de estas comunidades ejercen una justicia que la han venido practicando antes, durante y después del periodo colonial. A lo largo del coloniaje, los españoles permitieron que los caciques indígenas denominados Alcaldes ejercieran funciones en sus territorios, tales como: solucionar problemas de tierras, ganado, daños en vivienda y sementeras; cobro de tributos, asistencia de sus comunidades a la iglesia; reclutamiento de indígenas para los trabajos en mitas, obrajes, batanes; reglamentación de las penas

y de la escuela; distribución de aguas y construcción de caminos en el interior del territorio (Osorio, 2002: 10); sobre las penas que se les permitía ejercer se encontraban los azotes, el trasquilamiento y el encierro (Bonnett, 1992: 50).

Estos sistemas jurídicos que reflejan la cosmovisión y el sistema moral y social de las comunidades indígenas son propios de diferentes pueblos andinos de origen kichwa. Y es una justicia preventiva y curativa, es decir, ligada a los conceptos de salud y enfermedad, donde se hace uso adecuado de los elementos de origen natural, para que el individuo que cometió una transgresión o falta, y tiene una vida inaceptable, retorne a la vida buena en comunidad. Por ello su justicia es breve y sumaria.

Bajo los parámetros de la antropología jurídica se explican hechos en razón de la existencia de un principio particular que permite entender cómo, en actos aparentemente iguales, existen razones diversas por las cuales dichos actos fueron realizados.

La prohibición a los padres de darle fuste a los niños está sentada en que la cultura mestiza que los utiliza busca generar en el individuo un sufrimiento físico y la humillación.

Constitucionalización del uso del fuste en Colombia, para los pueblos del mundo andino, implica reconocer su significado curativo y el paso de un estado de oscuridad a uno de claridad¹⁰.

Las personas u'wa¹¹ que realizan ayuno al volver al territorio lo hacen para prevenir aquello que por "fuera" ha podido contaminar.

Mestizo que realiza ayuno durante los viernes de la cuaresma.

En el encuentro de culturas diferentes es donde se define otro campo específico de la antropología jurídica, que sostiene que lo conductualmente "normal y aceptable", o lo "desviado y anormal", varía de una sociedad a otra y por consiguiente tanto la desviación como lo aceptado socialmente solo pueden definirse en un sentido relativo. Más aún, existen grupos o subculturas dentro de una misma sociedad que no concuerdan entre sí

acerca de lo que es normal y lo que es desviado. Tal relativismo conduce al concepto de pluralismo jurídico y a una de las polémicas fundamentales de la antropología jurídica: la posibilidad de tener o no en cuenta el contexto sociocultural del criminal o del "desviado" en el momento de juzgarlo y de aplicarle determinada norma externa.

Los referentes cognitivos cambian

Como lo jurídico, ese compuesto de principios, reglas y procedimientos debe ser descifrado -es decir, el croquis mental que señala comportamientos que se deben prevenir o seguir en la cotidianidad de una sociedad y frente a eventos extraordinarios- el antropólogo jurídico debe encontrar si las expresiones normativas, y por ello obligatorias, representan un cuerpo introyectado de modo generalizado, o si solamente se presentan (y por qué) de manera particular en unos pocos sujetos. Ello lo conduce a profundizar si se está en presencia de grupos especiales que actúan de modo diferencial frente al todo, si está en presencia de un cambio cultural orientado a la eliminación de un referente cognitivo distinto del derecho preexistente, o más bien si está ante un nuevo elemento que se encuentra en periodo de asentamiento.

A la pregunta realizada a ciudadinas menores de 40 años ¿usted ha abordado? La respuesta en un alto porcentaje es sí.

El derecho es derecho, no es usos y costumbres

Lo jurídico y el derecho se deben separar de otras regulaciones y usos sociales comunes con los cuales se entreteje la vida cotidiana, entre ellos, por ejemplo, las celebraciones por el cambio de año, la manera de saludarse, o el orden y la clasificación de las comidas; todas expresiones comunes y reconocibles por los miembros de un grupo social. El derecho, como institución que regula y ordena de una determinada manera la vida

de una sociedad, va más allá de los llamados usos y costumbres, porque estas rutinas no necesariamente obligan a hombres o mujeres, a esposos o esposas, a los jóvenes, a las autoridades, a los médicos, a los religiosos, o a todos.

La aparente indeterminación de lo jurídico al interior de ciertas sociedades hace que sea difícil distinguirlo en forma clara del tejido social en que está imbricado. Incluso porque los miembros mismos de la cultura de la que participan no necesariamente son conscientes de que un determinado fenómeno sea jurídico, a pesar de estar ampliamente configurado. Lo imposible en cualquier caso es identificar lo jurídico fuera del contexto social integral. Por esa razón, el antropólogo jurídico se aproxima siempre sin utilizar las categorías del derecho específico de una sociedad como patrón o como marco de referencia para otras, y tampoco lo hace para ajustar los procesos jurídicos a través de todas las culturas. El único camino válido es desde los referentes de la cultura, y esto significa desentrañar las categorías jurídicas a partir de cada sociedad en su diversidad histórica propia.

El antropólogo jurídico está formado para comparar y hacer distinciones; busca encontrar qué es el derecho en una sociedad y cómo se expresa en campos diferentes y determinados; parte de investigar qué hace la gente y debe poder explicar por qué hace lo que hace. Es probable que un periodista, un misionero, una persona que convive en una sociedad determinada u otro científico social realicen buenas descripciones de lo que hace la gente, pero probablemente no puedan saber qué hay más allá de lo puramente fenomenológico, de las señales que a simple vista se ven.

Expresa un abogado mestizo: "Darle fuate a un sujeto en medio de una comunidad reunida es un acto de tortura y de humillación".

Era día de minga. El gobernador citó para arreglar el camino. Unos fueron de cacería la víspera para traer comida. Como cazaron un venado, muchos se enteraron, y como era domingo de mercado compraron carne

de vaca para celebrar. Llamaron al "*te eu*" y él envolvió pequeños trocitos de hígado, corazón, tripa y cuajo en hoja de bijao; los amarró en forma de tamal y, de espaldas a un árbol, lo tiró al occidente. Todos entonces pudieron comer carne de vaca con envueltos de maíz. ¡Solo así se puede comer carne de vaca!

Probablemente si la anterior descripción fuese narrada a profesionales de distintas ramas del saber que estudian el derecho en una determinada sociedad, no podrían descubrir algunos asuntos que sí establece el antropólogo jurídico al aplicar determinados criterios para adentrar en los referentes de cultura. Por ejemplo, que un páez tiene el *derecho* de ser convocado para participar en un proyecto de bien común y tiene el *deber* de ir; se pregunta también sobre la clasificación de los animales y los productos de la agricultura: dónde está la vaca, dónde el venado, dónde el maíz; qué significado tiene que a pesar del tabú de no consumir carne de vaca, esta se podría comer si la suerte en la cacería trae venado. Es central establecer, como ya se expresó, qué se puede diferenciar y qué puede catalogarse como uso social y qué le pertenece al sistema de derecho propio dentro de esta sociedad, pues aunque todo referente cognitivo legal se socializa mediante una práctica y una ideología sociales, no todas las costumbres son jurídicas. Así, trabajar en grupo es una práctica social de tipo económico que no entraña necesariamente, en todas las culturas, una obligación o una sanción jurídica. Sin embargo, en el caso de los paeces, el trabajo en grupo sí conforma, además de un hecho económico para producir o apoyarse frente a tareas necesarias, un escenario jurídico.

Era día de minga: Se establece como imperativo a cumplir.

El gobernador citó para arreglar el camino: Es esta la autoridad que tiene la competencia para citar.

Unos fueron de cacería la víspera para traer comida: Es una costumbre no obligatoria, pues en casa del beneficiario de la minga se debe proveer la comida.

Como cazaron un venado, muchos se enteraron, y como era domingo de mercado compraron carne de vaca para celebrar: Suerte y ritualización no obligatoria.

Llamaron al "te eu" y él envolvió pequeños trocitos de hígado, corazón, tripa y cuajo en hoja de bijao; los amarró en forma de tamal y, de espaldas a un árbol, lo tiró al occidente: Si se llama al te eu, además de proporcionarle los elementos para el ritual, este debe seguir los pasos que la costumbre establece y que generan la convicción de beneficios para todos.

Todos entonces pudieron comer carne de vaca con envueltos de maíz. ¡Solo así se puede comer carne de vaca!: Existe el tabú a comer en cualquier momento carne de vaca. Bajo la ritualidad encabezada por el te eu, sí se puede comer carne de vaca, pero siempre bajo la protección del maíz.

Los objetivos específicos

Uno de los retos más enriquecedores (y con consecuencias prácticas) de las actuales ciencias sociales es la necesidad de interconectarse, a pesar de que las distinciones entre ellas y sus objetos se vuelven cada vez más flexibles y en ocasiones borrosas. De todos modos, estas ciencias no abandonan especificidades teóricas y enfoques metodológicos particulares, sin importar los cruces que se dan y que las enriquecen y diversifican. Unas y otras tratan objetos de estudio específicos, siempre situados en procesos históricos y dentro de condiciones políticas, socioeconómicas y culturales que los moldean y demarcan; pero los presupuestos epistemológicos y los criterios aplicados de la antropología jurídica buscan la observación del fenómeno jurídico como variable del fenómeno sociocultural e histórico.

Pueden traslaparse los objetivos de la antropología jurídica respecto de objetivos específicos con los de otras ciencias sociales, como por ejem-

plo conocer el sistema de derecho en una sociedad particular, el estudio comparado de los principios y procedimientos de un número de sistemas de derecho, el papel funcional que cumple el derecho en una sociedad, la evolución de un sistema en el eje del tiempo, la coexistencia en una misma unidad estatal de varios sistemas de derecho legales o ilegales, y la eficacia instrumental del derecho. Sin embargo, la especificidad de la antropología cultural es descubrir *lo cultural*, lo cual significa coherentemente interpretar ciertas señales.

¡Desde 1956 las mujeres en Colombia pueden votar!

El historiador mostrará las causas internas y externas que intervienen en el cambio.

El sociólogo jurídico puede registrar el impacto en la sucesión de modificaciones en que intervienen específicamente las mujeres.

El economista puede proyectar los costos para el Estado en las futuras votaciones. ¿Qué cambio en el modelo capitalista tiene que ver con la inmersión de la mujer en el mundo del trabajo fuera del ámbito del hogar?

En el siguiente apartado se muestra de manera precisa el descubrimiento de lo propiamente cultural y la interpretación que hace un antropólogo sobre las señales que aparecen a la vista, como de la posibilidad de entendimiento de las partes. Sin embargo, no por ello son deducibles como referentes cognitivos aprendidos e internalizados que guían los comportamientos sociales en una sociedad por el simple sentido común, por años de convivencia en una sociedad, y mucho menos por extensión de nuestros propios referentes.

Existe la posibilidad institucionalizada de que en casos difíciles una autoridad con competencia jurisdiccional, por circunstancias muy especiales, llame a otras para encontrar en conjunto una solución equitativa al caso o para delegarle la competencia¹². Significa que se prestan servicios y colaboraciones entre autoridades para ejercer funciones jurisdiccionales.

Entre los kichwa del Ecuador se presenta una manifestación de la institucionalidad que se denomina *autoridades en cadena*, como lo descubrió y formalizó Marcelo Fernández en Bolivia (2004: 47). Así por ejemplo, dentro del hogar el padrino arregla los conflictos de la pareja, siendo la autoridad delegada y especializada para el mantenimiento de la buena salud del matrimonio, considerado la base social de la comunidad. Las autoridades, los familiares de la víctima y los miembros de una comunidad X donde sucede un hecho, avisan a otras autoridades de otra comunidad sobre el suceso y especifican que se debe resolver por autoridades competentes (por fuera de la familia o de la participación de los padrinos), dado que allí no existe ni el órgano, ni la función para ejercer justicia en cabeza de las autoridades. Por esta razón, unos y otros activan la institución *autoridades en cadena*.

Siguiendo el debido proceso, en esta sociedad debe justificarse la negativa de hacer justicia por parte de unas autoridades y la de hacer justicia de otras. Este es el caso de *autoridades en cadena*, en donde esta modalidad institucional funciona justificada en los principios definidos por los mayores, considerados como los portadores de la tradición.

Se juzga siempre en el territorio en que vive el ofendido o en el de su familia.

Juzgan otras autoridades, eliminando la regla del territorio a solicitud de otras autoridades.

Las autoridades de X siempre ruegan a las autoridades de Y para ejercer las funciones jurisdiccionales.

Son elegibles si como autoridades son competentes jurisdiccionalmente y en ocasiones se define que sean experimentados.

Si las autoridades de Y son familiares del victimario, estas tienen restricciones. Esta medida busca garantizar que sus actuaciones no traerán a futuro conflicto con sus propios familiares indígenas envueltos en el caso.

Los especialistas del derecho

Aunque los antropólogos jurídicos buscan los referentes cognitivos que permiten que la gente sepa quiénes son reconocidos como autoridades para intervenir "legalmente" en los conflictos y cómo se sanciona a los transgresores, por supuesto estos elementos no identifican en su totalidad las características del derecho. La razón es que el derecho no puede identificarse solamente con los procesos de administración de la justicia, o sea, de la liquidación de los conflictos por parte de sujetos específicos y reconocidos socialmente. El derecho en una sociedad demarca y define quién puede actuar cuando se infringen los mandatos establecidos para que la sociedad funcione; quién tiene el poder y la autoridad ya sea para acudir a la intimidación, a la amenaza, al uso de la fuerza coercitiva, o para advertirle a las personas y prevenirlas sobre los riesgos de no seguir las normas. Pero el derecho también orienta, define los modos de actuación adecuados, las nuevas normas a seguir para que la sociedad funcione. Esta es una realidad variable que manifiesta cómo se formaliza el poder de estas personas de manera que sean reconocidas y legales.

Es posible abortar legalmente, expresa la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T 368 de 2009, si el feto tiene una deformación, si la madre puede morir de continuar el embarazo y si el embarazo es producto de una violación.

Dado que Colombia realizó una separación constitucional respecto de la confesionalidad del Estado, las autoridades judiciales exigen que se practiquen los abortos y orienta mediante nuevos fallos las contraindicaciones que se realizan aduciendo restricciones religiosas.

Métodos, alcances y repercusión

El antropólogo jurídico conoce situaciones particulares, examina instituciones y relaciones sociales, y su correlación con fenómenos jurídicos.

Rescata asuntos que juzga esenciales y establece, a partir de los hechos, expresiones por fuera de lo esperado como colectivo. Así, frente a un caso, resalta no solamente las particularidades que encierra, sino el valor que se les pueda atribuir dentro de las disposiciones jurídicas. Cuando se enmarca un hecho en la vida social y cultural, es posible detectar relaciones de diferente tipo, como las de cooperación, competencia o conflicto. Por lo tanto, uno de los objetivos centrales es establecer y deducir lo que el derecho orienta para la armonía deseada y lo que es conflictivo en la sociedad si se irrespetan las normas. También frente a ciertos hechos se preguntará qué referente cognitivo cambió para que en la sociedad se lograra establecer otro referente cognitivo, y las razones por las que el cambio genera resistencia en parte de los miembros de una sociedad.

Es en ejemplos concretos que puede estudiarse y llegar a conclusiones:

¿Qué efectivamente se modificó respecto de la igualdad de género para que las mujeres puedan participar en elecciones?

O como en el siguiente caso, en el que un comunero indígena reclama prestaciones económicas -bajo la visión del código laboral- por un trabajo a la comunidad, a pesar de ser designado por esta institución para cumplirlo como deben hacerlo rotativamente todos sus miembros¹³:

Pregunta el magistrado: ¿Cómo entienden, perciben, abordan y definen los indígenas p^áez los servicios o colaboraciones de un miembro de la comunidad para la misma y qué sentido tiene?

Respuesta de la perito: Las representaciones mentales y los comportamientos de un individuo no siempre son conscientes: se tiene una representación mental de lo que es la solidaridad, el servicio, la colaboración en la propia cultura y los códigos y requisitos definidos para que esta institución se dé. A partir de la categoría cultural abstracta, "dar", cada cual tiene dentro de su mente individual una representación mental de lo que es y debe ser esa determinada institución social.

Las normas que un individuo debe seguir son una armazón cultural, cristalizada, que restringe y determina la manera como se debe arreglar y realizar una ayuda, una colaboración. El concepto de ayuda y colaboración como elemento de una cultura en particular, es lo que se piensa y se hace y que todos reconocen como tal. La imagen mental de servicio y colaboración no es objeto de construcción deliberada por parte de los individuos o grupos; esta se proporciona en la infancia, mediante la observación participativa y la enseñanza expresa, lo cual constituye un aprendizaje básico especial, que viene a estructurar a las personas para la rutina de la vida en colectivo. Las imágenes del servicio y la colaboración no están explícitas en proposiciones supuestas que puedan ser calificadas como correctas o no; surgen del "hacer", de las maneras de actuar, de las prácticas habituales, de los usos y costumbres; de los métodos, procedimientos y sistemas de reglas; todo lo cual corresponde a la forma de vida. Es de esta forma de vida de donde emerge la red de convicciones¹⁴.

Este sustento no puede existir de tal forma sin otro más principal y es que la sociedad páez no se orienta a producir individuos, como sujetos unitarios, dotados de independencia los unos de los otros. Este proceso de individuación es ajeno a los desarrollos intraculturales de los paeces. La estructura social se encuentra dotada de una estructura cultural que imprime el carácter de lo colectivo, del ser dependiente del entorno, naturaleza, sociedad. Ser uno y ser otro construido intersubjetivamente, es una expresión concreta de esta realidad, que es similar a la de un individuo como miembro del sujeto colectivo que es una familia.

La forma de vida constituye el contexto de situaciones en la cual se actúa y se marca el carácter pragmático; es la forma en que se vive aquello que lleva a hablar de un modo establecido. Cuando los paeces definen qué es lo que van a hacer, o lo que debe hacerse, ellos comparten que no es un acuerdo de opinión, sino uno más básico que se respeta como deseable para el colectivo. Es un acuerdo del cual emergen pensamiento y acción. Este tipo de acuerdo comunitario se encuentra tan enraizado en la colectividad y en la tradición -que es lo que la gente sabe que los mayores deseaban y aún desean- que toda desviación hacia esos propósitos se busca enderezar.

Nyus cha peica'cha puehia nen yu: "por estima a lo más grande ven a darme una ayuda". Esta es la traducción que para los paeces significa demandar servicios o colaboraciones¹⁵. Este entendimiento, esta entidad cognitiva que se expresa con palabras frente a ciertas situaciones y de manera institucional es cultural porque existe como representación, fue socializada a sus miembros, permite intercomunicación entre personas, mueve sentimientos y, finalmente, siempre que se demanda una ayuda o colaboración se espera la correspondiente respuesta positiva que es la actuación para dar la ayuda solicitada. Representa un marco institucional de un determinado tipo, en contraste con otros que, aunque clasificatoriamente cercanos a este en calidad de instituciones, no lo son.

Clasificatoriamente, *Nyus cha peica'cha puehia nen yu* representa el contenido cognitivo de la institución del dar y recibir más trascendental, ya que encarna "la solidaridad que es el referente cognitivo que mueve al individuo por aprecio a lo divino, a adherirse al otro"¹⁶. Aquí lo "divino" es lo "poderoso", "lo que no cambia", "lo esencial", esto es, "lo que sostiene el carácter de lo colectivo"¹⁷, en el sentido de pueblo. Pueblo páez es una representación cultural de unidad de grupo, que trasciende la sumatoria de los individuos. El respaldo, el apoyo, la ayuda y la protección al que necesita están íntimamente ligados a ese sentido de grupo.

Distinta a esta institución son la *minga* y el *cambio de mano*, que involucran aspectos económicos pero también relacionales y fundamentales, pues fortalecen la solidaridad como principio rector de este pueblo. A pesar de existir en esta modalidad de intercambio de fuerza de trabajo un sentido de contraprestación que se expresa en el "hoy por ti, mañana por mí", lo que es fundamental es que estas instituciones refuerzan la cohesión necesaria para sentir que cada individuo es miembro de un sujeto colectivo, y para que el colectivo sea más fuerte por la constante presencia del sujeto a cumplir su compromiso. Tanto el trabajo como el producto del trabajo tienen un carácter comunitario; la participación frente a lo comunitario no se presenta solo por la necesidad de aportación recíproca entre individuos y familias, sino ante todo porque es un asunto de afirmación y de pertenencia básicos para el individuo y para el colectivo.

Nyus cha peica'cha puehia nen yu es la categoría de la cultura páez que estructura el dar y recibir como principio de solidaridad y sus expresiones en las costumbres, lo cual afecta positivamente la coexistencia de sus miembros. Las expresiones de la solidaridad entre los paeces, como elemento sostén de la cultura, permanentemente son recreadas para hacer frente a nuevas situaciones. Por ello, se dan adaptaciones para sostenerla como la base y fundamento de la más especial forma de ser. De allí, que no hacer las acciones de la institucionalidad del ofrecer, del dar, por parte de individuos, en los términos dispuestos, es porque no se comparten los principios solidarios que fundamentan al colectivo. Por lo enunciado, si alguien no actúa como lo esperado, esta situación se lee y se considera como un signo revelador de disfuncionamiento, de que algo anda mal en esta sociedad. Así las cosas, las autoridades reconocen por ciertas acciones, posturas que no contribuyen a fortalecer los principios del colectivo y las definen como una amenaza potencial.

La organización de la vida social páez, en torno al principio de solidaridad, del dar y el recibir, se manifiesta de modo contrario cuando no se tiene en cuenta la autoridad del cabildo, o de los *the'walas*, cuando es posible demostrar que alguien toma más de lo que le corresponde, o cuando se tiene más porque no se comparte mediante prácticas institucionalizadas como participar las primeras crías de animales, o las primeras carreras de productos agrícolas, como el maíz. Cuando es posible demostrar que alguien toma más de lo que le corresponde algo está sucediendo, y es porque no se están manteniendo vivos los principios y las consecuentes actuaciones correspondientes. De allí se sostiene que la insolidaridad genera desarmonía.

Las colaboraciones o servicios no entrañan contraprestación, como ya se expresó: "No se está obligado a pagar"¹⁸. Hace parte de la institucionalidad del don que se da gratuitamente. "Pero existe tal agradecimiento que muchas veces, se traduce en la devolución de ese favor en especie y últimamente, algunos lo hacen en dinero"¹⁹.

Las colaboraciones que hoy prestan los jóvenes a las organizaciones formales de la comunidad se hacen y se espera que se den, porque son

fundamentalmente una forma de aprender el modelo cultural del *dar*, pero también del apoyar y del *agradecer* al colectivo que realmente ofrece a sus comunitarios todas las garantías para que esa persona viva como un páez digno. El páez ya adulto recibe y dispone de un pedazo de tierra, se lo introduce social y económicamente en las rondas institucionalizadas de la ayuda mutua, de los recursos en especies, de mano de obra y, también, del *Nyus cha peica'cha puehia nen yu*, o sea de la posibilidad de pedir ayuda y colaboración especial, si fuera necesario. Entonces servir y colaborar es algo que todos han hecho y que permite por eso mismo que el grupo pueda responder a todos; incluso a los que efectivamente no pueden, tales como los enfermos, las viudas, los menores de edad huérfanos.

Nadie explota a nadie. Nadie debe sacar ventaja para sí de otro. Esa es una realidad muy internalizada. El control social obliga a dar y a recibir para que exista un máximo de igualdad. Finalmente no es válido que además de recibir las garantías materiales y de respaldo social y económico en proporciones similares, bajo instituciones que controlan el bienestar para todos o sea las necesidades y satisfactores de todos, alguien espere recibir más, pues allí esa proporción mayor debe estar distribuida entre todos²⁰.

Examinar esas señales que la sociedad exhibe y que en principio deben ser usuales, precisamente para que sean culturales, es una parte del proceso para descubrir el derecho como variable cultural. Siempre es importante establecer la calidad de informantes o de fuentes de información sobre el sentido de las señales, pues se reitera el fundamento de que toda la cultura no está en todo individuo. El antropólogo jurídico dispone de una formación general, pero puesto que se ha especializado en el ámbito de un campo de la cultura especializado y está formado -más allá de la generalidad- para leer en ciertas manifestaciones el funcionamiento y la estructura diferenciada del derecho, aplica ciertos criterios específicos frente a los "síntomas" que le son narrados o que él puede detectar en su relación efectiva con el otro.

La mujer páez debe amamantar a sus hijos hasta los cuatro años. Tránsito entrega a su bebita sabiendo que su cuñada no la podía amamantar. Otilia le da leche de vaca para alimentarla; la vaca es /YU/, elemento del subsuelo en donde se encuentran, además de la vaca, el cerdo, la serpiente, los tiestos de los pijaos, el plátano y los muertos, todos elementos y seres destructores que descomponen lo que tocan porque tienen la capacidad de hacer mal, de podrir y conducir a la muerte (Sánchez, 1984).

Tránsito no le sucedió a su hija, al nacer, un animalito -como un pollito o un perrito- para cuando ella infringiera una norma el ataque del arco iris y del duende recayera primero sobre el animal. Al morir la niña y conocerse el incumplimiento de este deber, se relaciona la infracción con la muerte de la niña, ya que no contó con el parachoque representado en el animal.

Conociendo de la muerte de la niña, Tránsito no asiste al entierro y lavatorio para limpiarse y así no contaminar a quienes la rodean, ya que ella es portadora de muerte. El hielo de muerte se convierte así en mortal. El hecho de haber nacido y pertenecer a la etnia páez significa que fue sometida a un proceso de socialización que le ha hecho interiorizar estas normas, hacia las cuales debe tener determinadas actitudes si pretende evitar tanto su enfermedad y muerte como la de miembros del grupo.

El agua, como elemento fundamental de sus representaciones, se hace de necesario uso ritual. La prohibición de pisar agua en período posparto, porque repercute en el cuerpo individual y social, es una manifestación de cómo se refuerza la normatividad cultural²¹. Una mujer en estado posparto no puede caminar fuera de la casa, pues puede pisar los charcos de "agua amarilla", sitios donde vive el arco, donde se para el arco. Si no se tienen en cuenta estas normas, el arco le puede hacer "botar la familia" o que el hijo nazca o se deforme como gato o cerdo²². Al salir a caminar a otra patrilocalidad, como lo hizo Tránsito -parturienta de vientre frío-, debió bañarse con plantas calientes y consumir alimentos especiales siguiendo ciertas normas de acuerdo al estado particular de su cuerpo, y Tránsito no lo hizo. Al no hacerlo ella, su marido debió pedir a

un cuñado que las recogiera para ella, pero Tránsito no acudió a sus cuñados ya que su marido estaba preso. De esta manera el duende pudo hacer daño tomando a la niña (Sánchez, 1984).

Los paeces han visto cómo los mestizos delegan la crianza y educación de los hijos a sus compadres, generalmente ricos. Ser compadres para los paeces es compartir el proceso de crianza, práctica impensable culturalmente, ya que la crianza no se delega. El niño se protege mediante esa prohibición. Los huérfanos son asumidos por los parientes de la misma patrilocalidad como clasificables. Tránsito y Otilia Cayapú Dagua -su cuñada-, cambian su relación determinada por relaciones de afinidad, entrando en parentesco ritual al asumir compartir la crianza de la niña como lo hacen los que son blancos. ¿Por qué se dicen cuñadas, porqué no se dicen comadres, es la frase inicial que dice Alcides y que desencadena el castigo? Un páez no puede relacionarse con otro páez para establecer un parentesco ritual de compadrazgo y menos con un afín. Las reglas internas de parentesco consanguíneo y por afinidad son muy estrictas y se extienden al parentesco ritual.

Tránsito al consumir cerveza como lo hacen los blancos es una "lame botellas" o de los que no toman chicha. Tomar cerveza y no chicha es un acto que posee significados históricamente asociados, es mucho más que bebidas que tienen origen diferente. La chicha como símbolo, y a diferencia de la cerveza, denota comunicación, al mismo tiempo que demarca y organiza el lugar, el tiempo de reunión de los eventos comunitarios. Los paeces clasifican a los tomadores de cerveza como aquellos que no participan en la redistribución de productos de acuerdo a sus normas, por lo que puede acumular y les alcanza para comprar cerveza: son como los blancos. Este elemento es funcional y no es tan significativo como la lectura que se hace del que "se pasa" a la cerveza y deja la chicha como elemento de sus representaciones simbólicas (Sánchez, 1984).

Tránsito no podía establecer relación con un blanco para tomar cerveza. La cerveza no está prohibida, pero sí tomarla con un blanco. El motivo que desencadena toda la historia tiene su origen en la transgresión a esa

prohibición. Existen categorías culturales lingüísticamente definidas para señalar que la realización de determinada acción es cuestionable (Smith, 1986), como por ejemplo:

El pueblo páez no toma cerveza con blanco.

Un páez no toma cerveza con blanco.

Un niño no aguanta cerveza.

El (ella) siente horror por beber cerveza.

El (ella) está sometido a la prohibición de beber cerveza.

El (ella) se expone a una amenaza si bebe cerveza.

El (ella) rechaza simbólicamente beber cerveza.

Se distingue, por un lado, a los que beben cerveza o "lame botellas" de los "lame totumas" (recipiente para la chicha), y por otro subyacen dos categorías a la prohibición, una preventiva y otra represiva: ¡Es víctima por beber cerveza! ¡Ha muerto por beber cerveza! ¡La cerveza la arruinó! ¡La cerveza la minó! ¡La cerveza la destruyó!

Se evidencia en la persona de Tránsito el rompimiento de las ideas y prácticas normadas, que *ligan*, que conectan con otros, necesarias entre estos para garantizar la continuidad del grupo social y como orientadoras de la interacción entre sus miembros y con la naturaleza (Sánchez, 2001).

Los métodos

Para encontrar hechos que apunten a su comprensión cultural hay varios caminos; pero la observación directa unida al análisis de razones, o sea, a una visión estadística de la frecuencia de los fenómenos, permite encontrar la institución social que se busca proteger, es decir, el orden público, lo normativo, lo que permite calificar un hecho. El trabajo de

campo intensivo se centrará entonces en conocer las pautas de conducta que son significativas en la cultura y no solo en fragmentos de conducta presentes en pocos individuos. El fin primordial es establecer regularidades que permitan predecir comportamientos dentro de un sistema cultural.

El método etnográfico de observación sobre aquello que hace, piensa, dice y cree la gente permite obtener una visión interna de la cultura, hace posible captar cómo la ven quienes la usan, qué recompensas y problemas supone para ellos, al mismo tiempo que se percibe sobre esa forma de vida con ojos de observador ajeno y distante a ella. Este método consiente relativizar y, al menos, cuestionar los documentos preexistentes que se han constituido con base a pruebas.

El antropólogo aplica un marco general de preguntas, para verificar en la particularidad de esa sociedad las representaciones culturales que guían a sus miembros a regularse. Utiliza el método de razones o estadístico, como ya se expresó, con el cual examina cómo un referente cultural está más o menos presente en la vida de la sociedad, es decir, si como referente de cultura es solamente un vestigio que solo se puede encontrar en los mayores o en especialistas de la cultura (por ejemplo, aquellos que se dedican a la construcción, al campo de la salud o a solucionar disputas), o si se trata de referentes que están desapareciendo. También el antropólogo debe determinar si se está frente a un nuevo referente de cultura que emerge como "brote" y que puede ser epidémico y llegar a ser cultural.

La búsqueda de información que permita obtener datos para comprender y explicar una realidad cultural expresada en un caso, es la forma de investigación antropológica que mejor responde a la vocación profunda del antropólogo: se trata de la observación directa a través del trabajo de campo, ya que permite contextualizar los datos jurídicos en la trama social. Aunque tenga como eje -para la recolección de datos y para su análisis- categorías específicas relacionadas con el derecho, siempre tiene

una intención y una perspectiva holista, de modo que las diferentes categorías se puedan jerarquizar o interpretar con relación a todos los elementos de la organización y estructura social.

Hay ventajas evidentes del estudio de casos en relación con la recolección de datos o listados de normas, derechos, obligaciones y de las sanciones correspondientes, que hacen no antropólogos -particularmente abogados- para conocer esos otros derechos. Las listas imponen categorías que quizás son ajenas a la cultura objeto de estudio y pertenecen a las del investigador. Por ejemplo:

¿Qué sanción se le pone al asesino cuando se mata por celos?

¿Si es menor de edad el asesino tiene igual pena?

¿Cuál es el debido proceso que se le sigue a un ladrón que reincide en la trasgresión?

Lo grave de esta práctica -muy extendida hoy, especialmente bajo la idea de coordinar jurisdicciones- es que a la manera de los ingleses del siglo XIX encuentran jueces, instancias y tribunales.

Es importante resaltar que se utiliza el dato cuántico o matemático y proporcional, no tanto como cantidad sino como expresión de la lógica de un sistema de pensamiento común. Es posible encontrar esta lógica por medio de una búsqueda de información que agote la totalidad de un universo, como por ejemplo: todas las mujeres mayores de 20 años; o a través de un sondeo que deliberadamente tome solo una parte de ellas: el 50%. El sondeo responde muy adecuadamente a la práctica de la antropología jurídica: es una estadística flexible. A través de su práctica, se habitúa a reconocer en una muestra el coeficiente de confianza que apoye el desarrollo de la investigación de su objeto. Hechas algunas observaciones preliminares, el antropólogo jurídico tendrá capacidad para juzgar cuáles mediciones numéricas pueden ser más oportunas y necesarias.

Ha de trabajar el expediente, un artículo, una carta y por supuesto monografías o trabajos temáticos que pueden ser fuentes de datos. Realizar una lectura atenta de su contenido, en función de un objetivo de investigación previamente fijado, puede aportar información valiosa para la investigación. Sin embargo el expediente no puede ser concebido más que como un conjunto de signos, de palabras que no necesariamente equivalen exactamente a la realidad, pero que resulta importante porque es la materia prima que posibilita la reconstrucción cultural y social. Permite ubicar situaciones circunstanciales de lugar, compañía, niveles económicos, etc., por ejemplo a quién se está acusando de un delito, qué representa ese delito para la comunidad, de quiénes provienen los testimonios. Como fuente de información debe contrastarse, y de forma comparativa examinar si hay otros casos correspondientes a hechos y expresiones similares. Por ejemplo, qué significa la familia en el contexto de otras y si es típica su composición, cuánto significa un nuevo miembro en el grupo o cuánto perderlo, qué permite las alianzas matrimoniales entre clanes o mitades, o tal vez desentrañar el papel del miedo en estas culturas y a qué situaciones o cosas se les tiene temor.

Trascendiendo el expediente, el conocimiento sobre la cultura ofrecido por estudios particulares o monografías preexistentes permite desentrañar orientaciones y concepciones profundas que revelan la lógica que induce a una actuación determinada. Para ello se parte de preguntas tales como:

¿Cuál es la concepción que se tiene en una sociedad sobre la fisiología y la anatomía del cuerpo humano al utilizar los correctivos como el cepo, el fuste, la ortiga o el baño con agua fría para corregir a los trasgresores?

¿Qué idea se tiene sobre la fecundidad, la gestación, la reproducción y el nacimiento de un niño?

¿A quiénes se considera como parientes?

¿Cómo se concibe en esta sociedad la relación con partes del cuerpo físico, con el medio natural y con espacios del territorio?

El estudio del documento implica un análisis de su contenido profundo, a fin de buscar los niveles simbólicos que dan sentido y orientación propia a una sociedad, o precisamente las explicaciones que provienen de una comprensión e interpretación integral.

¿Que el petróleo del subsuelo es pensado por los u'wa como la sangre de la madre tierra? Si ellos no conocían el concepto de petróleo hace 50 años.

Entre los u'wa ver una sustancia que aflora de la tierra es común. Según sus creencias y dado que el interior de la tierra es la cavidad femenina y el pasto es el vello púbico, cuando los geólogos les explicaron que lo que dentro del subsuelo es petróleo, la relación petróleo-sangre de la madre tierra se generalizó como interpretación de qué es el petróleo.

Uno de los problemas fundamentales en el estudio de cualquier relación sociocultural y, al mismo tiempo, de los más desatendidos en su verdadera significación antropológica, es el de la tierra y la territorialidad. Su importancia radica en que el territorio es la base espacial imperiosa de toda relación humana, y su problemática reside en que el hombre accede a este a través de una elaboración reveladora que en ningún caso está determinada por condiciones físicas. Entre el medio ambiente y la actividad humana que desarrolla una sociedad hay siempre una serie de objetivos y valores específicos, un cuerpo de conocimientos y creencias, en otras palabras, un patrón cultural²³.

La reducción del territorio a la superficie física es una simplificación abstracta que no responde a las exigencias empíricas verificables del concepto de realidad humana. El territorio recorre un camino que le conduce desde la objetividad casi fotográfica de un paisaje humano, hasta las complicadas estructuras mentales y significativas que le hacen humano; pasa del mundo de las cosas al mundo de los entes.

Para evitar la subjetividad será necesario establecer un cuestionario en el que las preguntas se construyan con precisión. Las preguntas se distinguen según el objetivo en preguntas de información y conocimiento; preguntas de hecho y preguntas de opinión.

Las preguntas de *información y conocimiento* permiten determinar el grado de inserción de un individuo en contextos diferentes. Por ejemplo si conoce datos como quién es el presidente de la nación; pero también datos que dan cuenta sobre el grado de marginamiento en que el sujeto se encuentra con respecto al resto de la sociedad; como por ejemplo qué dice la ley de narcóticos.

Las preguntas de *hecho* se refieren a aspectos como edad, actividad, lugar de habitación, lengua, estado civil, etc., y son imprescindibles (algunas se responden directamente a partir del expediente). Si bien este cuestionario se resuelve fácilmente, preguntar si el acusado fue autor del hecho, o si se ha visto anteriormente envuelto en problemas con la justicia, son difíciles de hacer y efectivamente no se realizan dado el carácter íntimo que tienen. A pesar de ello, las circunstancias personales son factores positivos para que el acusado y los entrevistados escogidos respondan a interrogantes de hecho y cuenten abiertamente su participación en los sucesos.

Las preguntas de *opinión* que encierran juicios de valor buscan descubrir y determinar los principios, procedimientos y las reglas legales.

El cuestionario interpretativo, tomado en préstamo de la psicología, representa una herramienta valiosa. Construida una historia por el investigador, este invita a calificar y a pensar a los actores en la misma.

Juan pudo pasar a un estado de claridad después de recibir el fuste. Regresó a su casa y se integró de nuevo a su fila de maíz.

El conocimiento y revisión de la cultura es fundamental. No es posible desentrañar para otros (jueces, jurados de conciencia, abogado defensor) la lógica que orienta un comportamiento (lo que hizo y por qué actuó así el individuo), sin la demostración y exposición de una perspectiva cultural lo suficientemente amplia y precisa, existente previamente. La monografía etnográfica completa, tan menospreciada hoy en día para realizarse, adquiere en cambio gran relevancia en la antropología jurídica. La

valoración de la totalidad sociocultural permite comprender cómo el individuo o grupo -mirado como caso- no es independiente de su contexto y más bien es su producto. Esto solo puede deducirse y comprenderse a través del esfuerzo de quienes realizaron trabajos etnográficos para conocer previamente al grupo étnico. Examinar estos productos monográficos permite, en primer lugar, separar lo jurídico de lo social no-jurídico y de lo individual; y en segundo término, contribuye a encontrar sentido a la información recogida ordenándola en el tiempo, ya que es de gran importancia comparar históricamente los cambios en una cultura, que está en movimiento en forma permanente.

Es necesario distinguir la parte de aprendizaje social que tienen los hechos en su génesis. Si el derecho tiene un origen social, no es sostenible que, de forma innata, una persona se pueda orientar en sus actuaciones por los principios legales de su propia sociedad y menos aún por los de otra. El hombre -que necesariamente es miembro de una sociedad y cultura específicas- es socializado según el sistema de ideas y valores de su propia cultura y, desde luego, estas ideas y valores tienen que ser evidentes para él, por ser aprendidos y usados a través de los canales de socialización, educación e información comunes a la sociedad a la que pertenece.

La antropología jurídica también se manifiesta de manera práctica con descriptores que establecen cómo se socializan e internalizan las normas y los procedimientos que identifican el derecho en una sociedad mediante diferentes mecanismos culturales, que permiten que las personas y los diferentes grupos internalicen qué debe hacerse, en qué circunstancias, y qué sanciones acarrearán el no respetar lo normativamente dispuesto.

Una madre ordena con frecuencia a su hija pequeña que debe llevar comida a la casa X donde vive el niño que por matrimonio prescrito se casará con ella. Esta es la forma de señalar que la niña está "opcionada". Por medio de la institución de la "opción", los paeces definen qué miembros de la sociedad pueden ser cortejados.

En la sociedad mestiza colombiana, son separados a cierta edad los hermanos para que no se bañen o duerman juntos. Esta es la forma de evitar el incesto.

La TV, la prensa, informa dónde se puede estacionar, cuándo se puede utilizar el carro privado, etc.

El derecho se ve modificado por ideas nuevas que se generan en la mente

El ser humano es el único animal que logra concebir y comunicar una nueva representación a otros. Esas ideas, si son recibidas, comunicadas y tienen buena aceptación, se vuelven referente común y se convierten en nuevos elementos cognitivos compartidos por un grupo social determinado. El derecho, como institución para normar la vida en sociedad, se ve modificado por esas nuevas ideas que pueden generar cambios culturales.

Los paeces jóvenes desean eliminar el fueite y el cepo como medio para enderezar al individuo que comete graves transgresiones.

Los tikuna definen crear el clan "vaca" para los niños no clasificables por ser hijos de mujer tikuna y hombre blanco. Puesto que los hombres suceden el clan y los hombres blancos no tienen clan, no lo pueden heredar a sus hijos.

El ciclo económico

El pueblo u'wa, que lucha por una decisión a su favor en el sentido de que su territorio no sea intervenido para explorar petróleo, dispone de una organización económica de origen prehispánico denominada economía vertical. Respecto a cada piso térmico y a los microclimas existentes, ellos tienen restricciones para hacer uso de los productos alimenticios. Así por ejemplo, cuando da frutos una especie determinada de árbol, los u'wa no los pueden tomar de los árboles, pero sí del suelo. La

prohibición busca que determinados pájaros puedan alimentarse de los frutos posándose en el árbol, y que los u'wa que estén en otro ciclo puedan disponer de proteína cazando dichas aves.

Sucesión de bienes

Los hijos y la esposa de un hombre wayuú que murió cuando trabajaba para una compañía de carbón no heredan las prestaciones de su padre y esposo. Esa regla proviene de una sociedad con matrimonio exogámico interclanes. Para casarse, un hombre entrega una dote representada en chivos o collares. Cuando un hombre muere, aquellos bienes extras que no usufructuará el hombre con su familia pasan a ser propiedad del clan materno del hombre muerto, a no ser que la mujer se case de nuevo con un hombre de ese mismo clan.

División del trabajo por edad y género

Cuando un niño wayuú llega a los 12 o 13 años, es valorado como responsable al momento de tener interiorizado el manejo de un rebaño. No es un "niño explotado", sino que se le considera un sujeto capaz de manejar el capital de su clan y de reproducir el *modus vivendi* de un pueblo que vive en el desierto.

Mayoría de edad

En derecho estatal, en Colombia se define que una mujer o un hombre pueden casarse a los 14 años con permiso de los padres. Entre los wayuú, la mujer puede hacerlo después de que tenga su primera menstruación. En este momento, será rápidamente inducida al cumplimiento de los deberes y derechos que corresponden a una mujer casadera (Corte Constitucional en sentencia C-344 de 1993 amplía información sobre causales de nulidad).

Obligaciones rituales para la mujer al momento de llegar el parto

Los u'wa disponen que el cacique deba ser informado cuando la mujer esté próxima a parir. Él realizará los rituales para llevar a la vida a un ser humano y definirá, si es el caso, si la criatura debe ser recogida por una deidad para estar en el mejor lugar de los que existen, lo cual significa dejarla en el páramo, o si será clasificada como u'wa, para vivir con los demás u'wa.

Un sacerdote bautizará a un recién nacido, hijo de católicos mestizos, que esté en malas condiciones de salud, para que vaya directo al cielo y no al limbo. Será enterrado en un lugar definido por la Secretaría de Higiene y Salud Pública. Referentes de higiene, de salubridad, de planos físicos (subsuelo, tierra, montañas, valles) o espirituales (cielo, infierno, amarillo, blanco, páramo) tienen los miembros de una sociedad para determinar el lugar donde se deben enterrar, y a dónde van los muertos o los no clasificables.

Patria potestad

Los hombres españoles y otros en el mundo se debaten para romper la usanza cultural occidental que trasciende a las decisiones administrativas de protección, por la cual las madres son quienes quedan con la patria potestad sobre los hijos, y no sus padres.

El tío materno es quien tiene la patria potestad de los niños y niñas wayuú. El padre biológico no es su pariente y es solamente el esposo de la madre.

Herencia de bienes

Los niños wayuú heredan de su madre y de sus parientes maternos.

Referentes de tiempo que definen en una sociedad la madurez de una persona

Martín Tingada, indígena pasto de 29 años de edad, y Ati Kiwa, mujer arhuaca de 23 años, se debaten para que sea reconocida su condición de adultos, que les permitiría participar como miembros, respectivamente, del Senado, que exige una edad mínima de 30 años, y del Concejo de la capital de Colombia (que precisa que sus miembros tengan por lo menos 25 años). La adultez entre arhuacos o pastos no es cronológica.

Tratamiento preferencial a una sociedad

Los sanandresanos de Colombia tienen derecho a la totalidad de su territorio, que es una isla proporcionalmente pequeña para su población creciente. No está permitido adquirir territorio a personas que no pertenezcan a esa etnia. La Corte definió en la sentencia C-530 de 1993 que con esta medida se fortalecía la etnicidad y la cultura de este pueblo. Para llegar a esta conclusión aplicó el test de igualdad.

Trato discriminatorio

Hasta el año 2000, los homosexuales en Colombia no podían ser maestros. Su preferencia sexual era objeto de rechazo laboral y de discriminación social. El derecho se transforma cuando la Corte acoge una demanda de inconstitucionalidad y en su fallo argumenta que la preferencia sexual de un sujeto debe ser valorada y esta no es óbice para que un homosexual pueda ser maestro.

Referentes de persona para deshacerse o no de alguien que no puede valerse por sí mismo

Los enfermos que requieren diálisis son clasificados en Colombia en dos categorías: los que la pueden pagar y los que no. Los que no la pueden pagar están cubiertos por el sistema de salud. Sin embargo, en los hospi-

tales los médicos les informan que no les pueden hacer la diálisis si no pagan. Toman una decisión de muerte.

La mujer huitoto encontrada por un investigador en la selva no estaba perdida. Su vejez e incapacidad de producir para ella misma y para el colectivo hacen que su grupo decida llevarla a un determinado lugar en la selva donde debería pasar a ser *danta*.

Dos mil niños colombianos fueron dejados a su suerte durante el año 2006 en Colombia.

Determinación del parentesco

Los hijos de un hombre tikuna son sus parientes y no lo son de su esposa.

Los hijos de una bogotana son parientes de su padre y ella por ser su madre; estos tienen iguales deberes y derechos.

La Corte Constitucional de Colombia cambió el derecho precedente cuando extendió la prohibición del incesto para los padres adoptantes y para el esposo o esposa que convive con el progenitor de un niño.

Configuraciones de autoridad y relación de género

En la perspectiva tradicional, la mujer páez es silencio y no participa del mundo de lo público. Sin embargo, hoy muchas paeces que han salido de sus comunidades sí participan, con lo cual han generado desajustes en la estructura tradicional patrilínea y también sentimientos de igualdad frente a las mujeres. La sociedad estudia cómo institucionalizar los cambios.

Referentes institucionalizados para enterrar a los muertos

Existen situaciones previas a la muerte de un sujeto que definen quién debe hacer qué cosa. Si la persona fallece en una institución de salud, se emite un certificado de defunción; si es en lugar privado se debe realizar autopsia.

El derecho y mundos especializados de saber

Los hombres embera en Colombia no saben qué función cumple el clítoris en las mujeres, que es mutilado después de un examen hecho por la partera. Es secreto de las parteras y solo pueden comunicar ese saber a las nuevas parteras.

Los paeces clasifican el clítoris por el tamaño. Dependiendo de esta condición, lo queman o no, para que la mujer no se extralimite sexualmente por fuera del matrimonio.

Los niños y muchos ciudadanos en Colombia no saben qué regula la Procuraduría.

Muchos colombianos no saben qué son las llamadas capitulaciones, o sea la renuncia de un postulante, al casarse, a heredar los bienes contraídos antes del matrimonio por una o las dos partes.

Convivencia territorial y social de sistemas de derecho distintos

El contacto entre las distintas formas como se vive el derecho hace que los referentes jurídicos cambien. Aunque (como lo registra la historia) la dirección de los cambios es establecida por aquella sociedad que normalmente tiene un mayor poder económico, político y militar; sin embargo es necesario diferenciar este modelo imperialista, colonialista, de los cambios dinámicos internos que son resultado de creaciones, apropiaciones o adaptaciones realizadas con control cultural interno, ya que el derecho, por no ser una tradición monolítica que se transmite de modo inmutable de generación en generación, participa del mismo grado de dinamismo e historicidad que tienen todas las relaciones sociales.

Al comparar el derecho de una sociedad teniendo como referente el de otra, el antropólogo jurídico se pregunta cómo conviven sistemas de derecho distintos en un mismo ámbito territorial o social, qué impactos tiene el que un derecho o ciertos valores asentados sobre el mundo de un

derecho se impongan sobre otras sociedades, qué elementos del ordenamiento cultural de la vida social son ejes del orden normativo que se desestructuran por intervenciones que no conocen o no tienen en cuenta el contexto donde se realiza esa intervención. Las relaciones que instrumentan las personas para organizar la vida social y la forma en que estas desarrollan la personalidad, estimulan en el individuo la comprensión de fenómenos que afectan su propia realidad, su expresión y expectativas, así como el grado en que ciertos hechos y situaciones son decisivos para sus vidas.

La antropología jurídica, que acepta la relatividad de lo desviado, no puede aceptar un único comportamiento invariable que deba ser reprimido en función de proteger la sociedad. Destituye como absolutas y universales las categorías de un solo derecho, como puede ser el positivo estatal, para tratar de entender otras categorías a partir de las relaciones sociales propias de cada sociedad históricamente determinada.

El antropólogo jurídico debe saber ponderar el impacto de un derecho que se abroga la posibilidad de imponerse en diferentes sociedades y que, mediante programas nacionales o internacionales, va penetrando con referentes y prácticas orientadas a modificar la distintividad y lo propio del otro. Le incumbe, además de conocer, exponer estos impactos en su inseparable relación con los referentes cognitivos que comparte el grupo humano. Además se obliga a realizar un control a sus afirmaciones, aplicando la hermenéutica jurídica y, por extensión de este concepto, la "hermenéutica antropológica", lo que le permite determinar el impacto de sus consideraciones.

Decimos que los derechos propios de los pueblos indígenas están convirtiéndose poco a poco, en lo que otros quieren que sean, mediante programas y proyectos que trasplantan principios y formas para establecer relaciones globales y regímenes transnacionales, muchas veces con el aval de los propios antropólogos. Se hacen adecuaciones estableciendo por ejemplo: a) equivalencias (derecho penal aquí, derecho penal allá;

debido proceso aquí, debido proceso allá; derecho laboral aquí y allá); b) protocolos de coordinación (con quién, cuándo, para qué, dónde, con qué presupuesto); c) cultura de los derechos humanos, los derechos de la mujer, de los niños, del agua, del medio ambiente, etc., lo que permite ir acoplando, en línea, principios, procedimientos y ámbitos de los derechos que están siendo globalizados, porque está definido que deben ser globalizados. Así se va dando el proceso denominado "triple C": "conviniendo", "concordando" y "concertando" de tal manera que los derechos propios de estas sociedades, mediante protocolos, logran las adecuaciones al modelo externo ya trazado²⁴.

Estas intervenciones generan situaciones conflictivas también porque instauran relaciones de poder asimétricas en las que unos colectivos son sometidos para aceptar otros valores, bajo la concepción de que sus referentes de derecho como parte de sus manifestaciones culturales son espurias. No son aceptados referentes cognitivos distintos para conocer la verdad y llegar a decisiones bajo figuras distintas, como la persuasión o la fuerza argumentativa, para tratar cada caso. Tampoco se reconocen como legítimas ciertas autoridades para hacer justicia; por ejemplo, se desconoce a comunidades enteras que conocen, juzgan y sancionan, o se desecha cierto tipo de relaciones con las mujeres, los herederos, los huérfanos, los enfermos, los defectuosos, la tierra, el medio ambiente, el subsuelo, entre otros, así como se descartan formas de sanción no convencionales.

La antropología jurídica también se orienta para contribuir a cambiar estructuras cognitivas, de modo que otros principios y otras reglas respondan a las demandas que históricamente se emplazan. Exalta los marcos plurales y marcos relativistas que defiende y que aportan a la valoración de las expresiones diversas más satisfactorias. Busca respuestas a preguntas como:

¿Responde el Código Administrativo de Protección a los niños y niñas a los principios constitucionales de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación?

¿Responde la nueva ley sobre acoso laboral a los fundamentos de antropología física relacionados con el control de sentimientos de ira e intenso dolor?

¿Es el incesto entre adultos una prohibición legítima?

¿Son los homosexuales estimables para la adopción de un niño?

¿Qué argumentos se pueden aducir contra el racismo o la homofobia?

¿Pueden los padres definir el sexo, todavía indefinido, de su hijo a temprana edad?

¿Es la justicia comunitaria estimable para sortear toda clase de casos?

¿Puede un blanco ser reconocido como negro para acceder a los derechos especiales de los negros?

¿Cómo establecer en una nación la mayoría de edad?

¿Es siempre válido en una nación multicultural el concepto del interés superior del niño?

¿Es válida la regla de preferencia materna para el cuidado de los niños?

¿Son las sentencias a mujeres infieles distintas a las aplicables a los hombres infieles?

¿Se pueden privatizar las fuentes de agua?

¿Se pueden romper las reglas de edad para dar cabida a la participación de minorías étnicas?

¿Por qué es válida la extradición de nacionales?

¿En qué casos el interés general de la Nación prima sobre el interés particular de un colectivo?

¿Puede cuestionarse el derecho a la autonomía de un pueblo cuando es demostrable que un proyecto petrolero no lo afecta?

¿Puede justificarse una ley de cuotas para las mujeres como principio universal?

¿Son los derechos humanos defendibles como principios universales?

A manera de cierre

Para terminar, afirmo que sí existe un saber especializado de la antropología cultural que hace del portador de este conocimiento el profesional idóneo para explicitar, conocer y aplicar criterios que permitan reconocer en los hechos y fenómenos sociales la presencia de referentes cognitivos del derecho que guían los distintos ámbitos de las sociedades. Concluyo que la antropología jurídica representa ese campo especializado gracias a los criterios en que se asienta y a sus ejecutorias, las cuales -como todo proceso- se han enriquecido con la reflexión y la práctica.

La antropología jurídica también potencia y vigoriza el saber del abogado, del sociólogo, del filósofo, del economista, del médico y del científico político particularmente, cuando toman el derecho como objeto de estudio atravesado por ámbitos culturales que deben ser descifrados, lo que hace que se reviertan esas aplicaciones en gran riqueza para el antropólogo jurídico que ve relaciones sociales, relaciones lógicas y contrafácticas, posiciones deseables y éticas, regularizaciones dadas por el capital y el poder, todas esenciales para configurar discernimientos más amplios. Por ello su conocimiento avanza, como avanzan las relaciones de interacción interdisciplinaria.

Notas

¹ Encuentro en la Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2007.

² Raquel Yrigoyen, 2000, conversación personal, Bogotá.

³ Los "nasa", nombre recuperado del páez impuesto por los misioneros, constituyen el pueblo indígena más numeroso de Colombia. Viven en el Departamento del Cauca.

⁴ Peritaje de Francois Correa, Ximena Pachón y Roberto Pineda a la Corte Constitucional para el Honorable Magistrado Marco Gerardo Monroy, Bogotá, 2008.

⁵ Ubicados en la Guajira, comparten parte de sus miembros con los wayuú que habitan en Venezuela.

⁶ Sánchez, 1984.

⁷ Sánchez, 2010. Investigación Caso la Cocha, Ecuador. Asistente: Víctor Jácome.

⁸ El rito es considerado como "un acto o una secuencia de actos simbólicos, repetitivos, con carácter obligatorio, y de cuya ejecución se derivan consecuencias que, total o parcialmente, son también de orden simbólico" (Delgado Ruiz, 1993, Rito, en Ángel Aguirre (ed.), *Diccionario temático de antropología*, Boixareu, Barcelona, pp. 538, citado en Bouché, 2001: 71).

⁹ Manuel de Lardizábal y Uribe, 1962 [1782], *Discurso sobre las penas*, edición facsimilar [Madrid], FCE México, pp. 195. Citado en Araya, 2006: 358.

¹⁰ Sentencia T-523 de 1997 MP Carlos Gaviria Díaz. Contiene peritaje de la autora relativo al significado del fueite.

¹¹ Los u'wa viven en Boyacá, Norte de Santander y Arauca.

¹² Esther Sánchez. Peritaje antropológico. Corte Constitucional de Colombia. MP Jaime Araujo Rentería. Informa primero sobre los principios y procedimientos establecidos entre autoridades del mismo pueblo pero de diferente resguardo para apoyarse ante el inminente peligro que puede correr un miembro de la propia parcialidad, Tálaga, por conocerse que es ladrón. Para prevenir daño grave se lo envía a Belalcazar. Segundo, deciden aplicarle la institución denominada "reclusión reservada" que es contraria a llevar el caso a la asamblea comunitaria para evitarle daño dada la falta gravísima cometida y para que pueda ser corregido. Este caso se encuentra ampliamente desarrollado en la tesis doctoral (Sánchez, 2005).

¹³ Peritaje de la autora al MP Manuel José Cepeda. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 007 de 2009.

¹⁴ El diccionario trae como sinónimos, entre otros: doctrina y convencimiento.

¹⁵ Entrevista personal al indígena páez, Senador Jesús Piñacue, Bogotá, Agosto de 2006.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

²¹ Portela y Gómez, 1992.

²² Portela y Gómez, 1992.

²³ Cfr. Forde, C.D., 1996, *Hábitat, economía y sociedad*, Oikos-Tau, Barcelona, p. 482 s. En García, 1976.

²⁴ Sánchez, 2009.

Referencias

Araya, Alejandra, 2006, El castigo físico: el cuerpo como representación de la persona, un capítulo en la historia de la occidentalización de América, siglos XVI-XVIII, *Historia*, 39, Vol. 2, julio-diciembre, Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, pp. 349-367.

Bonnett, Diana, 1992, *El protectorado de naturales en la Audiencia de Quito, siglos XVII y XVIII*, FLACSO-Ecuador-Abya Yala, Colección Tesis Historia, Cayambe.

Bouché, Henri, 2001, La salud en las culturas, *Educación XXI*, 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, pp. 61-90.

Bustos, Reinaldo, 2000, Elementos para una antropología del dolor: el aporte de David Le Breton, *Acta Bioética*, año VI, 1, pp. 105-111.

Fernández Osco, Marcelo, 2004, *La ley del ayllu. Práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (justicia mayor y justicia menor) en comunidades aymaras*, Segunda Edición, Fundación PIEB, La Paz.

García, José Luis, 1976, *Antropología del territorio*. Taller ediciones JB, Madrid.

Hess, Carmen, 1994, Enfermedad y moralidad en los Andes ecuatorianos, en Patricio Warren, Louis Agassiz, Carmen Hess y Emilia Ferraro, *Salud y Antropología*, Abya Yala, Quito, pp. 47-86.

- Kroeger, Axel, 1996, La medicina tradicional de los Andes y en el Alto Amazonas del Ecuador, en Segundo Moreno (comp.) *Antropología del Ecuador. Memorias del Primer Simposio Europeo sobre Antropología del Ecuador*, Serie Pueblos del Ecuador, 3ª edición, Editorial Abya Yala, Quito, pp. 489-503.
- Osorio, Laura, 2002, *Los pueblos de indios vinculados con las políticas de separación residencial en el nuevo Reino de Granada*, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Portela, Hugo y Herinaldy Gómez, 1992, *Territorio, cultura y the walas*, Ponencia presentada durante el V Congreso de Antropología, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Sánchez B., Esther, 1984, Aproximaciones al estudio del sistema cognoscitivo de la alimentación páez, *Revista Palabra*, Universidad del Cauca, Popayán.
- Sánchez B., Esther, 1992, El peritaje antropológico, una forma de conocimiento, *El otro derecho*, 12, Vol. 4, ILSA y Dupligráficas, Bogotá, Colombia.
- Sánchez B., Esther, 1992, Melicio Cayapú Dagua está preso, mi sargento. Estado de normas, Estado de rupturas, en Esther Sánchez (ed.-comp.), *Antropología jurídica. Normas formales: costumbres legales en Colombia*, Sociedad Antropológica de Colombia-Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos, Bogotá.
- Sánchez B., Esther, 1998a, Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano, *América Indígena*, Vol. LVIII, 1-2, enero-junio.
- Sánchez B., Esther, 2001, Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo II, Editorial Uniandes, Bogotá.

Sánchez B., Esther, 2005, *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e Interés Superior del Niño*, Universidad de Ámsterdam, UNICEF, Gente Nueva. Bogotá.

Sánchez, B. Esther, 2009, La Jurisdicción Especial Indígena. Nueva estrategia de la máquina de captura, en *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Sánchez, Esther, 2010, *Jurisdicción especial indígena: estudio comparado Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia*. Inédito.

Smith, Pierre, 1986, La eficacia de las prohibiciones, en *El hombre*. Selección de artículos de la Revista Francesa de Antropología, Ediciones Manantial, Buenos Aires.

Lecturas complementarias

Sánchez B., Esther e Isabel Cristina Jaramillo S., 1999, *La jurisdicción especial Indígena*, Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional, Bogotá.

Sánchez B., Esther, 1998b, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia, La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Unibiblos, Bogotá.

Sánchez B., Esther, 2002, *¿La cultura como clonación? Identidades e identificaciones*, Tomo II, Ed. Quebecor, Bogotá.

Sánchez B., Esther, 2004, *Derechos propios: ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá.

PUEBLOS INDÍGENAS ANTE EL ESTADO EN TIEMPOS DE MULTICULTURALISMO NEOLIBERAL Y DE SEGURIDAD NACIONAL¹

María Teresa Sierra

En este texto argumento que las reformas legales para reconocer derechos indígenas en México se dieron bajo la lógica de un multiculturalismo neoliberal que reconoce derechos acotados sin impactar la estructura de la relación de los pueblos indígenas y el Estado nacional. Esto es particularmente evidente en el campo de la justicia indígena, cuyo reconocimiento responde a un pluralismo jurídico aditivo y subordinado que reconoce espacios reducidos para el ejercicio del derecho indígena y las autonomías. Los resultados de una investigación colectiva en diferentes regiones indígenas en México permiten comparar las modalidades que asumen las justicias indígenas dentro y fuera del reconocimiento oficial. El momento actual de crisis de gobernabilidad, endurecimiento del Estado y luz verde a políticas neoliberales extractivas está significando un retroceso para los derechos indígenas, lo cual se acompaña de nuevas presiones sobre las instituciones comunitarias y los territorios indígenas. Al mismo tiempo, a lo largo de estos procesos se observan respuestas generadas por los actores indígenas que disputan la legalidad instituida y los modelos de autoridad, justicia y seguridad desde las prácticas sociales, apelando a discursos globalizados de derechos colectivos y de identidad étnica.

Introducción

El inicio del nuevo milenio se acompañó de importantes transformaciones en los imaginarios del Estado y la nación en América Latina, que apuntan a reconocer la diversidad cultural, la pluralidad jurídica y particularmente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El modelo decimonónico que prevaleció hasta buena parte del siglo XX, basado en las visiones homogéneas de nación y en el monismo jurídico, ha sido cuestionado por las reformas legales que apuestan a redefinir el pacto social con base en visiones plurales de Estado y nación (Stavenhagen, 2002; Sieder, 2002). En el caso de América Latina han sido sobre todo los pueblos indígenas -y en menor medida los afrodescendientes- los principales actores de dichos procesos, quienes apelan al reconocimiento de sus derechos históricos como pueblos originarios, y particularmente su derecho a la libre determinación y la autonomía, apoyándose en una nueva legislación internacional (Convenio 169 OIT (1991), Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)). Han cuestionado así el mito del derecho moderno (Fitzpatrick, 1992).

Los grandes logros del constitucionalismo latinoamericano para reconocer derechos indígenas tienen hoy en día su expresión más elaborada en las experiencias ecuatoriana y boliviana, donde se avanzó de manera significativa en el reconocimiento de Estados plurinacionales y derechos de autonomía. Tal es lo que muestra Raquel Yrigoyen cuando se refiere al horizonte pluralista para dar cuenta de las etapas que ha seguido el reconocimiento constitucional en América Latina: la etapa multiculturalista (introducción del derecho individual y colectivo a la identidad cultural junto con derechos indígenas específicos), la pluralista (que incorpora el concepto de nación multiétnica y Estado pluricultural, y reconocimiento de fórmulas de pluralismo jurídico y de jurisdicción indígena); y la del Estado plurinacional (pluralismo jurídico igualitario y autonomías en el marco de

un proyecto descolonizador); esta última etapa cristalizada en las reformas constitucionales de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009) (Yrigoyen, 2012).

Dichos horizontes, que abrieron importantes perspectivas para impulsar y concretar las demandas y utopías de los pueblos indígenas, se han dado como parte de los procesos de globalización neoliberal, los cuales han limitado su concreción y significan importantes obstáculos y grandes retos. En gran medida han sido las políticas neoliberales, descentralizadoras y de ajuste estructural las que han promovido el retiro del Estado de áreas sociales claves y la desregulación, impactando de manera particular en las instituciones de los pueblos indígenas y las posibilidades de ejercer sus derechos. Tales políticas han ocasionado también la destrucción de la base territorial de los pueblos indígenas, al volver cada vez más inviable su sustentabilidad económica propiciando fuertes flujos migratorios. De poco sirve que los Estados latinoamericanos concedan derechos culturales, o incluso reconozcan derechos de libre determinación para el ejercicio de la autonomía de los pueblos indígenas, cuando el mismo Estado, respondiendo a los intereses del capital transnacional, destruye las bases económicas y sociales para ejercerlos. Paralelamente, las políticas oficiales descentralizadoras se valen del discurso sobre el multiculturalismo para atomizar los poderes regionales y mediatizar las demandas autonómicas de los pueblos indígenas al reducir los derechos culturales a su mínima expresión, o al propiciar espacios de regulación acotados, fragmentados y subordinados a las lógicas del derecho estatal.

Considerando la línea trazada por Yrigoyen para delinear el horizonte pluralista constitucional, México se quedó al inicio de la segunda fase del reconocimiento (muy por debajo de otros países con importante población indígena) con la llamada contrarreforma al artículo 2 constitucional del 2001, que reconoció derechos indígenas de autonomía y libre determinación en marcos estrictamente limitados y con candados que impiden

el ejercicio de los derechos enunciados². Previamente se reformaron artículos centrales de la Constitución que apuntaron a socavar las bases de reproducción material de las comunidades indígenas y facilitaron el acceso a los recursos naturales (reforma del art. 27 constitucional que abrió al mercado las tierras ejidales y comunales, y las leyes sobre minería y aguas nacionales³). De esta manera, en el caso mexicano se establecieron los lineamientos de un reconocimiento acotado y simulador de derechos acompañado de un neindigenismo de corte multicultural (Hernández, Paz y Sierra, 2004).

Hoy en día se han acentuado los límites del reconocimiento debido al endurecimiento del Estado en aras de la seguridad nacional. De manera más contundente se revela el papel de la globalización neoliberal y las presiones actuales sobre los territorios indígenas y sus instituciones -concesiones mineras, grandes represas hidroeléctricas, etc.-, sin consultar a los pueblos que serán afectados; por lo que la autonomía y la defensa de los derechos colectivos, principales demandas de los pueblos indígenas, se ven como una franca amenaza al imperio de la ley y del capital.

Pareciera que se ha entrado a un nuevo ciclo en la era del reconocimiento en México, en donde las apuestas ya no son por el reconocimiento a la diversidad cultural y los derechos, sino por la exigencia de justicia y en contra de las políticas extractivistas y la desigualdad rampante del capitalismo neoliberal⁴. En este contexto se habla del fin del reconocimiento para señalar la dificultad de ir más allá de los marcos impuestos por las reformas en materia indígena, y enfatizar que en el momento actual los pueblos indígenas se ven presionados a defender sus derechos colectivos en nuevos contextos de globalización y subordinación nacional.

Surge en este sentido el interés por conocer las respuestas de las organizaciones indígenas a los procesos de reconocimiento, el sentido en que han impactado sus formas de organización y su derecho, y sobre todo las posibilidades de generar alternativas o resistir ante las nuevas leyes. Para

analizar estos procesos destaco en este texto dos campos importantes del ejercicio del derecho y la autoridad indígena: el campo de la justicia y el de la seguridad comunitaria. Me interesa mostrar cómo se ha transformado la relación del Estado con los pueblos indígenas y sus impactos en el ejercicio de la autoridad.

Me baso para ello en los resultados de una investigación colectiva (Sierra, Hernández y Sieder, 2013) donde abordamos de manera comparativa el impacto de las reformas multiculturales en los espacios de la justicia y en la reconfiguración de las identidades étnicas en México y en Guatemala⁵. Muy particularmente recojo mi experiencia de investigación con la Policía Comunitaria en la Costa Montaña de Guerrero, México.

1. El multiculturalismo de simulación. La reforma del Estado y los derechos indígenas en México

En México los lineamientos constitucionales de 2001 delimitaron el alcance de las reformas en materia de justicia que se redujeron a reconocer los sistemas normativos internos de las comunidades indígenas y a establecer ciertas garantías para acceder a la justicia del Estado, como el reconocer costumbres y especificidades culturales en el proceso judicial, así como el derecho a intérpretes y traductores⁶. En general se trata de reformas que se sitúan en los marcos de un "pluralismo jurídico aditivo" (Hoekema, 1998), en donde los sistemas jurídicos indígenas son considerados auxiliares a la jurisdicción estatal, con pocos márgenes para ejercer una real autonomía. Si bien en el texto constitucional se hace referencia a la libre determinación y la autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la resolución de conflictos, no se reconoce explícitamente el derecho de las autoridades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales de administración de justicia, como sí fue el caso de las últimas reformas constitucionales en los países andinos (Yrigoyen, 2012).

Las reformas sobre justicia indígena en México son parte del proceso de modernización judicial que busca fomentar la mediación y la resolución alternativa de conflictos. Prevalcen las ideologías liberales que acotan el ejercicio del derecho indígena a lo considerado aceptable por la ley nacional y al marco definido por los derechos humanos y la Constitución. Con más o menos fuerza podemos afirmar que estos procesos promueven la oficialización de la justicia indígena para adecuarla a los marcos constitucionales, contribuyendo con ello a su regulación y a nuevas formas de gobernabilidad hegemónica. Las modalidades del reconocimiento en las legislaciones estatales son diversas, pero se enmarcan en un pluralismo jurídico aditivo y subordinado que reconoce a las justicias indígenas como justicias alternativas y de mediación (Puebla, Quintana Roo, Campeche, Hidalgo, entre otras); o bien al reconocimiento acotado de una justicia indígena comunitaria (Oaxaca, San Luis Potosí). Todas ellas son vistas como justicias auxiliares y enfrentan fuertes restricciones en términos de sus alcances y competencias generalmente para tratar asuntos menores. A pesar de los marcos restrictivos del reconocimiento de la justicia indígena se han generado procesos de reivindicación identitaria y de fortalecimiento de la autoridad étnica por parte de comunidades y organizaciones indígenas que buscan readecuar y redefinir dichos marcos legales con resultados distintos, que no es caso analizar en este texto (cfr. Sierra, 2009; Assies, 2003).

A diferencia de lo que sucede en países con avanzadas legislaciones en materia de justicia y derechos indígenas, como es el caso de Colombia, Ecuador y Bolivia, en el caso mexicano prevalece la tendencia de reducir y controlar los alcances de la justicia indígena, reproduciendo una visión colonialista de los derechos que considera como "peligroso" el que competencias de las autoridades indígenas puedan ampliarse ante el temor que se justifiquen con ello violaciones a los derechos humanos. Dicho temor revela las ideologías excluyentes del positivismo jurídico que dominan en una buena parte de las elites políticas mexicanas, compartidas por

académicos y juristas liberales, que les impide reconocer en sus alcances la diferencia cultural y plantear alternativas reales para su ejercicio en el ámbito de la justicia. También les impide reconocer que una gran parte de las poblaciones indígenas del país han estado al margen de la justicia del Estado y sujetas a experiencias de discriminación y violación de sus derechos humanos, lo cual históricamente ha contribuido a impedir que accedan a la tan defendida "igualdad jurídica" y a una adecuada justicia estatal. En el fondo, lo que domina son visiones esencialistas sobre las culturas indígenas que son vistas como entidades inmutables en donde la tradición es sinónimo de arcaísmo y violación de derechos humanos, sin contemplar que estas sociedades son dinámicas y han debido transformarse por su misma relación con la sociedad nacional e internacional, lo cual ha impactado también sus sistemas normativos, sin que esto signifique dejar de lado su diferencia cultural⁷. El tema de los derechos humanos es justo uno de los referentes que marcan hoy en día las discusiones en el espacio mismo de las sociedades indígenas y por tanto revelan la necesidad de estas sociedades de adecuarse a las nuevas realidades y exigencias jurídicas nacionales e internacionales. Pero al parecer para los magistrados y los jueces mexicanos no existen hoy en día garantías para que las sociedades indígenas ejerzan plenamente su justicia y su derecho, y por tanto deben protegerlas de "sus excesos hacia las mujeres y los derechos humanos", lo que suele tomarse de pretexto para negar el reconocimiento de sus jurisdicciones⁸.

En suma, en el caso mexicano los espacios para una justicia plural son muy limitados y se encuentran enmarcados por la exigencia de constitucionalidad basada en el modelo del monismo jurídico, lo que significa que la diferencia cultural debe ajustarse a este modelo y no que la justicia se abra al reconocimiento de la pluralidad legal y los derechos indígenas. Tales marcos que delimitan las reformas a la justicia indígena en México son parte de la reforma estructural del Estado y del proceso de modernización del aparato judicial. Son efectivamente las respuestas des-

de el Estado al proceso de globalización legal, ante las exigencias del nuevo orden económico neoliberal, y en esto sin duda los legisladores mexicanos han sido bastante hábiles para reconocer derechos y abrir espacios a la diferencia cultural, siempre cuidando que estos no trastoquen el orden jurídico y económico instituido, o bien no puedan ejercerse a cabalidad. Son una expresión contundente de las reformas multiculturales neoliberales⁹.

2. La disputa por la justicia y los derechos dentro y fuera de la legalidad del Estado. Las respuestas desde los pueblos y organizaciones indígenas

Más allá de constatar los límites legales para reconocer derechos indígenas de autonomía y jurisdicción, desde una perspectiva antropológica resulta importante conocer cuáles son los impactos de las reformas legales y en qué sentido han abierto o cerrado opciones en la vida cotidiana de los pueblos indígenas. Como he señalado, las reformas multiculturales se han traducido en leyes, reconociendo ciertos niveles del pluralismo jurídico (aditivo y subordinado) en las configuraciones estatales y esto ha propiciado respuestas diferenciadas por parte de los actores indígenas para negociar, disputar y apropiarse de los cambios legales. A pesar de sus limitaciones, estos cambios impactan las instituciones mismas de la justicia indígena así como sus ámbitos de competencia y el ejercicio de la autoridad, al mismo tiempo que redefinen la relación entre legalidad e ilegalidad en la que operan los campos jurídicos subalternos. Se crean así nuevos espacios de pluralidades normativas, conectadas y constituidas mutuamente, donde la regulación local se ve impactada por la regulación nacional y transnacional. El análisis comparativo de las experiencias de justicia indígena en distintos contextos estatales, como parte del proyecto colectivo arriba mencionado, nos permitió reconstruir dos grandes respuestas gestadas desde los actores indígenas¹⁰: 1) Respuestas de acomodamiento

y negociación de las disposiciones legales que se dan en el marco de la oficialización de la justicia indígena; y 2) Respuestas contrahegemónicas de una etnicidad que subvierte la legalidad instituida y disputa los márgenes del Estado. Se trata, sin embargo, de lineamientos generales ya que en las prácticas se observan estrategias que las combinan.

1) Las lógicas del multiculturalismo y sus efectos en la oficialización de la justicia indígena

La oficialización de la justicia indígena es el proceso por el cual el Estado reconoce legalmente ciertas competencias a las autoridades indígenas para ejercer funciones de justicia. Tales disposiciones establecidas en diferentes marcos legales a nivel estatal impactan la construcción y significado de la autoridad y el derecho indígena; lo cual ha sido reconocido en México como parte del modelo de justicias alternativas, subordinadas al Estado. Dichos procesos van de la mano de políticas multiculturales neoliberales que a pesar de abrir el reconocimiento a nuevos espacios de justicia y el acceso a ciertos recursos, tienden a fortalecer su subordinación a la justicia oficial y se acompañan de nuevas categorías étnicas que se sobreponen a las instituciones y autoridades indígenas existentes, con efectos diferenciados. Los casos del Juzgado indígena de Cuetzalan, en Puebla, y del nuevo sistema de justicia indígena en Quintana Roo, entre otros, revelan los sentidos distintos de dichos procesos en los actores locales y el acomodamiento que han provocado en el campo jurídico regional y comunitario. Si bien el cambio legal definido desde el Estado tiene el efecto de construir desde arriba, desde el poder, la visión oficial de la justicia indígena -generalmente desde imaginarios esencialistas-, los impactos en el campo jurídico local no son homogéneos, en lo cual inciden de manera fundamental los procesos organizativos y la posibilidad que tienen los actores indígenas de apropiarse de dichos marcos legales para darles otros sentidos.

a) La experiencia del Juzgado Indígena de Cuetzalan, analizado por Claudia Chávez y Adriana Terven (2013), revela el doble proceso que trajo consigo la instalación de esta nueva institución en la Sierra norte de Puebla¹¹. Por un lado, las reglamentaciones y decretos que definieron lo que sería la justicia indígena legitimada en Cuetzalan, con fuerte impacto en el campo jurídico municipal y comunitario, y por otro, la respuesta de las organizaciones indígenas que consiguieron incidir en las nuevas instancias de la justicia indígena oficial. El eje del reconocimiento se centró en los juzgados indígenas y los nuevos jueces indígenas; instancias y autoridades construidas desde los imaginarios de las elites judiciales poblanas que se sobrepusieron a la justicia indígena vigente a nivel comunitario, la justicia de paz, cuyo reconocimiento quedó en la ambigüedad. De esta manera se propició la fragmentación de las autoridades indígenas -jueces de paz en las comunidades y nuevos jueces indígenas-, pero al mismo tiempo se abrió un nuevo espacio a nivel municipal, el Juzgado Indígena, que ha generado expectativas y opciones para fortalecer lo que se está reconstruyendo como justicia indígena desde el derecho propio, que va más allá del modelo folklorizante y de justicia alternativa impuesto por el Estado¹². El trabajo de Adriana Terven y Claudia Chávez de manera fina desgrana las implicaciones de este proceso en las dinámicas cotidianas del campo jurídico municipal y comunitario, dando cuenta de las tensiones y ambigüedades que han marcado el reconocimiento de la justicia indígena en Cuetzalan. Destacan el hecho clave de que en el Código de Procedimientos Civiles (2005), donde se elabora sobre la justicia indígena, lo que se garantiza es el acceso de los indígenas a la jurisdicción del Estado, y no como pareciera suponerse la jurisdicción indígena; por eso concluyen que se trata de nuevas tecnologías de gobierno basadas en la simulación (Chávez y Terven, 2013). Esta misma lógica da lugar a fuertes ambigüedades en la ley, lo que permite que se abran fisuras que han sido aprovechadas por las organizaciones indígenas para disputar los sentidos y categorizaciones impuestos por el Estado, posibilitando la apropiación de

las nuevas instancias de la justicia indígena y su redefinición, dentro de los marcos de posibilidad establecidos en la ley. Tales son, por ejemplo, los esfuerzos de las organizaciones por institucionalizar el Consejo del Juzgado Indígena como órgano asesor del Juzgado Indígena (instancia no prevista en la ley), la revalorización de las costumbres indígenas y los derechos colectivos, el estrechamiento de vínculos con los jueces de paz de las comunidades, así como las apuestas de las mujeres nahuas de Cuetzalan para incidir en las dinámicas del juzgado indígena, desde su visión como mujeres indígenas. (cfr. Sierra, 2009; Mejía 2010; Terven, 2009). En este contexto se redefine el derecho indígena y se construyen nuevas identidades étnicas que se acomodan a los marcos legales impuestos por el Estado al mismo tiempo que se abren opciones nada desdeñables para el manejo local y cotidiano de los conflictos.

b) En el otro extremo el caso de los nuevos jueces tradicionales de Quintana Roo (Buenrostro, 2013), como parte de un nuevo sistema de "justicia maya" -que incluye magistrados y jueces tradicionales-, institución creada también por el poder judicial, revela la capacidad regulatoria y vigilante del Estado al construir nuevos sujetos étnicos con el respaldo oficial para atender asuntos menores. En este caso, las nuevas tecnologías de gobierno que diseñaron desde una visión oficial a la justicia maya no enfrentaron ningún obstáculo, y se insertaron en la lógica de generar una justicia de mediación desde una visión indígena, tal como la concibieron los legisladores. La falta de procesos organizativos indígenas en la región parece haber significado una aceptación "pasiva" de los nuevos modelos de la justicia indígena que se han impuesto en espacios comunitarios debilitados. No obstante aún en esta experiencia de marcada oficialización de la justicia maya es posible observar la agencia social y las apropiaciones que los actores mayas hacen de estos espacios que les generan opciones, propiciando la revaloración de las identidades étnicas, pero también nuevos poderes.

En ambas experiencias, la oficialización y construcción de la justicia indígena da cuenta de las lógicas de gobernanza multicultural del Estado con las cuales se pretende responder a los reclamos de inclusión de los pueblos indígenas. En estos contextos, el Estado es visto como el respaldo institucional que garantiza la legitimidad de las autoridades y como la instancia que otorga los recursos, aunque limitados, que sustentan a la autoridad indígena. Las acciones contestatarias de las organizaciones cuando mucho negocian dichos marcos, pero no los desconocen ni se rebelan contra ellos. En este sentido, si bien los espacios abren algunas opciones para revalorizar ciertas identidades étnicas, dichos reconocimientos son parte de las políticas neoindigenistas que no implican cambios de fondo en las prácticas judiciales. Más bien el Estado con estos juzgados consigue deshacerse de asuntos menores, pasando ciertas competencias a las autoridades indígenas al mismo tiempo que legitima y autentifica sus identidades, desconociendo otras, sin que esto signifique ceder poder ni cuestionar los marcos de la regulación estatal. Las decisiones de las autoridades indígenas si bien se reducen a asuntos menores y se reconocen como cosa juzgada, están sujetas a ser convalidadas o bien homologadas por las autoridades oficiales, y a la vigilancia de las comisiones estatales de los derechos humanos¹³, y del magistrado de asuntos indígenas en Quintana Roo. Los procesos, sin embargo, son diferentes: en Cuetzalan, la fuerza organizativa local ha propiciado ciertas transacciones y negociaciones en torno al derecho y la justicia indígena, apropiándose de los nuevos espacios, mientras en Quintana Roo los jueces han aceptado los marcos institucionales del estado y las jerarquías impuestas y en ellos se mueven. En ambos se trata de espacios muy reducidos de jurisdicción indígena. De esta manera, las experiencias de pluralismo jurídico acotado y subordinado resultan funcionales a la legalidad del estado, no constituyen espacios autónomos de justicia, si bien abren algunos márgenes al ejercicio de la autoridad indígena¹⁴.

2) Experiencias de autonomía y jurisdicción indígena en los márgenes del Estado

De manera opuesta a estos procesos encontramos las experiencias de justicia y jurisdicción indígena construida fuera del reconocimiento del Estado, como autonomías de hecho, que confrontan las visiones de justicia y el derecho oficial, revelando los márgenes del Estado¹⁵. En nuestra investigación, las experiencias de la justicia comunitaria de la CRAC-PC (Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias de la Policía Comunitaria) en la Costa Montaña de Guerrero, y por otra parte las Comisiones de Honor y Justicia Zapatista constituyen dos referentes para mostrar las apuestas de los pueblos indígenas por construir una justicia propia que rebasa los marcos limitados de la legalidad del Estado, ofreciendo salidas a conflictos diversos desde modelos interlegales e interculturales.

En el caso de la Policía Comunitaria, la experiencia de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias en la Costa Montaña de Guerrero -donde he realizado mi investigación personal desde hace varios años- cristaliza una apuesta regional de jurisdicción comunitaria, de corte pluriétnico, donde confluyen comunidades nu'savi, mee'pha y mestizos, los cuales han construido un sistema regional de justicia y seguridad comunitaria¹⁶. La CRAC es el órgano encargado de administrar justicia, subordinado a las decisiones de la Asamblea Regional. En la justicia regional se abordan todo tipo de asuntos, incluso homicidios, secuestros y violaciones, lo cual significa rebasar las potestades judiciales del Estado. Incluye asimismo un proceso de reeducación -basado en trabajo colectivo en comunidades- para quienes cometieron errores y son hallados culpables. La práctica exitosa de esta experiencia y la gran legitimidad que goza entre los miembros de las comunidades, indígenas y mestizas, ha significado que la misma sea finalmente reconocida en los hechos por el Estado, si bien su existencia "ilegal", o paralegal, la expone a ser agredida y sobre todo a una continua vigilancia de agentes judiciales y militares. Sin

duda, el proceso comunitario y su sistema de seguridad y justicia tiene importantes límites y contradicciones, los cuales se agravan por el contexto estructural de marginación y pobreza que marca a la región, por lo que sería irresponsable construir una visión idílica y armónica de la justicia comunitaria fuera del poder; lo cierto es que la CRAC sigue siendo el referente principal de acceso a la justicia para las comunidades que integran la institución. La intervención de la Asamblea Regional -órgano de decisión principal- en momentos claves para incidir en conflictos graves y marcar la pauta a la autoridad regional, es sin duda uno de los referentes principales de la regulación comunitaria y regional de mayor impacto. Durante las asambleas las voces individuales deben someterse al escrutinio de la voz colectiva, lo que implica dar espacio a largas discusiones y poner en práctica mecanismos deliberativos de democracia directa. Las decisiones tomadas en asamblea no significan que beneficien a todos de la misma manera, pero sí que son acatadas por el colectivo (Sierra 2010; 2013)¹⁷.

Un proceso similar se observa en el campo de la justicia zapatista¹⁸, tal como analiza Mariana Mora (2013), donde se ha construido también un sistema de justicia comunitario y regional con importante legitimidad, abierto no solo a los zapatistas sino también a diferentes actores no zapatistas que conviven en los municipios y en la región, dando salida a disputas diferenciadas de supuesta competencia estatal: asuntos del fuero común como tala de árboles, fraudes, violaciones, robos. Vemos también aquí cómo este espacio -fabricado fuera de la legalidad oficial y en oposición a ella- opera, sin embargo, como un engranaje que permite incidir en asuntos de gran importancia que revelan la negligencia oficial, como es el caso de corrupción, conflictos agrarios y racismo (Mora, 2013) y mostrar sus beneficios para amplios sectores de la población, construyendo tejido social y comunitario. Como bien apunta Mariana Mora, de esta manera los zapatistas -como actores colectivos- disputan el poder del Estado manipulando la construcción hegemónica de la marginalidad (ver también Baronnet, Mora y Stahler-Sholk, 2011).

Según hemos podido constatar en esas experiencias, la justicia indígena es una respuesta construida por las organizaciones y pueblos indígenas para dar cauce a las demandas de justicia de las poblaciones locales ante la falta de acceso a la justicia del Estado y a la experiencia continua de violación de derechos que viven los indígenas en sus regiones. En todas estas experiencias se busca construir una justicia diferente a la justicia del Estado, que recupera la dignidad, el respeto y salidas adecuadas a los conflictos con base en normas y lógicas culturales propias y apelando al lenguaje global de los derechos. Para los miembros de estas comunidades, estos espacios de justicia regional les ofrecen alternativas que la justicia oficial no garantiza; sobre todo el saber que no deben pagar por la justicia y que pueden recurrir a su propia lengua y valores culturales durante los juicios, además de confiar en las autoridades. Tales espacios no se dan fuera del conflicto ni de las relaciones de poder, pero el hecho de existir y de seguir siendo recurridos por los miembros de las comunidades así como por actores externos revela su alta eficacia y plantea un reto importante para el Estado. No se trata de instituciones indígenas "tradicionales", en el sentido de instancias "antiguas" de autoridad que han logrado pervivir; son más bien el producto de procesos interlegales donde el discurso de los derechos y de las identidades confluye con matrices culturales y normas propias que en su interacción construyen el derecho indígena o el derecho comunitario; se trata efectivamente de productos híbridos que conjugan varias tradiciones jurídicas y culturales.

Lo que sobre todo revelan estas experiencias es que el modelo de reconocimiento oficial, basado en un pluralismo jurídico subordinado y aditivo, que no reconoce potestad a la autoridad indígena para tratar asuntos relevantes para las comunidades, resulta obsoleto. La justicia indígena no puede reducirse a modelos de justicia de mediación o alternativa. Las autoridades indígenas ejercen justicia con base en su propio derecho y haciendo valer sus instituciones colectivas desde sus matrices culturales. También es cierto que las definiciones de lo que es justicia y derecho no están cerradas a ser discutidas; de hecho están sujetas a continuas

readecuaciones desde dentro y fuera de las comunidades. Tal es lo que sucede con el discurso de los derechos humanos y los derechos de las mujeres, que son referentes que limitan e inciden en la regulación comunitaria, discursos que están siendo discutidos por las autoridades y vecinos de las comunidades, como hemos podido constatar (Sierra, 2009)¹⁹.

En suma, los contrastes entre las experiencias de justicia indígena oficializada y la justicia que se construye fuera del reconocimiento del Estado revelan los siguientes aspectos: por un lado la tensión que hay entre modelos de reconocimiento generados desde el Estado que no reconocen jurisdicción indígena más que de manera sumamente limitada (similar a lo que acontecía en la época colonial); y por otra parte experiencias de jurisdicciones autónomas, en los márgenes de la legalidad del Estado. En estos últimos espacios se revela con más fuerza la capacidad innovadora de los pueblos para atender la conflictividad social y resolverla activando sus propios marcos culturales, y una normatividad interlegal que recupera referentes del derecho nacional e internacional junto con el derecho propio. En este sentido, las reservas del Estado de no permitir la vigencia de jurisdicciones que rebasan la legalidad instituida porque esto significa un supuesto atentado a su soberanía quedan en entredicho en la práctica, ya que las experiencias de justicia indígena y comunitaria contribuyen más bien a construir paz social y finalmente terminan construyendo Estado desde los márgenes²⁰. A diferencia de experiencias de justicia a mano propia que pueden terminar en linchamientos y en extremas violaciones a los derechos humanos -que hemos visto proliferar en los últimos tiempos (Goldstein, 2004)-, las experiencias de justicia comunitaria como las mencionadas respetan un debido proceso que incluye investigación y deliberación de las partes desde modelos culturales propios y tienden a desarrollar procesos de justicia que apelan a principios de dignidad y respeto, incluyendo los derechos humanos²¹. Al igual que en otros contextos con avanzadas legislaciones en materia indígena, además de una reforma legal que reconozca jurisdicciones y autonomías indígenas desde nuevos

marcos de relación entre Estados y pueblos indígenas, un gran reto en México parece ser la compleja tarea de transformar las ideologías del positivismo jurídico de juristas y funcionarios judiciales que difícilmente aceptan reconocer valor a la diferencia cultural y a los derechos colectivos.

3. Seguridad y justicia comunitaria bajo acoso. El nuevo contexto de regulación y endurecimiento del Estado

El viernes 5 de agosto de 2011, la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias de la Policía Comunitaria (CRAC-PC) de Guerrero, recibió un terreno de 2 hectáreas por parte del municipio de San Luis Acatlán (SLA) para la construcción del Cuartel de la Policía Comunitaria, lo cual se espera sea una sede con construcciones adecuadas y espacios para las actividades de la CRAC-PC, que sustituirán el espacio limitado -tres cuartos y una cocina abierta bajo un frondoso tamarindo- donde se ha asentado la CRAC-PC en el centro mismo de SLA desde 1998. El terreno se encuentra en la salida de San Luis Acatlán -cabecera del municipio y centro de poder mestizo- rumbo a las comunidades de la Montaña. De acuerdo a lo dicho por el presidente municipal -él mismo mixteco y miembro de una comunidad integrante de la PC- en la entrega del terreno, el hecho es una prueba más del reconocimiento que da el municipio a la labor de la Policía Comunitaria que ha conseguido traer "la tranquilidad a la región" desde hace ya 15 años. De esta manera, a las nuevas instalaciones del cuartel de seguridad pública, sede de la policía municipal y federal en la entrada de SLA, rumbo a Marquelia, se añade ahora lo que se espera sea el cuartel de la policía comunitaria en el otro extremo de la ciudad. En la entrega del terreno estuvieron los funcionarios municipales y de seguridad del municipio, así como representantes de la CRAC y policías comunitarios, aunque me llamó la atención que no se contó con la presencia masiva de los Comunitarios -es decir, de miembros de las comunidades integrantes del sistema- ni de sus consejeros,

como si el hecho no tuviera tanta relevancia. Tales acciones se dan en un momento donde se están realizando reformas a la legislación del estado en Guerrero en el campo de la seguridad pública y los derechos indígenas, y pueden ser vistas como parte de estos procesos. Suceden también en un momento donde la Policía Comunitaria se ha involucrado en acciones de difusión y de oposición a las concesiones mineras que se han otorgado en el territorio comunitario a empresas canadienses e inglesas, y en un contexto de fuerte acoso a la Comunitaria por parte de actores locales que han buscado desprestigiar a la institución²². Estos hechos son un reflejo de la situación que vive la Policía Comunitaria y las tensiones que la atraviesan en una coyuntura nacional de fuerte aumento de la inseguridad, la violencia y guerra contra el narcotráfico, y de respuestas que buscan recenterar al Estado en sus tareas de vigilancia y de disciplina²³.

El ejemplo de la CRAC-PC permite analizar de manera aterrizada cómo se están poniendo en juego las políticas de seguridad nacional y de reconocimiento en las regiones indígenas y lo que estas revelan en términos de los mecanismos de control del estado y su impacto para el ejercicio de los derechos colectivos. Permite asimismo mostrar la otra cara de la moneda vinculada con las políticas de avanzada del capital transnacional -nueva fase del neoliberalismo rapaz- sobre los territorios indígenas y sus recursos naturales, como es el caso de las mineras; y sobre todo dar cuenta de las respuestas que se gestan ante estos procesos desde abajo, desde las comunidades.

No es posible en este espacio presentar en detalle las reformas en materia de seguridad pública en Guerrero y el sentido en que impactan en la práctica de la Policía Comunitaria. Basta con destacar que en los últimos años se observan varios intentos que van en el sentido de regular y controlar a la Policía Comunitaria en sus tareas de seguridad y vigilancia. En particular, destaca el esfuerzo de integrarla al sistema de seguridad pública del estado de Guerrero e incluso a ser parte de la propuesta del mando único de las policías a nivel nacional (Sierra, 2013). En este senti-

do, sobresalen dos reglamentaciones: una, la ley de seguridad pública publicada en 2007, que explícitamente se refiere a la Policía Comunitaria como una policía auxiliar a la policía municipal. Tal propuesta -aunque quiso ser presentada como un reconocimiento oficial a la Policía Comunitaria- no tuvo ninguna implicación para la práctica de la institución. Más importante está siendo la más reciente reforma de abril de 2011 al artículo 10 de la Constitución del estado de Guerrero, la ley 701 sobre Derechos y Cultura Indígena, donde sí se hace referencia a la Policía Comunitaria y se la reconoce en la figura de coadyuvancia de la CRAC. Dicha ley, sin embargo, está llena de contradicciones y se pasó antes de reformar la Constitución del estado de Guerrero para reconocer derechos indígenas, lo que afecta su implementación²⁴. Nuevamente, tales hechos parecen deberse más a intenciones políticas que a un descuido de los legisladores, lo que confirma las apreciaciones sobre el peso de la ambigüedad en la legislación sobre temas de derechos indígenas.

Ambas legislaciones dan cuenta de la difícil y compleja relación de la Policía Comunitaria con el Estado, marcada desde su surgimiento en 1995, por una relación de tensión y ambigüedad. Varios han sido los momentos donde el Estado ha buscado regular la relación con la PC con el fin de controlarla y convertirla en una institución auxiliar a las policías del estado; y por otro lado momentos de fuerte tensión que tuvieron su culminación durante el ultimátum que interpuso el gobierno de Guerrero a la CRAC para que entregaran las armas en 2002 (Sierra, 2009), ante lo cual respondieron -como suelen hacerlo- con actas de asambleas y movilización. De acuerdo a los testimonios de algunos consejeros de la CRAC, hace un par de años, en el momento de pasar la ley de seguridad pública, altos funcionarios del gobierno los buscaron para discutir vías de incorporación de la Policía Comunitaria a las tareas del mando único de las policías federal y estatal; se les propuso que serían apoyados con recursos, equipo e instalaciones, y capacitación a los policías comunitarios a cambio de su integración al mando único de la policía, incluyendo sus comunicaciones por radio. Los consejeros -con la habilidad que les caracteriza- res-

pondieron diciendo que tales decisiones no las toman ellos sino los pueblos reunidos en asambleas regionales, por lo que lo consultarían con ellos: pero también les señalaron que antes de buscar esa articulación, el gobierno debería limpiar a sus propias policías. Se trata, sin duda, de una retórica que da cuenta de las presiones en las que se mueven y las continuas negociaciones que desarrollan con el Estado, por lo que no es extraño que también lleguen a acuerdos.

Hasta la fecha, las reglamentaciones y reformas que se han hecho buscan subordinar a la PC e integrarla al sistema de seguridad pública estatal y federal bajo nuevas funciones. Dichas opciones no responden a las tareas de la institución y difícilmente servirán para gestar una nueva relación de respeto como ellos proponen. Los Comunitarios tampoco ofrecen resistencia a dichas reformas, y aceptan discutirlos y si es necesario simplemente las usan para sus propios fines. No obstante, para algunos, los policías de a pié, sí es importante estar reconocidos en la ley del Estado para evitar el acoso de las fuerzas públicas y particularmente de los militares. Ante el incremento de la inseguridad y la violencia en el estado, en el momento actual "extrañamente" parecen abrirse nuevos canales de diálogo con las autoridades estatales y municipales. En estos espacios se discuten temas de interés común en el campo de la justicia y la seguridad -en especial el tema de las órdenes de aprehensión hacia autoridades de la CRAC-PC, así como la coordinación entre policías, credencialización y armamento, incluidos puntos de gran interés para los policías referidos a la posibilidad de recibir despensas, y hasta incorporación al seguro popular- y las autoridades comunitarias están abiertas a dialogar, como siempre lo han estado²⁵. Tal vez por esto mismo han aceptado el terreno que les ofrecieron y el proyecto de construir las nuevas instalaciones, el llamado cuartel de la Policía Comunitaria en la ciudad de San Luis Acatlán.

La experiencia de la Policía Comunitaria resulta emblemática para analizar las tensiones y los límites de las políticas de reconocimiento del Estado, así como la imposibilidad de reconocer derechos colectivos y de ju-

jurisdicción regional como lo ejercen los Comunitarios. Pero revela también la importancia de llegar a acuerdos con las autoridades estatales y la necesidad de encontrar los marcos legales adecuados que permitan garantizar el ejercicio de las tareas de seguridad y justicia de la institución comunitaria, para evitar vivir siempre entre los límites marcados por la "amenaza y las garantías", en una dinámica similar a la descrita por Deborah Poole al analizar la relación de los campesinos peruanos andinos con los funcionarios estatales (Poole, 2004).

Por otra parte, desde sus propias formas y modelos de organización los Comunitarios están atendiendo tareas de seguridad y justicia que el Estado no puede asumir, por lo que resultaría contraproducente acabar con la institución, que cuenta sobre todo con la legitimidad que le dan los pueblos. Las nuevas tensiones que han aflorado por las concesiones mineras en un área de 500 km dentro del territorio comunitario²⁶ revelan, sin embargo, que la jurisdicción y seguridad comunitaria sí constituye un obstáculo a los proyectos invasivos del capital transnacional legitimado por intereses económicos del Estado.

No extraña entonces que al igual que otras organizaciones comunitarias, como las que se han gestado en Cherán y en Ostula, ambas en regiones indígenas en Michoacán, que han construido sus propias policías o grupos de autodefensa para enfrentar a talamontes, caciques y al crimen organizado, los Comunitarios se ven en la necesidad de defender sus territorios ante el acoso de actores externos. Por eso también no es extraño verlos apoyando campañas de información a la población en general sobre el impacto que traerán las mineras y participando en las asambleas informativas en las comunidades y ejidos para evitar que los ejidatarios acepten la operación de las transnacionales mineras, como de hecho sucedió ya en la comunidad de Paraje Montero, dentro del territorio comunitario. Todas estas experiencias tienen también en común el avanzar en una propuesta integral de seguridad y desarrollo comunitario que entra en tensión con las visiones oficiales de la seguridad nacional.

Los debates actuales en torno a la reforma estatal en materia de seguridad nacional y seguridad pública hacen ver que las apuestas oficiales van hacia un endurecimiento del Estado y a legitimar la intervención del ejército, y menos en una visión de seguridad ciudadana²⁷. Nuevamente parecen ser los pueblos indígenas quienes desde sus prácticas y sus modelos de organización ofrecen alternativas para hacer frente a la inseguridad y la violencia. Pero están también conscientes de la necesidad de tejer alianzas con otros grupos de la sociedad civil, como fue el caso del movimiento ciudadano por la paz, la justicia y la dignidad en el país.

4. Conclusión. Hacia la articulación de las demandas indígenas de autonomía y derechos colectivos con derechos ciudadanos por la justicia

En este texto me he propuesto analizar el impacto de las reformas multiculturales en México en uno de los ámbitos sociales centrales de la vida de los pueblos indígenas -el campo de la justicia y el ejercicio de la autoridad-, como una manera de abordar formas concretas en las que se actualiza la relación del Estado con los pueblos indígenas en el contexto actual de globalización neoliberal. He destacado dos momentos para abordar esta relación: un primer momento de reformas legales estatales después del 2001, caracterizado por un pluralismo jurídico aditivo y por políticas neoindigenistas que apelan a un discurso multicultural neoliberal; y el momento actual de endurecimiento del Estado, de franco retroceso para los derechos colectivos y de nuevas tensiones con las organizaciones indígenas, que parece significar el fin del reconocimiento.

A lo largo de estos procesos sobresale la respuesta gestada por las organizaciones indígenas tanto en los espacios acotados de un reconocimiento oficializado del derecho y la justicia indígena -si bien limitadas- como en los espacios construidos fuera de la legalidad del Estado, poniendo en práctica sus formas de organización y apelando a sus derechos como pueblos. Actualmente, ante los nuevos contextos de violencia y con-

trol del Estado, y ante el acoso sobre los territorios indígenas y sus recursos naturales, son también las formas organizativas de los pueblos y la fuerza de sus identidades colectivas las que parecen ofrecer respuestas pertinentes de alcance nacional y no solo local²⁸.

¿Qué significa esto para la relación Estado-pueblos indígenas y para pensar las nuevas concepciones de nación?:

La experiencia mexicana revela la capacidad del Estado de gobernar la diferencia (Leyva, Burguete y Speed, 2008) y redefinir el pacto hegemónico a través de reformas legales que si bien abren algunas opciones para reconocer derechos indígenas, no cuestionan de fondo las visiones liberales del derecho oficial. En este sentido, se redefine la relación del Estado con los pueblos indígenas sin trastocar los marcos de la subordinación y del control. No obstante también se observan las fisuras que resquebrajan la unidad del Estado presionando a su transformación.

Desde el lado de las justicias reconocidas, oficiales, se muestran las posibilidades limitadas para el ejercicio de una justicia acotada al ámbito comunitario; asimismo se revelan los mecanismos estatales para construir identidades y autoridad étnica legitimada, propiciando nuevas tensiones en el campo político local (tal es lo que sucede con los jueces "autorizados" y los jueces no reconocidos). Corresponde en este sentido a una retórica oficial que reconoce derechos minimizados, reproduciendo la sujeción colonial de los mismos al imponer los límites de su ejercicio y el control de los recursos.

El modelo de relación de gobernanza controlada, subordinada, se ve cuestionada por las jurisdicciones de facto, no legales, que confrontan al Estado y sus instituciones. En estos casos el Estado es vivido y construido desde imaginarios de tensión que obligan a una continua alerta que en el caso de los Comunitarios conlleva negociación o bien amenaza; y en el caso de los zapatistas una franca oposición al Estado²⁹. Tales experiencias se sitúan entre la ambigüedad legal y el rechazo a la ley, y por tanto

expuestas a ser cuestionadas y reprimidas. En los hechos, la soberanía es disputada por las autoridades indígenas al asumir tareas de gobierno y justicia que el Estado no garantiza, con el fin de construir tejido y paz social. Revelan, en este sentido, la debilidad del Estado y en ocasiones su franca ausencia.

En el momento actual de crisis del Estado y aumento exponencial de la violencia y la inseguridad, los derechos colectivos de los pueblos se subordinan al discurso de la unidad nacional y se refuerzan las leyes para controlar y vigilar a los sospechosos y criminalizar a los movimientos sociales. En este sentido, los movimientos indígenas que defienden sus derechos colectivos y sus territorios pueden ser acosados y descalificados por sus acciones públicas. A pesar de las amenazas, los indígenas siguen respondiendo con movilizaciones y reivindicando sus derechos. Las experiencias de seguridad comunitaria como es el caso de la de la Costa Montaña de Guerrero, de Ostula y de Cherán³⁰, y de otras organizaciones y regiones indígenas para enfrentar la embestida de los actores estatales y no estatales, incluidos los narcotraficantes, son un ejemplo de las respuestas que gestan los pueblos para defender sus derechos y sus instituciones. Tales acciones entran en tensión con las visiones hegemónicas de la seguridad nacional y la soberanía. Pero también es desde estas experiencias que se ofrecen alternativas para repensar la relación del Estado y los pueblos indígenas desde el respeto a sus instituciones colectivas, a su derecho y sus formas de organización social.

Al parecer estamos ante un nuevo momento donde la lucha por la vida, la seguridad y la justicia impulsada por la sociedad civil reconoce los aportes de los pueblos indígenas, motivando a los actores indígenas a reconstruir estrategias y formas de articulación con el movimiento global por los derechos y por la justicia para presionar a nuevas formas de coordinación con el Estado. En este sentido, un aporte fundamental de los pueblos en este proceso pueden ser sus contribuciones para restituir el sentido de los derechos y la justicia que han sido torcidos desde el poder³¹.

Notas

¹ Una versión previa de este texto fue presentada en el Primer Encuentro entre Antropólogos Mexicanos y Brasileños, Universidad de Brasilia y CIESAS (Casa Chata, Tlalpan, México 7-9 de septiembre del 2011). Agradezco al Center for US and Mexican Studies de la Universidad de California en San Diego el apoyo como investigadora visitante para una estancia sabática durante 2011 y 2012, en la cual concluí la versión final del escrito.

² La reforma constitucional aprobada en agosto del 2001 desconoció los acuerdos que el gobierno mexicano había establecido con el EZLN y los pueblos indígenas en la llamada Ley COCOPA (Comisión de Concordia y Pacificación), que establecía el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos y ámbitos de ejercicio de autonomía. La ley aprobada enuncia derechos pero establece candados legales que no permiten ejercerlos, y reconoce a los pueblos indígenas como entidades de interés público (cfr. Gómez, 2004; López Bárcenas, 2004).

³ La Ley Minera se promulgó en junio de 1992 y la Ley sobre Aguas Nacionales en diciembre de 1992; ambas son reglamentarias al artículo 27 reformado.

⁴ En una publicación reciente de NACLA justo se elabora sobre el nuevo contexto de amenaza hacia los territorios indígenas y sus recursos naturales, como parte del nuevo ciclo de acumulación del capital, en la fase llamada "Después del Reconocimiento" (NACLA Report, 2010).

⁵ El proyecto colectivo "Globalización, derechos indígenas y justicia: un enfoque comparativo desde el género y el poder en México y Guatemala", fue financiado por el CONACYT y coordinado por María Teresa Sierra y R. Aída Hernández; en él participaron Rachel Sieder, Morna Macleod, Juan Carlos Martínez, Elisa Cruz, Mariana Mora, Alejandro Cerda, Adriana Terven, Claudia Chávez e Ixkic Duarte. El marco general del argumento de este texto se apoya en las reflexiones que desarrollamos en la introducción del libro (Sierra, Hernández y Sieder, 2013).

⁶ El "Informe del diagnóstico sobre el acceso a la justicia para los indígenas en México. Estudio de caso en Oaxaca", elaborado por el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (2007), revela que el acceso a la justicia de los indígenas está marcado por la discriminación y una continua violación a los derechos indígenas establecidos en la Constitución. Aída Hernández documenta que estos derechos son letra muerta en el caso de presos y presas indígenas (Hernández, 2013).

⁷ Una visión crítica sobre la conceptualización de la cultura desde la mirada occidental de los derechos humanos la desarrolla Sally Merry (2003).

⁸ La elaboración más contundente en este sentido que desnudó el doble discurso manejado por el Estado hacia las comunidades indígenas fue el discurso pronunciado por la Comandanta Esther ante el Congreso de la Unión, el 28 de marzo del 2001; ver <http://www.ezln.org/revistachiapas/No11/ch11congreso.html>.

⁹ Como bien sostiene Charles Hale, el multiculturalismo neoliberal promueve una forma de gobernanza que apunta a reconocer derechos culturales separados de su dimensión económica y política (Hale, 2002). Para analizar los impactos del multiculturalismo neoliberal en la construcción de ciudadanía étnica ver Postero (2009).

¹⁰ En el proyecto abordamos diferentes experiencias de justicia indígena y respuestas organizativas frente a las reformas multiculturales que no retomo en este trabajo, como es el caso de Oaxaca (Martínez, 2013), Guatemala (Sieder, 2013) y Chiapas (Mora, 2013).

¹¹ En total se instalaron 5 Juzgados Indígenas en el estado de Puebla, como parte de reglamentaciones del Poder Judicial del estado.

¹² Para una descripción de los usos políticos folklorizantes de la nueva justicia indígena en Cuetzalan ver Terven (2009).

¹³ Tal es, por ejemplo, el caso de una disputa por el agua atendida en el juzgado municipal de Cuetzalana, que significó presionar a un vecino a cumplir con su tequio para acceder a tener derecho al agua entubada hasta su casa; lo cual fue cuestionado por el representante de la Comisión Estatal de Derechos Humanos como una violación (en Sierra, 2009).

¹⁴ Otro caso de contraste es la experiencia de Oaxaca, donde la oficialización de la justicia indígena partió de reconocer los sistemas normativos y la justicia vigente a nivel de comunidades y municipios. Oaxaca, sin duda, es el estado en México con la legislación más avanzada en términos del reconocimiento de derechos indígenas, lo cual tuvo una traducción especial en el campo de la representación política y electoral, según han documentado varios estudios (Martínez, 2013; Aguilar y Velásquez, 2008).

¹⁵ El concepto de márgenes es desarrollado por Veena Das y Deborah Poole (2004) para referirse a las formas en que se construye el Estado y sus lógicas de gobernabilidad en poblaciones y regiones aparentemente periféricas en donde suele predominar la violencia y la inseguridad jurídica. Los márgenes permiten definir los límites disciplinarios que establecen la inclusión o exclusión de las poblaciones y suelen estar marcados por la ambigüedad legal como tecnología de gobierno. Se trata de espacios de creatividad y negociación por el hecho mismo de estar en los límites del control y la vigilancia estatal. Más que excepciones, son finalmente centrales al funcionamiento del Estado en el capitalismo neoliberal.

¹⁶ La Policía Comunitaria surgió formalmente el 15 de octubre de 1995 para hacer frente a la inseguridad y violencia que atravesaba los caminos en la región; más adelante, en 1998, asumen también tareas de justicia. Desde entonces han construido un sistema de seguridad y vigilancia comunitario que abarca un territorio amplio de más de 10 municipios en la Costa Montaña de Guerrero. Uso con mayúsculas el término Policía Comunitaria para referirme a esta experiencia que es emblemática para los pueblos indígenas de México.

¹⁷ Como en toda experiencia de justicia indígena y comunitaria, el sistema de justicia y seguridad comunitaria está inserto en juegos de poder y disputas por la legitimidad; lo importante, sin embargo, es la capacidad de las autoridades de dar salida a las controversias y responder a las demandas de justicia de manera adecuada y aceptable para los vecinos de las comunidades.

¹⁸ La justicia zapatista solo se comprende en el marco de la construcción del gobierno autónomo zapatista que involucra una visión integral y territorial construida a partir de las Juntas de Buen Gobierno Zapatistas. El trabajo de Mariana Mora elabora sobre la justicia zapatista desde el caso del municipio 17 de Noviembre. Como señala Mora, el ámbito de la justicia zapatista es el único espacio donde las bases de apoyo interactúan con las dependencias oficiales (Mora, 2013).

¹⁹ Dinámicas similares se observan en otros contextos en México y en América Latina (cfr. Sieder y Macleod, 2009; Sieder y Sierra, 2010).

²⁰ En su trabajo sobre justicia maya, violencia y efectos de Estado en Guatemala, Rachel Sieder discute las respuestas a la (in)justicia de poblaciones marginadas de Santa Cruz del Quiché que van desde la renovación de la justicia maya a los linchamientos, como expresiones diferenciadas de ejercicios de soberanía en una realidad donde prevalece la violencia, fragmentación y la ausencia del Estado (cfr. Sieder, 2013; ver también Sieder y Flores, 2011).

²¹ Procesos similares encontramos en diferentes partes de América Latina, algunos bajo un reconocimiento oficial, como es el caso de las rondas peruanas (Yrigoyen, 2002), las justicias indígenas en el Cauca, Colombia, en regiones andinas del Ecuador, y otros también en condiciones de ilegalidad, como sucede con las Alcaldías Indígenas en Guatemala (Sieder, 2013).

²² Sobre el proyecto minero en el territorio comunitario ver nota 26.

²³ Posterior a enero del 2013, ante el incremento de la inseguridad y la violencia del crimen organizado, en el estado de Guerrero se crearon nuevos grupos de autodefensa, lo cual ha impactado las dinámicas de la Policía Comunitaria y su sistema de justicia. No analizo aquí estos procesos (ver Hernández, Sierra, Sieder y Mora, 2013)

²⁴ A pesar de su ambigüedad, la ley 701 está jugando un papel central en la defensa de la institución Comunitaria; según se vio durante el juicio seguido a funcionarios judiciales por parte de la misma CRAC, en agosto del 2012.

²⁵ Uno de estos encuentros fue el pasado 18 de agosto del 2011, cuando el Secretario de Seguridad Pública y Protección Civil del estado se reunió con el presidente municipal de SLA y con coordinadores de la CRAC (<http://guerrero.gob.mx/2011/08/el-secretario-de-seguridad-del-estado-ramon-almonte-se-reune-con-integrantes-de-la-crac-y-el-alcalde-de-san-luis-acatlan/>).

²⁶ Desde noviembre del 2010, la CRAC se enteró de los planes de exploración de compañías mineras extranjeras en territorio comunitario, y que las concesiones para la explotación se entregaron hasta por 50 años sin consultar a los pueblos afectados. Desde entonces iniciaron un trabajo para informar a la población sobre los hechos, que se ha transformado en un enorme esfuerzo por impedir que las comunidades otorguen el permiso para la explotación. Los Comunitarios son parte ya del Frente en Defensa del Territorio que articula a varias organizaciones. Se trata de "yacimientos de oro, plata, zinc y otros metales descubiertos por las Mineras Hochschild México, Camsim Minas y Minera Zalamera, en los municipios de San Luis Acatlán, Metlatónoc, Tlacoapa, Atlamajalcingo del Monte, Malinaltepec, Acatepec y Zapotitlán Tablas, donde persisten al menos 27 conflictos agrarios, además de altos niveles de pobreza, analfabetismo, insalubridad, desempleo y migración" (cfr. La Jornada, 2011a).

²⁷ Tal es lo que se vio en las discusiones recientes en torno a la propuesta de la nueva Ley de Seguridad Nacional votada en lo general por la Cámara de Diputados a nivel federal (La Jornada, 2011b).

²⁸ Ver el Informe 2010 del Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas "Late la tierra en las veredas de la resistencia"; Gómez, 2011.

²⁹ Retomo aquí la propuesta de Mitchel (2006), desde una perspectiva antropológica, al hablar del efecto Estado, para referirse a los imaginarios y representaciones, o a la *idea* del Estado, y a la manera en que el Estado se produce discursivamente como una entidad diferente a lo no estatal (Sieder, 2013).

³⁰ Ver reportaje de Gloria Muñoz (2011) sobre experiencias de policías comunitarias en comunidades indígenas.

³¹ Cfr Santos 2010; Documentos del Tribunal Permanente de los Pueblos capítulo México.

Referencias

- Aguilar, Hugo y María Cristina Velásquez, 2008, La comunalidad: un referente indígena para la reconciliación política en conflictos electorales municipales en Oaxaca, en Xochitl Leyva, Araceli Burguete y Shannon Speed, 2008, *Gobernar en la diversidad. Experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor*, CIESAS-FLACSO Ecuador-Guatemala, México, pp. 393-431.
- Assies, Willem, 2003, *Reforma Indígena en Michoacán y Pluralismo Jurídico* [en línea] <<http://www.alertanet.org/assies-6.htm>> [Consulta: 03-03-2012].
- Baronnet, Bruno, Mariana Mora y Richard Stahler-Sholk (coords.), 2011, *Luchas "muy otras". Zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*, CIESAS, UAM y UNICACH, México.
- Buenrostro, Manuel, 2013, Reformas legales, espacios y modalidades de la justicia indígena de los mayas en Quintana Roo, en María Teresa Sierra, Aída Hernández y Rachel Sieder (eds.) *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*, FLACSO y CIESAS, México, pp. 89-122.
- Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, 2011, Informe "Late la tierra en las veredas de la resistencia" [en línea] <<http://www.frayba.org.mx/archivo/thumbnails/1664.gif>> [Consulta: 02-03-2012].
- Chávez, Claudia y Adriana Terven, 2013, Las prácticas de justicia indígena bajo el reconocimiento del Estado: El caso poblano desde la experiencia organizativa de Cuetzalan, en María Teresa Sierra, R. Aída Hernández y Rachel Sieder (eds.) *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*, FLACSO y CIESAS, México, pp. 51-87.
- Das, Veena, & Deborah Poole (eds.) *Anthropology in the margins of the State*, School of American Review Press, Santa Fe, New Mexico.

- Documentos del Tribunal Permanente de los Pueblos capítulo México [en línea] <<http://www.tppmexico.org/>> [Consulta: 03-03-2012].
- Fritzpatrick, Peter, 1992, *The mythology of modern law*, Routledge, London.
- Goldstein, David, 2004, *The Spectacular City. Violence and performance in rural Bolivia*, Duke University Press, Duke.
- Gómez, Magdalena, 2004, La constitucionalidad pendiente. La hora indígena en la Corte, en R. Aída. Hernández, Sarela Paz y María Teresa Sierra (coords.) *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN. Neointigenismo, legalidad, identidad*, CIESAS-Porrúa Editores, México, pp. 175-205.
- Gómez, Magdalena, 2011, Las veredas de la resistencia, en *La Jornada*, 30 agosto 2011, p. 18.
- Hale, Charles, 2002, Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala, in *Journal of Latin American Studies*, Vol. 34, pp. 485-452.
- Hernández, R. Aída, 2013, ¿Del Estado Multicultural al Estado Penal? Mujeres Indígenas Presas y Criminalización de la Pobreza en México, en María Teresa Sierra, Aída Hernández y Rachel Sieder (eds.) *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*, FLACSO y CIESAS, México, pp. 299-338.
- Hernández, R. Aída, María Teresa Sierra, Rachel Sieder y Mariana Mora, 2013, Más Estado es más seguridad. En defensa de la autonomía indígena, *Boletín ICHAN TECOLOTL*, Año 23, 272, abril, México, CIESAS, pp. 13-16.
- Hernández, R. Aída, Sarela Paz y María Teresa Sierra, 2004, *El Estado y los Indígenas en Tiempos del PAN. Neointigenismo, Legalidad, Identidad*, CIESAS-Porrúa eds., México.

- Hoekema, André, 1998, Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario, *América Indígena* Vol. LVIII, 1-2, enero-junio, pp. 261-300.
- La Jornada, 2011a, Exponen defensa contra las mineras, 17 de abril de 2011 [en línea] <<http://www.lajornadaguerrero.com.mx/2011/04/17/index.php?section=sociedad&article=008n1soc>> [Consulta: 10-03-2012].
- La Jornada, 2011b, Las reformas a la ley de seguridad nacional para justificar la represión, 23 de abril de 2011 [en línea] <<http://www.jornada.unam.mx/2011/04/23/politica/010n2pol>> [Consulta: 10-03-2012].
- Leyva, Xóchitl, Araceli Burguete y Shannon Speed (coords.), 2008, *Gobernar en la diversidad. Experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor*, CIESAS-FLACSO Ecuador-Guatemala, México.
- López Bárcenas, Francisco, 2004, La lucha por la autonomía indígena en México. Un reto al pluralismo, en R. A. Hernández, S. Paz y M. T. Sierra (coords.) *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN. Neoindigenismo, legalidad, identidad*, CIESAS-Porrúa eds., México, pp. 207-231.
- Martínez, Juan Carlos, 2013, Oaxaca, un paso atrás. Reforma neoliberal y regresión en el reconocimiento de derechos autonómicos de los pueblos indígenas: el caso de Tlahuitoltepec, en María Teresa Sierra, Aída Hernández y Rachel Sieder (eds.), *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*, FLACSO y CIESAS, México, pp. 123-156.
- Mejía, Susana, 2010, *Resistencia y acción colectiva de las mujeres nahuas de Cuetzalan. ¿Construcción de un feminismo indígena?*, Tesis de Doctorado en Desarrollo Rural, UAM-X, México.

- Merry, Sally 2003, Culture, Human Rights and the Demonization of Culture, en *POLAR Rev*, Vol. 26, 1, pp. 55-77.
- Mitchel, Timothy, 2006, Society, Economy and the State Effect, en Aradhana Sharma and Akhil Gupta (eds.) *The anthropology of the state. A reader*, Blackwell Publishing, Oxford, pp. 169-186.
- Mora, Mariana, 2013, La politización de la justicia zapatista frente a la guerra de baja intensidad en Chiapas, en María Teresa Sierra, Aída Hernández y Rachel Sieder (eds.) *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*, FLACSO y CIESAS, México, pp. 195-227.
- Muñoz, Gloria, 2011, Las Comunidades autónomas. Hartos de abusos miles de indígenas se encargan de su defensa y seguridad, en *Jornada*, agosto 2011 [en línea] <<http://www.jornada.unam.mx/2011/08/07/politica/002n1pol>> [Consulta: 02-03-2012].
- NACLA REPORT, 2010, After Recognition. Indigenous Peoples confront Capitalism, *NACLA Report on the Americas* Vol. 43, 5, Sep./Oct. [en línea] <<https://nacla.org/news/after-recognition-indigenous-peoples-confront-capitalism>> [Consulta: 02-03-2012].
- Poole, Deborah, 2004, Between Threat and Guarantee. Justice and community in the margins of the Peruvian State, in V. Daas & D. Poole (eds.) *Anthropology in the margins of the State*. School of American Review Press, Santa Fe New Mexico, pp. 35-66.
- Postero, Nancy, 2009, *Ahora somos ciudadanos*, Muela el Diablo eds., La Paz (Traducción del inglés 2007, *Now we are Citizens*, Stanford University Press, Stanford).
- Santos, Boaventura de Souza, 2010, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Instituto de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global, Lima.

- Sieder, Rachel (ed.), 2002, *Multiculturalism in Latin America. Indigenous Rights, Identity and Democracy*, Macmillan, London.
- Sieder, Rachel y Carlos Flores, 2011, *Autoridad, autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G, Casa Comal y UAEM, Guatemala.
- Sieder, Rachel y María Teresa Sierra, 2011 *Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina*, CMI Working Paper, 2 [en línea] <<http://www.cmi.no/publications/publication/?3941=acceso-a-la-justicia-para-las-mujeres-indigenas>> [Consulta: 04-03-2012].
- Sieder, Rachel y Morna Macleod, 2009, Género, derecho y cosmovisión maya en Guatemala, en *Desacatos* 31, Septiembre-Diciembre, pp. 51-72.
- Sieder, Rachel, 2013, Soberanías en disputa: Justicia indígena, violencia y efectos de Estado en la Guatemala de posguerra, en María Teresa Sierra, Aída Hernández y Rachel Sieder (eds.) *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*, FLACSO y CIESAS, México, pp. 229-255.
- Sierra, María Teresa, 2009, Globalización legal, justicia indígena y reforma del Estado, en A. Escobar, F. Salmerón, L. R. Valladares y G. Escamilla (coords.) *Reforma del Estado en América Latina*, UNAM, México, pp. 111-146.
- Sierra, María Teresa, 2010, Indigenous Justice faces the State: The Community Police Force of Guerrero Mexico, *NACLA Report* 2010, Vol. 43, 5, pp. 34-38.
- Sierra, María Teresa, 2013, Desafíos al Estado desde los márgenes: justicia y seguridad en la experiencia de la Policía Comunitaria de Guerrero, en María Teresa Sierra, Aída Hernández y Rachel Sieder (eds.) *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*, FLACSO y CIESAS, México, pp. 159-193.

- Sierra, María Teresa, Aída Hernández y Rachel Sieder (eds.), 2013, *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*, FLACSO y CIESAS, México.
- Stavenhagen, Rodolfo, 2002, Indigenous Peoples and the State in Latin America: An opening debate, in Rachel Sieder (ed.). *Multiculturalism in Latin America. Indigenous Rights, Identity and Democracy*, Macmillan, London, pp. 24-44.
- Terven, Adriana, 2009, *Justicia Indígena en tiempos multiculturales. Hacia la conformación de un proyecto organizativo propio*, Tesis de Doctorado en Antropología Social, CIESAS, México.
- Yrigoyen, Raquel, 2002, Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal, *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes*, 59-60, edición especial, Vol. 1, Instituto de Pastoral Andina, Sicuani, Cusco, pp. 31-81 [en línea] <<http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>> [Consulta: 02-03-2012].
- Yrigoyen, Raquel, 2012, El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, en César Rodríguez-Garavito (coord.), *El Derecho en América Latina. Un Mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, pp. 139-159.

GÉNERO Y JUSTICIA EN LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA EN MÉXICO¹

Victoria Chenaut

Introducción

Una revisión de la literatura existente en México en antropología jurídica muestra la creciente relevancia que ha adquirido el género como categoría de análisis de los procesos jurídicos en sociedades multiculturales. La problemática de la construcción social de las relaciones de género, en su articulación con el derecho, ha mostrado que el ámbito de las prácticas jurídicas puede considerarse como una arena de disputa y negociación estratégica de los valores y normas asociados con lo masculino y femenino. Es necesario considerar el carácter histórico, situacional y socialmente construido del derecho y el género, y tener en cuenta que ambos se encuentran insertos en dinámicas históricas y de poder. De esta manera, gran parte de los conflictos que tienen lugar en la vida en sociedad presentan como punto de partida una concepción de las relaciones de género, y de los roles de género, que son cuestionados, reivindicados o negociados por los actores sociales. Por lo tanto, se considera que el género se va creando a través de la interacción entre los actores sociales, lo que tiene lugar en un universo normativo sustentado en arreglos institucionales y culturales (West y Zimmerman, 1991).

Los procesos judiciales que se llevan a cabo en México en el medio indígena se caracterizan por el conflicto entre lógicas culturales, que se expresa en la aplicación de la violencia simbólica del derecho en el proce-

dimiento judicial: esto implica la imposición de conceptos, procedimientos y categorías jurídicas sobre los usuarios del derecho. Dicho conflicto se manifiesta especialmente cuando estos constituyen una población indígena que puede presentar índices de analfabetismo y monolingüismo, como ocurre en diversas regiones indígenas del país, ya que tienen que realizar declaraciones judiciales en una lengua que no es la suya, y muchas veces sin contar con la presencia de un traductor. A esto debemos agregar el hecho de que en los procesos judiciales a indígenas se manifiestan concepciones racistas y discriminatorias por parte de los funcionarios judiciales. En lo que concierne a las mujeres indígenas esta situación se agudiza, debido a que ellas por lo general presentan un índice más alto de analfabetismo y monolingüismo, como lo indican los censos oficiales.

En este artículo muestro un panorama general acerca de algunos de los temas que se han trabajado sobre género y justicia en México desde la perspectiva de la antropología jurídica, y argumento que las ideologías de género se manifiestan en las formas que asumen los conflictos en la vida social, así como en el funcionamiento del derecho indígena y estatal. Cabe considerar que ambos se encuentran articulados e imbricados en situaciones de interlegalidad (Santos, 1987), por lo que no se excluyen mutuamente, sino que en los hechos son utilizados en forma estratégica por los actores sociales. De esta manera, en un estudio comparativo realizado en varias regiones indígenas del país, hemos constatado que las mujeres indígenas acuden con frecuencia a las instancias del derecho estatal para presentar sus quejas y agravios, cuando fracasaron otras formas de conciliación en la comunidad o en la familia, por lo general ante casos de violencia doméstica, conyugal y sexual, buscando renegociar sus relaciones de género (Sierra (ed.), 2004). El artículo se divide en tres partes: en la primera se discuten brevemente los aportes de Laura Nader y Jane F. Collier, antropólogas norteamericanas que fueron pioneras en los estudios de antropología jurídica y género en México. En la segunda, se presenta una breve descripción del sistema jurídico en México, y de las fuentes que se han utilizado en investigaciones en antropología jurídica, lo que permitirá

al lector situar la problemática que se trata; en la tercera parte se muestran algunos aspectos de la situación de las mujeres indígenas ante el derecho, de acuerdo a investigaciones realizadas a partir de la década de 1990. Por último, en esta sección se discute no solo el uso que las mujeres indígenas realizan del derecho, sino también algunos de los cuestionamientos que mujeres que pertenecen a organizaciones indígenas realizan del derecho (tanto indígena como estatal), mostrando de esta manera una visión crítica sobre el derecho y el género en sociedades multiculturales.

Laura Nader y Jane F. Collier: las mujeres como usuarias del derecho

En diversas investigaciones relevantes que se llevaron a cabo en México a partir de la década de 1930 los antropólogos se propusieron realizar la etnografía de una comunidad o etnia, lo que implicó describir las disposiciones normativas que constituyen parte central de la vida social, las formas de organización política y jurídica del grupo, así como la administración de justicia, las prácticas de justicia indígena, y las formas de control social en el medio indígena. Los autores también destacaron las normatividades que conciernen a los derechos y obligaciones que sustentan las relaciones sociales entre parientes, cónyuges, compadres, etc.; pero si bien las mujeres aparecen en su condición de miembros de la sociedad, no se destaca un intento por analizarlas en relación con los procesos jurídicos en los cuales participan². Por consiguiente, hasta bien entrada la década de 1980, lo jurídico no constituyó mayormente un tema central de interés en las investigaciones, y cuando aparecía, no se lo analizaba en relación con las condiciones de género de los individuos.

Es necesario mencionar la importancia que para la antropología jurídica tienen los trabajos realizados en México por las antropólogas norteamericanas Laura Nader (entre los zapotecos de Oaxaca) y Jane F. Collier (entre los tzotziles de los Altos de Chiapas). Cuando estas autoras realizaron sus investigaciones en México en la década de los cincuenta y los

sesenta, respectivamente, sus investigaciones no tuvieron un enfoque específico de género³. A pesar de ello, los textos que escribieron proporcionan importante información para conocer la situación de las mujeres indígenas, ya que documentaron las diversas maneras en que estas se involucraban activamente en conflictos familiares, vecinales y comunitarios, como es el caso de los problemas conyugales y por el reparto de la herencia (ante la preferencia de otorgar las tierras de cultivo a los hijos varones), y las jerarquías de género que se encuentran presentes en estas sociedades. La utilización que hicieron del método de estudio de casos, en relación con las demandas femeninas, hizo posible conocer las ofensas y agravios por las cuales las mujeres disputaban, así como los derechos que reivindicaban en su condición de hijas, esposas, parientas y miembros de la comunidad, mostrando al derecho indígena en acción, y las formas de impartición de justicia municipal, en contextos social y culturalmente situados (Collier, 1973; Nader, 1990)⁴.

Los trabajos de Laura Nader y Jane F. Collier son pioneros, porque por primera vez las mujeres aparecen formando parte activa de una sociedad, en la que existen normatividades, derechos y obligaciones, así como conflictos, en los que ellas participan activamente cuestionando roles, jerarquías y reclamando por los derechos que consideran han sido lesionados. Al analizar las disputas en que hombres y mujeres intervinieron, sus planteamientos sentaron la base para abordar el estudio de la relación entre los géneros y el derecho en México; estos trabajos han sido también fecundos para mostrar el despliegue de las normas que fueron transgredidas, cuestionadas y reivindicadas, las lógicas culturales que sustentan las prácticas jurídicas, y los diferentes roles de género que fueron reivindicados por hombres y mujeres. Nos muestran también que el juzgado municipal se convierte en una arena de negociación normativa, de construcción y redefinición de las relaciones de género, y en un espacio en el cual las mujeres indígenas pueden cuestionar las normas y los valores del grupo, así como negociar los términos de la relación con su pareja.

Es recién a partir de la década de 1980 que en la antropología social en México se intensificaron las investigaciones y tesis de grado sobre mujeres en diversos ámbitos de la vida social; en estos años hubo un viraje de los estudios sobre "las mujeres", a las investigaciones centradas en el concepto de "género", que implicaba analizar las jerarquías y relaciones de poder que enlazan a hombres y mujeres (Alberti Manzanares, 2004). A fines de esta década comenzó en México la convergencia de los estudios de género con los de antropología jurídica, que en gran medida se debió al interés que suscitaba la problemática de los derechos indígenas, la justicia y las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas de México y América Latina. Las reformas que se produjeron en estos países en el marco jurídico nacional e internacional a favor de los derechos indígenas y el reconocimiento de la diversidad cultural, motivaron en la década de 1990 que se enfatizara en México en el estudio de las relaciones de articulación, conflicto y negociación entre el derecho indígena y el del Estado, y que se analizaran los procesos jurídicos en los que participaban los pueblos indígenas de México. Por lo tanto, a pesar de que la antropología jurídica era un campo de investigación que en esta década había adquirido relevancia, no se realizaban mayormente estudios desde una perspectiva de género. Sin embargo, las investigaciones mostraban cada vez más la necesidad de adoptar un enfoque de género, categoría de análisis que permitía comprender los procesos sociales, culturales y jurídicos que constituían el marco de los conflictos en los que participaban las mujeres, desempeñando un papel central en las disputas que llegaban a las instancias del derecho indígena y estatal. De esta manera, a fines de la década del '90 se fue consolidando la incorporación de la perspectiva de género en las investigaciones de antropología jurídica en México, y aun cuando todavía son estudios incipientes, es una línea de investigación que se presenta como un campo fértil para realizar futuras indagaciones sobre los temas de género, derecho y usos de la legalidad, tanto en poblaciones indígenas como en las que no lo son.

El escenario: las fuentes y la administración de justicia en México

Desde fines de la década de 1980, las y los investigadores en México se han propuesto recuperar la tradición de realizar trabajo de campo antropológico y de indagación en archivos judiciales, que ha caracterizado a los estudios de antropología jurídica. La observación participante ha proporcionado valiosa información acerca de los patrones de uso de los juzgados por parte de los usuarios del derecho, de las interacciones que se producen entre estos y los funcionarios judiciales, de la violencia simbólica del Estado que se ejerce en el acto judicial, así como de los mecanismos que se utilizan para conciliar y dirimir los conflictos. Por otro lado, con mayor o menor intensidad, debido a los intereses personales y a la disponibilidad de estas fuentes, se ha valorado la importancia de consultar los archivos judiciales, es decir, los documentos escritos que las instituciones de justicia producen en su quehacer cotidiano, que han sido también ampliamente utilizados por los historiadores.

La administración de justicia en México se realiza a través del funcionamiento de distintos niveles jurídicos jerarquizados para el acto de impartir justicia, que se ubican en las comunidades rurales⁵, las cabeceras municipales, las cabeceras de los distritos judiciales, la capital de cada estado de la federación y en ciudades importantes de distintas regiones del país, donde funcionan los tribunales federales. Cada uno de estos niveles jurídicos produce sus propios archivos, lo que ha permitido a los investigadores analizar las formas de impartir justicia atendiendo a esta jerarquía. En todos los niveles (aunque especialmente en las comunidades y en los municipios) aparecen las mujeres indígenas como usuarias del derecho, siendo posible apreciar su recurso a la jurisdicción indígena o a la legalidad del Estado, reclamando derechos y negociando roles de género⁶. Las fuentes judiciales permiten visualizar las dinámicas del proceso judicial, por el que transitan hombres y mujeres desde las comunidades rurales hasta los más altos tribunales, en los que es posible apelar una

sentencia del juez o solicitar un amparo contra actos de la autoridad. En algunas comunidades rurales predominan los procedimientos conciliatorios que llevan a cabo las autoridades, que por lo general son miembros de la comunidad, a través de conciliaciones o juicios orales. Estos juicios comunitarios, que se realizan en forma pública, resuelven conflictos derivados de delitos menores, buscando la conciliación de las partes, en procesos en los que se ponen en juego los valores, normas y costumbres del grupo, así como la legalidad del Estado (Sierra, 1995). En el ámbito de la jurisdicción indígena, no se realizan mayormente actas escritas de conciliaciones y comparecencias, pero cuando esto ocurre, constituyen una fuente para conocer la problemática de las mujeres indígenas, y las formas de resolución de disputas en las comunidades (Sierra, 2004b; Vallejo Real, 2004).

En los juzgados y agencias del Ministerio Público que funcionan en las cabeceras de los municipios, por lo general los funcionarios son abogados que siguen los procedimientos con apego al derecho estatal; sin embargo, en ciertos municipios con mayoritaria población indígena (como en los Altos de Chiapas) la justicia municipal se encuentra a cargo de autoridades indígenas, y el procedimiento se desenvuelve en el idioma del lugar. Las instituciones de justicia que funcionan en los municipios se constituyen en espacios de negociación normativa en situación de interlegalidad en que los referentes normativos del derecho estatal y las normatividades locales se encuentran en tensión al mismo tiempo que se constituyen mutuamente. En las cabeceras de los distritos judiciales funcionan los juzgados de primera instancia (penal) y segunda instancia (civil), donde se procesan casos como homicidio, y juicios de divorcio. A través de los archivos judiciales que en este nivel jurídico se producen, se observa que la administración de justicia se encuentra más apegada al derecho estatal, al mismo tiempo que el conflicto lingüístico y cultural que viven los indígenas ante el derecho se presenta con mayor intensidad. En general, se puede sostener que los archivos judiciales se caracterizan porque su lógica está definida por el derecho estatal, que impone conceptos y categorías jurídi-

cas (Ginzburg, 1997). Sin embargo, los antropólogos jurídicos han buscado comprender esta información a la luz de la etnografía que proporcione el trabajo de campo, tomando en consideración los contextos sociales y culturales que le otorgan sentido.

Las mujeres indígenas ante el derecho

En lo que concierne al tema de género y justicia, es necesario destacar la importancia que tiene el derecho en la construcción social de las relaciones de género, en tres niveles diferentes y relacionados entre sí: a) en la formulación de las leyes, en especial las civiles y penales, donde se establecen identidades y roles de género. Las leyes se insertan en procesos históricos de cambio sociojurídico, por lo que sus contenidos se modifican a lo largo del tiempo; b) en las ideologías de jueces, escribientes y abogados, que se manifiestan en las prácticas jurídicas que llevan a cabo, lo que incide en la manera de analizar un caso, juzgarlo y aplicar la normatividad vigente; c) en el hecho de que el derecho crea subjetividades, lo que influye en las prácticas y representaciones de los actores sociales (Smart, 1994).

En el caso de México, como en el de otros países de América Latina, se ha comprobado que efectivamente la categoría analítica de género debe ser utilizada para comprender los procesos jurídicos por los que transitan los usuarios del derecho. Como ejemplo, menciono que esto se aprecia con nitidez en las legislaciones que han estado vigentes desde el siglo XIX, y en algunos de los pasos que se han establecido en el procedimiento judicial, formulando requerimientos distintos para hombres y mujeres, en ciertos casos desventajosos para estas. Por ejemplo, el Código Penal de 1896 del estado de Veracruz (México) sancionaba en forma diferente el adulterio cometido por la mujer que por el hombre. Las mujeres casadas (ya sea que cometan el adulterio con hombre libre o casado, en el domicilio conyugal o no), eran sancionadas con dos años de prisión; en cambio, al hombre casado le correspondía solo un año, cuando lo ejecutaba

fuera del domicilio conyugal con una mujer libre⁷. Además, se disponían ciertos requisitos en el procedimiento judicial, que establecían condiciones para que una mujer casada presente una queja de adulterio contra su marido, el cual solo podía ser denunciado en tres situaciones: cuando cometía el adulterio en el domicilio en el que residía con su esposa, cuando realizaba el acto fuera del domicilio conyugal con una "concubina", y cuando el adulterio causaba escándalo. El hombre no tenía limitaciones para realizar la denuncia (Chenaut, 2008). De una manera general, se puede sostener que los códigos penales del siglo XIX en México y América Latina sustentaban la concepción de una ideología patriarcal que se definía por el poder masculino en el interior de la familia y establecía jerarquías de género, donde la mujer debía obediencia al hombre, y ser honrada, recatada y casta⁸. En el estado de Veracruz, el Código Penal de 1932 incorporó reformas por las cuales el concepto de honorabilidad femenina se redujo significativamente en la ley, lo que también ocurrió en la primera mitad del siglo XX en varios estados de la federación mexicana. En la década de 1990, con la influencia del feminismo, en este país las leyes se han ido reformando en búsqueda de una mayor equidad de género, pero todavía se sigue debatiendo sobre este tema, especialmente en lo que concierne a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la violencia doméstica e intrafamiliar, entre otros⁹.

El género como categoría de análisis ha sido también revelador de las ideologías de jueces, abogados y operadores del derecho, tanto en el ámbito de la justicia indígena como en la estatal. Esto aparece en el caso de los nahuas de la Sierra Norte de Puebla, analizado por María Teresa Sierra (2004b; 2010), quien muestra que durante conciliaciones y juicios, en las autoridades se hacen presentes ideologías de género que reproducen concepciones patriarcales cuando interactúan con los usuarios del derecho y ponen en funcionamiento la maquinaria del procedimiento judicial. De esta manera, en muchos casos las decisiones judiciales tienden a ser favorables a los hombres; por lo general, esto sucede cuando tienen lugar desavenencias conyugales, en que la mujer denuncia al hombre por

maltratos, incumplimiento de obligaciones como cónyuge y padre, alcoholismo y adulterio, entre otras acusaciones. En estas circunstancias, se ha comprobado que ambas autoridades, tanto las indígenas como las del Estado, promueven la conciliación de la pareja y el mantenimiento de la vida familiar, aún en contra de los deseos y agravios que manifiestan las mujeres. También en la Sierra Norte de Puebla sucede que, en casos de agresión sexual -que por lo general es cometida por conocidos, familiares o amigos de las mujeres indígenas que denuncian- estas tienen que probar que el delito no fue provocado por ellas, llegando incluso a la situación de que la denuncia se considera válida si los funcionarios judiciales estiman que la mujer tiene buena reputación (Martínez Corona y Mejía Flores, 1997). Una situación similar se ha estudiado con referencia a las prácticas de la justicia en Bolivia, donde mujeres de las clases populares que han sido violadas, presentan una denuncia, y los funcionarios judiciales estiman que los hechos ocurrieron porque ellas provocaron la situación (Barragán et al., 2005).

Un caso interesante de persistencia de ideologías de género patriarcales es relatado por Soledad González Montes (2010), quien comenta que en el año 1982 el juez municipal de un municipio en el estado de México, consideraba que las mujeres no tenían que acudir solas al juzgado, sino acompañadas por sus padres o maridos que las representaran en el procedimiento judicial. Según esta autora, el juez estaba aludiendo a una normatividad que estuvo vigente en el siglo XIX, que establecía que las mujeres solo podían participar en un litigio con el permiso de sus esposos, pero que ya no aparecía en las leyes que se emitieron en el siglo XX. En síntesis, lo que aparece en el análisis de casos y del procedimiento judicial que hemos observado y analizado en los expedientes judiciales, es el hecho de que la presencia de las ideologías asimétricas de género en los funcionarios judiciales incide en la manera de considerar, juzgar y aplicar las normas. Esto también ocurre en las conciliaciones indígenas que tienen lugar en las comunidades, debido a que las autoridades indígenas también comparten las concepciones hegemónicas sobre el género. Por ejemplo,

a pesar de la incidencia de la violencia naturalizada hacia las mujeres -en forma particular en conflictos al interior de las familias- las autoridades de las comunidades, al tratar un caso de disputa presentado por las mujeres, no le dan mayor importancia a las distintas formas de violencia que ellas sufren (Sierra, 2004a).

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que al ser el derecho creador de subjetividades, esto influye en la manera en que los usuarios del derecho llevan a cabo sus prácticas jurídicas, tanto como las representaciones que se generan en relación con ellas. En México y en Bolivia se ha constatado que (en el contexto de violencia y pobreza estructural de las familias indígenas o pobres que viven en el campo y las ciudades), se denuncia a un esposo y marido por violencia doméstica a una mujer de la familia, pero luego se retira esta denuncia para que el hombre no termine cumpliendo una sentencia penal; esto se debe a que, siendo el hombre el proveedor debido a su trabajo, su reclusión en la prisión reduciría aún más el limitado ingreso familiar. Otra estrategia para evitar que se aplique una sanción penal reside en buscar una conciliación judicial, sin realizar una denuncia formal (Barragán et al., 2005). Las ideologías de género de los usuarios del derecho se manifiestan también en forma de sanciones sociales informales, como el chisme y las habladurías que tienen lugar en las pequeñas comunidades rurales, por medio de los cuales se pone en cuestión el honor y respetabilidad de las mujeres que de alguna manera han resultado transgresoras de las normas, o que por alguna circunstancia no cumplen con los requisitos locales del deber ser genérico. Por lo tanto, en las poblaciones rurales es común que se considere que la mujer separada del marido no puede vivir sola, y esto ocasiona numerosos conflictos, ya que las mujeres tienen que continuar residiendo con la familia del marido, o trasladarse a vivir con sus propios padres (González Montes, 2010). En situaciones extremas, la tensión derivada de las condiciones de vida en el grupo familiar puede ocasionar que las mujeres sean acusadas de diferentes delitos, y por lo tanto, cumplir varios años de sentencia en prisión (Chenaut, 2010).

Los ejemplos arriba mencionados indican que el derecho no se aplica de forma unánime y homogénea, sino que se encuentra inserto en contextos históricos y relaciones de poder, y que existen filtros, como las ideologías de género y la etnicidad, que permean las prácticas de los operadores y los usuarios del derecho, lo que incide en las formas en que se aplica la justicia, en particular a las mujeres indígenas. Por esto, no hay que perder de vista que en las regiones indígenas de México, se producen situaciones de interlegalidad y articulación de múltiples legalidades (como el derecho indígena y el estatal), que se encuentran en tensión, aunque a veces en correspondencia, como puede suceder en lo que concierne a las ideologías de género, en que las autoridades que concilian en el ámbito de la jurisdicción indígena y las del derecho estatal comparten similares ideologías de género. Si bien el derecho estatal produce el efecto de moldear subjetividades, imponiendo determinadas concepciones de género en sus definiciones de lo lícito/ilícito, de lo permitido y lo prohibido, es necesario considerar también que el derecho es a su vez moldeado por los usuarios, que son quienes definen desde sus matrices sociales y culturales la forma y el contenido de las disputas. De esta manera, es posible sostener que las leyes y las costumbres se constituyen mutuamente (Hernández Castillo, 2004). En sus investigaciones, esta autora encontró que las mujeres tienen que asumir un papel de víctimas ante la justicia para obtener el apoyo de las autoridades frente a los abusos de que son objeto. De esta manera, en las prácticas de la justicia indígena y estatal, es necesario que ellas "reafirmen sus roles de género" (Hernández Castillo, 2004: 366), para que sus requerimientos sean atendidos. Además, hay que considerar que son los usuarios del derecho quienes definen desde sus matrices sociales y culturales la forma y el contenido de las disputas, como lo planteó Laura Nader en su estudio sobre los zapotecos de Oaxaca (1990). Por ejemplo, entre los totonacas de la Sierra de Papantla (Veracruz), los patrones de residencia postmaritales son patrivirilocales, por lo que durante los primeros años de matrimonio la joven pareja reside con la familia del marido, lo que se convierte en una fuente de numerosos conflictos familiares, que llegan a

las instancias comunitarias y municipales de resolución de disputas (Chenaut, 2001)¹⁰. De esta manera, los conflictos conyugales que se ventilan cuando se utiliza el recurso de la legalidad, están definidos por patrones culturales a partir de los cuales se organiza la vida en sociedad.

En un estudio comparativo de diversas regiones indígenas de México, hemos encontrado que las mujeres indígenas utilizan activamente el recurso a la legalidad, tanto en el ámbito de la justicia indígena como la estatal. Esto no ocurre de una manera uniforme en todo el país, ya que sin duda depende de una serie de condiciones y características tanto del poder judicial de cada estado de la federación, como de la cohesión social y los faccionalismos políticos y religiosos que tienen lugar en las comunidades y municipios, entre otros factores. En el estado de Puebla, por ejemplo, los jueces indígenas funcionan en forma activa para conciliar disputas en las comunidades rurales, y por lo tanto las mujeres indígenas encuentran aquí un espacio para plantear sus quejas y agravios (Sierra, 2004b; 2010). En cambio, en la investigación que realicé entre los totonacas de Veracruz, la figura del juez de la comunidad no es muy importante, y resulta casi inexistente, por lo que las mujeres más bien acuden a las instituciones de justicia que se encuentran en el municipio (Chenaut, 2004). También puede suceder que las mujeres acudan al municipio a presentar sus demandas, porque el juez conciliador en las comunidades está ligado por lazos de amistad, parentesco o compadrazgo con el oponente, o porque no se pudo llegar a un acuerdo en este nivel de resolución de disputas.

Cualquiera que sea el nivel jurídico al que acudan las mujeres (comunidad, municipio, juzgados de primera instancia), sus reclamos y denuncias se refieren por lo general a la violencia de género que sufren en su vida cotidiana, en particular la violencia doméstica cometida por los hombres de la familia o miembros de la comunidad, muchas veces asociada al consumo de alcohol. Los conflictos familiares se manifiestan como una consecuencia del patrón de residencia postmarital patrivirilocal, lo que origina muchas denuncias en las instituciones de administración de justicia en la

comunidad y el municipio. En este tipo de conflictos, por lo general las mujeres argumentan que el marido las agredió porque ellas no cumplieron con los tradicionales roles de género que implican atender al marido, la casa y los hijos. A su vez, los acusan de no cumplir con sus obligaciones como proveedores del hogar y de violencia doméstica, lo que es usual tanto entre los totonacas de Veracruz como los nahuas de la Sierra Norte de Puebla (Chenaut, 2004; Sierra, 2004b). Estos reclamos femeninos implican en muchos casos un cuestionamiento al hecho de vivir con la familia del marido, donde reciben agresiones de miembros de sus familias políticas, y no tienen autoridad en las decisiones domésticas. Al presentarse las mujeres a realizar sus denuncias, en el municipio se elaboran actas de conciliación que establecen los acuerdos a los que se llegan; estas actas constituyen importantes fuentes para los estudios de antropología jurídica. En estos acuerdos ocurre por lo general que los tradicionales roles de género no se modifican, aunque las mujeres logran ganar ciertos espacios en sus negociaciones conyugales. Por ejemplo, un acuerdo típico es aquel que establece que la mujer acepta realizar sus quehaceres domésticos y respetar a su marido, exigiendo a su vez que él la respete en su integridad física y moral; mientras el hombre se compromete a trabajar y a cuidar que nada falte a su esposa y a sus hijos, y a respetar y no volver a maltratar a su esposa (Chenaut, 2001). A pesar de que en este caso se mantienen inalterados los roles de género tradicionales, la mujer obtiene que su marido firme un compromiso escrito de respetarla en su integridad física y moral; en caso que el hombre no cumpla, ella puede utilizar el acta firmada en el juzgado para presionarlo, e incluso iniciar acción penal por las agresiones cometidas. Un ejemplo como este muestra que, aunque el derecho estatal es hegemónico, también se aprecia que -en lo que concierne a las relaciones de género- se convierte en un espacio de negociación y uso estratégico del derecho por parte de las mujeres, quienes buscan por este medio obtener respeto para sí y sus hijos y una vida libre de violencia.

Los planteamientos realizados en páginas anteriores se complementan con las voces y testimonios de las mujeres de México y América Latina que pertenecen a organizaciones indígenas, quienes están realizando reflexiones críticas acerca de la situación de género que les toca vivir (Sánchez Néstor (coord.), 2005). Una voz que se levanta es la de Eufrosina Cruz Mendoza, mujer indígena zapoteca de Oaxaca, quien sostuvo: "Las mujeres somos... como una pared blanca en la que nadie se atreve a escribir. Yo me arriesgué, y estoy enfrentando a una cantidad inmensa de obstáculos que no sé cómo derribaré" (*El País*, 10-02-2008). Esta mujer se postuló para ser electa presidenta municipal de su municipio, pero no lo consiguió debido a que, de acuerdo al sistema de "usos y costumbres", en este municipio las mujeres no pueden participar ni ser elegidas en las elecciones locales¹¹. Este caso es uno de los numerosos ejemplos que muestran la situación de inequidad de género que se vive en gran parte de las comunidades indígenas del país. Cuestionando estas prácticas, mujeres que pertenecen a organizaciones indígenas han elevado su voz para reclamar el reconocimiento de sus derechos humanos y de género. Esto implica que en diversos foros han manifestado su interés porque cambien las costumbres que las afectan, como el matrimonio a edad temprana concertado por los padres, la violencia doméstica que padres, maridos o hermanos ejercen contra ellas, la práctica de no heredarles tierra y no poder ocupar cargos en las comunidades, entre otras¹². Sus reclamos, que apuntan a cuestionar las relaciones de poder y jerarquía de género en sus comunidades, no impiden que ellas reconozcan la existencia de costumbres que aceptan y no se proponen cambiar (como la producción de artesanías, las fiestas, la vestimenta, arte e idioma, entre otras).

Es necesario destacar la visibilidad que las mujeres indígenas han adquirido en este proceso a lo largo de los años (desde principios de la década de 1990), y el hecho de que fueron ganando espacios en sus comunidades y organizaciones. Interesa aquí destacar dos cuestiones. Por un lado, que sus planteamientos cuestionan el sistema jurídico vigente en

el país, en referencia a la discriminación de la que son objeto en la impartición de la justicia estatal, la necesidad de democratizar el Estado, y reclaman que se realicen modificaciones a la legislación mexicana para que se promueva el reconocimiento de los derechos de las mujeres, y en particular de las mujeres indígenas. Por ejemplo, piden que se modifique la legislación agraria para que ellas puedan heredar la tierra y convocan a la aplicación de los convenios internacionales de derechos indígenas firmados por México (como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo) (Gutiérrez y Palomo, 1999). Sus reclamos promueven la equidad de género y el respeto a la diferencia en la legislación, al mismo tiempo que cuestionan algunos de los fundamentos del derecho indígena, en la medida en que el género es una categoría que atraviesa la vida social. La participación de las mujeres indígenas en las diversas organizaciones ha implicado que asuman mayor poder en el interior de sus familias y comunidades, motivando en muchos casos una subversión de los tradicionales roles de género, ya que comenzaron a salir de las comunidades, realizar viajes, mantener relaciones de trabajo con otros hombres que no son sus maridos, etc. Esto ha implicado un fortalecimiento de su identidad como mujeres, pero el camino no ha estado libre de obstáculos, como lo revelan diversos testimonios que indican que han sido cuestionadas por familiares y miembros de las comunidades, produciéndose tensiones producto de la relativa independencia femenina, en el centro de las cuales se encuentra el poner en duda su reputación y el ejercicio de sus roles de esposas, madres y amas de casa. Además, es necesario tener en cuenta que para algunos sectores de intelectuales y miembros del movimiento indígena organizado, se ha manifestado el temor de que los planteamientos sobre la desigualdad de género en el medio indígena pueda proporcionar argumentos para cuestionar al movimiento indígena y sus demandas de autonomía. Sin embargo, las mujeres indígenas organizadas están reflexionando sobre sus demandas, y piden el reconocimiento a sus derechos humanos y de género, así como a sus derechos colectivos, ya que en

todo momento plantean que sus luchas se insertan en las del movimiento indígena por los derechos colectivos (Sánchez Néstor (coord.), 2005). Este temor constituye uno de los elementos para comprender la tardanza en reconocer la importancia de la perspectiva de género en los estudios de las prácticas jurídicas y la diversidad cultural en el campo de la antropología jurídica en México y América Latina.

El caso de las demandas de las mujeres indígenas organizadas ha ejercido impacto en los estudios de antropología jurídica en México. Por un lado, muestran que el funcionamiento del derecho indígena se encuentra permeado por relaciones de poder y jerarquías de género en el medio indígena, que hacen muchas veces difícil la obtención del consenso en las decisiones que conciernen a la familia y a la comunidad, así como en las conciliaciones indígenas. Por otro lado, han nutrido el debate sobre multiculturalidad y derechos indígenas, en la medida en que sus demandas por el reconocimiento de derechos colectivos e individuales y de género representan una postura novedosa, ante la clásica dicotomía que considera como opuestos a los derechos individuales y derechos colectivos. Hernández Castillo y Sierra (2005) relacionan este debate con la construcción de un pensamiento feminista que debe reconocer la diferencia. De esta manera, se unen a los reclamos que cuestionan la existencia de un feminismo hegemónico, que impone una visión de género que es producto de una concepción liberal sobre los derechos humanos (Sierra, 2004c). El feminismo alternativo que plantean estas autoras -influenciadas por el pensamiento feminista de autoras como Chandra Mohanty (2003), Maxine Molyneux y Shahra Razavi (2002), entre otras-, reside en debatir el tema de los derechos humanos en el interior de los pueblos indígenas, en un diálogo intercultural que contemple los marcos históricos y contextos culturales de cada grupo en cuestión. Esto implica considerar que un discurso global como el de los derechos humanos debe relacionarse con contextos históricos, social y culturalmente situados.

Consideraciones finales

Los intensos debates que desde la década de 1990 han tenido lugar sobre los derechos humanos y los derechos indígenas se nutrieron con el aporte interdisciplinario de abogados, sociólogos, historiadores y antropólogos, entre otros, que desde distintos enfoques y perspectivas han contribuido a estas discusiones. Tal es el caso de la extensa literatura que se ha originado en el país sobre el tema de la autonomía y de los procesos jurídicos y políticos que han tenido lugar en estados de la federación como Oaxaca y Chiapas. Sin embargo, el tema del derecho y el género ha estado en gran medida ausente en estas discusiones. Recién en los últimos años se ha suscitado un creciente interés por este tipo de estudios. La intersección de los estudios de género y antropología jurídica en México muestra la situación de las mujeres indígenas desde la perspectiva de los conflictos que las involucran, las normatividades que las rigen, los usos que realizan del derecho, y los derechos que reivindican. Esto remite a varias cuestiones. En primer lugar, la constatación de que las jerarquías de género se encuentran presentes en la cotidianeidad de las comunidades indígenas, y están siendo cuestionadas por las mismas mujeres, quienes así reflexionan acerca de algunos de los fundamentos sobre los que se constituye el derecho indígena. Este cuestionamiento de prácticas (como la violencia doméstica) y normas (como la herencia de la tierra a los varones) es una muestra de que las mujeres indígenas se consideran insertas en procesos de cambio social, jurídico e histórico, y que son promotoras de este cambio. De esta manera, en algunas regiones indígenas del país participan activamente en conflictos familiares, cuestionando el modelo indígena tradicional de transmisión de la herencia de la tierra, que otorga preferencia a los hijos varones. Las mujeres en la actualidad disputan con sus padres y hermanos, reclamando un derecho a la tierra que les corresponde de acuerdo a la ley como hijas que son. Hay en sus propuestas un reconocimiento de la situación de interlegalidad en la que se encuentran insertas, promoviendo la utilización de referentes normativos del derecho

indígena y estatal sobre los cuales crear y recrear su identidad. En este sentido, el pluralismo jurídico se despliega en su dinamismo y vitalidad, mostrando la imbricación de órdenes normativos diferenciados.

Por otro lado, desde los estudios de género y antropología jurídica emerge la constatación de que cuestionar ciertas normas y prácticas de la sociedad indígena no implica un rechazo total a las formas culturales que sustentan su vida cotidiana. Se destaca el tema de las construcciones identitarias, y de la capacidad de agencia de los actores sociales para seleccionar su tradición y construir su propia historia. Lo que aparece en forma constante en las distintas investigaciones realizadas es el hecho de que las mujeres indígenas hacen un uso constante y activo del derecho (indígena y estatal), como una forma de ejercer su agencia, cuestionando normas locales, reclamando derechos (como ser a los bienes), denunciando formas de violencia doméstica e interpersonal, negociando roles de género. Por lo tanto, se manifiesta el carácter dual del derecho: por un lado, ejerce dominación a través de sus formas de sancionar y castigar, así como imponiendo normatividades, conceptos y categorías jurídicas. Pero por otro lado, el derecho se convierte en un medio para desahogar reclamos y agravios, y para resistir determinadas formas de dominación (Chiarotti, 2006). En el caso de la sociedad indígena, en que las mujeres se encuentran insertas en relaciones de desigualdad, el derecho se convierte en un medio para reacomodar las relaciones sociales y obtener derechos y garantías que se reclaman. Sin embargo, como se ha destacado en páginas anteriores, el derecho no está exento -tanto en sus normas como en sus prácticas- de mantener ideologías de subordinación de las mujeres, y en no pocos casos la administración de justicia se encuentra permeada por el racismo y las desigualdades de género.

La antropología jurídica ha comenzado a mostrar las múltiples intersecciones entre derecho y género en el medio indígena, pero se requiere profundizar en estos estudios y extender la mirada a otros temas y perspectivas de investigación. En América Latina están emergiendo nuevas

dimensiones en los trabajos sobre género y antropología jurídica, como es el caso de las investigaciones colaborativas, en que académicas y mujeres indígenas elaboran textos en forma conjunta, con el objeto de contribuir a las luchas de las mujeres indígenas y reflexionar desde una posición comprometida. Las mujeres indígenas ya se están atreviendo a relatar su propia historia, y están dejando de ser una pared blanca en la que nadie se atreve a escribir. Por último, me interesa expresar que la emergencia de nuevas identidades y sujetos en la realidad del México contemporáneo solo podrá comprenderse en la medida en que la antropología jurídica sea capaz de mantener, profundizar y recrear el diálogo intercultural e interdisciplinario con una perspectiva de género.

Notas

¹ Artículo publicado en la revista *Papeles de Trabajo*, Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional de Rosario, Argentina, N° 15, Diciembre 2007, pp. 47-72.

Agradezco los comentarios a una versión preliminar de este texto realizados por Helga Baitenmann, Rosalva Aída Hernández Castillo, María Teresa Sierra y Ann Varley. La responsabilidad de la versión final es solo mía. Algunos de los temas que aquí se exponen han sido presentados en Baitenmann, Chenaut y Varley (2010).

² Véase, entre otros, las monografías de Villa Rojas (1978) y Vogt (1969). En los Altos de Chiapas, desde la década de 1940 se realizaron varias investigaciones que abordaron los temas de las formas de control social y las prácticas de la justicia indígena (Dorotinsky, 1990).

³ Posteriormente, Collier regresó a Chiapas en 1997 y 1998, realizando nuevas observaciones sobre los procedimientos legales zinacantecos. Una consecuencia que se deriva del nuevo material de esta autora, en el que utiliza una perspectiva de género, reside en constatar el hecho de que el cambio social impacta en las dinámicas familiares, en los sistemas normativos y en el modo de resolver las disputas (Collier, 2004).

⁴ Por razones de espacio, en este artículo solo se citan las monografías que ambas autoras escribieron como producto de las investigaciones que realizaron en México a mediados del siglo XX.

⁵ En las comunidades rurales la administración de justicia no es ejercida por profesionales del derecho, sino por miembros de la comunidad, cuyas funciones se encuentran articuladas con el poder judicial de sus respectivos estados o provincias.

⁶ No se ha realizado la suficiente investigación de campo como para determinar el uso que las mujeres realizan del derecho en todas las diferentes regiones indígenas del país. Puede haber considerables variaciones, atendiendo a diferentes condiciones sociales y culturales. Los datos que aquí se utilizan se basan en lo fundamental en mi investigación entre los totonacas de Veracruz, y en los trabajos de Jane F. Collier y Anna María Garza Caligaris entre los tzotziles de Chiapas; María Teresa Sierra, Ivette Vallejo Real, Beatriz Martínez Corona y Susana Mejía Flores entre los nahuas de la Sierra Norte de Puebla; Rosalva Aída Hernández Castillo en el estado de Chiapas, y Laura Nader entre los zapotecos de Oaxaca. Véase la bibliografía que remite a algunas de las publicaciones de estas autoras, ya que por limitaciones de espacio no es posible citar todas sus obras.

⁷ Código Penal del estado de Veracruz, 15 de agosto de 1896, art. 784 y 789.

⁸ Las y los historiadores del siglo XIX han tratado estos temas. Véase, entre otros, Barragán (2002) y Caulfield, Chambers y Putnam (eds.) (2005).

⁹ Un análisis de los códigos penales vigentes en México se encuentra en Szasz (2010), quien sostiene que en ellos predomina una concepción de género que discrimina a las mujeres.

¹⁰ Estos conflictos familiares son usuales en el México indígena y rural, como lo han señalado también González Montes (2010) y Sierra (2004b).

¹¹ De acuerdo a reformas legislativas realizadas en 1995 y 1998, en el estado de Oaxaca se puede elegir a las autoridades municipales según el sistema electoral de "usos y costumbres" (que está regulado por los mecanismos de elección del derecho indígena), o por el régimen de partidos políticos. La mayoría de los 570 municipios oaxaqueños eligen sus autoridades municipales de acuerdo con el primero (Recondo, 2001). Como resultado de la lucha de las mujeres indígenas, el Congreso estatal aprobó una reforma legal que obliga al sistema de "usos y costumbres" a respetar el derecho de las mujeres a participar en política (*El Universal*, 19-04-2008). Eufrosina continuó defendiendo los derechos de las mujeres, y en la actualidad es diputada local y desde noviembre de 2010 se desempeña como presidenta de la Mesa Directiva de la LXI Legislatura de Oaxaca (*Milenio*, 13-11-2010).

¹² Hay una vasta literatura sobre este tema. Véase, entre otros, Hernández Castillo (2001; 2004), Sierra (2004c), Palomo Sánchez (2006) y las contribuciones que se encuentran en Sánchez Néstor (coord.) (2005).

Referencias

- Alberti Manzanares, Pilar, 2004, El discurso polifónico acerca de las mujeres indígenas en México: académicas, gobierno e indígenas, en Sara Elena Pérez-Gil Romo y Patricia Ravelo Blancas (coords.), *Voces disidentes. Debates contemporáneos en los estudios de género en México*, CIESAS/Cámara de Diputados/Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, D.F., pp. 183-220.
- Baitenmann, Helga, Victoria Chenaut y Ann Varley, 2010, Introducción, en Helga Baitenmann, Victoria Chenaut y Ann Varley (coords.), *Los códigos del género. Prácticas del derecho en el México contemporáneo*, Programa Universitario de Estudios de Género-UNAM/UNIFEM, México D.F., pp. 19-80.
- Barragán, Rossana, 2002, La igualdad ausente: patria potestad, violencia legitimizada y sus continuidades en Bolivia en el siglo XX, en Marco A. Calderón Mólgora, Willem Assies y Tom Salman (eds.), *Ciudadanía, cultura política y reforma del Estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich., pp. 59-85.
- Barragán, Rossana, Carmen Soliz, Jorge Derpic y Paula Barragán, 2005, La violación como prisma de las relaciones sociales y el entramado estatal en el ámbito jurídico. Etnografía y hermenéutica de la justicia, en Pamela Calla (coord.), *Rompiendo silencios: una aproximación a la violencia sexual y al maltrato infantil en Bolivia*, Coordinadora de la Mujer/Defensor del Pueblo/Embajada Real de Dinamarca/UNICEF/Unión Europea/Equidad, La Paz, Bolivia, pp. 45-199.
- Caulfield, Sueann, Sarah C. Chambers & Lara Putnam (eds.), 2005, *Honor, status and law in modern Latin America*, Duke University Press, Durham y Londres.
- Chenaut, Victoria, 2001, Disputas matrimoniales y cambio social en Coyutla, Veracruz (México), *Boletín Antropológico*, año 20, Vol. III, 53,

Universidad de Los Andes, Venezuela, septiembre-diciembre, pp. 293-312.

Chenaut, Victoria, 2004, Prácticas jurídicas e interlegalidad entre los tonacas en el Distrito Judicial de Papantla, Veracruz, en M. T. Sierra (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS/Cámara de Diputados/Miguel Ángel Porrúa Editor, México D.F., pp. 237-298.

Chenaut, Victoria, 2008, Relaciones honorables. El género en la legislación penal de Veracruz en el siglo XIX, en Fernanda Núñez Becerra y Rosa María Spinoso Arcocha (coords.), *Mujeres en Veracruz. Fragmentos de una historia*, Gobierno del Estado de Veracruz, Xalapa, pp. 85-103.

Chenaut, Victoria, 2010, Las mujeres indígenas y el derecho: la prisión como experiencia de género, en H. Baitenmann, V. Chenaut y A. Varley (coords.), *Los códigos del género. Prácticas del derecho en el México contemporáneo*, Programa Universitario de Estudios de Género-UNAM/UNIFEM, México D.F., pp. 201-223.

Chiarotti, Susana, 2006, Utilizar la ley como herramienta de cambio. El CLADEM, red regional de feministas que trabajan con el derecho, en Nathalie Lebon y Elizabeth Maier, *De lo privado a lo público. 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina*, Siglo XXI/UNIFEM/LASA, México D.F., pp. 380-390.

Collier, Jane F., 1973, *Law and social change in Zinacantan*, Stanford University Press, Stanford, (versión en español: Collier, Jane F., 1995, *El derecho zinacanteco. Procesos de disputar en un pueblo indígena de Chiapas*, CIESAS/UNICACH, México D.F.).

Collier, Jane F., 2004, Cambio y continuidad en los procedimientos legales zinacantecos, en M. T. Sierra (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*. CIESAS/Cámara de Diputados/Miguel Ángel Porrúa Editor, México D.F., pp. 57-114.

- Dorotinsky, Deborah, 1990, Investigación sobre costumbre legal indígena en los Altos de Chiapas (1940-1970), en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (comps.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, D.F., pp. 65-94.
- Garza Caligaris, Anna María, 2002, *Género, interlegalidad y conflicto en San Pedro Chenalhó*, Universidad Autónoma de Chiapas/UNAM, San Cristóbal de las Casas.
- Ginzburg, Carlo, 1997, *El queso y los gusanos. El cosmos, según un molinero del siglo XVI*, Muchnik, Barcelona.
- González Montes, Soledad, 2010, Conflictividad conyugal y separaciones en un municipio rural del centro de México, en H. Baitenmann, V. Chenaut y A. Varley (coords.), *Los códigos del género. Prácticas del derecho en el México contemporáneo*, Programa Universitario de Estudios de Género-UNAM/UNIFEM, México D.F., pp. 253-274.
- Gutiérrez, Margarita y Nellys Palomo, 1999, Autonomía con mirada de mujer, en Aracely Burguete Cal y Mayor (coord.), *México: experiencias de autonomía indígena*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas/Centro de Capacitación para el Desarrollo de los Pueblos Indios, Guatemala, pp. 54-86.
- Hernández Castillo, Rosalva Aída, 2001, Entre el etnocentrismo feminista y el esencialismo étnico. Las mujeres indígenas y sus demandas de género, *Debate Feminista*, 12, 24, México D.F., pp. 206-229.
- Hernández Castillo, Rosalva Aída, 2004, El derecho positivo y la costumbre jurídica: las mujeres indígenas en Chiapas y su lucha por el acceso a la justicia, en Marta Torres Falcón (comp.), *Violencia contra las mujeres en contextos urbanos y rurales*, El Colegio de México, México D.F., pp. 335-377.

- Hernández Castillo, Rosalva Aída y María Teresa Sierra, 2005, Repensar los derechos colectivos desde el género. Aportes de las mujeres indígenas al debate de la autonomía, en M. Sánchez Néstor (coord.), *La doble mirada. Voces e historias de mujeres indígenas latinoamericanas*, UNIFEM/Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir, México D.F., pp. 105-120.
- Martínez Corona, Beatriz y Susana Mejía Flores, 1997, *Ideología y práctica en delitos cometidos contra mujeres: el sistema judicial y la violencia en una región indígena de Puebla*, Colegio de Postgraduados, Puebla.
- Mohanty, Chandra Talpade, 2003, *Feminism without borders. Decolonizing theory, practicing solidarity*, Duke University Press, Durham and London.
- Molyneux, Maxine & Shahra Razavi (eds.), 2002, *Gender justice, Development and rights*, Oxford University Press, London.
- Nader, Laura, 1990, *Harmony ideology. Justice and control in a zapotec Mountain Village*, Stanford University Press, Stanford. (Versión en español: Nader, Laura, 1998, *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, Instituto Oaxaqueño de las Culturas/Fondo Estatal para la Cultura y las Artes/CIESAS, México).
- Palomo Sánchez, Nellys, 2006, Las mujeres indígenas: surgimiento de una identidad colectiva insurgente, en Nathalie Lebon y Elizabeth Maier, *De lo privado a lo público. 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina*, Siglo XXI/UNIFEM/LASA, México D.F., pp. 236-248.
- Recondo, David, 2001, Usos y costumbres, procesos electorales y autonomía indígena en Oaxaca, en Lourdes de León Pasquel, *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, México, D.F., pp. 91-113.

- Sánchez Néstor, Martha (coord.), 2005, *La doble mirada. Voces e historias de mujeres indígenas latinoamericanas*, UNIFEM/Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir, México D.F.
- Santos, Boaventura de Sousa, 1987, Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law, *Journal of law and society*, Vol. 14, 3, Autumn, pp. 279-302.
- Sierra, María Teresa, 1995, Articulación jurídica y usos legales entre los nahuas de la Sierra de Puebla, en Victoria Chenaut y María Teresa Sierra (coords.), *Pueblos indígenas ante el derecho*, CIESAS/CEMCA, México D.F., pp. 101-121.
- Sierra, María Teresa, 2004a, Hacia una interpretación comprensiva de la relación entre justicia, derecho y género: los procesos legales en regiones indígenas, en M.T. Sierra (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS/Cámara de Diputados/Miguel Ángel Porrúa Editor, México D.F., pp. 11-56.
- Sierra, María Teresa, 2004b, Interlegalidad, justicia y derechos en la Sierra Norte de Puebla, en M.T. Sierra (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS/Cámara de Diputados/Miguel Ángel Porrúa Editor, México D.F., pp. 115-186.
- Sierra, María Teresa, 2004c, Diálogos y prácticas interculturales: derechos humanos, derechos de las mujeres y políticas de identidad, *Desacatos*, 15-16, CIESAS, México, D.F., pp. 126-147.
- Sierra, María Teresa (ed.), 2004, *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*. México D.F., CIESAS/Cámara de Diputados/Miguel Ángel Porrúa Editor.
- Sierra, María Teresa, 2010, Mujeres indígenas ante la ley y la costumbre: las ideologías de género en las prácticas de la justicia, en H. Baitenmann, V. Chenaut y A. Varley (coords.), *Los códigos del género. Prácticas*

- del derecho en el México contemporáneo*, Programa Universitario de Estudios de Género-UNAM/UNIFEM, México D.F., pp. 177-199.
- Smart, Carol, 1994, La mujer del discurso jurídico, en Elena Larrauri (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo XXI, España.
- Szasz, Ivonne, 2010, Pecados, anormalidades y derechos: género y sexualidad en los códigos penales mexicanos, en H. Baitenmann, V. Chenaut y A. Varley (coords.), *Los códigos del género. Prácticas del derecho en el México contemporáneo*, Programa Universitario de Estudios de Género-UNAM/UNIFEM, México D.F., pp. 107-129.
- Vallejo Real, Ivette Rossana, 2004, Relaciones de género, mujeres nahuas y usos de la legalidad, en M.T. Sierra (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS/ Cámara de Diputados/Miguel Ángel Porrúa Editor, México D.F., pp. 187-236.
- Villa Rojas, Alfonso, 1978 [1945], *Los elegidos de Dios. Etnografía de los mayas de Quintana Roo*, Instituto Nacional Indigenista, México, D.F.
- Vogt, Evon, 1969, *Zinacantan, A maya community in the highlands of Chiapas*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, Massachussets.
- West, Candance & Don H. Zimmerman, 1991, Doing gender, in Judith Lorber & Susan A. Farrell (eds.), *The social construction of gender*, Sage, Newbury Park, California, pp. 13-37.

LOS DIVERSOS CAMINOS DEL PLURALISMO JURÍDICO: HACIA UNA REFLEXIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL

Sarela Paz

Avanzar sobre las nuevas formas de Estado o profundizar en la reflexión de la forma política del Estado Plurinacional implica, efectivamente, no solo mirar los postulados de este, sino también entender cómo el desarrollo del pluralismo jurídico está comprometiendo la dimensión institucional del Estado moderno y los planteamientos del naciente Estado Plurinacional en la región andina. Las bases jurídico-políticas con que se conformaron los Estados de los siglos XIX y XX, en buena medida, han implicado el desarrollo de una esfera jurídica caracterizada por una comprensión monista de la vida política institucional de los Estados. Aún así, el pluralismo jurídico estuvo presente a través de una serie de acuerdos institucionales que fueron las bases para formular y plantear la figura de coexistencia de sistemas jurídicos distintos.

Ciertamente, lo afirmado se muestra en experiencias como las del *Commonwealth* que permitieron desarrollar una coexistencia de sistemas jurídicos diferentes entre Gran Bretaña y sus colonias, sobre todo africanas. Hoy día es posible registrar grandes cambios en el ejercicio de la práctica jurídica, lo cual impacta de manera considerable la vida institucional de los Estados. La variable cultura como un derecho político de pueblos que son cobijados por un Estado ha cambiado las normas institucionales de este, así como el registro de poder inscrito territorialmente,

y los procedimientos jurídicos han adquirido una dimensión de pluralidad que no puede ser procesada por el razonamiento monista que hegemonizó el derecho en una buena parte del siglo XX.

Un contexto de tal naturaleza pone en primer plano la necesidad de profundizar los debates del pluralismo jurídico, sus implicancias para la vida institucional del Estado y, sobre todo, la manera en que las normas que regulan la vida pública deben ser transformadas. Bajo esa lupa, el presente texto abordará los lineamientos generales que produjeron un pluralismo jurídico basado en el horizonte de la coexistencia de sistemas jurídicos y cómo dichos fundamentos están siendo transformados por los cambios constitucionales que se propone el Estado Plurinacional; dichos cambios muestran que el pluralismo jurídico ya no es solamente aquella práctica jurídica que se fundamenta en la coexistencia o en el reconocimiento de dos sistemas jurídicos que tienen ámbitos definidos de jurisprudencia, sino también una cancha jurídica sujeta a la interpretación intercultural.

El desplazamiento que se está produciendo en la forma política del Estado nos genera interrogantes necesarias de abordarse en el análisis. ¿Qué implicancias tiene para el Estado que la noción de pluralismo jurídico ya no esté exclusivamente relacionada a los principios de coexistencia de dos sistemas jurídicos, sino más bien a principios interculturales en el sistema jurídico? ¿Cómo ello impacta en la vida político-institucional del Estado y qué fundamentos le agrega el llamado constitucionalismo plurinacional? En ese sentido, ¿por qué el desarrollo del pluralismo jurídico, más allá de la coexistencia, genera nuevos modelos de Estado? Son preguntas que buscaremos abordar para avanzar en la reflexión mayor sobre pluralismo jurídico y modelos de Estado.

La coexistencia como principio de pluralismo jurídico

El estudio de la dimensión jurídica de las sociedades ha sido una constante desde los orígenes de la antropología. Sin embargo, es a partir de la discusión entre Max Gluckman y Paul Bohannan respecto a la pertinencia de utilizar el concepto de derecho para denominar las normas de conducta que regían a las "sociedades primitivas", lo que permite desarrollar una serie de trabajos donde se intenta explicar los sistemas jurídicos como el conjunto de normas que cumplen una función de cohesión y solidaridad interna dentro de un grupo determinado, así como los contactos de ese grupo con otras culturas -en especial con Occidente-, utilizando además la comparación entre sistemas jurídicos (Gluckman, 1965a y Mauss, 1991). Aunque desde distintas perspectivas teóricas dichos trabajos tienen como constante la subordinación de lo jurídico a la dimensión cultural y, en este mismo sentido, la afirmación de que cada sistema cultural corresponde a un sistema jurídico diferenciado que da cohesión interna a la sociedad nativa, se mira muy poco el proceso histórico de cambio e hibridación de estos sistemas jurídicos.

Efectivamente, los trabajos de Gluckman acerca de la teoría antropológica y el conflicto (1940) se caracterizan por un esfuerzo de aproximación científica al sistema normativo de las sociedades tribales africanas, a los principios y valores que son vistos a la luz del conflicto y la cohesión social como sistemas morales que reflejan: orden social, mecanismos de ruptura, negociación y mediación en busca de un equilibrio social. Para Gluckman, los sistemas jurídicos de las sociedades tribales, antes que ser un horizonte de derecho, son sistemas de costumbre que reflejan la cultura de los pueblos, y por ello deben ser estudiados como sistema. Nuestro autor introduce la categoría "costumbre" como condición normativa de las comunidades tribales diferente al derecho. En trabajos tan importantes como *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia* (1955) o *The ideas in Barotse jurisprudence*

(1965b), Gluckman nos propone analizar cómo las normas sociales producidas culturalmente influyen en los juicios tribales.

Usando el espacio de análisis de las Cortes Tribales Nativas, y calificándolas como agentes morales de costumbres y conflictos en África, sus estudios de antropología jurídica tienen como centro de reflexión la Ley Tribal. Ella, además de ser un procedimiento normativo que orienta la resolución de conflictos en la sociedad, es también un espacio de agenciamiento donde los individuos producen visiones y percepciones de su sistema normativo:

[H]ay conflictos entre los intereses de distintos individuos dentro de un grupo y entre los intereses de los grupos menores dentro una sociedad mayor. Hay también conflictos entre la sociedad con sus leyes y los individuos y grupos que componen la sociedad: estos conflictos se enfocan en los líderes que tienen para aplicar la ley, por lo cual, en la resolución de las disputas y otras acciones de los líderes, surge la hostilidad en contra de la autoridad, la que es planteada en términos del conflicto entre los ideales del cargo y la fragilidad de la persona que ocupa ese cargo en cualquier momento. Aquellos que no están satisfechos no se culpan a sí mismos ni a las situaciones de conflictos contrapuestos: ellos dicen que el líder es insatisfactorio (Gluckman, 1965a: 37 [traducción propia]).

Además de la figura de agenciamiento como hecho de movilización de los individuos de la sociedad tribal ante sus normas y costumbres, Gluckman plantea que estamos ante sistemas que relacionan: 1º los individuos de la sociedad tribal, 2º segmentos de distintas sociedades tribales, 3º sociedades tribales con segmentos de la sociedad blanca; en otras palabras, sistemas de costumbre con un sistema de derecho mediados por relaciones raciales:

[R]ápidamente las situaciones que implican a las relaciones africanos-blancos se vuelven dominantes, y cada vez más zulúes se comportan como miembros del grupo africano en oposición al blanco. A su vez, estas situaciones afectan a las relaciones intra-africanas. Así, las tensiones entre grupos y valores diferentes producen fuertes conflictos tanto en la personalidad individual zulú como en la estructura social de Zululandia. Estos conflictos son parte de la estructura social cuyo equilibrio presente está marcado por los comúnmente denominados desajustes. Los mismos conflictos, contradicciones y diferencias en y entre los zulúes mismos y el grupo blanco, y los factores que superan estas diferencias, han mostrado ser la estructura de la comunidad zulú-blanca de Zululandia (Gluckman, 1940: 10 [traducción propia]).

Reflexiones y etnografías vastas acerca de la Ley de Costumbre y su funcionamiento en el contexto de relación entre colonias africanas con Inglaterra -esto es, relaciones políticas que implican también relaciones jurídicas inspiradas en el *Commonwealth*- dan como resultado importantes bases para pensar el pluralismo jurídico como coexistencia de normas jurídicas con distinta procedencia: una desarrollándose desde la costumbre y otra con origen en el derecho. Ciertamente, el criterio de coexistencia tiene un fundamento analítico que es la reflexión de sistema, y aunque Gluckman hace el esfuerzo por entender los procesos jurídicos de las Cortes Tribales Nativas en el marco del derecho del *Commonwealth*, lo cierto es que sus estudios sobre el campo jurídico en las sociedades sudafricanas muestran la condición de coexistencia como esferas que aunque mantengan la interrelación e influencia, se constituyen en un imaginario de relación separado racialmente. De ahí que el marco interpretativo de coexistencia termina concibiéndose como dos sistemas jurídicos distintos: el tribal y el de "hombres razonables" que se expresa en el derecho.

Cabe resaltar la relación de jerarquía inscrita en los análisis de Gluckman, pues nunca se reconoce al sistema tribal como un sistema jurídico que expresa una forma de derecho. Su definición y circunscripción como nor-

ma de costumbre hace que la figura de coexistencia jurídica sea una relación de jerarquía entre normas que tienen distinta procedencia, dando lugar a una concepción de lo jurídico como una esfera donde unas normas basadas en la costumbre no adquieren el rango de normas producidas por el derecho. Así, la coexistencia, antes que ser solamente la expresión de distintos sistemas jurídicos, es también la existencia de normas jurídicas que proceden de distintos sistemas y que adquieren un status diferenciado por su propio origen. Otro aspecto a resaltar en los trabajos de antropología jurídica de Gluckman es el rol de agenciamiento de los sujetos ante la norma y el derecho. La Ley de Costumbre y el derecho, en las etnografías jurídicas del autor sobre las Cortes Tribales Nativas, reflejan movilizaciones individuales y colectivas de sujetos que manifiestan fracturas, descontento, rebelión y reajuste del propio campo jurídico. Dicho agenciamiento es recuperado en los estudios de pluralismo jurídico como interlegalidad.

En este contexto es posible afirmar que la antropología jurídica latinoamericana, alimentándose de distintas tradiciones de pensamiento en el tratamiento de la norma como un hecho jurídico, empieza a dar énfasis a la temática de la interlegalidad, analizando y contrastando el derecho nacional con el derecho indígena, mostrando contradicciones y distancias, pero también relaciones entre ambos sistemas. El campo jurídico ya no es solamente un espacio de coexistencia, sino de interlegalidad (Sierra, 2004). El énfasis en el argumento de un derecho étnico frente a un derecho nacional deriva de la contrastación de dos modelos jurídicos: uno definido por leyes formales y otro sobre todo por trabajos etnográficos que muestran los sistemas jurídicos indígenas, en tanto un conjunto coherente de elementos que garantizan la cohesión interna y resisten en oposición a la influencia externa.

El esquema de análisis de coexistencia plantea una oposición entre distintos sistemas y entiende los distintos modelos como irreconciliables en la práctica jurídica. El análisis empírico registrado en los diversos estudios de casos en América Latina, sin embargo, muestra que en la práctica

ambos sistemas tienen una vinculación orgánica, derivada en lo fundamental del contexto socioeconómico en el que se desarrollan, tanto en el centro como en las ramificaciones del entramado. La contradicción entre el discurso y la práctica jurídica, entre el "deber ser" propuesto y el "ser" de una sociedad casi siempre heterogénea, comienza a dejar dudas respecto de estas explicaciones dicotómicas. En ese sentido, estudios jurídicos basados en casos concretos que se desenvuelven en la región de América Latina han mostrado la importancia de analizar la práctica judicial -tanto en contextos comunitarios como en otros más amplios-, la racionalidad y los procesos culturales, a través de los cuales se construye el pensamiento jurídico de los indígenas, en un contexto de interlegalidad. No obstante ello, dicho contexto está en relación con el modo en que los juristas y el personal judicial construyeron su propio conocimiento, construcciones basadas en una situación de dominación: estrategias estatales y locales de control social mediadas por relaciones de poder (Collier, 1995; Nader, 1998; Sierra, 1993).

Las observaciones empíricas en los espacios jurisdiccionales han permitido ver que la confrontación estructural entre los supuestos de dos grandes sistemas no da cuenta sobre cómo los usuarios de los distintos órganos judiciales utilizan las diversas posibilidades ofrecidas por ellos para alcanzar sus pretensiones y, en algunos casos, para subvertir o consolidar estructuras de poder local. Además, el acercamiento relacional a la temática hace posible observar cómo los operarios de los sistemas judiciales articulan sus funciones en aras de la subsistencia y eficacia que se puede lograr a la hora de impartir justicia y no necesariamente en una administración de justicia apegada a normas que proceden exclusivamente del derecho. Como demuestran los estudios de las autoras arriba mencionadas, los órganos judiciales en regiones indígenas de Latinoamérica consideran imprescindible el apoyo de las autoridades indígenas, quienes de alguna manera son auxiliares y muchas veces cómplices en su esfuerzo por impartir justicia.

Ello se explica no solo por el carácter de dominación inscrito en varios siglos, sino también porque los sujetos locales muchas veces encuentran convergencia de intereses con los agentes externos, en muchos casos funcionarios del poder judicial. De igual forma, en muchos momentos las autoridades indígenas utilizan el sistema judicial estatal como una válvula de escape en aquellos conflictos que podrían poner en entredicho su condición de autoridad y su legitimidad social. Lo mencionado revela que la práctica jurídica en ambos sistemas no solo se entrelaza sino también forma parte de la estructuración de poder a la hora de impartir justicia.

La interlegalidad como postulado de la práctica jurídica que pertenece al pluralismo jurídico hace que el marco interpretativo de coexistencia de sistemas jurídicos se abra a una condición de fronteras porosas, fronteras interculturales, porque se producen intersticios entre culturas que han sido interpretadas como sistemas separados. Sin embargo, antes de ahondar más en la temática, es necesario reflexionar acerca de algunas preguntas que nos ayudarán a contextualizar de qué estamos hablando cuando pensamos en pluralismo jurídico hoy en día.

Pensando el pluralismo jurídico más allá de la coexistencia

Si asumimos que la base y fundamento del pluralismo jurídico es la existencia de diversos sistemas jurídicos que operan en un mismo ámbito de jurisdicción territorial y que resuelven conflictos e impartición de justicia entre diversos tipos de sociedad, entonces es posible afirmar que estamos ante una práctica jurídica muy antigua, puesto que a lo largo de la historia los procesos de interrelación entre diversos sistemas políticos y culturales han supuesto códigos de interrelación en el campo jurídico. Concretamente, en América Latina la propia colonización implicó el desarrollo de un campo jurídico que soportaba normas procedentes de un sistema andino basado en la estructura del ayllu y normas que tenían origen en la vida institucional del Estado colonial (Platt, 1982). El derecho

indiano como tal sería susceptible de considerarse como uno de los principales rasgos de pluralismo jurídico, así como la división jurídico-política entre República de Españoles y República de Indios, instaurada en la región como uno de los fundamentos más importantes de las reformas del Virrey Toledo (1570-1580). Ambos hechos estarían expresando figuras tempranas de coexistencia de distintos sistemas jurídicos en la región de América Latina.

¿Podemos hablar de la existencia de un pluralismo jurídico en el periodo colonial? ¿En la propia expansión del Tawantinsuyu? ¿En su abolición o destierro en la construcción del Estado republicano? ¿Cuáles son los rasgos necesarios de ser identificados en el análisis para hablar de la existencia de un pluralismo jurídico? No obstante las afirmaciones expresadas en el párrafo anterior, propongo que no es posible pensar la categoría de pluralismo jurídico allí donde existan y convivan sistemas jurídicos distintos; el pluralismo jurídico no es una categoría que se pueda agotar en tan solo el imaginario de diversidad. Sostengo que la conceptualización del pluralismo jurídico no es solamente la coexistencia de distintos sistemas jurídicos, sino que es una categoría conceptual que está implicando una condición política que compromete la vida institucional del Estado. El pluralismo jurídico es más que solo diversidad de sistemas jurídicos, es más que la relación de dominación entre normas de costumbre y normas del derecho positivo, y es más que la concepción del derecho como fuente de norma que tiene origen en el Estado. El pluralismo jurídico está implicando nuevas y renovadas formas políticas de Estado. Tratemos de explicar este postulado.

Muchos investigadores consideran que el proceso de construcción jurídica en el Estado colonial formó bases importantes de un sistema jurídico susceptible de reconocerse como híbrido, mestizo o abigarrado, a través de los cabildos indígenas en América hispánica (Yrigoyen, 2001; Segato, 2011). Dicho sistema se caracteriza por el desarrollo de una ideología de tutela colonial que protegía pero a la vez coaccionaba a los pue-

blos indígenas, les reconocía principios de autonomía en el andamiaje político y jurídico bajo una condición de dependencia a la administración colonial. Normas y procedimientos propios de los Ayllus, Markas y Suyus fueron identificados como "usos y costumbres" que se realizaban bajo políticas segregacionistas coloniales. Para Raquel Yrigoyen (2009), estos hechos pueden ser identificados como un pluralismo jurídico subordinado, subterráneo que subsume la vida jurídica de la organización andina a procedimientos jurídicos españoles. La coexistencia de distintos sistemas jurídicos se hace patente bajo el reconocimiento de autoridades originarias y territorios originarios donde imperaba la norma producida en los propios Ayllus andinos.

No obstante esta situación y el registro de espacios considerables de autonomía para el funcionamiento jurídico y político de los Ayllus, Markas y Suyus en los Andes, la estructuración institucional del Estado colonial percibe al mundo indígena como un mundo social incapaz de producir derecho de "hombres razonables", un mundo expuesto a "unas costumbres y unos usos culturales" que son admitidas porque de ello depende la explotación de la mano de obra y la obtención del tributo. Contradicciones y tensiones del mundo colonial que no invalidan que se considere que el propio hecho colonial produce un espacio en el que el derecho del colonizador y el derecho del colonizado coexistan en la dinámica colonial. Una afirmación de tal naturaleza implicaría reconocer que el Estado colonial tenía un pluralismo jurídico de coexistencia entre el derecho europeo y el derecho indígena, ambos mediados por una relación de dominación a favor de la administración colonial.

Acá es importante destacar un aspecto fundamental para el debate del pluralismo jurídico y el uso conceptual que hacemos de él. Sostengo que el pluralismo jurídico es sobre todo un contradiscurso a una visión única, a una perspectiva monojurídica del derecho, al establecimiento de una sola fuente del derecho que se traduce en el Estado; por tanto, una invitación a pensar el Estado y sus instituciones en términos plurales. No en todos los

momentos de la historia una visión única de los hechos jurídicos se encarna plenamente en el Estado. Reconociendo que las pretensiones de hegemonizar y concentrar normas jurídicas forma parte de los objetivos que persigue un Estado, no todos los Estados han tenido la capacidad política, social y cultural de conseguir dicho fin, siendo el Estado moderno una forma política que -por su capacidad de irradiar su racionalidad a los ámbitos de la vida social y cotidiana- es el que más se acerca al control de los hechos jurídicos desde su institucionalidad. Para ello, el desarrollo de un pensamiento positivista, racional e ilustrado, jugó un rol fundamental.

Lo mencionado nos hace ver que la existencia de diversos sistemas jurídicos y la producción de normas orientadas a impartir justicia en la sociedad han sido y son fruto de la pluralidad social, pero solo en el Estado moderno estos diversos sistemas y estas diversas normas se han visto cercadas y limitadas en su acción por una irradiación estatal que no solamente los alcanza en su dinámica, sino que apunta a su anulación porque porta una visión de derecho como atribución exclusivamente estatal. Es a este proceso de concentración y visión única de los hechos jurídicos al que el discurso de pluralismo jurídico responde, impugnando la visión monocentrista del derecho positivo y reclamando la existencia de diversos sistemas jurídicos que coexistieron con el derecho estatal a lo largo de las diversas formaciones estatales.

Visualizar el núcleo del debate supone a la vez precisar el centro de la transformación institucional del Estado. Las situaciones de coexistencia de distintos sistemas jurídicos, de espacios sociales diversos donde se produce la norma, son un legado antiguo en las dinámicas del mundo social, siendo el discurso moderno del derecho el que formula que la esfera jurídica es atribución exclusiva del Estado. Entonces, el pluralismo jurídico como campo de acción teórica y práctica es una respuesta a las formas institucionales del Estado moderno.

¿Cómo la práctica jurídica y la vida institucional del Estado llegan a una comprensión del derecho como absoluto? Un aspecto tiene que ver con la cultura jurídica de los agentes especializados (abogados, jueces, juristas) que se manifiesta a través de determinados procesos sociales (educativos, políticos, económicos) que el Estado controla. Básicamente, un proceso a través del cual se instaura la verdad jurídica (Gómez, 1990), lo cual hace referencia a la serie de concepciones socioculturales que construyen los funcionarios judiciales en su práctica cotidiana de los tribunales. Estas verdades resultan poco comprensibles para muchas personas, pero al ser dadas por quienes tienen el control de los órganos judiciales se revisten de legalidad y son presentadas como coherentes, incuestionables e inmutables.

Las bases de un razonamiento que considera la "verdad jurídica" como distinta a la verdad social se da porque el propio derecho, a partir de que el positivismo se convierte en una corriente que lo hegemoniza, desprende la acción jurídica del mundo social. En esta comprensión el derecho deja de ser normas que produce la misma sociedad para pasar a ser normas producidas desde la razón o normas producidas por "hombres razonables". Así, su objeto de estudio se convierte en las normas legales y no la sociedad a la que estas normas pretenden regular. Como nos menciona Bobbio:

El paso de la teoría a la ideología del positivismo jurídico es el tránsito de la comprobación de un hecho a una valoración favorable del mismo: el sistema en vigor no es ya exclusivamente descrito e interpretado en forma objetiva, sino que se le acredita como un buen sistema o, abiertamente, como el mejor de todos. El efecto de este tránsito es la transformación de la teoría del derecho en teoría de la justicia, esto es, en doctrina que no quiere ya indicar qué es, en el plano práctico, el derecho, sino recomendar lo que, en el plano axiológico, considera justo (Bobbio, 1965, citado en García Máynez, 1999: 15).

Además de dicha condición en el campo jurídico, es muy importante destacar el siguiente aspecto: el advenimiento de una sociedad política donde los pueblos y su diversidad son identificados como elementos que deben dejarse en el terreno de lo vernáculo, o no deben formar parte de lo que institucionalmente es susceptible de regularse como lo público, tiene origen en el razonamiento kantiano que entiende el desarrollo de las bases morales de una sociedad desde el ámbito de la razón. La tradición kantiana alimenta la noción de derecho absoluto, en el sentido que las bases políticas de la construcción de un Estado y una nación -dentro de una comprensión constitucional basada en el ciudadano como categoría universal- se desprenden de toda forma singular, particular o cultural; se distancian de aquellos factores políticos que hoy día son registrados como elementos de la pluralidad.

El trazo racional de Kant sobre la definición de la ética y la moral, del deber ser como base de la autolegislación en toda sociedad, supone el desarrollo de una doctrina que se funda en principios no empíricos; no es derivada de una experiencia fortuita, ni de los impulsos subjetivos que provienen de la cultura. Nuestro autor, en su clásico texto *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, propone como condición indispensable de la sociedad autolegislada el distanciarse de las costumbres, del conocimiento empírico que es contingente. La cultura no debe ni puede informar los conceptos morales de una sociedad autolegislada. La experiencia empírica no sirve como fundamento para las leyes morales, porque impide reconocer la condición de universalidad a la cual se accede mediante la razón:

[E]sta metafísica de las costumbres, totalmente aislada y sin mezcla alguna de antropología, ni de teología [...] no es solo un indispensable sustrato de todo conocimiento teórico y seguramente determinado de los deberes, sino al mismo tiempo un desiderátum de la mayor importancia [...] la representación pura del deber y, en general, de la ley moral, sin mezcla alguna de ajenas adiciones de atractivos empíricos (Kant, 2000: 32).

Las expresiones de particularismo en gran medida desencadenadas de la cultura tan solo muestran intereses específicos de la sociedad. La voluntad empírica es una expresión de la contingencia de los sujetos, jamás fruto de la razón, hecho por el cual no alcanza universalidad, no alcanza validez como una máxima de la ley. Solo la razón que se distancia del mundo sensible nos produce el hecho político de la universalidad de los fines. La universalidad es, desde Kant, una definición a priori que emana de la razón y no de las experiencias concretas del sujeto que están constantemente intervenidas por intereses inmediatos.

El impacto de la comprensión kantiana como expresión de un horizonte positivista en la vida institucional del Estado y el ejercicio del derecho, cimienta bases profundas para considerar el campo del derecho como algo absoluto, algo que no está en relación con la cultura ni con las expresiones políticas particulares de los pueblos que conforman un Estado. En el debate deberemos reconocer que ello se constituye en el núcleo duro que ha sido deconstruido por el discurso del pluralismo jurídico, mucho más cuando las tres últimas décadas han significado retomar el debate para pluralizar el Estado y su política pública, lo cual supone pluralizar la noción de nación que acompañó el desarrollo del Estado moderno. En otras palabras, el pluralismo jurídico cuestiona las visiones monocentristas del derecho positivo, pero su propio debate se alimenta de reflexiones que ponen en discusión el concepto de nación como una expresión culturalmente homogénea.

El concepto de nación conformada por individuos que devienen en ciudadanos solo a través de una voluntad común de la comunidad política, es lo que permite instaurar un cuerpo político asociado que vive bajo una ley común; representados por una misma legislatura se produce (en teoría) una homogeneidad de las prácticas políticas y jurídicas que conforman las instituciones del Estado. La nación se perfila, por tanto, como un concepto político y no natural, derivado de una acción racional del indivi-

duo que se expresa en su forma ciudadana. Para Sieyès, teórico francés del Poder Constituyente y activo miembro de la primera Asamblea Nacional Constituyente instaurada después de las revueltas francesas de 1789, la nación está dotada de un estatuto teórico político que se constituye en el fundamento del edificio representativo de base democrática (citado en Máiz, 2007).

El criterio positivista de la comunidad política concibe a la nación como un todo único, sin criterios institucionales o jurídicos de inclusión o exclusión; no se trata de un conjunto de pequeñas naciones, no es una distinción de un "nosotros" y "ellos", es un concepto puramente cívico-político, desasido de toda referencia cultural, histórica o lingüística. Así, el Estado y su vida institucional son comprendidos desde un patriotismo cívico que se opone a nacionalismos étnicos y se presenta como una forma de asimilación de regiones, lenguas y culturas preexistentes (Sieyès, citado en Máiz, 2007: 154). Es acá donde la inversión de la vida social se convierte en una forma teórico-normativa, un deber ser de la sociedad autolegislada, unos procedimientos institucionales del Estado y un ejercicio de la práctica jurídica distanciada de los hechos político-culturales.

La nación organizada en un cuerpo político que emerge del debate de la revolución francesa y otras formas constitucionales de fines del siglo XVIII, nos lleva a un tránsito de lo social a lo político, del hecho al derecho y de la forma plural de los ciudadanos libres a una voluntad común que expresa la universalidad. Las expresiones particulares del individuo, su forma concreta de pertenecer a un lugar o de vivir una cultura, son dejadas de lado a la hora de establecer un acuerdo social que tiene inspiración constitucional. Lo particular/singular de los sujetos da paso a la forma universal en que estos existen a través de la figura de ciudadanía; individuos que ejercen derechos y poseen garantías constitucionales en función de formar parte de una voluntad política común, independiente del origen o posición particular que tenga (el ideal de la igualdad).

La perspectiva jurídica e institucional que permite construir las bases del Estado moderno se ve a sí misma como neutra y distante de las diferencias y particularidades de los pueblos que conforman el Estado; el establecimiento de lo público constitucional esgrime una sociedad política que combate la consideración particular, histórica y contingente de la cultura; el fundamento central (profundamente kantiano) es el riesgo de perder principios universales que articulan e integran a la comunidad política, a la nación, al Estado y sus instituciones; el riesgo de contaminar el derecho y la impartición de la justicia con formas específicas de la cultura. La universalidad, y la condición de racionalidad de la cual emana en una sociedad autolegislada, nos hacen iguales a todos. Una igualdad formal, sin embargo.

Los fundamentos jurídico-políticos del Estado moderno y la nación contemporánea proveen las bases para que el derecho moderno establezca una configuración de monopolio estatal en la producción jurídica, desarrollando la perspectiva de que a un Estado le corresponde un solo derecho o un solo sistema jurídico. La unidad Estado-Derecho proviene de la teoría jurídica positivista que deposita en el Estado el poder político y las formas de control social, cerrando posibilidades a que los espacios fuera del Estado sean también lugares donde se produce norma jurídica. De hecho, el monismo estatal consiste en la unidad analítica que podemos encontrar entre Estado-Derecho-Nación, siendo el orden legislativo el legitimado para producir normas.

Si a esta idea le antepone lo que el pluralismo jurídico nos propone: esto es, la existencia de espacios sociales fuera del Estado que también producen normas y que ello debe ser reconocido por el propio Estado, entonces estamos ante un cambio radical en la forma política de los Estados modernos. La visión y perspectiva del Estado moderno de afirmar que la única fuente de derecho está en el Estado, produce contradiscursos en el campo jurídico que en primera instancia son categorizados como coexistencia, pero en segunda instancia, y sobre todo

a la luz de la discusión política de la cultura también como un asunto público, son conceptualizados como escenarios de interlegalidad e interculturalidad en la nueva institucionalidad estatal.

Cambiando los registros del Estado: formas políticas y jurídicas plurales

La condición de neutralidad de la vida institucional del Estado y del derecho como su expresión máxima de racionalidad positiva, es un indicador de no contaminación y pureza que desdice la composición plural de la sociedad. El argumento central que permite impugnar la neutralidad institucional y política supone una aceptación o reconocimiento de que la construcción del campo jurídico institucional en los Estados modernos implicó un desconocimiento de la práctica jurídica y política de los pueblos y la imposición de "unas formas universales" comunes a todos. Dichas formas produjeron marginación y exclusión de procedimientos jurídicos y políticos practicados por los pueblos indígenas, justamente por su profundo enraizamiento en la cultura que portaban dichos pueblos. Básicamente, el haber obligado a los pueblos indígenas a formar parte de una vida institucional pública que no expresa sus experiencias jurídicas o políticas, es leída por el debate multicultural como un hecho de injusticia:

[L]os Estados liberales democráticos han sido históricamente Estados 'constructores de naciones' en el siguiente sentido específico: han estimulado, y en ocasiones forzado, a todos los ciudadanos del territorio de un Estado a integrarse en instituciones públicas comunes que operaban en una lengua común (Kymlicka, 2003: 9).

El desarrollo de dichas ideas en el seno mismo del liberalismo y en el horizonte comprensivo del positivismo traduce elementos fundamentales para el debate del pluralismo jurídico. Se impugna la neutralidad etnocultural del Estado y, por tanto, las instituciones públicas y el derecho como tal no

son ciegas a la diferencia como también no son distantes a la cultura. "Las formas universales" en el ejercicio institucional y jurídico expresan modos y maneras de culturas hegemónicas; en ese sentido, expresan formas de injusticia contra aquellos pueblos que no forman parte de su experiencia cultural. Los pueblos indígenas fueron obligados a asumir una condición de universalidad de la que no forman parte. El razonamiento multicultural propone reparar estas formas de injusticia trayendo al debate y al acomodo jurídico-político del Estado la cultura como un hecho que expresa la diferencia y la pluralidad: "[L]a existencia de una construcción nacional estatal y unos derechos de minorías era cosa que los teóricos liberales pasaban por alto, ya que se hallaba oscurecida por el mito de la neutralidad etnocultural del Estado" (Kymlicka, 2003: 13).

La diversidad etnocultural y su acomodo en la vida jurídico-política del Estado es lo que produce una generalización del debate de lo plural y las maneras en que podría ser considerado (acomodado) a la hora de pensar en las normas y prácticas jurídicas e institucionales. El acomodo de la diversidad en la vida institucional y jurídica del Estado implica considerar aspectos relativos a la cultura, a lo particular, a lo singular; esto es, considerar aspectos que fueron vistos como negativos en la construcción de la vida pública del Estado moderno y, por tanto, aspectos que desdican la estructura núcleo de lo racionalmente universal. En razón de ello, el desafío de lo plural y su procesamiento en la vida jurídico-institucional del Estado implica romper con la comprensión plantada en la teoría política tradicional, supone razonar en términos renovados la compleja relación entre lo particular y lo universal.

Laclau nos propone, ante el debate acerca de la pluralidad que se ha instaurado en el campo jurídico-político, pensar lo universal como un espacio vacío que solo es susceptible de llenarse con distintos particulares, y que a través de esa misma vacuidad se producen una serie de efectos: entre otros, que cada particular es portador de sentidos comunes. Así, se produce una universalidad contingente:

[L]o universal está vacío, sin embargo, precisamente como tal está siempre lleno, es decir, hegemonizado por algún contenido contingente, particular que actúa como sustituto; en resumen, cada universal es el campo de batalla en el cual una multitud de contenidos particulares luchan por la hegemonía (Laclau, 2003: 64).

Ciertamente, el debate político de lo plural se constituye en un factor que renueva la perspectiva del pluralismo jurídico. Si en sus inicios este estuvo profundamente relacionado a la comprensión de la cultura, de unos modos y maneras jurídico-políticas identificados como "costumbres" de pueblos que regían en una jurisdicción específica y que coexistían con otros modos y maneras de condición universal, lo cierto es que hoy día estos modos y maneras identificados en un pasado como "costumbres" forman parte de un acomodo institucional que renueva la condición universal de la práctica jurídica. La dimensión universal de la pluralidad que se ha instaurado en la vida jurídico-política de los Estados contemporáneos ha dejado de ser un propósito específico y particular de la cultura, y ha empezado a estructurar principios y normas que rigen lo público-constitucional, identificándose estos hechos con mayor vigor allá donde las inspiraciones constitucionales han asumido principios de plurinacionalidad.

En ese campo, la interlegalidad resulta ser, efectivamente, la dimensión empírica del pluralismo jurídico y, en buena medida, las prácticas de justicia impartidas desde el "derecho de costumbre". Ella misma, sin embargo, muestra situaciones saturadas de colonialismo, dominación y resistencia que son actualizadas a través de las prácticas sociales y por ello conllevan la heterogeneidad constitutiva de las legalidades. Vistas así las cosas, este hecho jurídico no puede ser reflexionado como la existencia de dos marcos legales separados y excluyentes. Las normas, al ponerse en movimiento por la acción de los sujetos, se enfrentan a una situación de relación, apropiación y transacción. Lo que domina en estos procesos son formas diferenciadas de construir la legalidad, poniendo en juego distintos referentes jurídicos que son redefinidos y relegitimados desde los propios marcos culturales.

De esta manera, la interlegalidad es una expresión de la pluralidad en el campo jurídico, lo que supone que la legalidad estatal se ve frecuentemente confrontada con otras legalidades y que el pluralismo jurídico se ha convertido en un referente fundamental para discutir el reconocimiento de esas otras legalidades. Como tal, exige transformaciones al Estado moderno y su carácter monocultural; así como entender que el derecho de costumbre es en realidad una estructura jurídica moldeada en el sentido de la construcción estatal. La interlegalidad en el pluralismo jurídico es, analíticamente hablando, "una coexistencia de dos o más grupos de concepciones normativas dentro del mismo proceso o de procesos agregados de estructuración; pero también la coexistencia del mismo elemento normativo en más de un contexto" (Benda-Beckman, 1988: 899).

Un aspecto importante en la perspectiva de la interlegalidad que fue planteado por las investigaciones de Gluckman, es el rol del agenciamiento del sujeto ante el hecho jurídico. Podríamos decir que los actores en situaciones de pluralismo jurídico tienden a elaborar ideologías jurídicas para discernir entre una u otra legalidad, entre el derecho positivo que refleja al Estado y el derecho propio, aunque en la práctica tales diferencias no se marquen con facilidad. Tal reflexividad es parte de la competencia jurídica de los sujetos, mucho más si estos pertenecen a contextos lingüísticos y culturales subordinados. Más aún, las nuevas situaciones jurídicas muestran que los procesos de interlegalidad están englobando situaciones transnacionales de derecho que obligan a pensar ordenamientos jurídicos locales, nacional-estatales y transnacionales en los procesos de interlegalidad. Estos procesos de interlegalidad entre distintos órdenes jurídicos no significan, sin embargo, que estén en igualdad de condiciones, sino más bien son procesos que se insertan en situaciones de poder entre órdenes jurídicos hegemónicos y órdenes jurídicos subalternizados políticamente.

Ciertamente, lo mencionado refleja lo que Boaventura de Sousa Santos llama la conversión de la hipótesis jurídica positivista:

Sin embargo, con la consolidación y expansión del Estado constitucional liberal y la conversión de la hipótesis jurídica positivista en una tesis hegemónica (y consensual) sobre los derechos, el centralismo y el exclusivismo jurídicos del Estado se convirtieron en un hecho consensual y el derecho pasó a ser el derecho del Estado (Santos, 2001: 137).

Según Teresa Sierra (2011), dentro de los procesos de interlegalidad como expresión práctica del pluralismo jurídico en América Latina, el derecho indígena es tal vez el sistema jurídico más significativo en términos de modelos diferenciados, puesto que es un derecho que cuestiona con mucha fuerza la visión hegemónica del liberalismo y el positivismo jurídico encarnado en el derecho estatal.

La condición de interlegalidad en el pluralismo jurídico se muestra distinta a la condición de coexistencia porque, como planteamiento analítico y situación práctica de los hechos jurídicos, se centra en los procesos de interrelación que se dan entre diversos sistemas jurídicos y en procedimientos normativos que muestran intersección. Los sistemas jurídicos no son estructuras autocontenidas, son más bien horizontes normativos que, portando distintas lógicas y visiones de lo justo e injusto, entran en relación por la acción de los propios sujetos, quienes -usando las condiciones de agenciamiento en un contexto de relaciones sociales- afirman el derecho propio o hacen uso del derecho estatal. Ello obliga a que tanto las autoridades tradicionales como las autoridades judiciales que forman parte de la institucionalidad estatal se vean expuestas a relacionarse con los distintos modos jurídicos.

La interlegalidad como condición de análisis en el campo jurídico se desenvuelve en consideración a los elementos arriba mencionados, pero el escenario que abre para la reflexión del pluralismo jurídico es significativo, porque su interés no se focaliza en entender cuán diferentes son los sistemas jurídicos, cuán distantes están uno del otro, cuánta distinción cultural condensa cada uno de ellos, sino más bien en entender cómo se

relacionan y se interpenetran entre ellos, cómo producen campos de intersección que son resultados de interacciones jurídicas. Así, la interlegalidad es para el pluralismo jurídico lo que la interculturalidad es para el pluralismo político; esto significa la relación y las condiciones de relación entre diferentes, el campo común que se construye entre diferentes. Podemos también afirmar que la interlegalidad es lo intercultural en el pluralismo jurídico.

La condición de plurinacionalidad en el debate

El pluralismo jurídico reflexionado al calor de la interculturalidad deja el legado de interrelación entre los sistemas jurídicos, hecho que produce nuevos resultados en un contexto de plurinacionalidad. El nuevo pluralismo no concibe los distintos ordenamientos jurídicos como entidades separadas que pueden llegar a tocarse en algunos puntos de influencia, buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existen situaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos presentes en un espacio social determinado; así, el derecho no es una frontera infranqueable que muestra unidades cerradas, independientes unas de otras, sino situaciones porosas donde la costumbre o el derecho consuetudinario es también una fuente de donde emana la norma.

Ciertamente, dicho razonamiento instaura una comprensión compleja del pluralismo jurídico porque supone, en muchos casos, fusionar horizontes de justicia, ordenamientos jurídicos que producen una relación compleja llamada interlegalidad. En ese contexto, ningún sistema jurídico se mantendría puro. La mirada de órdenes jurídicos porosos o sin fronteras cerradas no da lugar al deslinde sino más bien a una construcción de conocimientos y normas vivos, dinámicos; elementos que reconocen la dinamicidad del campo jurídico. Acá es cuando ya no es posible hablar de muchos órdenes jurídicos que coexisten sino de un orden jurídico plural.

Si dichos principios los vinculamos al cuestionamiento jurídico-político que se ha desatado alrededor de la nación cívica, entonces podemos concluir una idea fundamental para el pluralismo jurídico; esto es, el Estado ya no es la única fuente de derecho; el Estado deja de ser el espacio donde se ejerce el monopolio de lo jurídico y, tanto el derecho como la justicia forman parte de la construcción social, una construcción colectiva que deja en suspenso la concepción monolítica del Estado. En razón de ello, el deslinde de las materias de derecho no tiene sentido, y más bien se instaura una práctica jurídica transcítica que implica el conocimiento de distintas matrices culturales y civilizatorias, dando lugar a una forma de derecho que no se fundamenta en la jerarquía normativa.

Las ideas anotadas en el pluralismo jurídico contemporáneo nos hacen pensar, como nos propusieron los movimientos étnicos radicales de interculturalidad, que el Estado no solo se redefine, sino se reconstruye o se deconstruye a la hora de estar expuesto al pluralismo jurídico; este se convierte en una herramienta deconstructiva del Estado-nación tradicional que se inspiró en el horizonte del positivismo, en la noción del derecho como un derecho absoluto y en el desterramiento político de la acción cultural de los pueblos. Hoy día, según Susana Ramella:

[E]l ensamblaje de cosmovisiones y principios axiológicos de distinta filiación, propio de un sistema de transición, es lo que deja perplejos a muchos constitucionalistas. Por eso decimos que se va ‘hacia’ un nuevo paradigma jurídico antropológico, que no está establecido definitivamente. Es una bisagra en la que compiten: la igualdad con las diferencias; la propiedad privada con la comunitaria; una sola nación y una sola cultura con el multiculturalismo, las naciones dentro de un mismo Estado; la legislación universal con el particularismo jurídico; los sujetos de derechos individuales con los sujetos plurales de derecho (Ramella, 2011: 253).

Los cambios constitucionales que se orientan hacia la plurinacionalidad han transformado varios fundamentos del marco interpretativo de coexistencia. Entre ellos podemos identificar: 1° el principio de igualdad o el principio de igual jerarquía entre el derecho positivo y el derecho de costumbre, como lo propone la Constitución boliviana; 2° el desarrollo de un marco interpretativo y de análisis sobre el pluralismo jurídico y político que se basa en la interculturalidad, lo cual se distancia de la perspectiva de análisis sistémico; 3° el tratamiento de lo jurídico también como un asunto cultural, pero en la dimensión de lo cultural como un asunto relativo a la vida pública de la sociedad, lo que implica que la cultura forma parte de los derechos diferenciados a reconocer y proteger por parte del Estado; y 4° la incorporación de la libre determinación de los pueblos como el derecho político fundamental que ocasiona las transformaciones del Estado moderno.

El acomodo de los derechos colectivos para los pueblos indígenas y el principio de la libre determinación como fundamento del autogobierno indígena en el Estado Plurinacional, supone un desafío radical al concepto de Estado moderno y al ejercicio del pluralismo político. Santos nos dice que la propuesta de Estado Plurinacional se expresa de distintas maneras en países como Bélgica, Canadá, Bolivia y Ecuador. En algunos casos, estamos ante un federalismo étnico, y básicamente la idea central supone la existencia de una nación cívica que coexiste con varias naciones culturales en un mismo espacio geopolítico (Santos, 2010: 87-88). Al concepto tradicional de Estado moderno que se basa en el criterio de afiliación cívica y en el supuesto de pertenencia a una nación (filiación electiva), la forma política plurinacional aborda, indaga, propone una filiación comunitaria, una pertenencia común a una etnia (filiación adscriptiva), lo que demanda un concepto diferente de nación, y un concepto diferente de Estado. La nación única debe coexistir con varias naciones culturales y eso supone un marco institucional estatal que avance en el sentido de una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas, entre el Estado y la sociedad.

Un Estado Plurinacional no está al margen de las dinámicas estatales que conocemos en el mundo moderno, dinámicas que, como señala Luis Tapia (2008), van en un sentido de monopolización del poder político, organizar el poder en el marco de una racionalidad instrumental; en otro sentido, las dinámicas estatales traducen luchas por democratizar el Estado, la ampliación de principios de derecho y flujos de democratización que las instituciones del Estado no logran contener en su dinámica política a pesar de sus prácticas de monopolio. En la inflexión de lo enunciado es importante preguntarnos si el Estado Plurinacional opera o puede operar con una raíz conceptual distinta a las prácticas de monopolio del poder que caracterizan al Estado moderno.

¿Qué raíz conceptual requiere ser desmovilizada, desmantelada para abrir espacio político al Estado Plurinacional y a la libre determinación de los pueblos? Pensando en las transformaciones constitucionales de Bolivia y Ecuador, que abren un horizonte para pensar la democracia intercultural (varias formas de democracia)¹, el centro de la política moderna en la mayoría de los Estados no registra cambios cualitativos en la idea básica de oposición que gesta la política moderna: esto es, un nacionalismo cívico, libertades individuales, principios de igualdad de derechos como elementos base para construir o definir el interés común versus unos intereses de expresiones particulares que se desencadenan en la identidad cultural y el reclamo de trato diferenciado para grupos específicos. Retomando las ideas planteadas por el profesor Partha Chatterjee, básicamente seguimos presos del planteamiento inicial de Benedict Anderson al distinguir los dilemas de la política moderna entre nacionalismo cívico y políticas de la etnicidad; el primero como noción de adscripción abierta y la segunda como noción de adscripción cerrada (Chatterjee, 2007: 58). En el devenir político boliviano se expresaría: el lugar desde dónde construimos los intereses comunes nacionales y regionales y los intereses que reflejan formas particulares, étnicas y hasta "egoístas" respecto de lo común.

La reflexión del profesor Chatterjee sobre la temática nos brinda elementos valiosos para desmovilizar la raíz conceptual del Estado y la nación convencional y abrir verdaderamente espacios políticos para que la libre determinación de los pueblos sea el fundamento del Estado Plurinacional. La identificación de cuál es el interés común en un Estado Plurinacional supone poner en entredicho la generalización de "unos intereses" que son definidos desde un *locus* de enunciación ligado al poder estatal. Ello implica que la construcción de lo general, lo común, en una sociedad plurinacional, requiere de un ingrediente fundamental: el reconocimiento de la existencia de subjetividades heterogéneas con intereses heterogéneos que están pugnando, luchando por definir algunos factores comunes para, a su vez, definir intereses comunes. Con lo afirmado se nos abre una deliberación democrática que se rige no solo con criterios cívicos universales, sino también con criterios y factores de los pueblos que demandan autodeterminación. En todo caso, el Estado Plurinacional tiene como base subjetiva de su organización a los pueblos, las naciones originarias, por tanto, tiene como fundamento de su existencia una dimensión sociológica de las poblaciones y sus culturas, una dimensión concreta de su existencia y de sus intereses. Una raíz conceptual de esta naturaleza abre la posibilidad de desmovilizar conceptos de Estado y nación convencionales, y con ello la posibilidad de deliberar los criterios de interés común más allá del *locus* de enunciación del poder estatal, del monopolio del poder estatal.

Otro elemento importante de la raíz conceptual convencional del Estado nación que requiere ser desmovilizada es justamente la noción de poder como soberanía popular. Ramón Máiz en sus textos *Identidad y autogobierno en sociedades multiculturales* (2002) y *XI tesis para una teoría política de la autonomía* (2008) nos propone que un Federalismo multinacional o un Estado Plurinacional no asume el *demos* como el poder que reside en el pueblo, sino más bien se asume que los principios políticos que organizan la vida institucional plurinacional implican diversos *demoi* que expresan a las diversas comunidades políticas y

al Estado mismo (Máiz, 2002: 84). Diversidad de *demoi* excluye la definición de un poder absoluto, originario e innegociable expresado en el concepto de soberanía popular; destierra el centralismo jacobino del Estado uninacional. La representación política plurinacional expresa los diversos intereses de los *demoi*. Surge entonces el formato de la libre determinación de los pueblos como autogobierno y gobierno compartido, cogobierno. Así, el concepto tradicional de soberanía que radica en el pueblo y la administra el Estado a través de sus representantes, necesita ser repensado dentro de un diagrama de pluralidad, dentro de distintos centros de decisión. A ello, Máiz llamará la reestructuración plural del Estado (2008: 21).

Si la plurinacionalidad supone formas de codecisión, la relación entre lo común y lo particular se torna difícil, compleja y saturada de desafíos porque los intereses étnicos, los intereses de los pueblos, proveen una profunda significación moral al Estado Plurinacional. Los intereses étnicos son productores de contextos culturales a través de los cuales los sujetos de etnicidad acceden a la política y, sin suscribir la posición comunitarista o nacionalista de ejercer el derecho a la autodeterminación como un ensimismamiento político, como un derecho que se defiende unilateralmente, ensayar el acomodo de varias naciones en el seno de un mismo Estado, implica un debate profundo y amplio acerca del proyecto común de convivencia.

Para terminar, si la noción de poder que recupera la figura de gobierno compartido, autogobierno como principio de la libre determinación, es la base y fundamento del Estado Plurinacional, es necesario interrogarse ¿en qué consiste o cuál es el contenido de la vida institucional del nuevo Estado? El autogobierno o la libre determinación se expresa en las distintas formas y modalidades que tienen los pueblos para tomar decisiones, para controlar su territorio, para imaginar proyectos de buen vivir que están ligados a su horizonte cultural; un conjunto de reglas de gobierno y convivencia social que deben ser reconocidas como la vida política institucional

de los pueblos y como pilares de la vida institucional del Estado Plurinacional; en otras palabras, los modos político-institucionales de los pueblos son modos del Estado Plurinacional.

Notas

¹ En el caso de la Constitución boliviana estamos hablando de tres formas de democracia: Democracia Representativa, Democracia Participativa y Democracia Comunitaria.

Referencias

Benda-Beckman, Franz von, 1988, Comment on Merry, *Law and society rev.* Vol. 22, 5, pp. 897-901.

Chatterjee, Partha, 2007, *La nación en tiempo heterogéneo y otros estudios subalternos*, SEPHIS/CLACSO/IEP, Lima.

Collier, Jane, 1995, *El derecho zinanteco*, CIESAS/Universidad de Ciencias y Artes del Estado de Chiapas, México.

García Máynez, Eduardo, 1999, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, México.

Gluckman, Max, 1940, Analysis of a social situation in modern Zululand, *en Bantu studies*, vol. XIV, 1, Oxford University Press, New York, pp. 1-30.

Gluckman, Max, 1955, *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Blachwell, Oxford.

Gluckman, Max, 1965a, *Politics, law and ritual in tribal society*, Blachwell, Oxford.

Gluckman, Max, 1965b, *The ideas in Barotse jurisprudence*, Blachwell, Oxford.

- Gómez, Magdalena, 1990, La defensoría jurídica de presos indígenas, en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (coord.), *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México D.F. pp. 369-385.
- Kant, Manuel, 2000, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, Porrúa, México.
- Kymlicka, Will, 2003, *La política vernácula: Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona.
- Laclau, Ernesto, 2003, Identidad y hegemonía: el rol de la universalidad en la construcción de las lógicas políticas, en *Contingencia, hegemonía, universalidad: Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, pp. 51-94.
- Máiz, Ramón, 2002, Nacionalismo, federalismo y acomodación en estados multinacionales, en Willan Safran y Ramón Máiz (coord.), *Identidad y autogobierno en sociedades multiculturales*, Ariel, Barcelona, pp. 67-96.
- Máiz, Ramón, 2007, *Nación y Revolución: La teoría política de Emanuel Sieyès*, Tecnos, Madrid.
- Máiz, Ramón, 2008, XI tesis para una teoría política de la autonomía, en Natividad Gutiérrez Chong (coord.), *Estados y autonomías en democracias contemporáneas*, UNAM, México, pp. 17-41.
- Mauss, Marcel, 1991, *Sociología y antropología*, Tecnos, Madrid.
- Nader, Laura, 1998, *Ideología armónica: Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, Instituto Oaxaqueño de las Culturas/Fondo Estatal para la Cultura y las Artes/CIESAS, Oaxaca.
- Platt, Tristan, 1982, *El Estado boliviano y el ayllu andino: tierra y tributo en el norte de Potosí*, IEP, Lima.

- Ramella, Susana, 2011, El derecho a la diferencia en la Constitución argentina de 1994. Hacia un nuevo paradigma jurídico antropológico, en Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra (coord.), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS, México D.F., pp. 237-257.
- Santos, Boaventura de Sousa, 2001, Los paisajes de las justicias en las sociedades contemporáneas, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Instituto Colombiano de Antropología e Historia/ Universidad de Coimbra/Universidad de los Andes/Nacional de Colombia/Siglo del Hombre, Bogotá, pp. 85-150.
- Santos, Boaventura de Sousa, 2010, *Refundación del Estado en América Latina*, Plural/CESU, La Paz.
- Segato, Rita, 2011, Que cada pueblo teja los hilos de su historia: el pluralismo jurídico en diálogo didáctico con los legisladores, en Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra (coord.), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS/FLACSO, México D.F., pp. 357-381.
- Sierra, Teresa, 1993, Usos y desusos del derecho consuetudinario indígena, *Nueva Antropología*, Vol. XIII, 44, México, pp. 17-26.
- Sierra, Teresa (ed.), 2004, *Haciendo justicia: Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, Porrúa/CIESAS, México.
- Sierra, Teresa, 2011, Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento, en Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra (coord.) *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS, México D.F., pp. 385-406.

- Tapia, Luis, 2008, *Política salvaje*, CLACSO/Muela del Diablo/Comuna, La Paz.
- Yrigoyen, Raquel, 2001, Aportes de una etnografía sobre la justicia aymara y desafíos para la construcción de una teoría pluralista del derecho y el Estado, *T'inkazos*, 9, Fundación PIEB, La Paz, pp. 29-36.
- Yrigoyen, Raquel, 2009, *El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización*, ILDIS, La Paz.

CRUCE DE FRONTERAS ENTRE LA ANTHROPOLOGÍA Y EL DERECHO

Morita Carrasco

Introducción

Estas reflexiones no tratan del campo de la antropología jurídica, sino de la experiencia de trabajo a caballo de las disciplinas del derecho y la antropología. Me refiero inicialmente a lo que fuera una decisión crucial en mi carrera profesional: inscribir una tesis doctoral, no en el medio antropológico sino en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Me animaba la convicción de que una tesis desarrollada a lo largo de casi veinte años de trabajo de campo en torno al derecho a la propiedad colectiva del territorio indígena sería el mejor aporte científico que podría hacer. Esto es, contribuir con conocimiento empírico concreto (caso Lhaka Honhat contra Estado argentino¹) para pensar cuál puede ser la manera, o los criterios que deberían tenerse en cuenta para hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución nacional y el derecho internacional. En los intercambios frecuentes mantenidos con abogados para intentar acercarnos desde nuestras respectivas disciplinas a un diálogo que nos permitiera a unos y otros cooperar con la demanda de justicia de estos pueblos, encontré que si bien todos usábamos los mismos términos (territorio, comunidad, identidad) dando por sentado que sabíamos de qué estábamos hablando -porque las meras palabras se explican por sí solas- esto no era así. Más que acercarnos, las distintas significaciones que dábamos a esas palabras nos

distanciaban. Y sin embargo debíamos tratar de colaborar para desambiguar enunciados formales fijados en la norma, tales como "tierras ancestrales", "ocupación tradicional", "especial relación con la tierra", y alcanzar los objetivos de aquellas personas con las cuales estábamos vinculados.

Hice esfuerzos por advertir que para dar sentido preciso a estas frases era necesario primero reconocer la especificidad del sujeto *pueblo* al que nos estamos refiriendo. Que no es posible generalizar, llamar *Pacha Mama* al territorio de pueblos de tierras bajas. Que la comunidad no se refiere al espacio donde se hallan las viviendas. Que lo que llamamos comunidad no es una aldea, un barrio o una villa, sino un complejo sistema de relaciones sociales que deben ser cartografiadas. Como digo, cada vez que buscaba enfatizar esta advertencia, me encontraba con réplicas ambiguas. Ninguno de nosotros desconocía que el problema con estas palabras se vuelve grave cuando se emplean de forma mecánica para discernir a quién corresponde reconocer legalmente qué cosas. Pero de ahí al hecho de compartir argumentos, una distancia se interponía entre nosotros. Ambas partes coincidíamos en la necesidad de establecer vínculos interdisciplinarios entre quienes decimos abogar por un cambio legal que efectivamente proteja la diferencia cultural, pero nuestras argumentaciones sonaban más o menos convincentes según el escenario. ¿Por qué? Creo que entendíamos que para hablarle a quienes tienen que resolver la cuestión el mejor argumento es el que provee el derecho; en este caso, más precisamente la letra escrita de la norma establecida (aunque en la práctica no se respete).

Pero, por otro lado, si bien el derecho indígena ha avanzado notablemente desde el punto de vista normativo, se trata de una disciplina nueva que tiene como característica que para interpretar el contenido normativo necesita dialogar con disciplinas sociales y humanas que aporten la especificidad de sus saberes sobre la idiosincrasia del sujeto al cual se dirige el derecho. Algo que para quienes creemos que arrastramos el peso del nacimiento de nuestra disciplina coincidiendo con la expansión colonial que "descubrió" a la población originaria, la restauración de los derechos

indígenas es un asunto de enorme relevancia ética. Todo lo que digo me inducía, entonces, a seguir adelante con mi decisión, a pesar de las contradicciones implicadas en el vínculo pretendido entre antropología y derecho.

Ahora bien, contrariamente a lo deseado, mis pretensiones no fueron fácilmente aceptadas. Uno de los tres abogados que integraba el jurado se pronunció por rechazar la tesis. En su dictamen argumentó:

no se rastrean ni se analizan con pulcritud en la tesis los antecedentes, trámite y debates constituyentes [...] ni [existe] un balance de la doctrina constitucionalista sobre la cláusula en cuestión² [...] tampoco sobre la jurisprudencia existente en los distintos tribunales del país [...] las piezas acompañadas como documentación resultan ilustrativas sobre el proceso pero no reemplazan la evaluación pormenorizada y fundada de los procedimientos judiciales del caso.

En suma, se me exigía escribir una tesis fundada en la ciencia jurídica y no en la antropología como había sido mi intención³. Otro jurado sostuvo que me había olvidado de citarlo. Para mi sorpresa, el presidente dijo:

[...] los compromisos legales que hemos asumido, colectivamente, son de una exigencia extraordinaria, y los problemas que dicha normativa trae consigo son numerosos y de muy compleja resolución [...] nosotros, abogados, jueces, juristas, necesitamos seguir adquiriendo herramientas sofisticadas para el análisis de la vida jurídica de nuestra comunidad [...] la tesis ofrecida se nos presenta como una ayuda extraordinaria, capaz de brindarnos a nosotros, operadores del derecho, instrumentos de análisis con los que no contamos [...]. No se trata [...] de reemplazar al instrumental jurídico por el antropológico, sino de incorporar a nuestro análisis las herramientas que nos brindan otras disciplinas como la antropología, que en áreas como la del caso, se han mostrado más interesadas, reflexivas y competentes que el propio derecho".

Si estas notas parecen sugerir que es difícil superar el aislamiento con el cual se pretende proteger la exclusividad del dominio que recubre las disciplinas, tomaré un punto de vista crítico al respecto. Mi opinión es que estas contradicciones al interior del jurado prueban que pese a existir una especie de división del trabajo entre el proyecto descriptivo de la antropología y el proyecto normativo del derecho, ellos no son absolutos ni mutuamente excluyentes. Los estudiosos de uno y otro hemos comprendido que existe entre nosotros una base común en nuestros objetivos y preocupaciones respecto a vivir con la diversidad. De ahí que la tesis presentada y las preguntas que me hiciera antes de tomar esta decisión se motivaban en el convencimiento de que juntos podríamos construir esta base común.

Desde un contexto de desarrollo evolutivo del derecho, el diálogo parece ser indispensable. En la excepcionalidad de una situación de diálogo y en la conjunción de intereses y, quizás, de un proyecto compartido enfatizo el valor que proveen estudios de casos empíricamente informados (como los que puede brindar la antropología) para evitar los riesgos que se podrían producir si no conocemos la realidad de la vida sobre la cual se proponen normas.

Inquietudes, propósitos y métodos

Comenzaré diciendo que no voy a hablar del derecho como disciplina teórica, sino del campo (Bourdieu, 1968) que los operadores del derecho construyen con el propio ejercicio profesional; en todo caso me ubico en el lugar desde donde se discuten y generan transformaciones jurídicas, generalmente impulsadas por luchas sociales. Y lo haré como antropóloga interesada en la producción de conocimiento con capacidad para proveer nuevas formas de entender el mundo que permitan -eventualmente- modificar aquello que consideramos no satisfactorio.

En el espacio contiguo de ambos campos disciplinares encuentro que nos motivan los mismos intereses: alcanzar una justicia más integral. Estamos preocupados porque si no modificamos el etnocentrismo disciplinar, si nos conformamos con el desarrollo unilateral de la especialización (dentro del propio campo) estamos conspirando contra este propósito. Edgar Morin propone derribar las fronteras disciplinarias, usurpar problemas, promover la circulación de conceptos. Fundar un nuevo campo donde esos conceptos se vuelvan "a enraizar, aun al precio de un contrasentido" (Morin, s/f: 3). Con esta inquietud, desde el lugar de los campos profesionales considero que puede ser factible el vínculo colaborativo entre derecho y antropología. Aun cuando, como veremos más adelante, las dificultades y los desafíos que se nos presentan a unos y otros en situaciones concretas son múltiples y variados.

Los operadores del derecho convierten un hecho social en "caso". Para su reconstrucción apelan a la jurisprudencia, la dogmática y la doctrina. Un rol especial juega aquí la experiencia jurídica entendida como el resultado de todos aquellos "encuentros" (sean relaciones interpersonales, discursos, información mediática, bibliografía especializada, etc.) que provocan la producción de significados/sentidos que se van incorporando como "visión de mundo" en el marco de procesos judiciales. Estos sentidos hacen comprensibles las relaciones, los sujetos, las conductas y los hechos, y por ende tienen incidencia en cada acto procesal.

La antropología es una ciencia empírica: su objeto son los fenómenos sociales en su inserción histórica-situacional. Su método es el trabajo de campo que abarca la observación directa de los contextos donde acontecen los fenómenos sociales que el investigador se propone analizar, participando con sus actores de las actividades que los mismos realizan. La observación in situ ("estar ahí", en el escenario de las vidas de los actores) y la descripción etnográfica como método, le permiten dar cuenta de todos los fenómenos que subyacen al problema desde la perspectiva de los actores mismos. En la descripción etnográfica son los actores y no el in-

investigador quienes expresan en palabras y prácticas el sentido de sus vidas, su cotidianeidad, los hechos considerados extraordinarios por ellos (Guber, 2001). La investigación de campo no es otra cosa, según Geertz (1998) que la inmersión del investigador en el universo social y cosmológico de los sujetos, los grupos, con los que interactúa. Ello le posibilita descubrir un orden en la vida de los mismos. En oportunidad de un trabajo de campo prolongado en la región del Chaco argentino, ansiosa por encontrar una respuesta a mi problemática de análisis, le pregunté a un líder: "¿Qué es para usted el territorio?". Mi sorpresa fue mayor que la incompreensión de su mirada ante lo que parecía no tener sentido alguno para él. Finalmente, me respondió con otra pregunta, que resumía el significado exacto de lo que para mí era -apenas- un concepto explicativo: "Ah! ¿Usted dice 'la denuncia'?". Era evidente que para este líder el territorio no era más que un significante vacío porque el sentido que esta palabra tiene en su vida es la batalla judicial que estaban dando para obtener la propiedad de sus tierras. *La denuncia* era la síntesis que mejor expresaba el sentido total que en sus vidas tiene eso que nosotros llamamos territorio. Entendí entonces que si la descripción etnográfica me había permitido reconstruir interpretativamente qué estaban pidiendo, por qué y cómo, el sentido último de todo este proceso ("caso", para los abogados) me lo brindaba la propia reflexividad del líder.

La antropología complementa la investigación en terreno con observación participante y entrevistas abiertas, con estancias prologadas en el lugar donde viven las personas, los grupos, con los cuales trabajamos. Este requerimiento metodológico (trabajo de campo) impacta en la subjetividad del investigador. La convivencia aparea alegrías y sufrimientos; ambos comprometen la afectividad. Desde el dolor que nos provoca la desaparición de antiguos compañeros de tarea hasta la alegría del reencuentro con quienes hacía tiempo no veíamos. Lloramos y reímos con ellos. Seguimos sus trayectorias de vida, nos sumergimos en sus experiencias vitales, compartimos cada acontecimiento que los acompaña en sus vidas.

La afectividad e interpretación se integran metodológicamente con la ayuda de otros recursos, como lo es la técnica del distanciamiento, haciendo extraño aquello que se presenta en nuestro sentido común como algo dado, natural, indubitable. Va un comentario para que se comprenda qué es el distanciamiento.

En una ocasión tuve que asistir a un juicio oral como perito de la defensa. Se trataba del homicidio de un oficial de policía, del cual estaban imputados tres indígenas. Mientras participaba de la situación fui registrando en mi libreta de campo esos detalles ínfimos que no hacían al fondo de la cuestión, aquello que no debía suscitar interés interpretativo por ser lo esperable. Sin embargo, algo me estaban diciendo acerca del contexto de situación. Me detuve en la observación del espacio físico, la distribución de los lugares asignados para cada uno de los actores: el brillante escritorio sobre un estrado donde se ubicaron los jueces, y en la pared un crucifijo que coronaba sus cabezas; el escritorio dispuesto al fondo de la sala en oposición a la puerta de ingreso, que obligaba a todos a elevar la mirada para verlos; ellos, en cambio podían vernos a todos dirigiendo la vista ligeramente hacia abajo. A su derecha tomaron posición el fiscal y la secretaria; de frente a ellos estaban los acusados y su abogada. Curiosa disposición que indicaba la desigual relación de poder que preside actos como estos y la sacralidad con que se imbuía a la actividad de juzgar. Finalmente, registré también la existencia de un estrecho pasillo, del lado donde se ubicó el fiscal. ¿A dónde conducía, me preguntaba, si nadie entró ni salió por ahí? ¿Qué angustiosa sensación de indefinición me transmitía esa salida! ¿Presagiaba un desenlace o era una mensaje admonitorio moral de lo que puede pasar(te/nos) en situaciones como esta en la que estábamos participando?

Agrego una segunda descripción anotada en mi cuaderno de campo, en el mismo lugar y circunstancia.

Cuando se me solicitó opinión sobre uno de los puntos de la pericia referido a la "cultura y forma de vida de los indígenas imputados", y a medida que relataba en qué consiste una expedición de caza y la significación que esta actividad tiene como eje organizador de lo masculino en esa cultura, observé que los acusados, que se habían mostrado ensimismados y desatentos durante las sesiones previas, cambiaban de actitud a medida que yo leía mi testimonio, asintiendo con la cabeza a lo que iba diciendo. Paralelamente, anoté en mi cuaderno que ante ello los jueces también cambiaron de actitud. Si antes se mostraron en total dominio de lo que allí acontecía, ahora parecían desestabilizarse, y sus rostros exhibían gestos de incredulidad y cierta subestimación hacia el carácter de la información que se proporcionaba (Carrasco, 2013b).

Este breve ejemplo es ilustrativo de las propiedades interpretativas que brinda la descripción etnográfica al facilitar la articulación vivencial entre teoría y referencia empírica. La interlocución entre mi yo y el campo en el ejercicio de relectura del registro escrito me abre otras preguntas; me induce a repensar el abordaje metodológico y revisar conceptos que deberán ser cambiados, reformulados o confirmados en esta o en futuras investigaciones.

El problema de la interpretación, la emoción y los afectos

En su trabajo sobre el valor de la pericia antropológica para el sistema judicial, Moreira (2007) señala que una de las desventajas de esta es la noción de "certeza" que se establece entre la antropología y otras disciplinas: concretamente, las matemáticas, la genética o la criminalística. El autor considera que el antropólogo desarrolla una función de "traductor" de una realidad que él mismo interpreta, y agrega que: "en la medida que esta interpretación aleje al juez o las partes de la 'verdad' que se busca, su informe tendrá menos utilidad en términos de comparación" (Moreira, 2007: 19). Si bien -agrega más adelante- "ninguna ciencia garantiza por sí

sola mayor certeza, sino sólo el uso adecuado de las herramientas y métodos" (Moreira, 2007: 19). Este es justamente el punto que quiero destacar en este artículo. Por sus métodos y recursos, la antropología está habilitada para producir una lectura del mundo social entendido como un conjunto de normas que ayudan a profundizar el conocimiento del hombre por el hombre y nunca como certezas o axiomas indiscutibles (Da Matta, 1981). La descripción etnográfica y las técnicas que complementan la observación directa del antropólogo de las situaciones y procesos sociales que son objeto de su análisis y el recurso del acercamiento/distanciamiento, son herramientas que confirman el valor cognitivo que ofrece esa lectura.

Es erróneo pensar que solo el antropólogo interpreta la realidad que observa. La ley es también una instancia interpretativa de los jueces "y de todos los miembros que componen una sociedad en donde esa ley y el castigo por violarla es asumida" (Kalinsky, 2003: 32). Pero a menudo se suele descalificar la etnografía descriptiva/interpretativa por el principio de la relatividad cultural que encierra el adoptar el punto de vista del nativo, confundiendo este hecho con un "fundamentalismo de las diferencias culturales (relativismo cultural)" (Kalinsky, 2003: 26). Señala que en el derecho penal se invalida este principio y sin embargo se considera "objetiva" la propia esencialización que el mismo hace al valorar como preexistentes los significados y acciones humanas independientemente de las percepciones y creencias sociales de las personas mismas (Kalinsky, 2003: 26).

Rosaldo (1989), en un memorable libro, sostiene -con razón- que la verdad del objetivismo absoluto, universal y eterno perdió su estatus monopólico. En su propuesta de una nueva forma de análisis social rescata el peso que tiene en la producción de conocimiento la emoción. En su caso, el valor cognoscitivo de la ira y la tristeza frente a los acontecimientos que le ocurren en su experiencia de campo con los ilongots (del norte de Luzón, Filipinas).

Retomando a Guber (2001) permítame el lector insistir en el hecho de que la diversidad de la experiencia humana constituye el motor de la interpretación/descripción de lo que el antropólogo vivió en el campo: en sus interacciones con las personas y su propia persona. Esta autora nos recuerda que el mundo social no se reproduce por las normas internalizadas por los actores, sino por las interacciones que estos mantienen. Son ellos, en sus intercambios, quienes producen la sociedad a la que pertenecen. La tarea del antropólogo consiste en aprehender la forma en que esos actores producen e interpretan su realidad. La presencia del investigador en el campo y sus interacciones son el principal instrumento de investigación y producción de conocimiento. El antropólogo es, pues, una persona que experimenta la vida que comparte con los nativos; transita de la reflexividad propia a la de los nativos; y de la de estos a la propia. De modo que, como lo demuestra Rosaldo con su propia experiencia entre los ilongots, la emoción, el dolor, la alegría, la tristeza son insumos para la interpretación/descripción.

Una noche durante un trabajo de campo en la aldea indígena tobapilagá Ensanche Norte en la provincia de Formosa, me encontraba durmiendo en la enfermería, lugar donde me había instalado hacía más de un mes con todo el equipo necesario para registrar cada cosa que allí aconteciera. Antes de acostarme había escrito en mi diario de campo cuanto había visto y oído ese día. Pronta a entrar en un sueño profundo, la ventana se abrió a causa de un fuerte golpe de puño. Asustada, encendí la linterna e iluminé hacia allí. Un joven se me apareció. Grité pidiendo ayuda a mis vecinos más próximos. El joven me dijo "callate, no grites". Pero su voz me hizo gritar más fuerte aún y él escapó. Al rato comenzaron a llegar los vecinos. Procop fue el primero; traía una linterna en su mano y cálidamente buscó tranquilizarme: "es un borracho; no te va a hacer nada". Rosita mandó a su hija para que durmiera conmigo el resto de la noche. A la mañana siguiente varias personas se reunieron frente a la enfermería para pedirme que denunciara al muchacho ante la policía local. El pastor y el jefe político me exigían que lo hiciera. Me negué enérgicamente por dos

razones: por temor a la represalia del joven y porque vivíamos en dictadura, y sentía temor de acercarme a la comisaría. Las personas no nativas en regiones de fronteras éramos blanco de todas las sospechas. No incluí este relato en los artículos que escribí entonces, pero sin duda fue parte de la interpretación que di del estado de situación de la política seguida con los aborígenes en aquellos tiempos.

Pitt Rivers (1989) ya lo había advertido: el instrumental teórico y lo afectivo forman parte de lo mismo y no se pueden separar, a pesar de que por mucho tiempo se considerara que esto último constituía un obstáculo que nos alejaba del conocimiento objetivo-neutral (Diego Zenobi, comunicación personal, agosto 2013). Uno de los principios fundantes de la disciplina antropológica fue durante mucho tiempo: no opinar, no juzgar, no valorar. Pero la antropología es una ciencia en movimiento (Kalinsky, 2003) que se reproduce transformándose. Daré ahora un último ejemplo anecdótico para ilustrar el modo en que nuestras emociones, en este caso el rechazo de nuestros informantes, pueden constituirse en un instrumento útil para la producción de conocimiento.

Hace más de veinte años que acompaño el reclamo territorial de una organización indígena en la región del Chaco salteño⁴. Me sentía muy orgullosa de que los integrantes de la organización me reconocieran como su asesora; esto era mucho más que verme como mera investigadora. Este rol, como defensora de su derecho, me llevaba a participar de sucesivas reuniones con funcionarios, abogados, gobernadores y presidentes, donde se discutía el proceso de reclamo jurídico. Ese día había viajado mil ochocientos kilómetros para participar de una reunión con el Estado junto a dos abogadas del equipo legal que patrocina a la organización ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Nos encontramos previamente con dos dirigentes del Consejo Coordinador para actualizar información y preparar lo que se le reclamaría a las autoridades. Apenas nos habíamos sentado alrededor de una mesa, cuando uno de ellos, con el rostro trasmutado de rabia, dijo: "Morita no tiene que entrar

a esta reunión porque es una reunión con nuestros abogados y ella no es abogada. Esta es nuestra decisión y pedimos que se nos respete". Sentí la herida de su rabia en mi pecho, pero no intenté defenderme. Al contrario, acaté su pedido de respeto, pese a que esto no aliviaría mi dolor. Se había roto el afecto que antaño nos había unido.

Más tarde transformé el episodio en una oportunidad para saber qué estaba pasando. ¿Cuál era el conflicto que la presencia de la antropóloga provocaba? Mejor dicho, ¿qué conflictos me estaban informando estas actitudes de desprecio y rechazo hacia mi persona? Si en el ejemplo anterior mis actividades me convertían en sospechosa, este otro me estaba haciendo llegar una información de la que carecía, o no podía alcanzar a comprender del todo desde mi comfortable rol de asesora. Godelier utiliza la figura del bufón para representar la figura del antropólogo como catalizador de tensiones del campo (Diego Zenobi, comunicación personal, agosto 2013). ¿Cuáles eran los conflictos que estaban ahí?

Una pléyade de nuevos actores, cada uno con sus convicciones, se había sumado en el último tramo de este reclamo de más de quince años. El pedido inicial de un título único a nombre de todas las comunidades, sobre una superficie unificada, había sufrido modificaciones como resultado de la multitud de reuniones e intervenciones de terceros. No solo los asesores técnicos y legales llevaban sus opiniones a los dirigentes; los funcionarios de gobierno los presionaban con llamados telefónicos para "acordar" puntos de vista, estrategias y metas antes de las reuniones. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos mantenía su rol político de árbitro entre los peticionarios y el Estado. El estado de cosas había llevado a la dirigencia a aceptar la propuesta del Estado, y a los asesores técnicos y legales a dialogar con la población criolla que ocupa gran parte de la superficie reclamada para distribuirse entre ellos las porciones de tierra a titular a cada grupo. En este escenario, mi presencia de testigo calificado para brindar una opinión que recuperara la historia compleja del reclamo era vista como un obstáculo para la dirigencia. La posición

que podía reafirmar la antropóloga era contraria a los "intereses" del resto de los participantes en la reunión. No podía concordar con la estrategia del gobierno, tampoco con la de los pobladores criollos, si bien mantengo la posición de que se deben titular las tierras que ocupan a favor de quienes llevan años allí. Pero consideraba -y lo sigo haciendo- que es el Estado quien debe proveer la solución, no las víctimas (indígenas y criollos) de la situación. Adoptar el punto de vista del nativo, autorizado -autoridades legítimas con poder moral que iniciaran el reclamo, pero que lamentablemente habían fallecido ya⁵- me ubicaba en ese lugar del bufón del que habla Godelier. Todos los demás -asesores técnicos de ambos grupos⁶- y los asesores legales (Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS) de la organización indígena consideraban favorable la estrategia ("peligrosa", en opinión de la antropóloga) propuesta por el Estado. La solución a este enfrentamiento la dio uno de los asesores técnicos que acompañan las actividades en el territorio. Esta persona propuso a los dirigentes que se me permitiera participar de la reunión sin hablar, y así lo hice. En adelante, el episodio fue olvidado, pero había sido altamente informativo para reconstruir el conflicto de fondo. Mis sentimientos de afecto hacia la dirigencia y los colegas también quedaron atrás. La figura del bufón dura lo que dura una escena.

Convergencias, divergencias y discrepancias en un ejercicio de trabajo interdisciplinario

En el año 1998 la organización indígena Lhaka Honhat recibió un rechazo rotundo de parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como medida precautoria, ante el incumplimiento del compromiso asumido por el gobierno de Salta de entregarle el título de propiedad del territorio, había presentado un recurso de amparo por la construcción de un puente internacional en la cabecera de una de sus aldeas. La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 incorporó los derechos específicos de los pueblos indígenas y además dio jerarquía constitucional a los

Pactos de Derechos Humanos. Al cabo de años de dictadura esta incorporación brindó oportunidad para que Lhaka Honhat acudiera al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el patrocinio de un prestigioso organismo de derechos humanos por su seriedad y compromiso con el tema. Formamos un equipo interdisciplinario para abordar la cuestión; durante algunos meses abogados y antropóloga, además de algunos estudiantes de ambas disciplinas, discutimos entre nosotros cuál podría ser la mejor estrategia de defensa. Finalmente se redactó una denuncia contra el Estado por la violación de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre: a la vida, a la integridad física, a la salud y a la subsistencia; derecho a la cultura, derecho a fijar el lugar de residencia, derecho a la no injerencia en la vida privada y familiar; derecho a la protección de la familia y a la información. Asimismo, se alegó la violación de los derechos de asociación, propiedad y a la protección judicial. La experiencia fue fecunda. Los intercambios de puntos de vista desde las respectivas posiciones disciplinares fortalecieron los argumentos socioculturales y legales para fundar la estrategia de defensa. Las especializaciones profesionales se tornaban en campo de aprendizaje: las nociones propias circulaban de un lado a otro, atravesando clandestinamente las fronteras (Morin, s/f). La categoría antropológica "cazador-recolector", y la que caracteriza la dinámica sociopolítica "fisión-fusión" de los pueblos dentro de esta categoría sirvieron para dar solidez al pedido de un título único. Los abogados adoptaron como propio el conocimiento descriptivo/interpretativo que la antropología podía aportar: los alegatos finales que se presentaron dan cuenta de ello⁷.

Durante años fuimos trabajando en un proyecto compartido para alcanzar la meta de obtener el título de propiedad del territorio reclamado por Lhaka Honhat. El gran problema de encontrar una vía de articulación interdisciplinaria fue sorteado por el ansia de conseguir la implementación del derecho. El compromiso militante de la antropóloga con las necesidades y aspiraciones de los indígenas con quienes llevaba a cabo su investi-

gación se justificaba en la triangulación. Los conceptos fundamentales del derecho comenzaron a ser parte del idioma antropológico y de mi práctica profesional. La articulación conceptual (el cruce de fronteras de la antropología al derecho) fue posible en la producción de la tesis doctoral, en numerosos artículos en revistas científicas y en la redacción de libros sobre las implicancias del discurso legal para la protección y respeto de la diferencia indígena⁸. Más importantes pueden haber sido las diversas instancias en que fui invitada a participar de seminarios, paneles y otros eventos para la transferencia de conocimiento en academias de derecho. En los intercambios con alumnos y profesores es donde mejor se visibilizaba el cruce de fronteras. Al punto en que varias veces el comentario fue: "sos casi abogada". No era esa mi intención, sino lograr transportes de esquemas cognitivos de una disciplina a la otra con fines particulares, como los que he mencionado antes. Es decir, la búsqueda de acercamiento entre dimensiones conceptuales, como por ejemplo: derecho de propiedad comunitaria y organización indígena, para sortear el encorsetamiento normativo al que deben someterse los pueblos indígenas para se hagan efectivos los derechos reconocidos, y el intento político -todavía persistente- de imposición de modos de vida colonialistas. Como lo es el hecho de que para poder ejercer libremente sus derechos se vean obligados a aprender a acceder y peticionar a los Estados en sede judicial y ante organismos internacionales de la OEA.

En todo proceso legal el tiempo es un factor de enorme gravitación. Mientras se debate en la mesa de negociación, los gobiernos ganan terreno: compran dirigentes, entretienen con medidas que nunca llegan a concretar y generan conflictos entre asesores. En el terreno, las demandas que los pueblos indígenas hacen al Estado son transformadas por sus funcionarios en oportunidad para reconvertirlas en demandas aceptables para su proyecto de mantenimiento de la gobernabilidad, dejando intactos los compromisos que tienen con aliados partidarios y con empresarios interesados en los recursos naturales que están en los territorios indígenas. Por lo tanto, no se trata de una cuestión burocrática, no se requiere mejorar

estrategias legales, firmar actas, acuerdos o dictar decretos para nunca ser cumplidos.

En tal escenario, advierto que los abogados suelen interpretar las razones del conflicto como un problema del derecho. Aluden a la diferencia -incomprensible- para los funcionarios entre el derecho de propiedad y el de pertenencia al espacio vital, las normas sobre derechos reales basados en la propiedad individual y la propiedad colectiva, y otras cuestiones semejantes. Esto en parte es cierto, pero -desde mi punto de vista- el derecho no puede ser concebido como responsable único del conflicto. La indecisión política de quienes deben resolver la cuestión es, por lejos, la mayor culpable. El Derecho ha avanzado promoviendo el reconocimiento de derechos diferenciales a las tierras y territorios, pero el Estado no los hace efectivos. ¿Cuáles son entonces las razones de emergencia de las divergencias entre puntos de vista disciplinares? Como digo, no se trata de un problema relativo al derecho; no es una cuestión de incompatibilidad legal. Y sin embargo, el derecho a la propiedad comunitaria reconocida en la Constitución y en el derecho internacional es su mejor herramienta de defensa para mantenerse como pueblo. Confían en el derecho, creen en la justicia y buscan obtener la propiedad legal de sus tierras para ser libres. Esto nos conmina a intentar una vez más trabajar en el terreno político, que es donde se verifica el incumplimiento de la ley. Podemos articular conceptualmente, pero las divergencias aparecen por la turbulencia del escenario político en que se desenvuelve el proyecto compartido. Y no por los términos de la interdisciplinariedad entendida como intercambio y cooperación.

Subsiste aún un factor que a veces parece no ser tenido demasiado en cuenta. El carácter político del actor indígena, continuamente expuesto al hostigamiento de una clase dirigencial que quiere convertir al indígena en trabajador rural individual, sin organización alguna, y transformar su territorio ancestral en colonias agrícolas en manos del capital: nacional o extranjero, lo mismo da. Podemos avanzar en las discusiones teóricas, en la

articulación conceptual. Pero incluso la más perfecta de las estrategias legales no logrará el objetivo que perseguimos si no conseguimos que el actor que demanda conserve su fortaleza política para hacer frente a los embates del Estado. El tiempo de la formulación de normas está concluido. Puede ser mejorado: el discurso jurídico y la estrategia legal seguirán su marcha, pero el freno con el cual debemos trabajar es la debilidad del actor/peticionario. Las transformaciones del derecho se han conseguido siempre con lucha política, y es en este terreno donde hoy se debe dar la articulación estratégica entre profesionales del derecho y la antropología, acercándose unos a otros, sin preconcepciones, sin clausuras disciplinares, articulados en el trabajo más político y menos teórico.

Antropología y derecho por demanda: una experiencia de trabajo de campo en desarrollo

En 2011 una colega me trasladó la preocupación de una comunidad del pueblo guaraní en la provincia de Misiones. Allí, en el mes de marzo de 2010, un niño había sido asesinado. Las autoridades de la aldea iniciaron una investigación interna, pero nada pudieron lograr. Acudieron a la "justicia blanca" para que se encargara de llevar adelante un procedimiento que hiciera factible conocer qué había sucedido, pero a los pocos meses la investigación judicial quedó en suspenso. Realizamos entonces una visita a la aldea, donde nos entrevistamos con el jefe y varios de sus integrantes. Lo destacable de esta primera entrevista fueron la contagiosa angustia y la desolación contenidas en sus testimonios (Carrasco y Cebolla Badie, 2012). El padre del niño dijo: "yo quiero saber quién fue el que hizo eso y por qué lo hizo, o es que nosotros somos un perro, que se mata y se lo deja así nomás".

En 2011 comencé a trabajar en el campo, reconstruyendo el contexto. Me interesaba ante todo conocer el funcionamiento del sistema judicial: actores, roles, procedimientos, etc. Inicié una serie de entrevistas a todos

ellos: juez, secretario, forense, comisario, médica policial, entre otros. Esta primera reconstrucción del contexto duró aproximadamente unos cuatro a cinco meses. Mis movimientos en el campo alertaron al colectivo de autoridades indígenas que reúne a más de 30 jefes de aldea. Uno de ellos, que había tenido noticias de mis visitas, se comunicó conmigo para invitarme a una de las reuniones periódicas del *Aty Ñeychyro* (reunión asamblearia de autoridades mbya⁹).

En febrero de 2012 llegué a Pozo Azul, *tekoa Arandú*¹⁰, mi participación se limitó a relatar las entrevistas realizadas, a dar una opinión sobre lo que había advertido en los pocos meses que llevaba viajando a Misiones y a escuchar sus comentarios. Se gestó allí un plan de trabajo con dos objetivos puntuales: 1) Brindar información a los integrantes del pueblo sobre el funcionamiento del sistema de justicia estatal, en particular en este caso; 2) Aportar insumos/recursos para la autoreflexividad de las autoridades indígenas en torno al mejoramiento de los vínculos con el Estado argentino en cuestiones de su incumbencia.

¿Qué podía ofrecer la antropología para el logro de estos objetivos? ¿Qué herramientas serían útiles para achicar la distancia comunicativa entre el sistema judicial y la comunidad del pueblo mbya? La inclusión al trabajo de campo antropológico de un documentalista aportó el uso de técnicas audiovisuales para registrar las entrevistas. De este modo, la técnica de registro etnográfico se constituyó en insumo didáctico para una transmisión cuasi pedagógica del funcionamiento judicial en dos niveles. En primer lugar, todas nuestras actividades se filman -siempre con autorización expresa de quienes son filmados- y en su defecto -también con autorización- se registra el audio. En segundo lugar, todo el material en bruto es exhibido en la comunidad y al *Aty Ñeychyro*, quienes conservan sus respectivas copias (Carrasco, 2013a). Estos materiales, el ejercicio de su exhibición y el debate colectivo sirven también al propósito del objetivo 2.

Paralelamente, hicimos consultas y creamos un vínculo interdisciplinario con profesionales del derecho y funcionarios de la Defensoría General de la Nación. Era imprescindible adentrarnos en un campo de conocimiento que hasta hacía muy poco tiempo no habíamos necesitado y ahora ansiábamos. Principalmente queríamos conocer qué recursos estaban disponibles para reactivar la investigación. Nuestro interés no era hacer una evaluación del procedimiento investigativo, sino lograr que se pusiera en marcha nuevamente luego del estancamiento ocurrido a poco de sucedido el hecho. Nos movilizaba el deseo de encontrar aquello que permitiera continuar el proceso, y pensamos qué podría aportar la etnografía para conseguir esos objetivos. Para ello fuimos poniendo en relación la información disponible: documentación escrita, material audiovisual, conversaciones personales con actores y colaboradores (Carrasco, 2013b).

Los miembros del pueblo mbya manifestaron su voluntad de acompañar las medidas que se consideraran necesarias para retomar la investigación. Los abogados, defensores y académicos consultados propusieron encaminar la estrategia de solicitar el derecho a querellar contemplado en diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos que legislan sobre las garantías de protección judicial de acceso igualitario a la justicia y tutela judicial efectiva: de este modo los damnificados directos (padre/madre) podrían intentar constituirse en parte querellante y así impulsar la investigación. Sin embargo, el Código Procesal Penal de la provincia de Misiones no contempla esta posibilidad, por lo cual parecía interesante la utilización de la figura del *amicus curiae*¹¹ actualmente regulada en la acordada 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta alternativa fue presentada a la comunidad de la aldea Takuapí; se explicó en qué consistía y qué resultados podrían esperarse. En abril de 2013 se hizo lo mismo ante el *Aty Ñeychyro* reunido en la aldea Pindo Poty. En esta oportunidad se conversó sobre quiénes debían ser los querellantes: la familia y/o la comunidad de Takuapí o -teniendo presente el manifiesto de los jefes de agosto de 2010, quienes reunidos en Takuapí solicitaron al "cacique" de esta aldea que presente a las autoridades policiales su de-

manda- no debía serlo este último, sino el conjunto de autoridades mbya. Parecía importante entonces interpretar esta decisión uniendo ambas figuras: una política (la de autoridad del pueblo), y la otra jurídica (la de querellante).

Desde nuestra mirada, estaba claro que la afectación del daño abarcaba a todo el pueblo mbya. Los jefes de aldea, en tanto autoridades del pueblo, demandaban que se investigara hasta hallar al culpable. Entonces había que tomar una decisión respecto a quién se presentaría ante los tribunales como querellante. Un asunto que para la antropóloga es de índole política, y -particularmente- sociocultural.

Desde la perspectiva jurídica es también un asunto de derechos específicos. En efecto, la Constitución Nacional en su artículo 75 inc. 17 hace un reconocimiento expreso del sujeto colectivo: pueblos indígenas, de sus instituciones propias que preceden a la conformación del Estado y de la capacidad deliberativa que poseen para resolver sobre cuestiones que los afecten. Por otro lado, el derecho internacional de los Derechos Humanos y los convenios internacionales firmados por el Estado argentino (Convenio 169 de OIT), así como la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, confirman esta misma concepción.

Hasta aquí las partes: jurídica, política, especialidades disciplinarias, expertos y legos navegaban -cada una- en sus saberes y espacios cosmovisionales, intercambiando entre todas sus puntos de vista para articular una estrategia en común. Los fructíferos intercambios interdisciplinarios nos aportaron vías para la resolución de los problemas que fuimos identificando: la elaboración del *amicus curiae*¹². A la antropología y a las autoridades indígenas les competía ser el soporte cognitivo para estos profesionales, de modo de concretar los objetivos que veníamos armando. Por último, un abogado local se ofreció a patrocinar al querellante.

Dado este paso, nos preguntamos si era posible tender puentes de colaboración entre autoridades indígenas y funcionarios del sistema judicial: ¿Qué mecanismos podrían proponerse para acortar la distancia cognitiva y cultural entre sistema judicial y pueblo mbya? Entendemos, en primer lugar, que debe existir por parte del primero un reconocimiento expreso de la capacidad deliberativa del segundo. Y, tomando provecho de ello, abrirse a dar participación a las autoridades del pueblo, a través de sus instituciones, en el proceso judicial. Por su parte, la comunidad resolvió colaborar con el sistema judicial aportando información de testigos. Para ello, un grupo de jóvenes emprendieron la realización de una serie de entrevistas (29 hasta el momento) filmadas y registradas en forma manuscrita en un cuaderno (Carrasco, 2013b).

En suma, se trata entonces de pensar creativamente en qué o cómo ofrecer mecanismos que favorezcan una razonable satisfacción a la demanda de investigación judicial formulada por quienes invisten el carácter de custodios éticos de ese pueblo, teniendo presente su calidad de preexistencia étnica y cultural al Estado, que conserva todas o partes de sus instituciones socioculturales.

El proceso está abierto aún, de modo que lo dicho arriba debe entenderse como una oportunidad para construir un diálogo intercultural e interdisciplinario para un acercamiento entre campos cognitivos artificialmente distanciados.

Entre la etnografía y el litigio. Más allá o más acá de las propias certezas: la cuestión del diálogo interdisciplinario

Espero haber demostrado, con ejemplos etnográficos, la complejidad que acarrea el trabajo interdisciplinario entre antropología y derecho, principalmente desde el objetivo compartido de propender a una justicia más integral. La etnografía es una herramienta útil para que los operadores del derecho alcancen un conocimiento complejo de las circunstancias en que

las personas se vinculan con el delito, así como los reclamos que se hacen a la justicia ante la violación de derechos reconocidos. Los obstáculos, los malos entendidos, los rechazos que algunos juzgadores expresan en contra de la producción antropológica, no deben llevar a considerar que no existe diálogo. Tan solo plantean la dificultad que conlleva abandonar el confort que provee moverse dentro de los márgenes de la propia disciplina. Derecho y antropología son ciencias en movimiento porque ambas tienen como su principal objeto las cuestiones humanas; por tanto no deben escapar a su permanente transformación, repensándose a sí mismas continuamente para acompañar los cambios sociales. Con pequeños gestos tal vez sea posible alcanzar las transformaciones deseadas. Mayor será la lentitud en el proceso de reevaluación epistemológica de criterios por los cuales se justifica o se invalida el conocimiento producido. Principalmente, los conceptos de objetividad, realidad y justificación parecen ser los núcleos duros de la interdisciplinariedad. Pero estoy convencida que sin puentes que nos acerquen a las personas para intentar comprender cabalmente los significados que dan a sus vidas, no lograremos derribar las fronteras que nos impiden el diálogo interdisciplinario.

Notas

¹ La *Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat* está integrada por más de 40 comunidades de cinco pueblos cazadores-recolectores-pescadores asentados en la región del Chaco argentino, a orillas del río Pilcomayo en la provincia de Salta, límite internacional con las Repúblicas de Bolivia y Paraguay. En 1984 solicitó un título colectivo del territorio de uso tradicional. En 1991 el gobierno salteño se comprometió por decreto a entregar ese título a nombre de todas las comunidades, pero nunca cumplió. En 1995 la Asociación acudió a la justicia para reclamar por sus derechos. En 1998 el caso fue remitido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, después de haberse agotado los recursos judiciales internos. En 2006 la CIDH admitió la petición y en 2012 dictó su Informe de Fondo en el cual se insta al Estado argentino a cumplir con sus recomendaciones; entre ellas, la titulación del territorio y el control de alambrados y corte ilegal de madera. Luego de sucesivas prórrogas concedidas por la CIDH al Estado, transcurridos veintidós meses, persiste el incumplimiento.

² Alude al artículo constitucional N° 75, inciso 17, que reconoce los derechos específicos de los pueblos indígenas.

³ Esta negativa provocó la publicación de un comentario crítico del Presidente del Tribunal de Evaluación en un blog de su autoría, bajo el título: "Una noche triste en la Facultad de Derecho".

⁴ Para mayor información ver Carrasco 2009, disponible en www.iwgia.org.

⁵ La evaluación que realizaron aquellas autoridades fue que la distribución de tierras con base en parcelas comunitarias anularía sus posibilidades de acceder libremente a los recursos, a la vez que generaría disputas y conflictos internos por la defensa de uso exclusivo que -suponían- haría cada comunidad una vez que tuviera un título de propiedad individual. En mi opinión, esto es lo que está persiguiendo el Estado con la insistencia en que sea el diálogo entre criollos e indígenas el que provea la solución de distribución de tierras, omitiendo así la responsabilidad de reconocer el territorio según la autodefinition de los nativos (Convenio 169 de OIT, Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Constitución Nacional).

⁶ La Fundación ASOCIANA de la Iglesia Anglicana de la diócesis del norte argentino asesora en terreno a la organización indígena. FUNDAPAZ (Fundación para el Desarrollo en Paz) ligada a la Iglesia Católica asesora en terreno a la Organización de Familias Criollas (OFC).

⁷ "Cabe resaltar que debido a la norma cultural de fisión-fusión, el número total de comunidades que residen en los lotes puede ir variando en el tiempo. Estas variaciones tienen, por lo regular, origen en cuestiones de índole socio-político o económico: la fisión (división) de comunidades conlleva la aparición de un nuevo asentamiento; además hay un pequeño número de comunidades (aproximadamente 5) que aún practica una vida nómada, por lo cual periódicamente se mudan de un lugar a otro, dejando prácticamente abandonado el primero. De allí que el número de comunidades peticionarias evidencie cambios desde el inicio del reclamo a la actualidad" (CIDH. Caso 12094: Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Estado argentino. Alegatos Peticionarios 4-1-2007: 4).

⁸ Cfr. Carrasco, 2009 y 2000; Briones y Carrasco, 2000.

⁹ Las autoridades de las aldeas (*tekoa*) del pueblo mbya de la familia lingüística guaraní, asentadas en la provincia de Misiones (Argentina) se reúnen mensualmente para debatir temas de su interés. Esta reunión recibe el nombre de *Aty Ñeychyro*.

¹⁰ *Tekoa* Arandú, en la localidad de Pozo Azul (Misiones) es una de las aldeas integrante del *Aty Ñeychyro*.

¹¹ *Amicus curiae* es una expresión que significa 'amigo de la corte' o 'amigo del tribunal'. Se trata de un escrito realizado por terceros ajenos a un litigio que se

presentan voluntariamente para dar su opinión sobre algún aspecto relacionado con el litigio, a fin de colaborar con la justicia en su resolución.

¹² La Asociación Civil Pensamiento Penal (APP) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) realizaron el *Amicus* (Cfr. Asociación Civil Pensamiento Penal e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2012).

Referencias

Asociación Civil Pensamiento Penal e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2012, *Amicus Curiae Misiones* [en línea] <<http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/04/AMICUS-APP-INECIP-COMUNIDAD-TAKUAP%C3%8D.pdf>>.

Bourdieu, Pierre, 1968, Campo intelectual e projeto criador, en Jean Pouillon et al., *Problemas do estruturalismo*, Zahar, Rio de Janeiro.

Briones, Claudia y Morita Carrasco, 2000, *Pacta Sunt Servanda. Capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia (Argentina 1742-1878)*, Doc. N° 29, IWGIA, Buenos Aires.

Carrasco, Morita, 2009, *Tierras Duras: Historias, Organización y Lucha por el Territorio en el Chaco Argentino*, Doc. N° 59, IWGIA, Buenos Aires.

Carrasco Morita, 2000, *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, Vinciguerra-IWGIA, Buenos Aires.

Carrasco, Morita, 2013a, Derecho penal y comunidades indígenas: Reflexiones interculturales en un caso de homicidio, *Horizontes y Convergencias. Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho. Publicación de investigaciones científicas de actualización*

continua (Sección Investigaciones Antropología Jurídica) [en línea] <www.horizontesyc.com.ar>.

Carrasco, Morita, 2013b, Diálogos de una antropóloga con el derecho a partir de su experiencia como perito en dos juicios penales, en J.A. Guevara Gil et al. (comp.), *El uso de peritajes antropológicos en América Latina*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Perú (CICAJ-PUCP) y Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Poder Judicial (CSJC) (en prensa).

Carrasco, Morita y Marilyn Cebolla Badie, 2012, Entre el *Atyguachu* y el juez: Dramática irresolución de un crimen entre los *Mbya-Guaraní* en la Provincia de Misiones (Argentina), *Bulletin de la Sociéété Suisse des Américanistes*, Ginebra (en prensa).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, Caso 12094: Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Estado argentino. Alegatos Peticionarios.

Da Matta, Roberto, 1981, *Relativizando*, Primeira Parte, Ed. Rocco, Rio de Janeiro.

Geertz, Clifford, 1998, O saber local: fatos e leis um uma perspectiva comparativa, en Clifford Geertz. *O saber local*, Vozes, Petrópolis.

Guber, Rosana, 2001, *La etnografía, Método, campo y reflexividad*, Grupo Editorial Norma, Bogotá.

Kalinsky, Beatriz, 2003, Antropología y derecho penal. Un camino transitable con cautela, *Cinta de Moebio*, 16, pp. 25-37 [en línea] <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/CDM/article/viewFile/26167/27464>>.

Moreira, Manuel, 2007, El valor de la pericia antropológica: ¿Expectativas o ficciones?, *Antropología & Derecho*, Año 4, 6, CEDEAD, Posadas, pp. 22-28.

Morin, Edgar, s/f, *Sobre la interdisciplinariedad* [en línea] <http://www.pensamientocomplejo.com.ar/docs/files/morin_sobre_la_interdisciplinariedad.pdf> [Consulta: 14-05-2013].

Pitt Rivers, Julian, 1989, *Un Pueblo de la Sierra. Grazalema*, Alianza Editorial, España.

Rosaldo, Renato, 1989, Introducción, en *Cultura y verdad. Nueva propuesta de análisis social*. Grijalbo, México, pp. 15-31.

LA IDENTIDAD INDÍGENA APROPIADA POR EL DERECHO

Sébastien Grammond

Basándome en el ejemplo de Canadá, el presente estudio plantea la problemática de la apropiación de la identidad indígena por parte del derecho, es decir, de las normas jurídicas que pretenden definir quién puede ser considerado *indígena*. Esto comprende, sin duda, las reglas de la legislación federal que definen el "estatus de indio", pero también las normas adoptadas por los mismos pueblos indígenas, ya sean los "códigos de pertenencia" de las *Primeras Naciones*, la "costumbre" inuit o las reglas que se han dado los grupos Mestizos.

El estudio de las reglas de pertenencia levanta dos grandes categorías de preguntas, que se pueden relacionar, respectivamente, -a riesgo de simplificar un poco- a la sociología y a la filosofía. Primeramente, la adopción de definiciones jurídicas del estatus de indígena supone una cierta concepción de aquello que constituye la identidad indígena en el "mundo real". Entonces debemos preguntarnos acerca de la compatibilidad de las definiciones jurídicas con el estado actual del conocimiento en las ciencias sociales respecto al sujeto de la identidad étnica, y en particular a la identidad indígena. Este es el objeto de la primera parte del presente texto. En segundo lugar, hay que evaluar si una diferencia entre la identidad jurídica y la identidad sociológica puede ser una fuente de injusticia. El derecho a la igualdad parece constituir un instrumento jurídico que ofrece el potencial de reducir esta diferencia. Esta hipótesis será analizada en la segunda parte del presente texto.

I. La identidad indígena: ¿Desmembrada entre las ciencias sociales y el derecho?

La cuestión de la identidad es un laboratorio muy revelador de las relaciones entre el derecho y las ciencias sociales. Mientras el derecho es a menudo visto como una construcción intelectual abstracta, las ciencias sociales abren al jurista la puerta del "verdadero mundo", de la realidad social. Esta apertura nos permite comparar cómo el derecho y las ciencias sociales tratan una misma cuestión: la vinculación de los individuos a un grupo.

Desde ya, se debe recalcar la perspectiva diferente que anima las dos disciplinas. Cuando el derecho enuncia una definición del estatus de indígena, es para hacer surgir consecuencias concretas. El individuo a quien se le reconoce tal estatus podrá residir en el territorio de su grupo; estará sujeto a la competencia de las autoridades del grupo en ciertas materias; podrá reclamar los beneficios materiales, tales como una parte de las compensaciones financieras atribuidas al grupo o a una exoneración fiscal atribuida por el Estado federal. El derecho persigue, pues, el objetivo práctico de asegurar una cierta distribución de los recursos o las jurisdicciones. Para realizar este fin, el derecho busca la certidumbre. Así, el estatus de indígena es habitualmente considerado como un concepto binario: un individuo es indígena o no lo es. El derecho no admite el matiz o lo intermedio.

Las ciencias sociales, por su parte, intentan describir la realidad en toda su complejidad, sin buscar hacer surgir consecuencias normativas. No se encierran en categorías binarias. La identidad puede ser múltiple, matizada, ambigua, tanto peor para el que busca la simplicidad. La confrontación entre el derecho y las ciencias sociales coloca, pues, en juego dos modos de conocimiento o de producción del saber.

1. El concepto de identidad cultural o étnica en ciencias sociales

Comencemos por la identidad en ciencias sociales y precisemos desde ya que nos abocaremos solo a la identidad referida a la diferencia cultural. Dicho de otro modo, excluyo otros aspectos de la identidad personal, como la identidad sexual, profesional, familiar, etc. Para entender esta aplicación del concepto de identidad, hay que definir primero los conceptos de cultura y de etnicidad.

1.1. La cultura y los grupos culturales

Las ciencias sociales conciben la cultura de manera muy amplia¹, intentando cubrir el conjunto de los modos de vida y de pensamiento de los seres humanos. El antropólogo británico Tylor ha dado una definición clásica diciendo que la cultura era "ese todo complejo que comprende el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y las otras capacidades o hábitos adquiridos por el hombre en tanto miembro de la sociedad" (Edward Burnett Tyler, *The Origins of Culture*, Harper & Brothers, New York, 1958: 1, citado en Cuche, 2004: 16). A menudo se opone la cultura a la naturaleza: la cultura es aquello que es adquirido por el ser humano en sus relaciones sociales. Dada la complejidad de la vida humana y la influencia de la sociedad sobre esta, no es extraño el vasto alcance del concepto de cultura.

¿Puede clasificarse la cultura? Dicho de otro modo, ¿es posible identificar, dentro de la multitud de seres humanos, grupos bien definidos de individuos que posean la misma cultura? Una cierta corriente antropológica, inspirada especialmente por Franz Boas, dio una respuesta positiva a esta pregunta (Cuche, 2004: 18-22). Las diferentes culturas humanas estaban separadas las unas de las otras, no derivaban de una cultura común y además no tendían a la unidad. Se pensaba que era posible estudiar cada cultura con el objeto de descubrir las constantes, los elementos característicos o esenciales.

Una concepción tal, a menudo llamada "esencialista", hoy ha caído en desuso. Se admite sobre todo la variabilidad inherente al interior de los grupos culturales y entre grupos culturales. La aculturación o el mestizaje son ahora considerados como fenómenos normales más que como una patología, una desviación, o incluso como una corrupción de una cultura "pura" (Cuche, 2004: 50-66). Una consecuencia de esta manera de ver la diversidad cultural es la imposibilidad, en ciencias sociales, de definir unidades culturales perfectamente homogéneas. En otros términos, no hay una discontinuidad total entre las diferentes culturas, sino más bien una gradación, una variación continua. Los grupos culturales no existen, por tanto, de modo objetivo, sino que están más bien definidos por el observador que decide priorizar criterios geográficos o rasgos culturales específicos a fin de comparar y de clasificar a los individuos.

1.2. Las concepciones de identidad

La evolución del concepto de identidad ha seguido un curso parecido al de cultura. La identidad de un individuo es un conjunto de sus pertenencias a grupos determinados, tales como el género, la profesión, la clase social, la ciudadanía, etc. Yo me concentraré aquí únicamente en las concepciones de la identidad que permiten describir la pertenencia a un grupo indígena: se trata de las concepciones racial, étnica y relacional de la identidad.

Es difícil presentar someramente un concepto tan controvertido y mal definido como el de raza². Bástenos decir, para los fines de este texto, que una concepción racial de la identidad está fundada sobre la idea de que los individuos pueden ser clasificados según sus características físicas, especialmente el color de la piel; que estas determinan los comportamientos de los individuos, y que son inmutables y transmisibles por los genes (Smedley, 1999: 28; Jenkins, 1997: 83). Una concepción racial de la identidad es a menudo empleada para jerarquizar a los grupos humanos, principalmente fundándose en una visión estereotipada del comportamiento

de los grupos raciales juzgados inferiores. La concepción de raza hoy es considerada como no científica, dada la variabilidad inherente de las características físicas y la imposibilidad de encontrar criterios de distinción objetiva, y puesto que ha sido imposible demostrar las relaciones entre características físicas y comportamiento (Jacquard, 1982: 56-72).

Desacreditando el concepto de raza, los antropólogos han intentado, desde principios del siglo XX, sustituirlo por el concepto de *cultura* como criterio de diferenciación entre grupos humanos. La calificación de grupo "étnico" designa, en este aspecto, un grupo caracterizado por una cultura común específica. Entonces, la concepción de la cultura en boga durante esa época suponía, como se ha visto más arriba, la existencia de grupos separados identificables por elementos esenciales o característicos de su cultura. Es normal, pues, que se haya intentado definir la identidad étnica de un individuo verificando si este posee los atributos culturales que son considerados como elementos esenciales de la cultura del grupo al cual se busca relacionarle. Para dar un ejemplo un poco extravagante de esta concepción, se plantea que si se juzga que el acento particular que poseen los quebequenses cuando hablan francés constituye un elemento esencial de su cultura, habría que, para decidir si una persona es o no un quebequense, escuchar su acento. Hay que mencionar que en esta concepción los elementos culturales juzgados esenciales, que determinan la identidad, son escogidos de manera permanente o fija. La observación exterior tendría el potencial de determinar cuáles son estos criterios esenciales.

Es el carácter artificial de una definición fija de la cultura lo que hizo a los antropólogos, a finales de los años '60, proponer una nueva concepción de la identidad étnica³. Estos autores descubrieron que los mismos individuos se identificaban con grupos que se puede calificar de étnicos, pero no siempre en función de los factores culturales que parecen ser los más marcados a los ojos de un observador externo. Esto significa que no existe una definición objetiva de la identidad étnica de un grupo. Cada

miembro del grupo posee su propia idea de los criterios de pertenencia al mismo, lo que le permite, en las interacciones diarias, distinguir a otros miembros de su grupo de los extranjeros. Los extranjeros pueden también forjar su propia idea con el fin de reconocer a los miembros de otros grupos distintos del suyo. En todo caso, no hay necesariamente acuerdo entre todos los miembros de un grupo étnico en cuanto a los criterios de pertenencia a este, es decir, en cuanto a la definición de la identidad étnica. Sin embargo, si hay una intersección suficiente entre las concepciones de un gran número de individuos podemos hablar, por agregación, de una concepción colectiva de la etnicidad del grupo respectivo. Tratándose de una agregación de concepciones individuales variables, esta concepción colectiva será necesariamente vaga, cambiante y dudosa al interior del grupo. Utilicemos una vez más el ejemplo de Quebec para ilustrar esta nueva concepción de la identidad. Hace medio siglo, la inmensa mayoría de los residentes francófonos de Quebec se habrían descrito como pertenecientes al grupo de los "canadienses-franceses"; presionados con preguntas sobre las principales características de los miembros de este grupo, habrían respondido sin vacilación: la lengua francesa, pero también la religión católica, y posiblemente la ascendencia francesa presente en Quebec desde hace por lo menos dos siglos. Hoy, la denominación del grupo cambió: debido a las luchas políticas nacionalistas, se presentan de buen grado como "quebequenses", mientras que "canadiense-francés" está pasado de moda. Habiendo retrocedido considerablemente el fervor religioso, muy pocos de los Quebequenses mencionarían la religión católica como parámetro de su identidad étnica. Además, los debates que han rodeado el proyecto nacionalista han conducido a un cuestionamiento sobre los principales parámetros de la identidad quebequense, tanto que la ascendencia francesa, incluso la lengua francesa misma, ya no representan unanimidad como elementos principales de la identidad quebequense⁴.

Tal concepción étnica de la identidad es llamada "constructivista", dado que ella afirma que la identidad no es definida objetivamente, sino que es construida por los individuos, o incluso "relacional", ya que ella aparece al

ocurrir las relaciones sociales. Sin embargo, es completamente posible que los individuos, situados en un contexto específico de interacción social, adopten factores raciales o culturales como parámetros de su identidad o de la de otro grupo. Adoptar una concepción constructivista de la identidad no lleva a negar tales realidades cuando son observadas; sin embargo, subrayar su carácter construido facilita su crítica.

De hecho, hay que destacar desde ya que una concepción relacional de la identidad no es garantía de justicia. Si la identidad depende de una red de relaciones de reconocimiento mutuo entre los individuos en cuestión, se puede concebir fácilmente la hipótesis de que esta red lleve a exclusiones injustas o arbitrarias. Un pueblo indígena, de hecho, no es un club privado, porque satisface necesidades esenciales de sus miembros. Un miembro que es injustamente excluido sufre consecuencias negativas importantes. Entonces, ya que la identidad y la cultura no existen "en la naturaleza", sino que son más bien productos de la interacción social, no existe ninguna razón para creer que una concepción de la identidad observada en un grupo dado sea, por el solo hecho de su existencia, más auténtica o más justa que otra. No es posible evitar la cuestión de las relaciones de poder en la definición de la identidad.

1.3. Los parámetros de la identidad indígena

A la luz de una concepción constructivista de la identidad, ¿cuáles son los principales parámetros utilizados por los indígenas para describir su identidad? Evidentemente, no se trata aquí de estudiar las concepciones de un grupo indígena específico, sino más bien de dar una idea general de los factores que han sido identificados por los investigadores en ciencias sociales.

Es sin duda imposible evitar la expresión "sangre india" cuando se trata de la identidad indígena. La "sangre", es en realidad la ascendencia, el estatus de los antepasados. Antes del contacto con los europeos, la as-

endencia podía determinar la pertenencia a un clan e, indirectamente, a un grupo indígena más amplio⁵. Es difícil saber hasta qué punto la ascendencia era utilizada de manera rígida; de todas formas, parece que la adopción fue ampliamente practicada, permitiéndole así a alguien volverse miembro de un clan con prescindencia de todo lazo biológico (Viau, 2000: 79 y ss.; Alfred, 1995: 163).

Es indudablemente debido a la influencia de las concepciones raciales que impregnaban la sociedad occidental del siglo XIX que los indígenas fueron definidos, y que en ocasiones hasta ellos llegaron a definirse, en términos raciales (Sturm, 2002: 51). En efecto, se creía que los rasgos no solo físicos, sino también culturales, se transmitían por los genes, de modo tal que se podía evaluar si una persona era indígena calculando la proporción de sus antepasados que eran también indígenas. Es lo que se llamó la proporción de sangre india (en inglés, *blood quantum*). Muchos grupos indígenas en los Estados Unidos y en Canadá emplean esta medida como criterio de pertenencia. Es muy posible que los fundamentos raciales de la utilización de criterios de ascendencia en las leyes coloniales que regían el estatus de indígena hayan sido interiorizados por los pueblos indígenas: después de todo, si el gobierno reconoce que tal individuo es indígena, "eso ha de ser verdad" (Garrouette, 2003: 31 y ss.; Sturm, 2002: 88, 108-110). Tal utilización de un criterio genealógico rígido para identificar a los indígenas revela una concepción racial de la identidad, pretendiendo que ésta se transmite por los genes, al nacimiento, y se vuelve más tarde inmutable. La importancia que cobró la ascendencia como parámetro de la identidad indígena se manifiesta también por la fisionomía: probablemente consideraremos que una persona que posee los rasgos físicos característicos de los indígenas es completamente indígena, cuando en cambio se pediría a una persona que no posee estos rasgos que pruebe que tiene "sangre india" (Garrouette, 2003: 51-52; Sturm, 2002: 111-115). En los Estados Unidos, aunque gran cantidad de negros han sido adoptados o se volvieron miembros de ciertos pueblos indígenas, bastante gente expresa su escepticismo frente a la identidad indígena de personas que tienen ras-

gos físicos africanos (Sturm, 2002: 168-200). Este recurrir a criterios fisonómicos era moneda corriente en Canadá y no está completamente extinto⁶.

Sin embargo, se puede definir la identidad por la genealogía sin caer en el racismo. Si se considera que la familia es uno de los principales vectores de transmisión de la cultura (Juteau, 1999: 86-102), se vuelve legítimo considerar la ascendencia como una aproximación a la cultura. Cuando ambos padres de un niño son indígenas, es razonable pensar que le transmitirán su cultura indígena al niño y que este podrá autodenominarse indígena en el plano cultural. No obstante, hay que comprender que la ascendencia, en tal caso, es solo una aproximación: la cultura no es determinada en el nacimiento y depende no solo de la educación dada por los padres, sino también de la socialización posterior del niño, fuera del ámbito familiar. El ejemplo de los matrimonios mixtos muestra el carácter relativo de la genealogía como determinante de la identidad. Cuando los padres de un niño provienen de dos grupos culturales diferentes, es imposible, en ausencia de información adicional sobre el lugar de residencia, la lengua hablada en la casa, la escolarización, etc., decir si el niño adscribirá más a la identidad del grupo de su madre o al de su padre.

Dado que la genealogía constituye solo una aproximación a la cultura, se podría intentar definir la identidad indígena directamente refiriéndose a los atributos culturales de las personas respectivas: esto es lo que se puede llamar una concepción cultural de la identidad. En su estudio de la identidad cherokee, Sturm identificó el comportamiento social, la lengua, la religión y la residencia (o la participación comunitaria) como factores que si bien no forman parte de la definición jurídica de la ciudadanía cherokee, son utilizados corrientemente por los Cherokees en sus interacciones sociales para medir la identidad de otros miembros de su grupo (Sturm, 2002: 108-136). La lengua y la religión pueden parecer criterios fáciles de manejar: es sencillo verificar si una persona habla una lengua indígena o no. Sin embargo, se sabe que en Canadá una propor-

ción importante de la población indígena no habla una lengua indígena, entre otras cosas debido a las políticas de asimilación y de los internados donde se prohibía a los niños indígenas hablar su lengua. Asimismo, numerosos pueblos indígenas adoptaron religiones cristianas. El comportamiento social y la residencia serían el referente para un conjunto de elementos que los mismos indígenas consideran como lo que es "típicamente indígena". Tal como lo dice Sturm: "the vast majority of Cherokees believe that they have a unique style of social behavior and interaction, and this difference plays a key role in whether or not they recognize someone as Cherokee" (Sturm, 2002: 118). Estos comportamientos darían cuenta de un cierto número de valores indígenas típicos, que se adquieren residendo en una comunidad indígena y en particular participando de las actividades de esta, hablando su lengua y adhiriendo a su espiritualidad. Vemos, pues, que estos atributos culturales son difícilmente disociables unos de otros.

Desde luego, no debemos subestimar el riesgo de que una concepción cultural de la identidad indígena se vuelva inmutable y que acabe negando la identidad de los individuos que adoptan un comportamiento juzgado "no tradicional" o, peor, que oficialice visiones puramente estereotipadas de la cultura indígena. Decir, por ejemplo, que no se es indígena si no pasa el invierno sobre el territorio tradicional, es imponer un molde único a la cultura indígena.

Algunos autores proponen superar la concepción cultural de la identidad indígena y sugieren que una concepción "relacional" describe más adecuadamente el proceso por el cual los miembros de un grupo indígena se reconocen entre ellos. Así, Schouls afirma que la identidad indígena es definida más por factores como la ascendencia, la memoria histórica común, el lazo con el territorio y la solidaridad entre los miembros del grupo que por la cultura (Schouls, 2003: 119-120, 154). Garrouette, por su parte, afirma que la identidad indígena debe ser reconstruida a partir de las concepciones indígenas de los lazos de parentesco (Garrouette, 2003: 118-

136). Según ella, de hecho, los indígenas se reconocen entre ellos a pesar de lo que algunos llamarían la "dilución de la sangre". Por otra parte numerosos pueblos indígenas practicaban -entre otras cosas- la adopción, por la cual se le atribuía a un extranjero un clan y una genealogía. Lo que hace que una persona sea indígena es que participa en una red de relaciones de ayuda mutua y de reciprocidad basado en las relaciones de parentesco.

2. La regulación jurídica de la identidad indígena

La discusión que precede subraya el carácter eminentemente fluido del concepto de identidad indígena. En este contexto, uno se puede interrogar sobre la pertinencia de dar una definición jurídica de esta. En última instancia, ¿la identidad étnica no es acaso una opción personal? ¿No existe acaso un derecho fundamental para escoger la identidad étnica propia, a no verse impuesta una identidad por el Estado? Por ejemplo, el Estado canadiense no reglamenta la pertenencia a una religión y, cuando la religión de un individuo se vuelve jurídicamente pertinente, acepta habitualmente sin reservas la afirmación del individuo en cuestión⁷. De igual modo, los derechos lingüísticos en Canadá (salvo en materias de educación) están estructurados de tal forma que un individuo puede usar ya sea el francés o el inglés, independientemente de su lengua materna, su lengua de uso o cualquier otra medida de su identidad lingüística⁸. En derecho internacional se recomienda permitir a los individuos identificar ellos mismos el grupo al cual pertenecen para fines de discriminación positiva⁹.

¿Por qué tendría que ser distinto para los pueblos indígenas? ¿Con qué derecho el Estado puede decidir quién es indígena y quién no lo es? Los ejemplos mencionados más arriba tienen un punto en común: el reconocimiento de una identidad religiosa o lingüística particular no conlleva un gasto importante de fondos públicos, la atribución de un recurso limitado o la aplicación de una regla de derecho específica. Al contrario, cuando hay recursos importantes en juego, el Estado no vacila en reglamentar la identidad. Todos los Estados poseen leyes que rigen la ciudadanía y la

inmigración. En el caso de pueblos indígenas, ha sido frecuentemente la cuestión territorial la que ha llevado a las primeras definiciones jurídicas del estatus de indígena. Tan pronto se dejaban reservas de lado para el uso exclusivo de las "bandas" (o tribus¹⁰) indias, había que saber quiénes eran los miembros de estas bandas. Más recientemente, la definición jurídica del estatus de indígena se ha vuelto imprescindible por los beneficios que son cedidos a los individuos indígenas por el Estado federal, como la exoneración fiscal o el reembolso de los gastos médicos o de educación superior. En Estados Unidos, la definición del estatus de indígena deriva también de la aplicación diferencial del derecho penal o del derecho en materia de protección de la juventud. En la mayoría de los casos, estas motivaciones llevaron a definiciones restrictivas del estatus de indígena: había que proteger las reservas contra la intrusión de los "blancos", o asegurarse de que únicamente los "verdaderos indios" estuviesen exentos de impuestos.

Estudiaremos entonces, en las páginas siguientes, los diferentes conjuntos de reglas que pretenden traducir jurídicamente la identidad indígena, subrayando quiénes las han adoptado, con qué objeto y según qué concepción de la identidad. En el curso de este análisis, constataremos que los problemas relacionados con la definición del estatus de indígena se congregan en torno a dos polos principales: el rol de las distinciones sexuales y el empleo de criterios fundados en la ascendencia, en especial aquellas que apelan a una proporción fija de "sangre india".

2.1. La antigua Ley de los Indios

Fue en 1850 que aparecieron las primeras definiciones del estatus de indígena en las leyes canadienses relativas a la protección de las tierras de reserva¹¹. Estas leyes adoptaban una concepción más bien amplia de la identidad indígena, ya que bastaba con ser indígena por el padre o la madre para obtener el derecho de habitar una reserva. La ley no hacía distinción según el sexo. De hecho, estas definiciones parecen revelar una

concepción principalmente cultural, sin duda estereotipada, que permitía a las leyes precedentes hacer referencia a los indios sin definirlos y que se transparentaba en decisiones judiciales subsiguientes que determinaban el estatus de un individuo en función del porte de mocasines, por el hecho de hablar una lengua indígena más que el inglés o por el hecho de vivir del producto de la cacería y de la pesca¹².

Pero a partir de 1876, cuando estas leyes estuvieron consolidadas para formar el *Acta de los Salvajes*¹³ (ahora conocida bajo el título de *Ley de los Indios*), el aspecto racial de la identidad indígena cobró mucha importancia. En efecto, un "salvaje" era definido entonces como "*Primero*.- todo individuo de sexo masculino y de sangre salvaje, sabidamente perteneciente a una banda en particular; *Segundo*.- todo niño de tal individuo; *Tercero*.- toda mujer que está o ha estado legalmente casada con tal individuo". El estatus de indígena se transmitía entonces por los hombres solamente, pero sin consideración de la proporción de "sangre india".

Dos reglas importantes demuestran, sin embargo, que el legislador federal no consideraba la identidad indígena como inmutable y determinada al nacimiento. La primera de estas reglas, introducida en 1857¹⁴, concierne a la emancipación, es decir la pérdida del estatus de indio de una persona que, según las diferentes versiones de la ley, "de acuerdo al grado de civilización que él o ella haya alcanzado, y la reputación de integridad, de moralidad y de sobriedad de la cual él o ella goza, parece poseer las cualidades requeridas para volverse propietario de tierra con plena propiedad" (1876)¹⁵ o, más lacónicamente, "es calificado o calificada para ser admitido o admitida a gozar de los derechos y privilegios de ciudadano"¹⁶ (1927). Las reglas de la emancipación apuntaban a poner jurídicamente en obra la política a largo plazo del gobierno de la época, que era la de asimilar los indígenas a la población de origen europeo, incitándolos a abandonar su cultura, juzgada como primitiva. Cuando un individuo había obtenido este resultado, era lógico excluirlo de su banda y tratarlo como a

cualquier otro ciudadano no indígena. Estas reglas evidencian la antinomia que era entonces percibida entre la cultura indígena y la cultura occidental¹⁷. Sin duda, la marca más impactante de esta oposición es la disposición, vigente entre 1876 y 1880, que emancipaba automáticamente a todo indígena que se hacía abogado, médico o ministro de culto o que obtenía un diploma universitario: una persona tal había necesariamente perdido su cultura indígena.

La exclusión de la mujer indígena que se casaba con un no-indígena es una regla que se volvió tristemente célebre y cuyas consecuencias aún se dejan sentir hoy en día. Las circunstancias y los motivos de su adopción son un poco nebulosos. Desde 1851, la ley trataba distintamente a los casamientos mixtos según el sexo del esposo indígena: si un hombre indígena desposaba una mujer no indígena, esta adquiría el estatus; pero en el caso contrario, el esposo conservaba su estatus, es decir que la mujer seguía siendo indígena, pero su esposo no se convertía¹⁸. En 1869, sin embargo, en el marco de una ley sobre la emancipación, el Parlamento adoptó una disposición por la cual la mujer indígena perdía su estatus desde el momento en que se casaba con un no-indígena¹⁹. Algunos afirmaron que el objetivo de la ley de 1869 era proteger a las bandas indias contra la llegada de hombres blancos, de los cuales se temía que tomaran el control de los Consejos de Banda²⁰. Esta hipótesis, que no es apoyada por los debates parlamentarios²¹, parece más convincente respecto de la ley de 1851. La explicación más coherente de la ley de 1869 era que constituía un aspecto de la política de emancipación y que, en la concepción sexista y racista de la élites de la época, el hombre impondría naturalmente su cultura a su esposa, de tal forma que un matrimonio entre un hombre blanco y una mujer india equivalía a la emancipación de esta. Investigaciones recientes sugieren que las dos reglas tendrían un origen común en la recomendación de una comisión de investigación de 1844 sobre la gestión de los asuntos indígenas, que, en vista de reducir los gastos públicos, sugería que las indias que se habían casado con no-indios no pudiesen recibir más presentes y que los indígenas que hubiesen recibi-

do una educación de base recibiesen una parcela de tierra con toda propiedad y cesaran desde entonces de ser considerados como indígenas (Leslie, 1999: 35-36). De todas maneras, parece que en esa época los casamientos mixtos eran más bien la ocurrencia de hombres no indígenas que se casaban con mujeres indígenas, y no a la inversa, de tal manera que la regla adoptada en 1869 apuntaba en realidad a la mayor parte de los matrimonios mixtos (Krosenbrink-Gelissen, 1991: 52; Freeman, 2005: 50-51).

Aunque investigaciones adicionales en los archivos sean necesarias para llegar a conclusiones definitivas, las informaciones actualmente disponibles demuestran que estas reglas, en particular la emancipación y la exclusión de la mujer casada, han sido adoptadas unilateralmente por el legislador federal, sin consultar a los indígenas y frecuentemente a pesar de sus protestas (Leslie, 1999: 47). La única excepción parece ser la ley de 1851, adoptada en respuesta a las demandas de los jefes indígenas (masculinos) de Quebec, quienes temían que sus tierras fuesen demasiado exiguas para acoger a todas las personas elegibles según la ley de 1850 (Delâge & Sawaya, 2001: 191-194). Por otra parte, los indígenas protestaron contra la exclusión de la mujer casada²² y sobre todo contra la emancipación, particularmente cuando el Parlamento intentó aplicar esta a indígenas que no lo deseaban²³. Además, el gobierno se había otorgado el derecho de decidir en última instancia si una persona poseía el estatus de indio o no²⁴.

Estas reglas permanecieron en vigencia hasta la revisión de la *Ley de los Indios* en 1951²⁵. Esta reforma dio lugar a un reforzamiento de los aspectos raciales de la definición del estatus de indígena. En efecto, el Parlamento, a la vez que mantenía el principio de la transmisión del estatus por la línea masculina, agregó una regla, denominada en inglés "*double-mother rule*" (la "doble madre"), por la cual los hijos de dos generaciones sucesivas de matrimonios mixtos eran privados del estatus. Contrariamente a la emancipación, esta regla se aplicaba sin reparos por los atributos culturales, estereotipados o no, de la persona en cuestión. Como lo

subrayó la Corte Suprema en una decisión subsiguiente, el Parlamento quería "promover la conservación de la pureza de la sangre india"²⁶, pero la adopción de esta regla era sin duda más motivada por la preocupación de no permitir a personas que tenían 25% de "sangre india" o menos de sacar provecho de los fondos públicos acordados a los indígenas²⁷.

Contrariamente a las leyes de fin del siglo XIX, la ley de 1951 fue adoptada en respuesta a una consulta a los pueblos indígenas, sin duda la primera de ese tipo en la historia moderna de Canadá (Leslie, 1999). No obstante, en lo que concierne al estatus de indígena, el Parlamento rechazó la principal reivindicación enunciada por los pueblos indígenas cuando se hizo la consulta, a saber: el otorgamiento a las bandas indias del poder de determinar sus propias reglas de pertenencia; y también habría sacado de en medio la oposición de ciertos líderes indígenas a la "*double-mother rule*" (Leslie, 1999: 225). Además, hay que recalcar que los jefes indígenas consultados no expresaron ninguna molestia frente a la regla de la exclusión de la mujer casada. La Asociación de Indios de Alberta hasta declaró explícitamente estar de acuerdo con la regla²⁸. Se puede entonces concluir que los dirigentes indígenas (todos hombres en esa época, no pudiendo las mujeres ser elegidas) tenían interiorizados los presupuestos sexistas que conllevaba la ley de 1869.

2.2. La "ley C-31" y la reforma de la Ley de los Indios

La influencia del movimiento feminista, la importancia creciente acordada a los derechos de la persona y la liberalización del divorcio volvieron insostenible al antiguo régimen. En efecto, cuando un número creciente de mujeres indígenas perdieron su estatus en la postguerra, la posibilidad de divorciarse y el deseo de las mujeres divorciadas de reincorporarse a sus comunidades de origen dio lugar a varias contestaciones. Las mujeres que querían volver a tener su estatus usaron nuevos mecanismos que permitían impugnar la validez de leyes incompatibles con los derechos de la persona (Moss, 1990; Weaver, 1993: 92).

Invocando la igualdad ante la ley, sin distinción de sexo, garantizada por la *Declaración canadiense de los derechos*²⁹, Jeanette Lavell e Yvonne Bédard le pidieron a los tribunales canadienses invalidar el artículo 12(1) *b*) de la *Ley de los Indios*, la disposición que privaba de estatus a las mujeres que se casaban con un no-indio³⁰. En 1974, la Corte Suprema, en su mayoría, rechazó su demanda, pero los motivos de los jueces mayoritarios daban más cuenta de una incapacidad de definir el derecho a la igualdad de una manera que pueda ser aplicada a leyes que otorgan derechos particulares a una minoría que de una aprobación de la ley objetada. Solo el juez Laskin, en disidencia, afirmó que la disposición atacada discriminaba en función del sexo, no tenía ninguna justificación biológica, no reflejaba las tradiciones indígenas y tenía repercusiones extremadamente desfavorables sobre las mujeres a quienes se aplicaba.

Sandra Lovelace, otra mujer indígena que había perdido su estatus, llevó, por su parte, su causa ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, alegando que la *Ley de los Indios* era incompatible con varios de los derechos garantizados por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*³¹. En su decisión, entregada en 1981, el Comité no se pronunció sobre una eventual violación del derecho a la igualdad, pero más bien basó su razonamiento en el artículo 27 del *Pacto*, que garantiza a todo miembro de una minoría étnica el derecho de gozar de su cultura en común con los otros miembros de su grupo³². El Comité estableció que la Sra. Lovelace debía ser considerada como miembro de tal minoría, aun si ese estatus no era reconocido por el derecho canadiense.

Los derechos fundamentales representaron entonces una ayuda limitada para las mujeres indígenas: el caso *Lavell* fue un fracaso y el caso *Lovelace* llevó a un fallo motivado únicamente por las circunstancias particulares de la demandante. Estos fallos daban pocas indicaciones sobre las exigencias que derivaban del derecho a la igualdad. Sin embargo, el fallo *Lovelace* era particularmente incómodo para Canadá, sobre todo a causa de la adopción, casi al mismo tiempo, de la *Carta canadiense de*

*los derechos y las libertades*³³. Parecía evidente que la *Carta* estaba destinada a recibir una interpretación mucho más generosa que la de los instrumentos que la habían precedido. Una reforma de la *Ley de los Indios* se había vuelto urgente, sobre todo para volverla conforme al derecho a la igualdad sin distinción de sexo. Sin embargo, el gobierno federal estaba atrapado entre las reivindicaciones de las mujeres indígenas, apoyadas por numerosos grupos de mujeres no indígenas, que exigían la reintegración de las mujeres excluidas y de sus descendientes, y la posición de los jefes indígenas y de sus asociaciones, que veían de mala manera el regreso de mujeres habiendo vivido al exterior de las reservas; se inquietaban por la escasez de recursos y de viviendas que podría resultar de la llegada de nuevos miembros y exigían que el problema fuese arreglado nada más que en el marco más general del otorgamiento de la autonomía gubernamental.

Es finalmente en 1985 que la *Ley de los Indios* fue modificada, por lo que se convino llamar "ley C-31"³⁴. El estatus de indio fue dado de nuevo a las mujeres que lo habían perdido en razón de su matrimonio con un no-indio, así como a sus descendientes. No obstante, el estatus de indio y aquel de miembro de una banda fueron desde entonces separados. A las bandas indias se les reconoció el poder de adoptar sus propios códigos de pertenencia (que serán examinados en la sección siguiente), que determinan la admisibilidad a la mayoría de los beneficios concedidos por la banda, como el derecho de residir sobre la reserva o de obtener una vivienda, el derecho de voto en las elecciones del Consejo de Banda, etc. Solo los beneficios directamente concedidos por el gobierno federal, como la exoneración fiscal, permanecieron regidos por el estatus de indio.

Las nuevas reglas respecto del estatus de indio no están exentas de problemas. En el primer plano de las disposiciones sospechosas se encuentra la regla de la segunda generación ("*second generation cut-off*") del artículo 6(2) de la *Ley*. Un poco a la manera de la "*double-mother rule*" de la ley de 1951, esta regla priva de su estatus a los niños de dos

generaciones sucesivas de matrimonios mixtos³⁵. Dicho de otra forma, el estatus de indio es otorgado solo a aquellos que tienen dos abuelos indios. Es siempre una concepción racial la que anima esta regla: equivale en efecto a exigir un 50% de "sangre india"³⁶, aún si la ley es redactada de una manera tan alambicada que esto no aparece en la primera lectura. Por lo demás, la aplicación de la regla de la segunda generación respecto de las personas cuyo estatus fue regularizado en 1985 lleva a repercusiones diferenciales según el sexo (básicamente, los descendientes de las mujeres reintegradas pierden más rápidamente su estatus que los de los hermanos de las mujeres que se habrían casado con un no-indígena). Este problema es generalmente conocido bajo el nombre de "discriminación residual"³⁷. De esto se desprende que mucha gente que se considera indígena es privada de un reconocimiento oficial de su estatus.

Es impactante constatar la distancia entre el vigor de la contestación del aspecto sexista de la definición del estatus de indio y aquel de su aspecto racial. Es el aspecto sexista de las reglas el que fue objetado en la Corte Suprema y en las Naciones Unidas, y es para eliminar toda referencia al sexo que el Parlamento modificó la *Ley de los Indios* en 1985. En comparación, la "*double-mother rule*" (que privaba de estatus a los hijos de dos matrimonios mixtos sucesivos) fue objeto de poco debate e hicieron falta veinte años para que su sucesora, la regla de la segunda generación, fuese objeto de un proceso³⁸.

2.3. *Los códigos de pertenencia de las Primeras Naciones*

Uno de los elementos fundamentales de la reforma de la *Ley de los Indios* en 1985 fue la atribución a las bandas indias de poder determinar, por un voto mayoritario de los miembros adultos, sus propias reglas de pertenencia. Sin embargo, para evitar que las bandas utilizasen ese poder para negarles a las mujeres reintegradas la mayoría de los beneficios asociados al estatus de indígena (como el derecho de residir en la reserva, el derecho a voto en las elecciones de Consejo, etc.), el Parlamento insertó

una disposición (el artículo 10(4) de la *Ley*) que garantiza los derechos adquiridos de las personas reintegradas: una banda no puede negarle el estatus de miembro a una persona que poseía ese estatus al momento de la adopción del código de pertenencia. Varias bandas trataron de redactar códigos que no respetaban esta exigencia. El Ministro de Asuntos Indios se rehusó a poner algunos de esos códigos en vigor³⁹, mientras que aquel de la banda de Sawridge fue declarado invalidado por la Corte de Apelaciones federal⁴⁰.

Aproximadamente la mitad de las bandas indias de Canadá adoptaron sus propios códigos de pertenencia, cuando las otras aún eran regidas por las disposiciones de la *Ley*. La cuasi-totalidad de esos códigos emplea la ascendencia como principal criterio de atribución del estatus de miembro. Estas reglas pueden ordenarse en cuatro categorías generales⁴¹:

1. Una persona es miembro de una banda si sus dos padres son miembros de ella;
2. Una persona es miembro de la banda si posee 50% de "sangre india" y uno de sus padres es miembro de la banda;
3. Una persona es miembro de la banda si posee el estatus de indio y uno de sus padres es miembro de la banda;
4. Una persona es miembro de la banda si uno de sus padres es miembro de la banda.

Además, algunos códigos permiten que los individuos que no cumplen con la regla de base fundada en la ascendencia presenten una demanda de admisión. Un organismo de la banda dirime la demanda fundándose sobre un cierto número de criterios. Un ejemplo está dado por el código de pertenencia de la *primera nación* Chapleau Cree:

- a) Whether the applicant is knowledgeable of the way of life culture, laws and history of the Chapleau Cree Band;

- b) Whether the applicant follows a way of life consistent with the common good of the Chapleau Cree Band;
- c) The extent to which the applicant is prepared and able to support himself and his dependants, if any, in the Chapleau Cree Band community;
- d) The social, cultural and family ties of the applicant to the Chapleau Cree Band;
- e) How long the applicant has lived among the Chapleau Cree Band;
- f) The availability of suitable land, housing and ancillary services which will be required to support the applicant and his family in the Chapleau Cree Band community;
- g) Any other consideration that in the opinion of the Chief and Council is relevant to the application or to the health, safety, good order and advancement of the Chapleau Cree Band⁴².

¿Cómo desenmarañar los aspectos raciales, culturales y relacionales de esas definiciones? La preocupación central por la ascendencia puede, por supuesto, reflejar una concepción racial de la identidad indígena, sobre todo cuando un código les otorga el estatus de miembro solo a los hijos de dos miembros de la banda. Sin embargo, la ascendencia puede también reflejar una preocupación por la transmisión de la cultura. Esto es particularmente evidente en los códigos que, como en el ejemplo citado más arriba, permiten colmar un déficit de ascendencia por una prueba de conocimiento de las tradiciones, de la lengua o de la historia de la comunidad en cuestión. Ciertos criterios -como los lazos familiares o sociales, o la duración de la residencia en la comunidad- pueden también hacer intervenir una concepción relacional de la identidad.

Aún si la mayoría de estos están vigentes desde hace veinte años, no existe ningún estudio sistemático de la aplicación concreta de los códigos de pertenencia de las *primeras naciones*.

Las bandas no están obligadas a publicar su código o las decisiones tomadas en virtud de este⁴³ y es particularmente difícil obtener informaciones detalladas al respecto. Algunas decisiones de los tribunales ilustran los intentos de ciertas bandas por eludir la regla de los derechos adquiridos y de negar el estatus de miembro a las mujeres reintegradas por la "ley C-31"⁴⁴ o, de manera más general, de reservarles un trato desfavorable⁴⁵. Se concuerda generalmente en afirmar que las mujeres reintegradas han sido con frecuencia víctimas de discriminación, pero la parte de responsabilidad del régimen de los códigos de pertenencia en estos malos tratos permanece desconocida. De nuevo, hay un riesgo de divergencia entre la identidad indígena y el estatus de miembro de una banda.

2.4. *La autodeterminación de los inuit*

Los inuit nunca han estado sujetos a la *Ley de los Indios*. Nunca ha habido reglas legislativas definiendo el "estatus de inuit", aunque el gobierno federal haya tenido registros administrativos. Por consiguiente, cuando el Estado canadiense firmó tratados con ellos, a partir de 1975, hubo que partir desde cero para identificar a las personas que podían ejercer los derechos atribuidos a los inuit.

Al principio, la Convención de la Bahía James y del Norte de Quebec preveía un sistema de transmisión del estatus de "beneficiario inuit" de una generación a la otra⁴⁶. Para que un niño poseyera ese estatus, bastaba con que uno de sus parientes fuese inuit. No hay entonces ninguna exigencia de "proporción de sangre inuit". A largo plazo, ese sistema confiere el estatus de inuit a toda persona que tiene al menos un ancestro inuit. Sin embargo, los derechos asociados al estatus de beneficiario inuit son suspendidos cuando una persona reside durante más de diez años al exterior del territorio apuntado por la Convención.

El Acuerdo del Nunavut, adoptado en 1993, puso en funcionamiento un sistema radicalmente diferente. Según este acuerdo, es admisible una

persona que "es un Inuk⁴⁷ en el sentido de los usos y costumbres de los Inuit", que "se dice un Inuk" y que tiene lazos con el Nunavut⁴⁸. De esta forma, las reglas de pertenencia en las comunidades inuit no son el fruto de una negociación entre el Estado federal y los inuit; ellas tienen más bien su origen en el orden jurídico inuit (los "usos y costumbres"). Según las informaciones de las cuales disponemos, las reglas que son concretamente aplicadas varían ligeramente de una comunidad a otra, pero tienen como punto en común el ser principalmente fundadas sobre una simple exigencia de ascendencia, sin "proporción de sangre" mínima: basta, para ser un Inuk, tener un pariente inuit. Recientemente, la Convención de la Bahía James fue modificada para adoptar un sistema similar para identificar a los beneficiarios inuit de la Convención⁴⁹. El mismo sistema de autodeterminación de las reglas de pertenencia fue integrado en el Acuerdo de los Inuit del Labrador, concluido en 2005⁵⁰.

2.5. La autodeterminación de las comunidades Mestizas

La constitución canadiense reconoce que los Mestizos forman uno de los pueblos indígenas de Canadá⁵¹. Aún así, históricamente la política del gobierno canadiense hacia ellos ha sido radicalmente diferente de aquella que apuntaba a los "indios". En efecto, el gobierno tenía por política otorgarles tierras en propiedad privada y, de ahí, considerar que ya no eran más "indios" sujetos a la competencia federal. Así, nunca hubo una "Ley de los Mestizos" federal, ni definición legislativa de un "estatus de Mestizo". No es sino en Alberta que una ley provincial adoptada en 1938 reservó tierras en beneficio de los Mestizos y definió reglas que permiten identificar a los Mestizos que pueden residir en esas tierras⁵².

Sin embargo, el reconocimiento de los derechos ancestrales de los Mestizos, en la Constitución de 1982, debía cambiar la situación. Uno de los obstáculos mayores para el reconocimiento de tales derechos era la incertidumbre en torno a la identificación de sus poseedores: el derecho canadiense otorgaba derechos a los Mestizos sin dar indicación alguna

sobre quién es Mestizo. Fue lo que motivó a algunas asociaciones de Mestizos, especialmente las que representan la Nación Mestiza del Oeste canadiense, a poner en pie sus propios registros y reglas de pertenencia. Esas reglas son generalmente fundadas en una resolución adoptada en 2002 por el Consejo Nacional de los Mestizos, que enuncia que "Métis means a person who self-identifies as Métis, is of historic Métis Nation Ancestry, is distinct from other Aboriginal Peoples and is accepted by the Métis Nation"⁵³.

En el fallo *Powley*, entregado en 2003, la Corte Suprema acogió favorablemente los esfuerzos de las organizaciones mestizas de poner en pie sistemas de control de la pertenencia individual. Sin embargo, la Corte indicó que la emisión de una carta de miembro por una organización tal no constituía necesariamente una prueba concluyente del estatus de Mestizo. Por lo demás, la Corte enunció referencias que enmarcan el poder de las organizaciones mestizas para definir sus propios criterios de pertenencia; así la Corte acepta "los tres factores principales siguientes como índices que tienden a establecer la identidad mestiza en el marco de una reivindicación fundada en el art. 35: autoidentificación, lazos ancestrales y aceptación por la comunidad"⁵⁴. El sentido preciso de estos tres factores permanece incierto. En cuanto a los lazos ancestrales, la Corte se funda en los lazos de parentesco (comprendida la adopción), pero precisa que no exige ninguna proporción mínima de "sangre indígena". Aún así, tribunales de primera instancia subsiguientemente rehusaron reconocer como Mestizos a personas que tenían solo un ancestro indígena lejano⁵⁵.

Parece ser que los esfuerzos por dar una definición jurídica de la identidad mestiza estén principalmente inspirados por una concepción relacional de la identidad. En efecto, la Corte Suprema descarta de entrada exigencias genealógicas rígidas que pudiesen haber tenido una connotación racial. Pone más bien el acento en la autoidentificación del individuo en cuestión y en su aceptación por la comunidad: "El elemento central del criterio de la aceptación por la comunidad es la participación, pasada y presente,

a una cultura en común, a costumbres y tradiciones que constituyen la identidad de la comunidad mestiza y que la distinguen de otros grupos"⁵⁶.

Un aspecto de la definición de la identidad mestiza debe ser recalcada: la exclusión de otros pueblos indígenas. En definitiva: no se puede ser a la vez indio y Mestizo. Así, la ley albertense no autoriza a las personas que poseen el estatus de indio a residir en las comunidades mestizas. Esta exigencia refleja la convicción profunda de los Mestizos en formar un pueblo que se distingue de las *Primeras Naciones* de la misma región. En ese sentido, es quizás testimonio de una concepción relacional de la igualdad, es decir que la pertenencia a un pueblo indígena exigiría una cierta lealtad que sería incompatible con la "doble ciudadanía". No obstante, su aplicación a individuos plantea un problema, ya que el estatus de indio no es un asunto de elección individual y no se puede, desde 1985, renunciar a este. Sin embargo, la Corte Suprema decretó que esta exclusión era compatible con el derecho a la igualdad, dado que la exclusión resulta de un acuerdo entre el gobierno de Alberta y las comunidades mestizas⁵⁷.

II. ¿El derecho a la igualdad como factor de convergencia?

Es en base a la constatación de la divergencia entre identidad y estatus que se acaba nuestro tour panorámico por los regímenes jurídicos de control de la pertenencia a los pueblos indígenas. Esta divergencia es menos pronunciada en el caso de los regímenes puestos en funcionamiento recientemente, como aquellos de los inuit o de los Mestizos. Sin embargo, la *Ley de los Indios* permanece altamente problemática y las informaciones de las cuales disponemos respecto de la aplicación de los códigos de pertenencia de las bandas no son siempre alentadoras. La divergencia entre la identidad y el estatus es una fuente potencial de injusticia. En efecto, una persona cuyo estatus no es reconocido se ve privada del goce de los derechos destinados a gente que comparte una identidad particular. Por ejemplo, una persona cuyo estatus de miembro de una banda no es

reconocido no puede residir en una reserva de esta banda y no puede votar en las elecciones del Consejo.

¿Pueden contribuir los derechos de la persona a reparar esta injusticia y a colmar el foso que separa frecuentemente el estatus de la identidad? Aunque algunos otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a la cultura, hayan sido a veces invocados, es el derecho a la igualdad el que hace aparecer mejor las problemáticas ligadas a la interacción entre identidad y derechos fundamentales⁵⁸.

Puede parecer paradójico exigir que leyes o normas cuyo objetivo es diferenciar a los individuos se conformen con un imperativo de igualdad. Para entender mejor las condicionantes que el derecho a la igualdad impone a las reglas de pertenencia es necesario exponer someramente la llamada concepción "substancial" de la igualdad que sirve de fundamento a la aplicación del derecho a la igualdad por los tribunales canadienses. Será posible después analizar la contribución potencial del derecho a la igualdad en la resolución de los problemas más difíciles puestos por las reglas de pertenencia, como la persistencia de discriminaciones fundadas en el sexo y la utilización de criterios genealógicos fundados en una "proporción de sangre". Podremos entonces medir los límites de la aplicación judicial del derecho a la igualdad a realidades sociales complejas, tales como la identidad indígena.

1. La teoría de la igualdad substancial

Toda teoría del derecho a la igualdad debe hacer frente a la necesidad de estudiar distinciones entre los individuos y de aplicar reglas diferentes a situaciones diferentes. Por ejemplo, las leyes penales imponen penas a aquellos que cometen crímenes, pero no a aquellos que respetan la ley; las leyes sobre los accidentes en el trabajo otorgan una compensación a aquellos que son víctimas de tales accidentes, pero no a los demás; y así sucesivamente. La verdadera cuestión no es saber si la ley trata a la gente de

manera idéntica, sino más bien si las diferencias de trato que emanan de la ley son justificadas.

La explicación que sigue es necesariamente reductiva, pero se pueden ordenar las teorías de la igualdad en dos grandes categorías: la igualdad formal y la igualdad substancial (a veces llamada igualdad real). La igualdad formal se interesa esencialmente por la coherencia interna de las leyes. Dicho de otra forma, una ley respeta la igualdad formal si las distinciones que emplea parecen ligadas a los objetivos que persigue. El fallo *Bliss* de la Corte Suprema, entregado en 1979 y revocado desde entonces, da un ejemplo impactante del razonamiento basado sobre la igualdad formal: se había estimado que una regla que prohibía a las mujeres embarazadas recibir prestaciones de seguro de desempleo era compatible con el derecho a la igualdad, ya que estas prestaciones estaban destinadas a las personas aptas para trabajar y que era razonable pensar que una mujer embarazada no buscaría trabajo o no podría hacerlo⁵⁹.

Un análisis basado en la igualdad substancial, al contrario, no se interesa solamente en la coherencia de la ley respecto de sus objetivos declarados o supuestos, sino también y sobre todo a la realidad social a la cual la ley se aplica y a los resultados concretos que la aplicación de la ley conlleva. Es lo que permite discutir leyes o políticas que, aunque no establecen formalmente distinción alguna, tienen efectos perjudiciales sobre grupos minoritarios. Por ejemplo, en el fallo *Eldridge*, la Corte Suprema juzgó que la ausencia de intérpretes gestuales para las personas sordas que recibían servicios públicos de salud constituía discriminación⁶⁰. La igualdad substancial invita también a examinar la conformidad de las distinciones empleadas por el legislador a las realidades sociales que esas distinciones deberían reproducir. Por ejemplo, en el fallo *Martin*, la Corte Suprema juzgó como discriminatoria una regla que reducía considerablemente las indemnizaciones pagables a los accidentados del trabajo cuando estos sufrían de dolores crónicos sin lesión aparente⁶¹. Efectivamente, esta regla negaba las necesidades reales de estas personas y las trataba más bien en

función de un estereotipo que pretendía que las personas que sufrían de dolores crónicos simulaban su condición.

En el derecho canadiense, es una concepción substancial de la igualdad la que subyace tras la aplicación del artículo 15 de la *Carta canadiense de los derechos y libertades* por parte de los tribunales. Así, los tribunales aplican un marco analítico que incorpora factores tales como la correspondencia entre las necesidades o las características reales del grupo en cuestión y la distinción empleada por el legislador, el efecto particular (positivo o negativo) de la ley sobre un grupo vulnerable o desaventajado, o la importancia del derecho o del interés asignado por la ley en causa⁶². Sin embargo, no hay que creer que ese marco analítico es aplicado de manera coherente. Varios autores han denunciado el acento que la Corte pone sobre el concepto de comparación y las posibilidades de manipulación del análisis que permite la selección de un grupo o de otro como grupo de comparación (Gilbert & Majury, 2006). Además, ha sido demostrado que el examen judicial fundado en el derecho a la igualdad tiende a convertirse en un análisis de justificación según el criterio de proporcionalidad (Gerards, 2005). Como todo análisis de proporcionalidad, este examen puede obedecer a un grado variable de severidad y dar lugar a lo que se denomina comúnmente como "deferencia judicial" hacia las decisiones del legislador, es decir, que un juez que decide si una ley viola el derecho a la igualdad podrá estar propenso a dar el beneficio de la duda al legislador. Una deferencia tal se manifiesta frecuentemente cuando la ley en cuestión versa sobre regímenes complejos de beneficios sociales, cuyos criterios de elegibilidad emplean con frecuencia una combinación de distinciones que pueden parecer discriminatorias a primera vista. El caso más flagrante de esta vacilación de los jueces es el fallo *Gosselin*, en el cual la Corte Suprema validó una ley quebequense que reducía de una manera drástica las prestaciones de ayuda social entregadas a los beneficiarios de menos de 30 años, obligándolos a solventar sus necesidades con 170 \$ al mes⁶³.

El principio de igualdad substancial es compatible con medidas que atribuyen un trato especial a los miembros de un grupo desfavorecido, en vista de mejorar su condición. El artículo 15(2) de la *Carta canadiense* preserva explícitamente la validez de tales medidas, lo que se tiende a llamar "discriminación positiva". Esto condujo a la Corte Suprema a verificar, en el marco de su análisis del derecho a la igualdad, si la ley impugnada apunta a mejorar la suerte de un grupo desfavorecido. La Corte se mostró particularmente tolerante hacia leyes que perseguían tal objeto, aun cuando aquellas no procuraban beneficios sino a un subconjunto del grupo en cuestión. Así, la Corte no encontró objeción alguna a un programa del gobierno de Ontario que apuntaba a la creación de un casino indígena y que repartía las ganancias de este entre las bandas indias de la provincia, dejando de lado a los Mestizos y a las *Primeras Naciones* no reconocidas como bandas⁶⁴. La Corte se contentó con decir que el proyecto del casino era un "programa focalizado" y que los Mestizos se encontraban en una situación diferente a la de las bandas indias, acallando el hecho de que esta diferencia era principalmente debida a políticas gubernamentales discriminatorias del pasado.

La aplicación del derecho a la igualdad a los pueblos indígenas hace también entrar en juego al artículo 25 de la *Carta canadiense*, que prevé que la *Carta* "no atenta a los derechos o libertades -ancestrales, provenientes de tratados u otros- de los pueblos indígenas de Canadá". Se sabe poco aún sobre el marco de aplicación de esta disposición. Algunos afirman que dispensa a los gobiernos indígenas de respetar la *Carta* (McNeil, 1996). Otros afirman más bien que no hace más que indicar a los tribunales que el otorgamiento de derechos a los indígenas es un objetivo legítimo que puede justificar distinciones fundadas en motivos enumerados en el artículo 15 (sexo, raza, etc.) o análogos, pero no impide a los tribunales evaluar si la medida discutida se justifica debido a este objetivo⁶⁵. De todas formas, los tribunales inferiores por regla general aplicaron la *Carta* a los actos de las bandas indias⁶⁶, sobre todo cuando estos están específicamente autorizados por la *Ley de los Indios*, como la adopción

de un código de pertenencia. Además, el artículo 25 no es de ninguna ayuda en el Parlamento federal cuando este adopta las reglas del estatus de indio: es difícil ver en qué la determinación de estas reglas por el Estado constituye un derecho de los pueblos indígenas. En fin, el artículo 25 debe ceder el paso ante el artículo 28, que prohíbe la discriminación sexual no obstante cualquier otra disposición de la *Carta*. Una banda india no podría entonces invocar el artículo 25 para justificar distinciones sexuales en su código de pertenencia.

2. El estatus de indígena bajo la prueba de la igualdad

¿De qué manera el marco analítico fundado sobre la igualdad substancial se aplica a reglas que determinan la pertenencia a un grupo indígena? Abordaré la pregunta desde un punto de vista teórico, y después daré algunos ejemplos.

Mi hipótesis es que el derecho a la igualdad obliga a las reglas jurídicas de pertenencia a reflejar, tanto como sea posible, la identidad "real" o "sociológica" del grupo indígena en cuestión. Por ejemplo, si un grupo concibe su identidad principalmente en términos lingüísticos, reglas que tendrían por efecto excluir a un gran número de personas que hablan la lengua del grupo podrían violar el derecho a la igualdad. En efecto, el derecho a la igualdad, ya lo hemos visto, exige primero un cierto grado de correspondencia entre los criterios empleados por la regla de derecho discutida y las características o necesidades reales del grupo. Entonces, ¿cuáles son las características "reales" de los individuos? No hay que olvidar que las ciencias sociales consideran hoy que la identidad posee un carácter construido, es decir que es el producto de la interacción social. No hay entonces una identidad "auténtica", y un tribunal llamado a decidir si ciertas reglas de pertenencia respetan el derecho a la igualdad estará habitualmente confrontado a concepciones divergentes sobre la identidad. Sin embargo, la adopción de un marco analítico fundado sobre la igualdad substancial hace que el tribunal no se limite a la concepción que

conlleven las reglas contestadas -por su incompatibilidad con el derecho a la igualdad- y pueda comparar esta con concepciones concurrentes.

Dos decisiones permiten ilustrar cómo los tribunales, para juzgar la validez de criterios de pertenencia, tienden a comparar estos criterios con lo que estos estiman que es la identidad real de la persona en cuestión. En el caso *Lovelace*, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas llegó a su propia evaluación de la identidad étnica de la Sra. Lovelace:

Persons who are born and brought up on a reserve, who have kept ties with their community and wish to maintain those ties must normally be considered as belonging to that minority within the meaning of the Covenant. Since Sandra Lovelace is ethnically a Maliseet Indian and has only been absent from her home reserve for a few years during the existence of her marriage, she is, in the opinion of the Committee, entitled to be regarded as "belonging" to this minority and to claim the benefits of article 27 of the Covenant.⁶⁷

Habiendo concluido que la Sra. Lovelace era, *en los hechos*, una malecite, el Comité juzgó que la disposición de la *Ley de los Indios* que la privaba de su estatus de indio violaba sus derechos fundamentales. De la misma forma, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos juzgó como discriminatorias las reglas de pertenencia de un pueblo indígena que otorgaba el estatus de miembro a los hijos de un padre que es miembro, pero no a los hijos de una mujer miembro. Para llegar a esta conclusión, la Corte notó que la demandante hablaba la lengua del pueblo, había crecido en el pueblo y participaba en todos aspectos de la cultura del pueblo:

The children of Julia and Myles Martinez are 100 percent Indian and 50 percent Santa Claran. They speak the language of the Santa Clara Pueblo, namely, Tewa. They practice the customs of the Tribe and are accepted into the Tribe's religion; nevertheless, they are denied membership [...]. The Tribe has not shown how such an incongruous and unreasonable result fosters and promotes cultural survival⁶⁸.

Evidentemente, una aproximación de este tipo no está exenta de problemas. Los jueces se ponen a aislar, en efecto, ciertos atributos culturales del grupo en cuestión para establecer parámetros de la identidad real, de la identidad *en los hechos*, a la cual la regla de pertenencia debe ajustarse bajo pena de invalidez. Entonces, vimos más arriba que tales atributos culturales no pueden ser fijos. Hay que considerar más bien que cada miembro del grupo puede tener su propia concepción de la identidad del grupo y que es probable que esas concepciones individuales no se asemejen totalmente, dejando así un espacio de debate en el seno del grupo respecto de lo que constituye su identidad. Un juez llamado a decidir bajo esas condiciones se encuentra en una posición bastante difícil: sin ser él mismo, en la mayoría de los casos, miembro del pueblo indígena en causa, debe aún así arbitrar entre concepciones concurrentes de la identidad de ese grupo. Por lo demás, es irrealista exigir una correspondencia perfecta entre los criterios empleados por la ley y la situación o las necesidades reales de cada individuo⁶⁹.

A pesar de esos obstáculos, el derecho a la igualdad posee de todas maneras el mismo potencial para aportar una contribución positiva a la evaluación de los criterios de pertenencia de un pueblo indígena. La discreción de la cual goza el juez permite, llegado el caso, criticar las distintas concepciones de la identidad que están presentes en el seno del grupo. Por ejemplo, un juez podrá rehusarse a tomar en cuenta una concepción puramente racial que sería invocada en apoyo de criterios genealógicos rígidos. Los ejemplos mencionados más arriba muestran, por cierto, cómo un tribunal puede dejar de lado concepciones sexistas. Además, el derecho a la igualdad puede suscitar discusiones y debates en el seno mismo del pueblo en cuestión y favorecer el surgimiento de un consenso en torno a una concepción más aceptable de la identidad (Borrows, 1994; Dick, 2006).

2.1. La discriminación sexual

El primer aspecto de las reglas del estatus de indígena que ha debido ser puesto en conformidad con el derecho a la igualdad es el tratamiento diferente reservado a las mujeres. Recordémoslo, según la antigua *Ley de los Indios*, la mujer india que se casaba con un no-indio perdía su estatus, mientras el hombre indio que se casaba con una no-india transmitía su estatus a esta. Después del fracaso de la discusión en la Corte Suprema y de la decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fundada en el derecho a la cultura, pero no sobre el derecho a la igualdad, es en la arena del Parlamento que los esfuerzos de reforma han sido desplegados. Es innegable que el principal motivo que se hacía valer a favor de una reforma era la discriminación sexual que derivaba de las antiguas reglas. Al contrario, la oposición al cambio, notablemente de parte de la Asamblea de las primeras naciones, era más justificada por motivos estratégicos (el deseo de obtener un reglamento global de la cuestión de la autonomía gubernamental más que una reforma a la medida) o temores respecto de los recursos que serían necesarios para acoger en las reservas a las mujeres a quienes se proponía otorgar el estatus. No hubo entonces un verdadero debate respecto del alcance del derecho a la igualdad en su aplicación a los criterios de pertenencia: todos los actores importantes estaban de acuerdo explícitamente o implícitamente para considerar la ley de la época como discriminatoria.

La "ley C-31", adoptada en 1985 para reformar la *Ley de los Indios*, no tuvo consenso. Para nuestros fines, nos concentraremos sobre un aspecto de la oposición a esta ley: el recurso intentado por la banda de Sawridge para declarar esta ley como inválida, por el motivo de que esta violaría los derechos ancestrales de la banda, especialmente el derecho de hacer prevalecer su supuesta regla tradicional de pertenencia según la cual "quien adopta marido, adopta país". Si uno aborda este caso desde el punto de vista del derecho a la igualdad, la paradoja es evidente: la exigencia que pretende que la regla de pertenencia deba conformarse a la

identidad real del grupo lleva a la conclusión que una regla neutra es inválida y que hay que reemplazarla por una regla que deja a las mujeres en desventaja.

El caso *Sawridge* fue objeto de un primer juicio de la Corte federal en 1995⁷⁰. Haciendo de árbitro entre los historiadores que habían testimoniado de una parte y de la otra, el juez Muldoon estableció que la regla "quien adopta marido, adopta país" no era una regla tradicionalmente respetada por la banda de Sawridge durante la época de la colonización del Oeste canadiense y la firma de tratados. Sin embargo, el motivo determinante de su juicio era que una regla tal, aún si había sido probada ante el Tribunal, debía necesariamente ser desechada en razón del artículo 35(4) de la *Ley Constitucional de 1982*, que prevé que "independientemente de toda otra disposición de la presente ley, los derechos -ancestrales o producto de tratados- indicados en el párrafo (1) están garantizados igualmente para las personas de los dos sexos". Según el juez, esta disposición aseguraba la primacía de la igualdad entre los sexos por sobre cualquier otro aspecto del derecho a la igualdad u otros derechos. Esta decisión fue invalidada por la Corte de Apelaciones federal en razón de la parcialidad aparente del juez Muldoon.

Este asunto demuestra que el derecho a la igualdad, reforzado por el artículo 35(4), posee no solamente el potencial de eliminar los aspectos discriminatorios de las reglas de pertenencia, sino también de forzar un cuestionamiento de las concepciones identitarias del grupo en cuestión. No se puede sino especular sobre las motivaciones profundas de la banda de Sawridge para proponer una concepción identitaria sexista. En una tesis presentada al Parlamento en 1985, un grupo de bandas de Alberta -que incluye la banda de Sawridge- afirmó que las mujeres que se habían casado con un no-indio habían adoptado un modo de vida individualista y que pondrían la cultura indígena en peligro si se les permitía volver a vivir en las reservas⁷¹. Es igualmente posible que los miembros de la banda de Sawridge, que sería la más adinerada de Canadá en razón de sus reservas

petroleras, no deseen ser obligados a compartir su riqueza con un número acrecentado de miembros. Si estas hipótesis son confirmadas, el derecho a la igualdad permitiría juzgar la validez de los motivos propuestos por la banda en apoyo de una concepción sexista de la identidad.

2.2. El empleo de criterios genealógicos

Al contrario de la pregunta de la discriminación sexual, que suscita reacciones cuasi-unánimes, el empleo de criterios genealógicos para determinar el estatus de indígena lleva a conclusiones confusas. El recurrir a la ascendencia para decidir quién es indígena está demasiado anclado en las mentes para ser enseguida denunciado como contrario al derecho a la igualdad. Como lo destacaba un tribunal americano en 1965: "it seems obvious that whenever Congress deals with Indians and defines what constitutes Indians or members of Indian tribes, it must necessarily do so by reference to Indian blood"⁷². A pesar de esto, los tribunales comienzan a enfrentarse a discusiones de exigencias relativas a la ascendencia.

El caso de la adopción es el más impactante: ¿puede un grupo indígena excluir a los hijos no indígenas adoptados por sus miembros, porque no tendrían "sangre india"? El Tribunal canadiense de los derechos de la persona tuvo que pronunciarse en el caso de Peter Jacobs, cuyos padres biológicos no eran indígenas, pero que fue adoptado en su más tierna infancia por mohawks de Kahnawake. El Consejo mohawk de Kahnawake había tratado de justificar la exclusión de Jacobs por la necesidad de preservar la cultura mohawk contra la influencia de los no-indígenas. Aunque el Tribunal haya recalcado la importancia de la preservación de la cultura indígena determinó, basándose en su propia evaluación de los atributos culturales de Jacobs, que este no constituía una amenaza y que nada justificaba su exclusión.

Peter y Trudy han sido criados en el respeto de los valores mohawks. Adhieren a las tradiciones y a los valores mohawks. Peter puede expre-

sarse en la lengua mohawk aún si no la habla con frecuencia. Trudy es una mujer mohawk. Sus hijos son criados como mohawks y van a una escuela de interés mohawk. Peter ya es propietario de un terreno en el territorio de la reserva y construyó ahí el domicilio familiar. Al hacer valer su queja en el curso de los últimos siete años, Peter ha demostrado una voluntad firme y resoluta de pertenecer a la colectividad de Kahnawake y de contribuir a esta como todos los demás mohawks. Que Peter y Trudy razonablemente puedan ser considerados como una amenaza a la cultura mohawk bajo el motivo de que no pertenecen a la colectividad o como una amenaza a los asentamientos territoriales de la reserva o a sus recursos propios es simplemente injustificable.⁷³

Vemos entonces que el derecho a la igualdad permitió desmembrar una concepción racial de la identidad indígena, que tenía la ascendencia biológica como determinante. El Tribunal la reemplazó por una concepción cultural, según la cual la identidad indígena se volvía incontestable apenas un individuo ha sido criado en el seno de la comunidad, ha adherido a sus valores y habla la lengua.

Una situación ligeramente distinta se presentó en el caso Grismer⁷⁴. El código de pertenencia de la primera nación squamish otorgaba el estatus de miembro a los hijos adoptados antes de los 18 años por dos miembros de la banda. Un niño adoptado en edad adulta, o por una pareja formada por un miembro y un no-miembro de la banda, no era elegible. La Corte federal juzgó que una regla tal constituía una restricción al derecho a la igualdad, pero que era justificada, ya que apuntaba a preservar la cultura y la identidad de la banda, que reflejaba la tradición de la banda de no admitir a una persona que no tenía un lazo de sangre con la banda y que constituía una posición aceptable. En ciertos aspectos, los motivos de la Corte dejan perplejo. En efecto, el juez parece sugerir que la perpetuación de una concepción de la identidad indígena basada en la sangre constituye una razón válida para obviar el derecho a la igualdad. La decisión podría, sin embargo, explicarse mejor si se considera que la referencia a

la sangre alude a la transmisión de la cultura o a una concepción relacional de la identidad; entonces, en un caso como este, las reglas restrictivas respecto de la adopción son más difíciles de justificar. Pero de todas maneras, este caso es testimonio de la vacilación de los tribunales en establecer un juicio sobre las distintas concepciones de la identidad indígena que les son propuestas, aún si los derechos fundamentales están en juego, así como de la falta de familiaridad de los juristas respecto de las diferentes concepciones de la identidad derivadas de las ciencias sociales.

La pregunta que probablemente llame la atención de los tribunales en el curso de los próximos años es la de la validez de la regla de la segunda generación⁷⁵, que deriva del artículo 6(2) de la *Ley de los Indios* y que priva de estatus a los hijos de dos matrimonios mixtos sucesivos, o aún más de exigencias de "proporción de sangre india" contenidas en el código de pertenencia de algunas bandas. El caso del artículo 6(2) es particularmente interesante, porque la regla exclusivamente genealógica que pone este artículo parece estar fundada en una concepción racial de la identidad. Una regla tal parece aún más difícil de justificar, ya que es adoptada por el Estado y no por los pueblos indígenas, que no apunta a la preservación de la identidad o de la cultura indígena y que su objetivo principal parece ser el de limitar los gastos que el Estado federal consagra a las personas que poseen el estatus de indios. La pregunta de los códigos de pertenencia está más matizada, porque estos son adoptados por los pueblos indígenas en cuestión, teniendo en cuenta sus tradiciones y lo que es necesario para asegurar la preservación de su cultura. Además, numerosos códigos, a semejanza del de la banda de Chapleau, citado más arriba, brindan más flexibilidad a las exigencias genealógicas con la posibilidad de basarse en atributos culturales, relacionales, como medio alternativo de establecer la pertenencia de un individuo. Se puede pensar que tales códigos sobrevivirán con mayor facilidad a discusiones basadas en la *Carta canadiense*.

* * *

La yuxtaposición de las perspectivas jurídicas y sociales sobre la identidad indígena es enriquecedora para las dos disciplinas. En efecto, las ciencias sociales distinguen varias concepciones de la identidad (racial, cultural, relacional) y ponen el acento en el carácter construido de estas concepciones, es decir en el hecho de que son el producto del espíritu humano y no el reflejo de alguna diferencia esencial o natural entre los individuos. El estudio del derecho que rige estas cuestiones permite recalcar el rol del Estado y de las leyes en la construcción de estas concepciones y más particularmente en la legitimación de una concepción racial especiada de sexismo cultural del cual aún nos cuesta deshacernos hoy en día. La comparación entre las concepciones indígenas de la identidad ("en los hechos") y las reglas jurídicas de pertenencia hacen que aparezca un foso -menos ancho que antes, pero sin embargo muy real- en el cual cae mucha gente que se considera indígena y son considerados como tales por sus pares, pero a quienes la ley niega el estatus de indígena.

¿Acaso invocar el derecho a la igualdad, protegido por la *Carta canadiense*, permite salvar el foso, para forzar la ley a reflejar adecuadamente la identidad vivida? El principio de igualdad entre los sexos ha llevado a la revisión de la *Ley de los Indios* y a la eliminación de reglas burdamente discriminatorias. Sin embargo, cuando la mirada se gira hacia los criterios genealógicos, susceptibles de ser el reflejo de una concepción racial de la identidad, la vista se nubla. Los tribunales comienzan, sin embargo, a afirmar que ciertas distinciones de sabor genealógico son incompatibles con el derecho a la igualdad. Solo se puede esperar que las decisiones que los tribunales estarán llamados a tomar al respecto en el curso de los años venideros darán cuenta de una comprensión del estado de las ciencias respecto de la identidad étnica, en particular de la identidad indígena. Los jueces podrán entonces apreciar mejor la legitimidad de las diferentes reglas que les serán presentadas y de las concepciones de la identidad que conllevan.

Notas

¹ Para una introducción general, ver Cuche, 2004.

² Para más detalles, ver Grammond, 2008a.

³ Ver en particular Barth, 1998; Hylland Eriksen, 1993: 10-12, 36-58; Jenkins, 1997; Juteau, 1999; Eller, 2002: 51; Cuche, 2004: 82-95.

⁴ Ver, para una presentación general del debate, Mathieu, 2001.

⁵ Sturm, 2002: 30; Mills, 1994: 101-112, 142-143.

⁶ Backhouse, 1999, especialmente en las pp. 18-55. En un juicio reciente en la Corte federal, se toma conocimiento de que uno de los criterios empleados por la Gendarmería Real de Canadá para determinar la identidad indígena y la elegibilidad para programas especiales es la apariencia indígena ("*looking aboriginal*"): *Bruno c. Canada (A.G.)*, [2006] 4 C.N.L.R. 1 (C.F.). Notar que los fallos de las cortes canadienses se pueden encontrar en el sitio www.canlii.org.

⁷ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551; *Buhs c. Leroy (Rural Municipality No. 339)* (2002), 211 D.L.R. (4th) 55 (C.A. Sask.).

⁸ *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recommandation générale n° 8*, Doc. N.U. A/45/18 (1990).

¹⁰ El término "banda", que refiere a un grupo indígena local reconocido por el gobierno federal según la *Ley de los Indios*, se utiliza aquí en su sentido jurídico técnico, a pesar de su connotación peyorativa. De la misma manera, el término "indio" se utiliza aquí refiriendo a las personas que tienen el estatus definido por la *Ley de los Indios*, el término "indígena" se utilizando en el sentido más general de alguien que se autoidentifique como tal.

¹¹ *Acte pour protéger les sauvages dans le Haut-Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont la jouissance, contre tous empiètements et dommages*, S. Prov. C. 1850, c. 74; *Acte des sauvages*, S.C. 1876, c. 18.

¹² Ver, por ejemplo, *R. c. Pickard* (1908), 14 C.C.C. 33 (C. dist. Alberta); Backhouse, 1999: 24-27.

¹³ S.C. 1876, c. 18, art. 3(3).

¹⁴ *Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, c. 26, art. 3.

¹⁵ S.C. 1876, c. 18, art. 3(3).

- ¹⁶ *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, art. 110.
- ¹⁷ Brownlie, 2006, particulièrement en las pp. 46-50.
- ¹⁸ *Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé: Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S. Prov. C. 1851, c. 59, art. 2.
- ¹⁹ *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, c. 6.
- ²⁰ *Martin c. Chapman*, [1983] 1 R.C.S. 365, p. 379 (el juez Lamer, disidente); *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, p. 268 (la jueza L'Heureux-Dubé); Commission Royale sur les Peuples Autochtones, 1996, vol. 4: 29.
- ²¹ *Débats de la Chambre des communes*, 27 avril 1869, pp. 83-85 (el ministro Langevin).
- ²² Leslie & Maguire, 1980: 73; "Minutes of the Joint Council of the Garden River and Batchewana Bands" (6 agosto 1875), Archivos Nacionales de Canadá, RG 10, vol. 1967, archivo 5184.
- ²³ Commission Royale sur les Peuples Autochtones, 1996, vol. 1: 156-159; Titley, 1986: 49; Leslie, 1999: 39, 64, 150-151, 233.
- ²⁴ *Acte amendant l'Acte des Sauvages*, S.C. 1887, c. 33, art. 1.
- ²⁵ *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, c. 29; ahora L.R.C. 1985, c. I-5.
- ²⁶ *Martin c. Chapman*, [1983] 1 R.C.S. 365, à la p. 379 (el juez Lamer, disidente).
- ²⁷ Mémoire au Cabinet de Walter E. Harris, ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, document du Cabinet n° 133-50 (01 de Mayo 1950), Archivos Nacionales de Canadá, RG2, serie B-2, vol. 137.
- ²⁸ Nota a Walter E. Harris, ministro de la Ciudadanía y de la Inmigración, de parte de la Indian Association of Alberta (7 septiembre 1950), Archivos Nacionales de Canadá, RG2, serie B-2, vol. 164, archivo I-14.
- ²⁹ L.R.C. 1985, app. III.
- ³⁰ *P.G. Canada c. Lavell; Isaac c. Bédard*, [1974] R.C.S. 1349.
- ³¹ (1976) 999 R.T.N.U. 107.
- ³² *Lovelace c. Canada*, Doc. NU A/36/40, p. 178 (1981).
- ³³ Parte I de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44; se puede consultar en el sitio www.ijcan.org/fr/ca/const/const1982.html.

³⁴ *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, c. 27; las disposiciones pertinentes de esta ley están ahora integradas en los artículos del 5 al 14.2 de la *Ley de los Indios*, L.R.C. 1985, c. I-5; se puede consultar en el sitio www.canlii.org/fr/ca/legis/lois/lrc-1985-c-i-5/derniere/.

³⁵ Para ejemplificaciones, ver: Commission Royale sur les Peuples Autochtones, 1996, Vol. 4: 43-48.

³⁶ En principio, al menos, ya que las numerosas excepciones que figuraban en la antigua ley y la incoherencia generalizada con la cual esta era aplicada hacen que las personas puedan en realidad poseer el estatus de indio teniendo mucho menos del 50% de "sangre india".

³⁷ En 2009, la "discriminación residual" fue declarada incompatible con el derecho a la igualdad en *McIvor c. Canada (Registrar, Indian and Northern Affairs)*, [2009] 2 C.N.L.R. 236, 306 D.L.R. (4th) 193 (C.A.C.-B.), y el Parlamento cambió la *Ley de los Indios* en 2011 para reintegrar a algunos descendientes excluidos. Ver Grammond, 2009a.

³⁸ Procedimientos preliminares en una acción objetando la validez del artículo 6(2) son publicados en *Perron c. Canada (P.G.)* (2003), 105 C.R.R. (2d) 92 (C.S. Ont.).

³⁹ *Omeasoo c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1989] 1 C.N.L.R. 110 (C.F., 1^a inst.).

⁴⁰ *L'Hirondelle c. Canada*, [2003] 4 C.F. 748 (1^a inst.), confirmado por [2004] 3 R.C.F. 274 (C.A.).

⁴¹ Esta clasificación fue establecida por Clatworthy (2003) a partir de un examen de los códigos adoptados hasta 1992; los resultados son confirmados por un análisis hecho por el autor del presente texto de los códigos adoptados por las bandas de Ontario hasta 2003.

⁴² Código de pertenencia de la banda Chapeau Cree, reproducido en Gilbert, 1996: 169-171.

⁴³ Commission Royale sur les Peuples Autochtones, 1996, Vol. 4: 52. Además, aún si la decisión *Twinn c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 368 (1^a inst.) parece indicar que tales códigos deben ser divulgados, el Ministerio de Asuntos Indios rehusó comunicarme tales códigos y fue necesaria la intervención del Comisario para la Información Gubernamental para convencer al Ministerio de cambiar de idea (este Comisario es una suerte de *ombudsman* en cuanto a la divulgación de información gubernamental).

⁴⁴ *L'Hirondelle c. Canada*, [2003] 4 C.F. 748 (1^a inst.), confirmado por [2004] 3 R.C.F. 274 (C.A.); *Omeasoo c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1989] 1 C.N.L.R. 110 (C.F., 1^a inst.).

⁴⁵ *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, [2000] 1 C.F. 513, [2000] 1 C.N.L.R. 205 (1ª inst.); *Raphaël c. Conseil des Montagnais du Lac Saint-Jean*, Tribunal Canadiense de los Derechos de la Persona, 9 junio 1995; Commission Royale sur les Peuples Autochtones, 1996, Vol. 4: 54.

⁴⁶ *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, edición 1998, Québec, Publications du Québec, 1998, capítulo 3.

⁴⁷ Inuk: singular de inuit.

⁴⁸ *Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, Ottawa, Tungavik y Ministerio de Asuntos Indios y del Norte canadiense, 1993, art. 35.3.1.

⁴⁹ Ver el nuevo capítulo 3A de la *Convención de la Bahía James y del Norte del Quebec*, inserto por la Convención complementaria n° 18, concerniente a los Inuit del Nunavik; ver también Grammond, 2008b.

⁵⁰ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, Ottawa, Ministerio de Asuntos Indios y del Norte canadiense, 2004, artículos 3.1.1. y 3.2.2.

⁵¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, art. 35(2).

⁵² *Metis Settlements Act*, R.S.A. 1990, c. M-14.3.

⁵³ Ver la definición en el sitio del Consejo Nacional de los Mestizos: <http://www.metisnation.ca/who/definition.html> [Consulta: 01-07-2010], así como el sitio de la Nación Mestiza de Ontario para un ejemplo de sistema de inscripción: <http://www.metisnation.org/registry.html> [Consulta: 01-07-2010].

⁵⁴ *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, a la p. 224.

⁵⁵ *R. c. Chiasson*, [2002] 2 C.N.L.R. 220 (C.P.N.-B.), confirmado por (2004) 270 R.N.-B. (2º) 357 (B.R.), permiso para apelar denegado, 2005 NBCA 82; *R. c. Castonguay*, [2003] 1 C.N.L.R. 177 (C.P.N.-B.); *R. c. Hopper*, [2008] 3 C.N.L.R. 337 (C.A.N.-B.).

⁵⁶ *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, a la p. 225.

⁵⁷ *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670.

⁵⁸ Efectivamente, he demostrado en otras partes que el análisis de estas cuestiones en función del derecho a la cultura daba lugar a un marco analítico muy similar a aquel que es utilizado en materia de derecho a la igualdad (Grammond, 2009b).

⁵⁹ *Bliss c. P.G. Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

⁶⁰ *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

⁶¹ *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504.

- ⁶² *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.
- ⁶³ *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S. 289; ver las críticas de Kim & Piper, 2003; Robitaille, 2002.
- ⁶⁴ *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; ver también Grammond, 2009c.
- ⁶⁵ Otis, 2004; ver, al respecto, el fallo *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.
- ⁶⁶ Ver, entre otros, *R. c. Campbell* (1996), 142 D.L.R. (4th) 496, [1997] 1 C.N.L.R. 120 (C.A. Man.); *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, [2000] 1 C.F. 513, [2000] 1 C.N.L.R. 205 (1ª inst.); *Hall c. Dakota Tipi Indian Band*, [2000] 4 C.N.L.R. 108 (C.F., 1ª inst.); *Francis c. Mohawk Council of Kanasatake*, [2003] 4 C.F. 1133 (1ª inst.), au par. 15; *Horse Lake First Nation c. Horseman* (2003), 223 D.L.R. (4th) 184 (Alberta Q.B.); *Clifton c. Bande indienne de Hartley Bay*, [2006] 2 R.C.F. 24 (C.F.).
- ⁶⁷ *Lovelace c. Canada*, Doc. NU A/36/40, p. 178 (1981), par. 14; aunque la decisión del Comité haya sido fundada en el derecho a la cultura, el método de análisis es muy similar a lo que hubiese sido si el Comité se hubiese fundado directamente en el derecho a la igualdad.
- ⁶⁸ *Martinez c. Santa Clara Pueblo*, 540 F.2d 1039 (10th Cir., 1976), en la p. 1047; la Corte Suprema de EE.UU. invalidó este juicio por motivo de que los tribunales federales no tenían jurisdicción para aplicar la *Indian Civil Rights Act* a las decisiones de los pueblos indígenas: *Santa Clara Pueblo c. Martinez*, 436 U.S. 49 (1978).
- ⁶⁹ Ver, por ejemplo, *Manoli c. Canada (Commission de l'assurance-emploi)*, [2005] 4 R.C.F. 657 (C.A.F.).
- ⁷⁰ *Bande de Sawridge c. Canada*, [1996] 1 C.F. 3 (1ª inst.), nuevo proceso ordenado: [1997] 3 C.F. 580 (C.A.).
- ⁷¹ *Members of the Treaty Eight Group of Indian Bands, Presentation to the House of Commons Standing Committee on Indian Affairs and Northern Development* (25 marzo 1985) [documento en poder del autor].
- ⁷² *Simmons c. Eagle Seelatsee*, 244 F.Supp. 808 (E.D. Wash., 1965), en la p. 814, decisión confirmada por *requerimiento* de la Corte Suprema: 384 U.S. 209 (1966).
- ⁷³ *Jacobs c. Mohawk Council of Kahnawake*, [1998] 3 C.N.L.R. 68 (T.C.D.P.)
- ⁷⁴ *Grismer c. Squamish First Nation*, [2007] 1 C.N.L.R. 146 (C.F.).
- ⁷⁵ Ver *supra*, texto correspondiente a las notas 34-36.

Siglas y abreviaturas

- A.G. o P.G.: Attorney General o Procureur général (Fiscal General del Estado).
app.: appendix (apéndice).
B.R.: Cour du Banc de la Reine (Corte del Banco de la Reina. Es la Corte superior de la provincia).
c.: contre (contra, "v." o "vs.").
C.A. Man.: Cour d'appel du Manitoba (Corte de Apelaciones de Manitoba).
C.A.: Cour d'appel (Corte de Apelaciones).
C.A.F.: Cour d'appel fédérale (Corte Federal de Apelaciones).
C.A.N.-B.: Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. (Corte de Apelaciones de Nouveau-Brunswick).
C.C.C.: Canadian Criminal Cases (Casos Criminales Canadienses).
C.N.L.R.: Canadian Native Law Reporter (Fallos canadienses en derechos indígenas).
C.P.N.-B.: Cour provinciale du Nouveau-Brunswick (Corte Provincial de Nouveau-Brunswick).
C.R.R.: Canadian Rights Reporter (Jurisprudencia Canadiense sobre Derechos Humanos).
C.S. Ont.: Cour Supérieure de Justice de l'Ontario (Corte Superior de Justicia de Ontario).
D.L.R.: Dominion Law Reports (selección de fallos de todas las cortes canadienses).
NBCA: Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (référence neutre) (Corte de Apelaciones de Nouveau-Brunswick. Nueva manera de referir a la jurisprudencia, en la base de datos CanLII (www.canlii.org)).
R.C.F. o C.F.: Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada (Fallos de la Corte Federal).
R.C.S.: Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada (Fallos de la Corte Suprema de Canadá).
R.N.-B.: Recueil de Jurisprudence du Nouveau-Brunswick (Fallos de Nouveau-Brunswick).
R.S.A.: Revised Statutes of Alberta (Leyes revisadas de Alberta).
R.T.N.U.: Recueil des traités des Nations Unies (Tratados de las Naciones Unidas)
RG: Record Group (Grupo de Despachos).

S. Prov. C.: Statuts de la province du Canada (Leyes de la provincia de Canada, antes de 1867).

S.C. o L.C.: Statuts du Canada ou Lois du Canada (Leyes de Canada).

S.R.C. o L.R.C. : Statuts révisés du Canada ou Lois révisées du Canada (Leyes revisadas o consolidadas de Canadá).

T.C.D.P.: Tribunal Canadien des Droits de la Personne (Tribunal Canadiense de Derechos Humanos).

Referencias

Alfred, Gerald R., 1995, *Heeding the voices of our ancestors*, Oxford University Press, Toronto.

Backhouse, Constance, 1999, *Colour-Coded: A legal history of racism in Canada, 1900-1950*, Osgoode Society, Toronto.

Barth, Fredrik, 1998, "Introduction", in F. Barth (dir.), *Ethnic groups and boundaries*, Prospect Heights, Waveland Press, Illinois.

Borrows, John, 1994, Contemporary traditional equality: The effect of the charter on First Nations politics, *University of New Brunswick Law Journal*, Vol. 43, pp. 19-48.

Brownlie, Robert Jarvis, 2006, 'A better citizen than lots of white men': First Nations enfranchisement - an Ontario case study, 1918-1940, *Canadian Historical Review*, Vol. 87, 1, pp. 29-52.

Clatworthy, Stewart, 2003, Impacts of the 1985 amendments to the Indian Act on First Nations populations, in Jerry P. White, Paul S. Maxim and Dan Beavon (eds.), *Aboriginal conditions: Research as a foundation for public policy*, UBC Press, Vancouver.

Commission Royale sur les Peuples Autochtones, 1996, *Rapport*, Vol. 1: *Un passé, un avenir*, Groupe Communication Canada, Ottawa.

- Commission Royale sur les Peuples Autochtones, 1996, *Rapport*, Vol. 4: *Perspectives et réalités*, Groupe Communication Canada, Ottawa.
- Cuche, Denys, 2004, *La notion de culture dans les sciences sociales*, 3^a éd., La Découverte, Paris.
- Delâge, Denys & Jean-Pierre Sawaya, 2001, *Les traités des Sept-Feux avec les Britanniques*, Septentrion, Sillery.
- Dick, Caroline, 2006, The politics of intragroup difference: First Nations' women and the Sawridge dispute, *Revue canadienne de science politique*, Vol. 39, pp. 97-116.
- Eller, Jack David, 2002, La culture au cœur du conflit : l'anthropologie, la différence culturelle et l'argument "ethnique", en Isabelle Schulte-Tenckhoff (dir.), *Altérité et droit : contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Bruylant, Bruxelles.
- Freeman, Victoria, 2005, Attitudes Toward "Miscegenation," in Canada, the United States, New Zealand, and Australia, 1860-1914, *Native Studies Review*, Vol. 16, pp. 41-70.
- Garroutte, Eva Marie, 2003, *Real indians: Identity and the survival of Native America*, University of California Press, Berkeley.
- Gerards, Janneke H., 2005, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston.
- Gilbert, Daphne & Diana Majury, 2006, Critical comparisons: The Supreme Court of Canada Doms Section 15, 24, Windsor Yearbook of Access to Justice 111.
- Gilbert, Larry, 1996, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*, Carswell, Toronto.
- Grammond, Sébastien, 2008a, Disentangling 'race' and indigenous identity: The role of ethnicity, *Queen's Law Journal*, Vol. 33, pp. 487-517, [en línea] <www.ssrn.com/abstract=1416760>.

- Grammond, Sébastien, 2008b, L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik: un cas de réception de l'ordre juridique inuit?, *Revue canadienne droit et société*, Vol. 23, 1-2, pp. 93-119.
- Grammond, Sébastien, 2009a, Discrimination in the rules of indian status and the *McIvor* Case, *Queen's Law Journal* Vol. 35 pp. 421-432 [en línea] <<http://papers.ssrn.com/abstract=1416409>>.
- Grammond, Sébastien, 2009b, *Identity captured by law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston.
- Grammond, Sébastien, 2009c, Equality between Indigenous Groups, *Supreme Court Law Review* (Second Series), Vol. 45, pp. 91-121.
- Hylland Eriksen, Thomas, 1993, *Ethnicity and Nationalism*, Pluto Press, Londres.
- Jacquard, Albert, 1982, *Au péril de la science?*, Seuil, Paris.
- Jenkins, Richard, 1997, *Rethinking ethnicity*, Sage Publications, Londres.
- Juteau, Danielle, 1999, *L'ethnicité et ses frontières*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal.
- Kim, Natasha & Tina Piper, 2003, *Gosselin v. Quebec: Back to the Poorhouse...*, *McGill Law Journal*, Vol. 48, pp. 749-781.
- Krosenbrink-Gelissen, Lilianne E., 1991, *Sexual equality as an aboriginal right: The Native Women's Association of Canada and the constitutional process on aboriginal matters, 1982-1987*, Breitenbach Publishers, Saarbrücken.
- Leslie J. & R. Maguire, 1980, *Historique de la Loi sur les Indiens*, 2^a éd., Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Ottawa.
- Leslie, John F., 1999, *Assimilation, integration or termination? The development of Canadian Indian Policy, 1943-1963*, Tesis de Doctorado, Universidad Carleton.

- Mathieu, Geneviève, 2001, *Qui est Québécois? Synthèse du débat sur la redéfinition de la nation*, VLB éditeur, Montréal.
- McNeil, Kent, 1996, Aboriginal governments and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 34, pp. 61-99.
- Mills, Antonia, 1994, *Eagle down is our law: Witsuwit'en law, feasts and land claims*, UBC Press, Vancouver.
- Moss, Wendy, 1990, Indigenous self-government in Canada and sexual equality under the Indian Act: Resolving conflicts between collective and individual rights, *Queens Law Journal*, Vol. 15, N° 2, pp. 279-305.
- Otis, Ghislain, 2004, La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne? , en G. Otis (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Presses de l'Université Laval, Québec.
- Robitaille, David, 2002, Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve?: bonne chance!, *Revue du Barreau*, Vol. 62, pp. 319-358.
- Schouls, Tim, 2003, *Shifting boundaries: Aboriginal identity, pluralist theory, and the politics of self-government*, UBC Press, Vancouver.
- Smedley, Audrey, 1999, *Race in North America: Origin and evolution of a worldview*, 2^a éd., Colorado, Westview Press, Boulder.
- Sturm, Circé, 2002, *Blood politics: Race, culture and identity in the Cherokee Nation of Oklahoma*, University of California Press, Berkeley.
- Titley, E. Brian, 1986, *A Narrow vision: Duncan Campbell Scott and the administration of Indian Affairs in Canada*, UBC Press, Vancouver.

Viau, Roland, 2000, *Femmes de personne: Sexes, genres et pouvoirs en Iroquoisie ancienne*, Boréal, Montréal.

Weaver, Sally M., 1993, First Nations Women and government policy, 1970-92: Discrimination and conflict, in S. Burt, L. Code and L. Dorney (dir.), *Changing Patterns: Women in Canada*, 2^a ed., McClelland and Stewart, Toronto.

¿ANTROPOLOGÍA O DERECHO?: CRÍTICA A LA AUTOSUFICIENCIA DEL DERECHO¹

Carlos Frederico Marés

Introducción

"La ley es una invención, si la ley no reconoce los derechos de los indios, que los blancos inventen otra ley" dijo Paiaré, líder indiscutido de la resistencia del pueblo Gavião de la Montaña contra la construcción de la hidroeléctrica de Tucuruí².

¿Qué jurista, por más ortodoxo y dogmático que sea, puede contestar esta afirmación, viniendo de una persona que ve al sistema jurídico brasilero como 'la ley del otro'? ¿Qué antropólogo puede negarla sabiendo que, realmente, la ley moderna es un acuerdo creado en un pequeño centro de poder, y por lo tanto una invención?

Está claro que la afirmación puede ser interpretada, reinterpretada, deconstruida y descalificada, pero siempre queda la incontestable y dura verdad de la creación de los Estados nacionales latinoamericanos, y sus leyes, sin ninguna consulta, pregunta o acuerdo de los centenares de pueblos del continente. Pueblos que no pidieron ser súbditos de la ley inventada. Si fuesen consultados tal vez no querrían o no comprenderían la razón de ser de un Estado nacional concebido y arreglado para otra forma de vida y producción. La dura realidad es, además, que los Estados nacionales siempre imaginaron que su Ley era mucho más que una invención, llegando al nivel de una ciencia o arte que interpreta "el justo univer-

sal" y engloba la ética humana: por ello ni siquiera es preciso preguntar a los otros si quieren o les gusta. D. João VI, Rey de Portugal, creía que algún día los indios habrían de entender cuán bueno era vivir como súbditos de las justas, humanas y dulces leyes del reino. Paiaré no pertenece al reino ni consigue comprender la naturaleza de la ley; en cambio sabe, con la nitidez de quien mira las cosas como son, que ella es fruto de una creación, cuya legitimidad solo puede existir en la lógica de quien la aceptó por nacimiento u opción.

Paiaré y los Gavilanes de la Montaña no son excepciones en América Latina. Por el contrario, aunque densa y diversa, la población de la amazonia brasilera seguramente no es la que vive en la región de mayor conflicto, ni de mayores dificultades de interacción entre los pueblos indígenas y los respectivos Estados nacionales. La condición del éxito en la implantación de los Estados nacionales latinoamericanos ha sido exactamente la devastación de su naturaleza y la integración, como trabajadores asalariados, de sus pueblos. Todo, evidentemente, pasando por la cristianización de sus costumbres y la sumisión de sus conductas a las llamadas normas legales y a los Estados de derecho.

En esta medida, resulta casi imposible estudiar o convivir con los pueblos indígenas en América Latina sin relacionarlos con los Estados nacionales que ejercen soberanía sobre los territorios en que les toca vivir. Asimismo, es casi imposible conocer y estudiar los derechos nacionales latinoamericanos sin tratar la cuestión indígena. Esta es una característica determinante de los sistemas jurídicos de América Latina, que desde hace mucho tiempo mantienen un velado conflicto con los pueblos originarios del continente y que a fines del siglo XX han comenzado a incluir sus derechos colectivos como excepcionales, pero marcadamente existentes.

Así, la Antropología y el Derecho en América Latina tuvieron que tomarse de la mano, entendiéndose mutuamente para colmar las lagunas que la realidad históricamente insiste en abrir entre las dos ciencias, artes o estudios. No solamente en la academia y en los estudios de naturaleza

teórica, sino en la práctica del día a día -es decir, en los tribunales, en la cotidianidad de las poblaciones indígenas- el antropólogo y el abogado se ven obligados a trabajar juntos, aquel entendiendo o buscando entender la lógica individualista y contractualista del derecho, este viéndose en la contingencia de despojarse de esta lógica para entender que no siempre *derecho* y *obligación* equivalen a las exigencias teóricas del contrato. Tal vez sea más difícil para el abogado o el juez llegar a esa comprensión, exactamente porque aprendió en su "ciencia" que la realidad debe adecuarse a las leyes legítimamente elaboradas dentro del Estado de derecho. Al antropólogo quizás le sea más fácil; acostumbrado a la diversidad cultural, es capaz de entender el carácter de la ley y comprender que sus mutaciones no son fruto de un decantado perfeccionamiento del sistema, sino de una lucha de intereses mezquinos, de una correlación de fuerzas desiguales dentro de la sociedad llamada envolvente, moderna y capitalista.

Dentro de esta idea, el presente trabajo no pretende realizar un análisis teórico de la Antropología Jurídica, sino un análisis concreto de la realidad latinoamericana, su multiculturalidad en confrontación con los sistemas jurídicos nacionales que, aunque propios de cada país, tienen una única fuente y lógica.

Los Estados nacionales y los pueblos

Los Estados nacionales latinoamericanos fueron creados -constituidos es más correcto decir- a imagen y semejanza de los europeos. Los libertadores del continente tenían como ideal el pensamiento de Napoleón. *Libertad, igualdad y fraternidad* -traducidas en las Constituciones nacionales como *libertad, igualdad, propiedad y seguridad*- fueron las palabras claves de las nuevas naciones. Una después de la otra fueron escribiendo sus constituciones, muy parecidas entre sí, precedidas del acomodo interno de las elites, de divisiones territoriales inimaginables y arbitrarias que obedecían solamente a los intereses y a los poderes de grupo y de capitales. ¡Todas olvidaron a sus pueblos! ¡A sus indios!

La interpretación de las dos palabras fuertes del ideal, *libertad e igualdad*, se enfrentó con una realidad muy diferente en la América indígena. La producción que correspondía a los Estados nacientes tenía como base el trabajo esclavo y, como consecuencia, la libertad fue traducida como libertad del Estado, esto es, la libertad de los nacientes Estados latinoamericanos frente al colonialismo europeo. Los liberales más auténticos lucharon contra la esclavitud, pero comprendían la libertad simplemente como el expurgo del trabajo no contratado, del trabajo esclavo; es decir, en gran parte, los nuevos Estados latinoamericanos comprendieron con más precisión el doble significado capitalista de esta libertad: la libertad contractual y la soberanía del Estado. El doble significado de la libertad implica la exclusión de grupos y pueblos. El Estado soberano debe tener apenas un pueblo, que son todos los individuos libres para contratar. Complementando esta idea, el concepto de igualdad retira cualquier vínculo grupal de los individuos, para transformarlos a todos en iguales en tanto personas. Estos dos conceptos en conjunto fueron un todo coherente y dramático para la realidad americana: los esclavos, africanos o indígenas, debían ser transformados en trabajadores libres, desposeídos, listos -en tanto individuos- para contratar con sus patrones.

Para esto deberían ser iguales entre sí, desconsideradas todas las idiosincrasias colectivas, culturales, jerárquicas del pueblo al que originalmente perteneciesen. La organización, lengua, religión, derecho de cada pueblo estaría destinado al tamiz de la historia. Está claro que todo aquello debería ser fácilmente sustituido por la organización social, lengua, religión y derecho del Estado moderno recién constituido.

A diferencia de Europa, la constitución del Estado moderno capitalista en América Latina halló una sociedad extremadamente diversificada no por clases sociales, sino por pueblos diferenciados, con grados de contacto y de relación muy variados. Esto hizo que el derecho que nació a partir de allí atendiese solamente una fracción relativamente pequeña de la sociedad, aquellos integrados a los negocios de los nuevos países y herederos del poder colonial. Los juristas, a su vez, al interpretar y teorizar el

derecho creado, con interpretaciones y teorías también importadas de Europa, no se dieron cuenta de la profunda y radical diferencia de los pueblos locales e imaginaron un derecho cuya meta más generosa habría de ser la integración de las personas indígenas como trabajadores contratados, libres y, de preferencia, cristianos.

Hay excepciones, es la verdad. En algunos lugares y países hubo casi un exterminio de la población indígena, tal como en Cuba y Uruguay. En otros, juristas más sensibles percibieron las diferencias y propusieron derechos diferenciados. Sin embargo, los excepcionales juristas que entendieron las diferencias sociales y, por consiguiente, reclamaron por normas legales que las atendieran, tuvieron en mente que la situación indígena sería provisoria y que luego los pueblos indígenas lograrían comprender la armonía del sistema jurídico estatal, el llamado *Estado social de Derecho*; dejarían de ser indios, es decir, dejarían de tener una nación, etnia, grupo o tribu, para vivir como individuos, personas, ciudadanos, súbditos libres del Estado nacional. De tan raras, las excepciones apenas confirman la regla general.

La política oficial, históricamente, fue en la dirección de tratar a los indios como trabajadores. Triste ironía: equiparados a los trabajadores extranjeros. No por otra razón la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó una resolución en 1957, el Convenio N° 107, concerniente a la "protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes". La lógica de este convenio es la integración a través del trabajo, es decir, reglamentaba una política y legislación de excepción mientras permanecieran las diferencias culturales, lo que el convenio llamaba "estado de segregación". Las normas legales y las políticas, sin embargo, deberían ser de tal orden que no prolongasen tal "estado de segregación".

El Convenio 107 fue sustituido por el 169, en 1989. Fruto de un nuevo pensamiento sobre los pueblos indígenas, especialmente en América, y del nacimiento de muchos Estados nacionales africanos salidos del colo-

nialismo, el nuevo convenio adopta "nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores" (Preámbulo, Convenio 169).

No fueron solamente las normas internacionales las que sufrieron cambios; también las leyes nacionales y sus constituciones pasaron a reconocer el derecho de los pueblos a continuar siendo pueblos, independientemente del grado, voluntad o perspectiva de integración en la llamada "comunidad nacional". De hecho, en América Latina a fines de los años '80 y durante todos los '90 muchos países reescribieron sus constituciones reconociéndose como Estados pluriétnicos y multiculturales. Al mismo tiempo que esto acontecía, había un reclamo por leyes que protegieran la naturaleza y la incluyeran en el sistema jurídico como objeto o sujeto de derecho. Este doble movimiento será una ruptura del paradigma, ya que el derecho creado y constituido a partir del siglo XIX era individualista, fundado en el contrato y en los derechos de un sujeto individual, principalmente en el derecho de propiedad. Por otro lado, el objeto de este derecho tiene que ser una cosa transformada por el trabajo humano, útil y con valor económico, capaz de ser patrimonializado como propiedad de una persona; la naturaleza como tal quedaría fuera. La inclusión de los indios y de la naturaleza habría de romper con este individualismo, porque los pueblos pasaron a ser sujetos de derecho, y la naturaleza -ya no objeto de propiedad- pasó a ser tutelada jurídicamente.

Aunque esto no haya roto con el derecho individual, ni con el contrato ni con la propiedad privada -manteniendo, por lo tanto, el capitalismo-, introdujo una vasta posibilidad de modificaciones y mutaciones en la teoría y en la práctica del derecho. Es verdad que estas mutaciones, especialmente las prácticas, todavía no están revestidas de eficiencia cuando se enfrentan a los derechos individuales más duros del sistema, como la propiedad privada y el mantenimiento del patrimonio individual.

La autosuficiencia del Derecho

Del mismo modo, es evidente que este doble movimiento no es neutro para el sistema. ¡Hay cambios! Tal vez el más importante sea el hecho de que la decantada independencia del Derecho haya sido puesta en jaque. En el siglo XIX se decía que las partes aportarían los hechos y el juez aplicaría el derecho. Los hechos siempre eran controversias individuales o violaciones de las normas penales. Podía imaginarse que todo el universo de problemas originados en las relaciones sociales estuviera cubierto por la ley y, sino, competía al juez encontrar la solución posible, usando las fuentes infralegales, jurisprudencia, analogía o costumbres. Así dictaba el Código Civil de los franceses de 1804, y que sirvió de base y lección para muchos códigos que le sucedieron: el juez que se inhiba de juzgar so pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como responsable por denegación de justicia. Está claro que esta idea remite a una "razón pura del derecho", para cumplir su meta y función; el Estado debería simplemente legislar y los individuos contratar. El juez, el intérprete, el acusador o el defensor cumplirían su tarea si comprendieran "lo que la ley determina" en sus expresas palabras; cualquier otro valor o principio, como justicia, vida, amor o simplemente sobrevivencia de la especie o pueblo, era considerado metajurídico, fuera del derecho, ausente de su lógica. El derecho así pensado con su Estado formulador y creador era suficiente en sí; bastaba a sus aplicadores e intérpretes buen conocimiento del diccionario y, quizás, buen manejo de la gramática. Los conceptos habrían de ser nada más que jurídicos.

Los errores, en este sistema, son de poca monta, porque lo que se juzga y decide son apenas relaciones contractuales. Pueden haber crueles injusticias, pero son siempre individuales, ora se castiga un reo inocente, ora se transfiere el patrimonio del justo al deshonesto. Sin embargo, por más crueles que sean las injusticias cometidas, el patrimonio social y el orden social continúan sin alteraciones profundas. El capitalismo nunca se propuso ser justo.

La simplicidad del sistema fue debilitada con el ingreso de la naturaleza sin dueño como objeto de derecho y de los colectivos como sujeto. La relación jurídica cuidadosamente construida en el siglo XIX para hacer del Estado simplemente una herramienta para el cumplimiento de los contratos, quedó amenazada.

Cuando un pueblo indígena adquiere derechos como pueblo dentro del sistema, este termina reconociendo un derecho fuera de él. En general la Constitución reconoce, como lo ha hecho en América Latina, el derecho de organización social a los pueblos indígenas; el derecho a mantener su propia organización social, el derecho al uso de la lengua, costumbres y tierra. Está claro que está afirmando en este la existencia de un derecho colectivo a la cultura y a la tierra; este derecho está delimitado entre los derechos del sistema y, por lo tanto, se contrapone a los derechos de propiedad, de libre negociación, de disponibilidad, etc. Esta contradicción ya es en sí misma un problema para la solución de un eventual conflicto; además, cuando las constituciones latinoamericanas, los tratados y convenciones internacionales admiten que los pueblos indígenas podrán tener su propia organización social, es decir, mantener o "inventar" sus derechos internos, queda creada una instancia fuera del derecho, para cuya solución no basta con el conocimiento técnico de las leyes creadas por el Estado, sino que es necesario un saber más amplio.

La misma situación se da con el ingreso de la naturaleza como objeto de derecho. Siempre fueron considerados objetos de derecho los bienes naturales modificados, esto es, aquellos transformados por la acción humana al punto de ser bienes patrimonialmente relevantes; finalmente, mercaderías. Así, un árbol sería objeto de derecho mientras estuviese unido a la tierra, pero se vuelve un bien en sí si es extraído, como madera o leña. Si no tuviera utilidad, la cosa natural no sería objeto de derecho, pasando a serlo solamente cuando pudiera ser útil a alguien. Cuando a fines del siglo XX la norma jurídica pasa a proteger la naturaleza -sea con el nombre de medio ambiente, biodiversidad, bien natural- establece en esta pro-

tección una relación diferente, nueva, sin sujeto definido, llamándola de *sujeto difuso* o *colectivo*, no concretizando una relación de derecho individual de propiedad. Al contrario, la norma niega la posibilidad de adquisición individual, opone esta tutela a la propiedad privada, es decir, la naturaleza con dueño o sin dueño, objeto o no del derecho de propiedad privada, pasa a ser protegida por otros valores distintos del mero deseo, voluntad o libertad del propietario.

Esta protección genérica y al mismo tiempo puntualmente realizable genera un nuevo conflicto que traspasa el conflicto interpersonal. Para esta nueva situación jurídica, que introduce en el derecho moderno y capitalista viejos derechos que fueron por él excluidos, como los derechos de los pueblos y los de la naturaleza, son necesarios nuevos criterios de intervención y juzgamiento. El viejo y decimonónico Poder Judicial, formado por técnicos del derecho, que estudian las leyes y no las diversas formas de vida de la naturaleza o de la humanidad, no es suficiente porque no consigue con su técnica limitada, normativa y, como decía Paiaré, inventada, dar cuenta de la solución de conflictos que no caben en los códigos, como la vida de una comunidad en disputa por un parque ecológico.

La autosuficiencia del derecho fue, de este modo, puesta a prueba. Ya no se trata de dos derechos absolutos e individuales que se disputan la propiedad de un objeto o el cumplimiento de una obligación. Resolver esta ecuación siempre fue fácil, ya que son derechos excluyentes: al ser reconocido el derecho de uno, necesaria y perentoriamente está excluido el derecho del otro. Se trata de adecuar la realidad a lo establecido en la norma o en el contrato, que es norma entre las partes. La posibilidad de equívoco es formal, y una gama enorme de formalidades fue creada por el derecho, como la prescripción, la preclusión, la buena fe, las presunciones de legitimidad, las formas procesales, la cosa juzgada, etc. En resumen, una vez afirmado el derecho de uno, excluido está el derecho del otro. ¡He aquí la autosuficiencia! Ni otra ciencia, religión o creencia podrá deshacer la intervención del Estado en el cumplimiento de esta decisión.

Esta arrogante autosuficiencia fue cuestionada con el ingreso de pueblos y bienes fuera del mercado y sin titular. La aplicación de formalidades procesales y de procedimientos no resulta suficiente, porque la opción por el mantenimiento de un derecho individual concreto no excluye la existencia de un derecho colectivo o de protección de la naturaleza.

La autosuficiencia del Derecho y las otras ciencias

La discusión acerca de la naturaleza del Derecho, si es una ciencia, arte o profesión, es tan antigua como inocua, y la discusión interna del Derecho sobre cómo se construye o verifica la legitimidad, también lo es. No importa saber si la legitimidad de las normas está limitada al espacio puramente jurídico o fluye de una razón aparentemente metajurídica, como la justicia, la dignidad humana, la integridad personal o patrimonial de los individuos o cualquier otra cosa dictada por el sentimiento, la filosofía, la moral o la religión. Prácticamente durante toda su existencia el Derecho fue entendido como autosuficiente, independientemente del origen de su legitimidad. Es decir, la legitimidad estaría garantizada por una norma, regla o principio anterior o mayor que fuese su fundamento. Pero atención: escrita la norma, con una presunción de legitimidad intrínseca, no resta sino a todos los individuos cumplirla. Desde el principio fundante a la regla ejecutoria, todo es derecho. Las otras ciencias son complementarias y apenas enriquecen la norma jurídica.

Así, en los cursos de Derecho, todavía hoy, las ciencias que son enseñadas solo explican las normas jurídicas. La llamada medicina legal, ciencia auxiliar, sirve para aclarar si hubo muerte causada o suicidio, pero quien decide el homicidio, su gravedad y pena es el juez, cuya formación es solamente jurídica. La historia jurídica se transforma rápidamente en historia de las leyes, la historia de la evolución de las instituciones en el tiempo y el perfeccionamiento de las tesis en el espacio. En este raciocinio, pensar en Antropología Jurídica es pensar apenas en el análisis

antropológico del Derecho o, todavía mejor, en el análisis antropológico de la ley. En el Derecho imbuido de una dogmática escrita y de una sacralización de la literalidad de la ley, cualquier ciencia, desde la gramática a la antropología, debe ser servil a la interpretación del profesional del derecho. Todo esto porque al Derecho le interesa el deslinde del contrato y la certeza de la culpa en la violación de la norma.

En esta perspectiva, como el principio fundante es individual y protector de cosas como bienes de propiedad, cualquier estudio que no contemple la relación de personas y su extensión a los bienes, no interesa a la vieja dogmática jurídica capaz de reducir todo -sentimientos, conocimientos, saberes y haceres, creencias y temores- al interés patrimonial del individuo. Exactamente por esto la autosuficiencia del derecho relega todo conocimiento a un papel secundario. En la práctica, el sistema jurídico presenta esta autosuficiencia de tal modo que nadie es capaz de defender su derecho sino por medio de un abogado licenciado en "ciencias jurídicas" que presentará su defensa también delante de un "cientista del derecho", llamado juez. Los papeles de abogado, juez y acusador son privativos de abogados; las excepciones son tan raras que no hacen sino confirmar la regla. Así, el que acusa, defiende o juzga precisa eventualmente auxiliares que son llamados "peritos". Técnicamente el perito no debe saber y mucho menos decir el derecho, dirá simplemente su técnica; las partes y el juez deben analizar el llamado "dictamen pericial" como si fueran hechos y aplicar el derecho. Vuelve aquí con toda plenitud la máxima de los jueces del siglo XIX: "dadme los hechos que os daré el derecho".

El perito será un ingeniero, psicólogo, biólogo, agrimensor o antropólogo, pero será siempre un técnico ajeno al derecho, será un analista de hechos, mientras que el jurista lo será de justicia y armonía de la sociedad.

Todo esto fue así, y así ha sido, porque el derecho era concebido como un apéndice de un Estado que, a su vez, tiene por función garantizar

los derechos individuales, ser el guardián de la propiedad privada y del contrato. Toda esta organización y estructura se asienta en la concepción constitucional del siglo XIX, en la cual debía haber solo un territorio y un solo pueblo que entrega -o presta, en los términos de Rousseau- la soberanía a la organización llamada Estado. Además de esta soberanía debería solo existir la voluntad individual soberana (libre e igual): ningún poder que medie entre el Estado y el ciudadano, en la clásica formulación de la Revolución Francesa. Aquí el orden jurídico nada tiene que ver con las ciencias sino para conocer los hechos y aplicar la justicia.

El derecho, autosuficiente, puede vivir más allá de las ciencias y de las artes, preocupado apenas de las relaciones interpersonales y la necesidad del Estado de salvaguardarlas.

El Derecho y los derechos colectivos

Pues bien, este orden complejo estaba funcionando para dirimir los conflictos interpersonales y reafirmaba cada vez más la independencia del Derecho, al punto de tornar a los profesionales del ramo como fiscales privilegiados de la propia sociedad. Estos juristas fiscales pasaron a ser aún más importantes en los países que crearon tribunales constitucionales, formados por jueces y abogados licenciados en Derecho, y el Ministerio Público con legitimidad para proponer acciones civiles. Con el ingreso de los derechos colectivos y los objetos difusos el sistema comenzó a evidenciar sus lagunas, no admitidas en la autosuficiencia, pero claras en la incapacidad de solucionar los conflictos.

Por derechos colectivos, aquí, se entiende el conjunto de derechos que un grupo humano tiene sobre un determinado objeto colectivo (cosas, relación, sistema o conocimiento). El derecho colectivo no puede ser confundido con la propiedad colectiva que existe y siempre existió en el derecho moderno. Propiedad colectiva significa que más de una persona tiene derecho sobre un mismo bien. La diferencia es que el derecho de

propiedad es siempre individual, aunque una pluralidad de agentes lo detente; en este caso se puede decir que cada titular es propietario de su porción, aunque indivisible, recayendo sobre ellas las reglas establecidas para el derecho de propiedad individual: secesión, disponibilidad, etc. Por lo tanto, hay un grupo titular de la propiedad colectiva formado por individuos, y el derecho del grupo es el resultado de la suma de los derechos de propiedad individual de sus integrantes. Solamente es posible integrar este grupo con la adquisición de parte de la propiedad de los otros integrantes, por lo tanto solamente es posible ingresar al grupo por medio de la adquisición de la propiedad. Al contrario de esto, el derecho colectivo no es propiedad. El grupo es titular en tanto grupo y ninguno de sus miembros tiene derecho a parte del todo: todos tienen derecho a todo, pero nadie tiene derecho a parte. Esto tiene como consecuencia que nadie tiene derecho a transferir su parte a otro y tampoco puede ingresar nadie en el grupo por adquisición de parte del derecho. En resumen, el primero es fruto de un contrato que da origen al grupo, y en este segundo caso no hay contrato, el grupo es "naturalmente" formado. Por esto el derecho colectivo es propio de aquellas situaciones en que un grupo de personas se reúne por difusos intereses comunes, como familia, clan, pueblo, u organización social y cultural común, cuyos ejemplos más significativos son los pueblos indígenas en América Latina.

La propiedad colectiva difiere por lo tanto de los derechos colectivos, porque aquella está unida por un contrato, esto es, por obligaciones mutuas de personas que manifestaron y expresaron su voluntad de adquirir el bien y asumir las obligaciones inherentes al contrato; el origen de los derechos colectivos ni siquiera es cercanamente contractual, al contrario, nace de una situación natural de estado, es decir, el hecho es más relevante que el derecho. Si en la primera, propiedad colectiva, permanece intacta la idea de propiedad privada individual, por lo tanto existe un sujeto individual de derecho, en la segunda hay un sujeto colectivo, por tanto se aleja e inhibe la existencia de un sujeto individual.

La mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos, hoy, acepta la existencia de un derecho colectivo, pero pocos admiten en su práctica judicial la existencia del sujeto colectivo de derecho. Esta aparente incongruencia se da por el hecho de que el reconocimiento en juicio de los derechos colectivos se ha dado, la mayoría de las veces, como derechos de sujetos difusos, esto es, no caracterizados, no delimitados, no claramente conocidos.

Explicuemos mejor esto. Junto al sujeto colectivo de derecho hay un objeto, elevado a la categoría de bien jurídico, que no integra ningún patrimonio individual. Los sistemas jurídicos de América Latina, a partir de 1988, por lo menos, aceptan la existencia de estos objetos (bienes jurídicos no patrimoniales) como los bienes ambientales o culturales, material e inmaterialmente considerados, y también -asemejándose a estos bienes- las políticas públicas de salud, habitación, educación, de trabajo o renta. Todos estos derechos pueden realizarse individualmente, real o ficticiamente, aún siendo un derecho de la colectividad. Hasta el mismo medio ambiente y el patrimonio cultural pueden ser reducidos al interés individual de protección, con la idea de que todos, es decir cada uno, tienen derecho a ellos. Aunque inadecuada -porque "todos" aquí significa "nadie tiene derecho individual sobre la cosa"-, esta reducción ha sido hecha. De cualquier forma, cuando es difícil esta reducción al individuo -como en el caso del medio ambiente y la cultura- los sistemas los han entendido como "bienes protegidos" y al no haber un sujeto definido individual, los llaman de derecho "difuso". Nótese que el derecho así entendido se realiza por el objeto, independientemente del sujeto; por esto algunos sostienen que el sujeto de derecho puede ser el propio bien.

Muy diferente es la situación de los derechos que se definen colectivos porque el sujeto es naturalmente colectivo, como los pueblos indígenas, quilombos, gitanos y otras comunidades que se diferenciaron por no estar unidas por relaciones contractuales. En este caso el objeto, bien jurídico, se define por la existencia del grupo como su titular, como la tierra, la

organización social, lengua, creencias religiosas, cultura, etc. Reconocer este derecho en su plenitud ha sido muy difícil aún para los más avanzados sistemas de América Latina.

El no reconocimiento demuestra una resistencia del sistema a los propios derechos colectivos, prefiriendo llamarlos de intereses o incluso caracterizarlos por el objeto. El derecho a fines del siglo XX resolvió proteger situaciones, relaciones y bienes no integrantes de los patrimonios privados, bajo la amenaza de destrucción ambiental y cultural. Así, el Derecho pasó a proteger bosques, animales, ecosistemas, biodiversidad, pero también bienes arquitectónicos, históricos, artísticos, materiales e inmateriales³. Al proteger estos bienes lo hace de forma genérica, bajo el supuesto de que son bienes sin titulares de derechos; cuando mucho los tratan como si el titular del derecho de protección fuera todo el pueblo, en el más amplio sentido que la modernidad dio al pueblo, titular de la soberanía del Estado. Por ello es que este titular es difuso, y también lo es la idea misma del derecho de protección al medio ambiente y la cultura.

Los derechos colectivos y la antropología

La teoría jurídica aún busca explicaciones para el fenómeno de los derechos colectivos y bienes jurídicos no personalizados, pero la dogmática no logra encontrar la razón para la existencia de normas protectoras tan heterodoxas. Algunos dogmas fuertemente establecidos fueron rotos, como el de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica, de la patrimonialización de los bienes jurídicos, de la legitimidad e interés en juicio, del carácter absoluto de la propiedad privada de la tierra, de la relación jurídica extracontractual y otros. Ha sido difícil para los juristas, jueces y otros profesionales del derecho aceptar estas "novedades". Está claro que la discusión, cuando no incluye pueblos indígenas y otras sociedades humanas diferenciadas, se limita a entender el fenómeno del objeto de derecho sin sujeto o con un sujeto difuso. Sin embargo, en esta limitada

discusión que se encierra en la aceptación de que la norma jurídica pueda establecer protecciones especiales para el medio ambiente, la cultura y el bienestar de cada uno como si fueran profundizaciones de las políticas públicas, o la transformación de las políticas públicas en derechos colectivos, hay una visible apertura del Derecho.

De hecho, para entender este fenómeno jurídico, o profesional, se precisa conocer, tener informaciones seguras de otras ciencias, impensables para la vieja dogmática, como biología, zoología, geología, arquitectura, paleontología, entre muchísimas otras.

Aunque el derecho continúe tratando estas novedades conceptuales como peritajes, ya está claro que hay una profunda diferencia entre el perito informante de hechos y este cientista, que no es un profesional, sino un académico que discutirá conceptos remitidos por la ley. Por lo tanto, entrará en el campo de la interpretación jurídica junto al juez o al abogado. En esta configuración, es el cientista no jurista quien indica las razones del derecho y no al revés. En la interpretación de las leyes de protección ambiental el jurista tiene poco que decir salvo repetir la propia ley; quien dice lo que es el equilibrio, fauna en extinción, patrimonio cultural, daño ambiental, son otras ciencias. Una vez más se debe hacer notar aquí que la ley moderna trataba solamente de relaciones interpersonales, en gran medida reduciéndose a la propiedad privada y al patrimonio individual. De esta forma, al discurrir sobre un árbol o fruto pendiente, el derecho discutía solo la existencia de la propiedad o los daños causados al patrimonio ajeno con relación al árbol o fruto pendiente. El papel del jurista o juez, por lo tanto, era entender los hechos para aplicar el derecho; como mucho un perito podría decir dónde se localiza el árbol o dónde caería naturalmente el fruto. Con el ingreso de los derechos colectivos y objetos despatrimonializados, surgió una complejidad que exige interpretación científica de la ley y no solo de los hechos. El cientista no jurista pasa a ser intérprete de este derecho y no únicamente un colaborador para las materias propias de los hechos. Está claro que todavía hay una resistencia muy

grande de parte de la dogmática tradicional, así como aún hay una resistencia de las otras ciencias, que tampoco pudieron mantenerse puras al verse en la necesidad de trabajar con derechos individuales. Lo que hay, de hecho, es un acercamiento para que juristas y científicos puedan entenderse, rompiendo la autosuficiencia de la interpretación jurídica e introduciendo conceptos de normatividad y garantías no pertenecientes a las otras ciencias.

La relación del derecho con las otras ciencias sería muy diferente si los conceptos jurídicos de las cosas como bienes jurídicos u objetos de derecho fuesen distintos. Los cambios conceptuales se hacen necesarios y aún más imperiosos y mucho más profundos cuando se hace visible que las alternaciones extrapolan el objeto del derecho de propiedad, y alcanzan al sujeto de derecho. Entonces las ciencias que rompen la autosuficiencia no son apenas las referentes al medio ambiente y la naturaleza, sino también al ser humano. Pasa a haber una necesidad de interpretación de la ley sobre los conceptos de comunidad, pueblos, etnias, organizaciones sociales diferenciadas, etc. Objetos de las ciencias sociales, especialmente de la antropología. Por lo tanto, con la interpretación de los sujetos colectivos de derecho la vieja dogmática jurídica se ve en la obligación de compartir los conceptos con las ciencias sociales, además de las otras ciencias descriptoras de realidades fácticas.

Además de esto, los sujetos colectivos de derecho alteran con mucha mayor profundidad la vieja dogmática individualista, y es evidente que así sea. Mientras tratábamos acerca de objetos, la ley solo cubría el bien jurídico con un manto de protección, creando sanciones administrativas o penales para aquel que la violase, pero cuando hablamos de sujetos colectivos de derechos tocamos dogmas rígidos, como el de la igualdad y el de la libertad individual. Aquí el sistema se estremece. La igualdad colectiva, todos los colectivos iguales en derechos, significa que todos tienen que respetar el sistema de todos, que no siempre se encuentran enmarcados en igualdades internas. Es decir, las relaciones internas de un colectivo

pueden no establecer la igualdad como principio, exactamente porque las obligaciones no son fundadas en contratos, sino en relaciones de solidaridad, religiosidad, respeto o caridad. Estos colectivos, así organizados, tienen derechos propios y comunes, sometidos como un todo, y no individualmente, en la comunidad nacional. En América Latina el mejor ejemplo de estos colectivos son los pueblos indígenas que sobreviven prácticamente en todos los Estados nacionales.

En este escenario, la Antropología entra directa y profundamente, porque es la ciencia que debe compartir con el derecho el entendimiento de la relación de los pueblos, o cualquiera que sea el nombre que se dé a estos grupos humanos, con los Estados nacionales.

Hay en este intercambio una doble afectación: por un lado el derecho no consigue resolver solo esta relación porque es incapaz de decidir sobre derechos que son extraños a sus códigos, y la antropología, a su vez, tiene que agregar a sus fundamentos teóricos la normatividad del derecho. Esta unión, ora vista con lentes más antropológicas, ora más jurídicas, rompe con la autosuficiencia del derecho, pero rompe, también, con el aislamiento de la antropología.

Es decir, a partir de estas consideraciones múltiples, tal vez más fáciles para los antropólogos acostumbrados a realidades múltiples, nace la necesidad de esta unión que se puede denominar Antropología Jurídica. Sin embargo, queda claro que no se trata de una antropología que estudia el derecho vigente en determinada época y sociedad, ni un derecho que analiza instituciones de sociedades diferenciadas apropiándose de las herramientas de la antropología, sino del estudio acerca de cómo los sujetos colectivos de derecho se relacionan con la contraparte estatal o privada individual.

Conclusión

Colocando en términos más claros, las sociedades latinoamericanas son múltiples y complejas, formadas por muchos pueblos y comunidades diferenciadas con mayor o menor grado de integración y relación con los Estados nacionales. Los Estados nacionales construyeron una ficción de que todas las personas estarían integradas individualmente como ciudadanos o sujetos individuales de derechos, negando así el reconocimiento de los grupos, pueblos y comunidades que, a pesar de este desconocimiento, continúan existiendo. El derecho se ocupó siempre de esta ficción y, por lo tanto, desconoció la existencia de los pueblos. La Antropología se ocupó siempre de los pueblos, despreocupándose de los derechos nacionales que poco tenían que ver con los pueblos originarios salvo en calidad de genocida.

Ocurre que a fines del siglo XX el derecho en América Latina se abrió al reconocimiento de los pueblos originarios y sus derechos colectivos, y aunque con poca eficacia, su naturaleza de sujetos colectivos de derecho. Entonces surge para el derecho una necesidad imperiosa, de valerse de los métodos e instrumentales antropológicos para entender este nuevo sujeto reconocido, ya que no pueden ser integrados en los códigos de forma uniforme, porque al final cada pueblo es único, no admitiéndose generalizaciones que proporcionen una "igualdad" entre ellos.

Por otro lado, al ser reconocidos como sujetos de derechos, estos pueblos pasaron a tener, queriendo o no, sabiendo o no, una relación con los Estados nacionales y su derecho. Entonces surge para la antropología una necesidad imperiosa de conocer, interpretar y relacionarse con el mundo de las normas "inventadas" por los Estados nacionales, precisando del método e instrumentales generalmente retóricos del Derecho.

Estos dos caminos, uno recorrido por el jurista y otro por el antropólogo, se encuentran en una encrucijada de horizontes arqueados y distantes en que los dos métodos se utilizan pero no se confunden, en que un conocimiento continúa necesitando imperiosamente del otro. La vieja división de tareas propuesta e impuesta por la ciencia moderna queda comprometida pues ya no se trata de cumplir obligaciones recíprocas (contrato) ni de mantener lo que siempre ha sido (cultura). Esta encrucijada de derechos colectivos, interpretada siempre por más de un cientista, se llama Antropología Jurídica.

Notas

¹ Agradezco la ayuda, no solo para la versión en castellano, sino en el sentido y contenido del presente texto, a Pablo Rubio Almuna, quien ha perdido horas leyendo y revisando los originales; ¡gracias!

² Ver Marés Souza Filho, Carlos Frederico, 2006, *O renascer dos povos indígenas para o Direito*, Juruá, Curitiba.

³ La protección de los llamados bienes culturales o históricos, artísticos y paisajísticos es anterior y se remonta al inicio del siglo XX, pero solamente tuvieron alguna relevancia y estudio jurídico a partir de finales de siglo, cuando fueron equiparados a los ambientales.

ENTRANDO AL CÍRCULO: LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA Y LA POSIBILIDAD DE JUSTICIA INTERCULTURAL

Cristóbal Carmona Caldera

Siempre he sido un hombre de piernas. Fue lo primero que vi al nacer. Después intenté salir. Desde entonces he intentado la dirección contraria pero con poco éxito.

Charles Bukowski, *Pulp*

I. Introducción

Quisiera partir recordando una famosa conferencia que en 1966 dictara Jacques Derrida bajo el título *La estructura, el signo y el juego en el discurso de las ciencias humanas*. En esta, el filósofo francés habló de un "acontecimiento" que tenía la forma externa de una ruptura y de un redoblamiento respecto de una tradición determinada, que gruesamente podríamos pensar como "la historia de la metafísica". Esta tradición -nos dice- concibe la estructura, la estructuralidad de la estructura, a partir de un centro que rige la estructura sin estar propiamente dentro de ella, formando así un "juego fundado" (limitado), constituido a partir de una "inmovilidad fundadora y de una certeza tranquilizadora, que por su parte se sustrae al juego" (Derrida, 1989: 384). Explicaba que lo que llamamos "centro de la estructura", ha recibido indiferentemente los nombres de origen o de fin, de *arkhé* o de *telos*, de forma tal que todas sus permuta-

ciones y repeticiones quedan cogidas en una historia del sentido, cuya forma matriz sería la determinación del ser como presencia:

Se podría mostrar que todos los nombres del fundamento, del principio o del centro han designado siempre lo invariante de una presencia (*eidos*, *arché*, *telos*, *energeia*, *ousía* [esencia, existencia, sustancia, sujeto], *aletheia*, trascendentalidad, consciencia, Dios, hombre, etc.) (Derrida, 1989: 385).

Ahora, sin adentrarse demasiado en las causas de la ruptura de la tradición de la que hablaba en un comienzo, Derrida nota que todos estos discursos destructores -que en retazos identifica con los nombres de Nietzsche, Freud y Heidegger- están atrapados en una especie de círculo, que describe la forma de la relación entre la historia de la metafísica y la historia de la destrucción de la metafísica; en pocas palabras, la dependencia de esta última con los conceptos de la primera:

[N]o tiene ningún sentido prescindir de los conceptos de la metafísica para hacer estremecer a la metafísica; (...) no podemos enunciar ninguna proposición destructiva que no haya tenido ya que deslizarse en la forma, en la lógica y los postulados implícitos de aquello mismo que aquélla querría cuestionar (Derrida, 1989: 386. Los destacados son del original).

Pues bien, a propósito de esto, el autor francés señalaba que a la etnología¹ le cabía un lugar privilegiado en la reproducción de dicho esquema en las "ciencias humanas". Ello por cuanto esta habría nacido como ciencia con "la experiencia del descentramiento", en el momento en que la cultura europea -y por consiguiente la historia de la metafísica y de sus conceptos- fue *dislocada*, expulsada de su lugar, teniendo entonces que dejar de considerarse como cultura de referencia:

Se puede decir con toda seguridad que no hay nada fortuito en el hecho de que la crítica del etnocentrismo, condición de la etnología,

sea sistemáticamente e históricamente contemporánea de la destrucción de la historia de la metafísica (Derrida, 1989: 388).

Puede parecer un contrasentido, pero quisiera pecar de literalista y servirme de esta aseveración de Derrida para comenzar a desarrollar las sucintas disquisiciones que seguirán a continuación. Para ello, comenzaré analizando la relación de la antropología con el derecho y el etnocentrismo en el momento de su génesis formal en el siglo XIX, para luego sostener, a partir del ejemplo de la pericia antropológica, el cómo en la actualidad -e independiente del relativismo que la pudiese impregnar como subsistema- la antropología sigue cumpliendo una función similar a la desempeñada en el colonialismo decimonónico. Terminaré sugiriendo otra forma de relación posible entre derecho y antropología, la que, sin pretender escapar a la estructura hegemónica que rige las relaciones interétnicas, creo que contribuiría a lograr mayor justicia en las relaciones interculturales.

II. Colonialismo, derecho y antropología

Más allá de la lúcida lectura que Derrida desarrolla a partir de la obra de Lévi-Strauss, respecto a la utilización de los elementos de la propia *episteme* que se quiere deconstruir y de las "dos interpretaciones de la interpretación" (Derrida, 1989: 399) que existen, me parece que su punto de partida no es del todo exacto.

Me explico. Es sabido que la perspectiva antropológica se planteó desde un principio en torno a la figura del "otro" (Derrida, 1989: 399). Sin embargo -valga la obviedad- el hecho mismo de la diversidad, de la diferencia, siempre ha existido; "es el punto de partida, es la constatación inicial, es, al mismo tiempo, insoslayable, indesmentible", como explica Santos Herceg². Una cuestión distinta, claro, es la valoración que de esta se hace en la construcción de un modelo político, de una ética, en fin, de una ciencia. Una sucinta mirada a los orígenes formales de la antropología puede mostrar que en -o mejor, "desde" - sus inicios, esta se planteó di-

rectamente subordinada a un derecho que seguía representándose a sí mismo como centro trascendente y ordenador de todas las estructuras legales *urbi et orbi*, y que se puede entender como una metonimia de aquella mítica figura conocida como la "cultura occidental".

Ejemplo señero de lo anterior se da en el caso del ya casi olvidado -excepto, tal vez, en las cátedras de antropología- jurista británico, Sir Henry Maine (1822-1888). A Maine se le ha considerado como uno de los "padres fundadores" de la moderna ciencia antropológica (específicamente de lo que se podría llamar "antropología del derecho" (Kuppe y Potz, 1995)), por su estudio de los fenómenos jurídicos de otras culturas. Ahora, es bastante común que cada vez que se quiere destacar la "jurisprudencia histórica" de Maine, se haga en oposición a las ideas del otro gran jurista británico del siglo XIX, John Austin (1790-1859). Y como a todos los lugares comunes, aunque peque de superficial, le subyace una base de verdad, me serviré de este antagonismo -*prima facie* irreconciliable- entre ambas figuras, para caracterizar la relación que en un comienzo habría tenido la antropología con el derecho.

Para comenzar, vale conceder que si se pone atención a los respectivos objetivos y métodos con los que cada autor comprendía la ciencia jurídica, las diferencias son sustanciales. En efecto, mientras bajo la influencia de la "escuela histórica" de Friedrich Karl von Savigny y del historiador germano Barthold Georg Niebuhr (cfr. O'Brian, 2005: 229 y ss.), el propósito de las investigaciones jurídicas de Maine, según nos dice en su *Ancient Law* (1861), era "indicar algunas ideas primitivas del género humano, tales como las refleja el antiguo derecho, y mostrar la relación que las une con el pensamiento moderno" (Maine, 1993[1861]: 11), el de la obra de Austin, específicamente de *The Province of Jurisprudence Determined* (en adelante: *PJD*; de 1832), era la distinción del "derecho positivo" - "the appropriate matter of jurisprudence", decía Austin- de otros tipos de "leyes" o "derechos" con los que se asemeja o relaciona de alguna forma -como los de carácter religioso o moral (Austin, 2001[1832]: 164-

165)-. Inextricablemente unido a esto está la cuestión del método de acercamiento al fenómeno jurídico (cfr. Rumble, 2005: 143). Así, si en un simple ejercicio se revisan las primeras partes de *Ancient Law* y *PJD* respectivamente, se encuentra una nítida demarcación de fronteras: mientras Maine comienza su investigación dando cuenta de las eras históricas que caracterizan la evolución de las sociedades primitivas, Austin lo hace con una explicación de la definición amplia de "derecho" o "regla", a través del cuidadoso y preciso análisis conceptual que lo hizo tan famoso. Se ve, entonces, cómo la diferencia mencionada de objetivos se representa a su vez en la metodología de cada uno: *comparativa*, por un lado, *analítica* por el otro. Los elementos referidos marcan desde un inicio la distancia entre estas figuras y nos permiten avizorar, desde ya, cuál sería la crítica principal de Maine a Austin, a saber: que las concepciones legales de este no se ajustan ni representan las concepciones legales que operan en sociedades distintas a la occidental. Esto ocurre, por ejemplo, con la "autoridad soberana" de Austin, que este liga al concepto de "derecho positivo". Según el jurista analítico, "[e]very positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme" (Austin, 2001[1832]: 165). Al mismo tiempo, como recuerda Maine, Austin excluye de su teoría a aquellas sociedades que son demasiado pequeñas para ser consideradas "a society political and independent" (Austin, 2001[1832]: 177). Ante esta conexión entre autoridad soberana y derecho, en su *Lectures on the Early History of Institutions* (1874), Maine contraargumenta que hay sociedades en donde, aun siendo de un tamaño considerable, y efectivamente existiendo en ellas una "autoridad soberana", no se puede decir en ningún sentido que esta autoridad ordene o comande leyes, y sin embargo, es manifiesto que existe "derecho" en ellas. Como ejemplo, Maine toma el caso de Runjeeth Singh, un gobernante Sikh de la provincia de Punjab, en India (Maine, 1914[1874]: 380). A primera vista, Singh podría parecer como la personificación perfecta del

soberano de Austin: un ser despótico, con el control casi absoluto de sus tierras, y conocido por todos sus súbditos:

Yet -explica Maine- I doubt whether once in all his life he issued a command which Austin would call a law (...) [t]he rules which regulated the life of his subjects were derived from their immemorial usages, and these rules were administered by domestic tribunals, in families or village-communities (Maine, 1914[1874]: 380-381).

Acá, los "juristas analíticos" -como denominaba Maine a Hobbes, Bentham, Austin- dirían, bajo el principio "what the Sovereign permits, he commands", que esas reglas siguen siendo leyes del soberano, pues era él quien permitía que los jefes de hogar o los ancianos de las aldeas las aplicaran; el hecho de que las permitiera, diría el razonamiento analítico, significaba al mismo tiempo que las podía cambiar. Sin embargo, nos dice Maine, lo anterior es totalmente inaplicable al caso en cuestión. Runjeeth Singh nunca cambió ni pudo haber soñado con cambiar las leyes civiles bajo las que vivían sus súbditos, "[p]robably he was as strong a believer in the independent obligatory force of such rules as the elders themselves who applied them" (Maine, 1914[1874]: 382). En el marco del pensamiento legal oriental o indio, hacer la afirmación de que Runjeeth Singh ordenó estas leyes, es completamente absurdo. Así, no sin cierta ironía, concluye Maine: "The theory [of Austin] remains true in such a case, but the truth is only verbal" (Maine, 1914[1874]: 382)³.

Como es de suponerse, esta no es la única crítica de Maine al sistema austiniano, pero me parece que muestra el punto central de ellas. Como bien lo ha sintetizado Rumble, su esencia es que las concepciones de Austin respecto del derecho y la soberanía seguían siendo "cultural-bond and blind to history", y que, "[d]espite their high degree of validity for contemporary Western European societies, they are inapplicable to many other non-Western, or pre-modern, organized political societies" (Rumble, 2005: 151). En otras palabras, sería una crítica al universalismo ínsito en la obra de Austin.

Si nos detenemos acá, bien podríamos concebir como acertada la idea proclamada por Derrida, de que el nacimiento de la antropología coincide con la experiencia del descentramiento. Sin embargo, estimo, esta conclusión es equivocada, y ello no solo porque se pueda argüir -como de hecho se puede- que la teoría de Austin no tenía en realidad pretensiones de universalidad -después de todo, el mismo Austin distinguía entre *political* y *natural societies*, entendiendo que su análisis solo se aplicaba a las primeras (Austin, 2001[1832]: 177 y ss.)-. Por más que ingenuamente se pudiese esperar que Maine "opusiera la irreductible riqueza y diversidad de la historia a la simplicidad monádica de esta idea austiniana de la ley" (Fitzpatrick, 1998: 151), lo cierto es que en su obra dicha contraposición se ve diluida en un evolucionismo legal de corte spenceriano⁴, que otorga una prioridad epistémica a la jurisprudencia analítica por sobre las formas jurídicas de otras sociedades. Para el discípulo de la "escuela histórica" -y quizás para la "escuela histórica" en general- los componentes del sistema de Austin concordaban "exactamente con los hechos cuando se trata de una jurisprudencia llegada á la madurez", y cuanto más nos adentramos en la historia primitiva del pensamiento, más lejos nos vemos de esta concepción del derecho (Maine, 1993[1861]: 17). Como se explica en su *Ancient Law*, Maine creía en la evolución lineal, aunque no inexorable, de las sociedades; así, decía, en la marcha del progreso algunas sociedades se estancarían, abriéndose la clasificación entre sociedades estacionarias y progresivas. En estas últimas, el movimiento de cambio sería uniforme, avanzando en el sentido de la emancipación del individuo respecto del grupo, un paso que llamó "del estado [*status*] al contrato" (Maine, 1993[1861]: 118). Y si bien en algunas ocasiones Maine restringe su teoría evolucionista solo a la rama indoeuropea o aria⁵, en realidad encontraba inconcebible que las sociedades se pudiesen desarrollar por sendas distintas, sin seguir las mismas etapas que describía (Elliot, 1985: 45). De esta forma, Maine reconcilia ambos tipos de jurisprudencia (*jurisprudence*), histórica y analítica, en aquel mito moderno del progreso, en donde la historia de la humanidad se entiende -nos dice Fitzpatrick-

como "una entidad constante y duradera que se desarrolla en la negación de sus orígenes y manifestaciones anteriores, avanzando siempre hacia una diferenciación y una autonomía mayores" (Fizpatrick, 1998: 153), y que como todo mito -lo mencionó por su parte Lévi-Strauss-, permite superar la contradicción entre el tiempo histórico transcurrido y una constante permanente⁶.

Lo anterior no es baladí. No se debe olvidar que es justamente esta ideología la que legitimaba la colonización y asimilación de las culturas -perdóneseme la definición negativa- "no-occidentales". Como ha advertido Derrida, allí donde hay *telos*, donde hay una teleología que parece guiar, ordenar y tornar posible una historicidad, la anula por las mismas razones, neutraliza la irrupción imprevisible e incalculable, la alteridad singular y excepcional de *lo que* viene, de *quien* viene, y sin lo cual, sin el cual, "nada ocurre ya" (Derrida, 2002: 9). Bajo el teorema del progreso, el "otro" (individuo o sociedad) no es "des-cubierto" como algo "distinto", sino "en-cubierto" como *materia* donde se proyecta "lo mismo", aunque aún no plenamente desarrollado -el "hombre en bruto", como decía Hegel respecto de África- (Dussel, 1992: 45 y 46). Desde aquí, la operación mental europea es sencilla: si la jurisprudencia (*jurisprudence*) de las naciones europeas que describe Austin efectivamente representa la "jurisprudencia llegada á la madurez", y las concepciones de derecho de las sociedades orientales representan los "estados primitivos", la "infancia del género humano", entonces es el deber moral de Occidente el "civilizar" a estas sociedades, "pasar-las" de la potencia al acto; para decirlo en términos kantianos, ayudarlas a salir de su "autoculpable minoría de edad". Maine, a no dudarlo, no escapa a esta tendencia; baste para ello revisar su opúsculo *The Effects of Observation of India on Modern European Thought* (1887). En este escrito, Maine defiende la inserción de India en lo que llama el "progreso" (Maine, 1887: 237-239). Este, aclara, si bien tendría naturaleza difusa, como un conjunto de principios e influencias, posee el efecto innegable de que "when a society is once touched by it, it

spreads like contagion" (Maine, 1887: 237). Ahora, de forma concordante con el *zeitgeist* colonial que describía antes, para Maine el progreso sería completamente independiente en términos de autoría de cualquier cultura o sociedad, incluida la inglesa. Esta filiación no reconocida, permite que sea "comunicada" de cultura en cultura: "[w]e did not create it (...) But we have received it; and as we have received it, so we pass it on" (Maine, 1887: 238), llega a afirmar. Así, esta figura adquiere la característica mítica de poder mediar entre lo general y lo específicamente particular, al apropiarse de la calidad de lo universal. Hace sentido entonces que el jurista británico diga que los ingleses solo juegan el papel de "mensajeros", cuya tarea es la mera "comunicación" del progreso, purgándolo así del carácter de "imposición" que podría tener, de pertenecer a una cultura determinada. Considerando lo anterior, y si -parafraseando a H. L. Morgan- se estima que si bien la India se hallaba al pie de la escala, potencialmente era todo lo que ha llegado ser la sociedad europea (Morgan, 1946[1881]: 51), la conclusión a la que llega Maine es lógica: "There is no reason why, if it has time to work, it should not develop in India effects as wonderful as in any other case of the societies of mankind" (Maine, 1887: 239). Sumando y restando, los ingleses tienen el deber -es un *deber* de lo que hay que hablar- de insertar a la India en la corriente del progreso. Es, de nuevo, el discurso colonial de "ayudar", iluminar al resto de las sociedades -primitivas, atrasadas, inferiores-, a pasar de la "potencia-que-son" al "acto-que-debieran-ser", representado este, sin mucho pudor, por las formas jurídicas occidentales.

En virtud de lo anterior, tampoco debiese extrañar que la función primigenia de la antropología no se agotara en una disquisición teórico-científica que, se vio, reconocía explícitamente a la cultura occidental como "cultura de referencia", sino que a su vez haya nacido con el imperativo práctico de aportar información a los respectivos gobiernos coloniales para la mejor adecuación de sus sistemas a las peculiaridades de cada pueblo colonizado⁷.

Casanova y Parets, jurista cubano de la primera mitad del siglo XX, se refería a la función de la antropología en los lindes del derecho, como un "poderoso microscopio" que permitía dotar de particularidades y de "vida" a las anquilosadas y abstractas páginas de la normativa existente (Casanova y Parets, 1937: VII). Esta metáfora me parece tremendamente útil para caracterizar la ciencia antropológica de aquellos días, que se concebía como un instrumento que, tributario del etnocentrismo decimonónico, se ponía al servicio de un derecho occidental que buscaba una comprensión asimilativa de las sociedades periféricas a Europa.

III. El peritaje antropológico y la reproducción de la hegemonía⁸

Se podría pensar que lo descrito en el apartado anterior se ha visto ampliamente superado por la forma de entender las relaciones entre derecho y antropología de la actualidad. Y ello no tanto por el status "científico" -sea lo que sea lo que eso signifique- que puede haber obtenido la antropología como disciplina autónoma, sino en el sentido específico de que ahora, definitivamente, esta ya no situaría al derecho occidental como centro eidético del resto de las formas o sistemas jurídicos. Un caso paradigmático, al menos en América Latina, vendría a ser lo que ocurre con el peritaje antropológico.

Sea en su modalidad un tanto más limitada de "peritaje cultural"⁹ -que se centra en la "culpabilidad" como elemento del delito, y que en Chile se ha desarrollado a partir de la hipótesis del "error de prohibición"¹⁰- o en aquella más "edificante" de "peritaje jurídico-antropológico"¹¹ -en donde el foco pasa a cuestionar la "antijuricidad" de la acción-, esta clase de interacción entre el derecho y la antropología se ha erigido como "una herramienta imprescindible para desarrollar las nuevas capacidades hermenéuticas interculturales que se necesitan de parte de los operadores de justicia" (Lachenal, 2008: 200). Así, se ha conceptualizado como un instrumento de traducción, que procura dar inteligibilidad a lo que parece

extraño e inexplicable para los padrones culturales del sistema jurídico dominante (Morales, 2004), permitiendo mostrar las creencias indígenas como un "mundo posible" frente a los ojos del juez. Esto, lo ha explicado Sánchez Botero, va de la mano de una nueva teoría de la verdad en donde, a partir de una lógica multideductiva, pueden coexistir epistemológicamente realidades diferentes:

Así, juzgar que dios no es hombre puede ser [una proposición] verdadera en un determinado mundo cultural y de creencias, donde existen referentes para caracterizar a un dios de determinada manera y por lo tanto sea imposible de hacerse hombre, lo que representa un punto de mira para reconocer lo que se supone verdadero. Si se configura un referente distinto que hace que dios hecho hombre no sea expresión de falso, inconsistente, y mucho menos de debilidad, significa que el punto de mira para reconocer lo que se supone verdadero es otro. Si este punto de mira es la posibilidad de valorar la existencia de ideas no consistentes, las creencias inconsistentes como dios hecho hombre pueden ser aceptadas como verdaderas, para un mundo específico (Sánchez Botero, 2006: 296).

Bajo este contexto, decía, se puede considerar que justamente -ahora sí- la antropología operaría desde la lógica del descentramiento de la cultura occidental de la que hablaba Derrida. Sin desmerecer lo importante y necesaria que es esta forma de relación entre la antropología y el derecho para lograr fines de justicia intercultural - "[a]poyar la toma de decisiones de los jueces y defensores", dice al respecto Sánchez Botero, "es apoyar no solamente un juicio enriquecido con otros saberes (...) sino la posibilidad de vivir en una sociedad un poco más plural y más justa" (Sánchez Botero, 2010a: 342)- estimo que en la *praxis* sigue reproduciendo la escena colonial que trata de erradicar.

Para intentar sostener esta aseveración, partiré recordando un caso en la Región de la Araucanía, en donde un individuo indígena -mapuche, por

supuesto- fue acusado de violación, por haber tenido relaciones consentidas con una menor de 13 años¹². La controversia se trabó -al menos para el tema que nos interesa- en torno el hecho mismo de la violación. Para el sistema penal chileno, la llamada "violación impropia" se da cuando se accede carnalmente a una persona menor de 14 años, independientemente si hay o no consentimiento. En el caso en comento, efectivamente el imputado había realizado el tipo contemplado en art. 362 del Código Penal. Sin embargo, la defensa argumentó, entre otras cosas, el "error de prohibición", a saber: que si bien se podía haber realizado el hecho típico y antijurídico, faltaba la conciencia de la ilicitud del proceder (la culpabilidad), debido a la procedencia cultural del acusado. En otras palabras, en el contexto cultural en el que se había realizado el ilícito -lo que Kalinsky llamó "el contexto de la ofensa"¹³-, se desconocía que dichos hechos fueran constitutivos de delito. Para ello acompañó un peritaje antropológico en el que se acreditaba que en la comunidad mapuche pehuenche del imputado era la llegada de la menarquia (primera menstruación) la que hacía a la mujer carnalmente accesible a los hombres adultos. Por lo mismo, la comunidad desconocía que tener relación con la menor haya estado prohibido y penado por la ley chilena. A pesar de lo plausible que se mostraba esta explicación, los magistrados desestimaron la alegación de la defensa, diciendo que esta no había sido suficientemente acreditada por el peritaje, además de haber sido desvirtuada por los dichos de la madre de la víctima¹⁴. Como es evidente, esta sentencia incurre en error flagrante, y es que -lo explicó ya Rodrigo Lillo (2010)-, si bien el tribunal podía no atribuir al peritaje la convicción necesaria para reconocer la costumbre, no podía hacerlo -so pena de contravenir los límites de valoración de la prueba contenidos en el art. 297 del Código Procesal Penal¹⁵-, en virtud de los dichos de la víctima¹⁶. Y aun cuando uno pueda estar de acuerdo en que, finalmente, la argumentación de los jueces se basó en creencias morales y religiosas, que sobrepasan los límites de la discrecionalidad judicial en un estado liberal (cfr. Zambrano Tiznado y Agüero San Juan, 2009: 327-343), lo cierto es que el fallo sigue siendo obligatorio para las

partes. Lo que se manifiesta con esto -de forma burda, pero efectiva-, es que el espacio en donde se realiza esta nueva interacción entre derecho y antropología, no es inocuo.

Geertz decía que la vocación de la antropología interpretativa no es dar respuesta a nuestras preguntas más profundas, sino el darnos acceso a las respuestas dadas por otros, "y así permitirnos incluirlas en el registro consultable de lo que ha dicho el hombre" (citado en Sánchez Botero, 2010a: 319-320). Al mismo tiempo, también destacaba la naturaleza "microscópica" de la antropología, refiriéndose a la delimitación artificial que hace esta de los fenómenos bajo estudio. A nivel epistemológico, ello no está exento de complicaciones, como explican Lorraine Daston y Peter Galison:

Looking at microcontexts tells us a great deal -but it can also occlude, like viewing an image pixel by pixel (...) Understanding can be broadened and deepened by exposing other kinds of previously unsuspected links among the phenomena in question, such as patterns that connect scattered elements into a coherent whole (citado en Cousín Jiménez, 2010: 25).

Pues bien, lo que quisiera señalar es que un problema similar se presenta en el caso del peritaje antropológico, aunque claro, no en la dimensión epistémica del mismo, sino en su faceta jurídico-política, en tanto puede hacernos perder de vista el espacio en donde se realiza. Lo que quiero decir es básicamente que este saber técnico, este "registro", se da en un lugar que representa -quizás mejor que ninguno- la dominación de una cultura sobre otra. "Un juzgado puede ser, y en el caso que nos ocupa lo es, un espacio de confluencia y colonización cultural", decía acertadamente Juan Carlos Skewes cuando peroraba sobre el valor del peritaje de Alejandro Lipschutz en el conocido caso Catrilaf (Skewes, 2005: 395). El conocimiento especializado que proporciona el antropólogo al juez, el "mundo posible" que le muestra, queda siempre a disposición del repre-

sentante del soberano para ser usado o, derechamente, desechado. Y si bien ante una decisión "incorrecta" se puede recurrir de nulidad o algún otro recurso ante el superior jerárquico, finalmente el pronunciamiento último sobre la materia dependerá de una autoridad de la "cultura occidental".

Al respecto, quisiera recordar una crítica que hiciera Sánchez Botero a la decisión de un magistrado de la Corte Constitucional colombiana en el caso del joven páez ladrón -en sentencia de tutela 1127 de 2001 donde la autora participó como perito-, enfatizando cómo aquél habría impuesto su visión del mundo a la del pueblo páez, al desautorizar las decisiones que en el caso habían tomados las autoridades tradicionales de este pueblo. Dice la autora, comentando la sentencia:

Un grupo tiene poder sobre otro solo si puede aplicar un tipo de control a las acciones de los miembros del otro grupo, para que éste actúe como lo desea el grupo externo que pertenece a una sociedad distinta. El respeto y acatamiento a las decisiones de otros, que pueden ser contrarias a las que se tomarían desde el poder mayoritario, se encuentran registrados a pesar de la capacidad de control, y esa diferencia se define entonces como valorable y con la función de equiparar el poder global (Sánchez Botero, 2006: 205).

Y más adelante agrega:

En efecto el ponente, al fundamentar cuál es el derecho auténtico, establece a través de este fallo la prevalencia del derecho positivo estatal sobre el derecho indígena, lo cual implica la hegemonía de una cultura sobre la otra, y erige así, como único proyecto de vida posible, el proyecto liberal (Sánchez Botero, 2006: 209).

Usando la nomenclatura de Hoekema (Hoekema, 2002: 63-98), Sánchez Botero estima que esta sentencia iría incluso más allá del "pluralismo jurídico unitario" -que es donde el derecho oficial se reserva la fa-

cultad de determinar la legitimidad y el ámbito de aplicación de los derechos reconocidos-, dando paso a un pluralismo jurídico puramente formal -"pluralismo selectivo" o "a la carta", lo llama-, que se aleja de otras sentencias de la misma Corte que apuntan a una práctica de justicia de "pluralismo jurídico de tipo igualitario", en donde reina -nos dice citando a Hoekema- "una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho" (Sánchez Botero, 2006: 214). Personalmente, me cuesta ver cómo -al menos en el caso de Colombia y de Chile- el pluralismo jurídico puede dejar de ser "unitario", en el preciso sentido de que ontológicamente la decisión es pronunciada desde un órgano estatal. La prevalencia del derecho positivo por sobre el indígena está presente en la sola instancia de control constitucional, no en el contenido normativo de dicho control. Está claro que hay sentencias que efectivamente pueden maximizar la autonomía de los pueblos o lograr efectos mayores de justicia intercultural; pero esto, estimo, es cuestión de grados -se es más o menos "igualitario"- dentro de un sistema cuya estructura ontológica es siempre vertical. Aquí, entonces, lo relevante no es el contenido de la decisión, sino el hecho mismo de la estructura de esta. Como explicaba Atria: "[s]iempre hay una autoridad que tiene la última palabra respecto de un problema substantivo (...), y esa última palabra no vale definitivamente porque esté en lo correcto, vale porque es la última" (Atria, 2005: 21). En otros términos, y para (ab)usar también de Hoekema: en estos casos, el pluralismo jurídico siempre sería unitario.

Dada la existencia de este tipo de estructura, los datos, las narraciones o ficciones persuasivas comunicadas y explicadas por el antropólogo, son informaciones que se dejan a disposición del administrador de justicia para que este pueda integrar de mejor forma el sistema jurídico occidental. Y si, como efectivamente sucede, la cultura jurídica chilena y latinoamericana en general, sigue siendo tremendamente etnocéntrica en su teoría y práctica, entonces es legítimo hacerse la pregunta sobre el aporte -innegable pero matizable- de la antropología a la justicia intercultural. En po-

cas palabras, la antropología, aunque ahora efectivamente opere desde "la experiencia del descentramiento" que enunciaba Derrida, sigue ejerciendo la misma función de "microscopio al servicio del derecho" que tenía en tiempos de Maine y Austin.

Pues bien, si esta figura (la pericia antropológica), que es hoy paradigmática de las relaciones entre antropología y derecho, se sigue desarrollando dentro de un esquema fáctico de dominación política de Occidente¹⁷ y en donde dicha estructura se representa y reproduce en un derecho tremendamente etnocéntrico ¿puede existir alguna otra forma de insertarse en este círculo de hegemonía? El último apartado quiere intentar bosquejar una respuesta a ello.

IV. Dominación y la posibilidad de justicia

La etnología, decía Derrida, es ante todo una ciencia europea y, por ende, se vale de los conceptos de la tradición, acoge las premisas del etnocentrismo al mismo tiempo que las denuncia. "Pero -acotaba- si nadie puede escapar a esa necesidad, si nadie es, pues, responsable de ceder a ella, por poco que sea, eso no quiere decir que todas las maneras de ceder a ella tengan la misma pertinencia" (Derrida, 1989: 388). El cómo el discurso piense críticamente su relación con la historia de la metafísica y los conceptos heredados, determinará su cualidad y fecundidad. Así, destaca al final de la conferencia, en la visión de Lévi-Strauss, por más que este se plantara de cara a la tradición, se percibía en su postura una especie de "ética de la presencia, de nostalgia del origen, de la inocencia arcaica y natural, de una pureza de la presencia y de la presencia a sí en la palabra" (Derrida, 1989: 399); es la cara triste, culpable, nostálgica del pensamiento del juego, y de la que la otra cara sería la afirmación nietzscheana, "la afirmación gozosa del juego del mundo y de la inocencia del devenir, la afirmación de un mundo de signos sin falta, sin verdad, sin origen, que se ofrece a una interpretación activa" (Derrida, 1989: 399).

Hay, entonces, dentro del mismo círculo metafísico/etnocéntrico, dos maneras de insertarse en él, dos interpretaciones de la interpretación.

Sin identificar necesariamente dicha dualidad con la que en cierta manera estoy postulando, la lógica es sin duda similar: por más que la acción de un sujeto dentro del sistema jurídico occidental implique siempre la reproducción del discurso de dominación occidental, no es indiferente el cómo se realiza dicha acción. "Lo decisivo -señalaba Heidegger respecto del círculo hermenéutico- no es salir del círculo, sino entrar en él de forma correcta" (Heidegger, 2005[1927]: 176). En este sentido, aun considerando la estructura básica e inerradicable -al menos no jurídicamente- de dominación, existe otra forma -que podríamos caracterizar como "especular"- en que la antropología puede relacionarse con el derecho, y que podría contribuir de manera distinta a aumentar la autonomía de los pueblos indígenas en las sociedades multiculturales.

Michel Houellebecq, en su novela *Plataforma*, escribe una frase que siempre me ha llamado la atención: "Uno cobra conciencia de sí mismo en su relación con el prójimo; y por eso la relación con el prójimo es insopportable" (Houellebecq, 2006: 83). La peculiaridad de esta cita estriba, creo, en que insinúa que aquel típico gesto de aversión hacia la otredad -el desprecio etnocentrista de lo bárbaro-, no va dado, como se podría pensar, por la "diferencia" que de esta emana y que puede resultar exótica, salvaje o incluso grotesca; al contrario, lo que haría insoportable al prójimo es su función *especular*, el "hacernos conscientes de nosotros mismos"¹⁸, de nuestra contingencia, arrogancia y mezquindad. Esta presencia del prójimo y la experiencia de autoconciencia que trae aparejada, articula el imperativo de la "des-fundación" de una narrativa que ha acompañado por siglos al pensamiento occidental, cual es, el *concebirse* -un concebirse no enteramente consciente por lo demás- centro del resto de todas las culturas y tradiciones. Y es que si, como decía Baudelaire, el mejor truco del diablo fue convencer a todos de que no existía, y si es este el juego que viene jugando Occidente desde la modernidad¹⁹, entonces es

justamente sobre dicha narración que debe trabajar este nuevo enfoque antropológico. Específicamente, esta se despliega en un proceso urobórico, se vuelve hacia sí misma en tanto tributaria del etnocentrismo europeo, en donde la prescripción es mostrar, reflejar los límites, lo limitado, lo idiosincrático que hay en el derecho occidental -que al fin es eso, *occidental*-. Así, es ahora deconstrucción, crítica, sensibilización, en fin, filosofía a martillazos sobre aquellos conceptos fosilizados y sedimentados que yacen en el interior del derecho, con el fin primario de trazar límites jurisdiccionales a sus pretensiones omnímodas, y con el ulterior de potenciar apertura a la diferencia étnica. Es -como lo sugirió Santos Herceg respecto de la filosofía (cfr. Santos Herceg, 2010: 23-30)- formular la pregunta sobre la *nacionalidad* del derecho, hacer relevante su *lugar de enunciación*, determinando fronteras y problematizando su competencia universal. El dotar de esta "conciencia de contingencia" al sistema jurídico occidental, estimo, contribuiría al juicio que la autoridad soberana de un Estado debiese pronunciar.

Pero si a esto también le podemos llamar "antropología jurídica", en ningún caso debe entenderse como mera antropología cultural (cfr. Sánchez Botero, 2010b: 21), aplicada ahora al derecho -y por extensión a la cultura occidental en general-. No es, para usar de contrapunto la antropología en el ámbito del peritaje, sustituir un objeto de conocimiento por otro -pueblos indígenas por el derecho-. En absoluto. Esta función "especular" se predica de una concepción -quizás sería más adecuado hablar derechamente de "redefinición"- más amplia de la misma *antropología*, en donde antes que afán epistemológico la guía un afán de justicia. Dentro de este significante, aglutinados bajo un significado de deconstrucción legal, juegan libremente, sin preocuparse de delimitaciones conceptuales o metodológicas, tanto el derecho como la antropología, la poesía, la filosofía, la crítica literaria y, en realidad, cualquier disciplina -*geist* o *naturwissenschaften*, occidental u oriental- que tenga suficiente imaginación para des-armar y armar al derecho, acomodando sus prácticas y narraciones en torno a una inclusión ética de la diversidad.

Quizás una pequeña parábola puede servir para situar el debate²⁰. Hay dos peces muy jóvenes nadando en el océano, cuando se topan con un pez ya mayor. El anciano los saluda amablemente, diciendo "Buenos días chicos, ¿cómo está el agua?". Los dos amigos continúan nadando en silencio durante un rato, hasta que uno de ellos se atreve a preguntarle a su amigo, "¿Qué demonios es agua?".

Notas

¹ Uso etnología aquí como sinónimo de antropología, por estimar que en el texto de Derrida ambos conceptos son homologables.

² Santos Herceg, José, *De la diferencia y de la jerarquía. Reflexiones interculturales*, texto inédito.

³ Como explica Rumble, puede que para Maine, Runjeeth Singh efectivamente tenía el poder para cambiar las reglas inmemoriales bajo las cuales vivían sus súbditos, si es que hubiese querido -y hasta este punto, la "teoría" de Austin seguía siendo, en principio, verdadera-. Pero como el gobernante déspota de Punjab jamás pensó en usar su poder para cambiar las reglas consuetudinarias, la idea de que estas reglas eran sus "órdenes tácitas" era absurda y sin ningún valor práctico (Rumble, 2005: 150).

⁴ "Despite his emphasis on empiricism, and the importance of drawing evidence from different cultures, Maine had not assimilated the Darwinian concept of evolutionary change as variation in the distribution of characteristics within populations. Maine still thought in terms of the iron laws of the machine, or the inflexible stages of development in embryology, which were the model for Herbert Spencer's theory of evolution, not Darwin's" (Elliot, 1985: 45 y 46).

⁵ Esto lo sugirió en su polémica con L. H. Morgan y J. F. McLennan. Estos sostenían que el proceso normal por el que había pasado la sociedad no era patriarcal sino matriarcal: se originó no en la familia sino en hordas promiscuas entre las cuales el único hecho cierto, la única base reconocible de la relación era la maternidad. Maine aceptó que ello se podía haber dado en algunos casos, pero la organización patriarcal era la tesis más plausible para las sociedades indoeuropeas, que eran aquellas a las cuales él había circunscrito su estudio (cfr. Maine, 1883: 192 y ss.). Al mismo tiempo, y de forma paradójica, criticó su idea del evolucionismo "So far as I am aware, there is nothing in the recorded history of society to justify the belief that, during that vast chapter of its growth which is wholly unwritten, the same transformations of

social constitution succeeded one another everywhere, uniformly if not simultaneously" (Maine, 1883: 218-219).

⁶ Lévi-Strauss, Claude, 1969, *The Raw and the Cooked: Introduction to a Science of Mythology*, Haper & Row, New York, citado en Fizpatrick, 1998: 153.

⁷ El *Boletín de la Sociedad Etnológica* de Londres publicaba la siguiente declaración en 1856: "Actualmente se reconoce a la Etnología un lugar primordial en nuestra atención, y no simplemente por las satisfacciones que brinda para quienes experimentan afición y curiosidad por las obras de la Naturaleza, sino también porque reviste una importancia práctica de primer orden. Esta importancia se manifiesta en nuestro país principalmente, ya que sus numerosas colonias y extendido comercio lo vinculan con múltiples variedades de la especie humana que difieren, física y moralmente, entre sí mismos y respecto de nosotros" (citado en Pelto y Spindler, 1972: 29).

⁸ Algunas de las reflexiones en este apartado fueron expuestas en el seminario internacional *Legal Pluralism in Latin America: Challenges and Comparative Perspectives*, realizado los primeros días de mayo del 2011 y organizado por la California Western School of Law y la University of California, San Diego. Agradezco profundamente a todos los participantes por los comentarios, críticas y conversaciones que se sostuvieron respecto al tema durante dicho seminario.

⁹ Para C. Lachenal, el objeto de esta clase de peritaje es "fundamentar, analizar y comentar de manera comparativa un hecho, 'la costumbre', traducir de manera comparada las explicaciones de una cultura a otra, y aclarar cuáles son las situaciones que se derivan dentro de una comunidad por el cumplimiento o incumplimiento en función del colectivo (...) el objetivo (...) más bien es aportar una explicación de una actitud del acusado a partir de la comprensión de la cultura de su colectivo" (Lachenal, 2008: 190-191).

¹⁰ Para un excelente análisis de la aplicación del "error de prohibición" por parte de los tribunales, así como para una crítica normativa de la aplicación de la costumbre en el sistema jurídico chileno a partir de la entrada en vigencia del Convenio 169, véase Lillo, 2010.

¹¹ En el peritaje jurídico-antropológico, como entiende Lachenal, "no se trata de analizar y juzgar a un individuo sólo por sus hábitos personales sino por ser sujeto portador de una cultura creada y sostenida por un pueblo o colectividad, y por ende ser sujeto de un sistema normativo propio" (Lachenal, 2008: 188).

¹² Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, en causa RIT 101-2005, RUC 0400415571-3. Contra Juan Vicente Ñanco Ñanco, violación de menor.

¹³ "Denomino 'contexto de la ofensa' a la constelación más amplia en donde se

produce el hecho delictivo (...). No solo incumbe a las características específicas referidas al estado psíquico del imputado y al recuento de la sucesión de acontecimientos, *sino al conjunto total de su cosmovisión*. Esta última no empieza ni termina en el hecho consumado, sino que es anterior a él y continuará después de él. Es desde allí de donde se elaboran los sentidos posibles que se puedan dar al delito cometido, en virtud de una *díada* de "continuidad/interrupción existencial" que, casi siempre, se usa de acuerdo a la valencia personal y grupal que se adjudique finalmente al hecho delictivo" (Kalinsky, 2004: 163).

¹⁴ "Finalmente, respecto a que en la idiosincrasia pehuenche o mapuche en general, la llegada de la menarquia o menstruación en la mujer, la hace disponible sexualmente para los varones adultos de la comunidad y por lo tanto los hechos deben ser analizados desde este punto de vista y de acuerdo a la legislación indígena, ello en caso alguno ha sido acreditado y m[ás] aun, fue desvirtuado por los dichos de la propia madre de la víctima..." (Considerando 11º).

¹⁵ Artículo 297. Inc. 1º. "Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados".

¹⁶ Continúa en este sentido Lillo: "Esto implica un error desde el punto de vista lógico, pues se equipara dos pruebas que tienen distinta naturaleza, ya que se compara una opinión interesada -como la de la víctima- con la de una evidencia científica (como lo es el peritaje antropológico). La pericia debe ser evaluada en sí misma y en la circunstancia de constituir una aplicación más o menos acertada de una ciencia o arte. Pero además, una decisión de este tipo importa consumir una desigualdad de armas; porque se hace radicar en una de las partes, la víctima, la facultad de determinar un aspecto jurídico de la controversia del juicio, que determinará el resultado definitivo de condena o absolución." (Lillo, 2010: 14).

¹⁷ Sobre esto algo dije ya en Carmona, 2009.

¹⁸ Alfredo Jocelyn-Holt parte de una idea similar en su análisis del texto de Montaigne "De los caníbales", pero toma una dirección distinta a la que quiero enunciar ahora. Cfr. Jocelyn-Holt, 2000: 257 y ss.

¹⁹ Como explica Dussel, Europa se constituyó "centro" de la Historia Mundial, solo desde 1492 (Dussel, 2001: 345-358).

²⁰ Esta fue contada por el escritor David Foster Wallace en un discurso de graduación de una universidad norteamericana.

Referencias

- Atria, Fernando, 2005, El derecho y la contingencia de lo político. *Derecho y Humanidades*, 11, pp. 19-39.
- Austin, John, 2001 [1832], *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, UK.
- Carmona, Cristóbal, 2009, Derecho y violencia: reescrituras en torno al pluralismo jurídico, *Revista de Derecho*, Universidad Austral Vol. XXII, 2, Diciembre, pp. 9-26.
- Casanova y Parets, Pelayo, 1937, *Antropología jurídica*, Ed. Cultural, La Habana.
- Cousín Jiménez, Alberto, 2010, How Knowledge Grows. An Anthropological Anamorphosis, en *OAC Press. Working Paper Series 3* [en línea] <<http://openanthcoop.net/press/2010/06/01/how-knowledge-grows/>> [Consulta: 13-08-2010].
- Derrida, Jacques, 1989, La estructura, el signo y el juego en el discurso de las ciencias humanas, en *La Escritura y la Diferencia*, Anthropos, Barcelona, pp. 383-401.
- Derrida, Jacques, 2002, *El "mundo" de las luces por venir (excepción, cálculo y soberanía)*, Conferencia pronunciada en la apertura de un congreso de la Asociación de las sociedades de filosofía de lengua francesa, en la Universidad de Niza, el 27 de agosto de 2002 [en línea] <http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/luces_por_venir.htm> [Consulta: 24-11-2007].
- Dussel, Enrique, 1992, *1492. El encubrimiento del otro (Hacia el origen del "mito de la modernidad")*, Editorial Nueva Utopía, Madrid.
- Dussel, Enrique, 2001, Europa, modernidad y eurocentrismo, en *Hacia una filosofía política crítica*, Desclée de Brouwer, Bilbao, pp. 345-358.

- Elliot, E. Donald, 1985, The Evolutionary Tradition in Jurisprudence, *The Columbia Law Review*, 38, January, pp. 38-94.
- Fizpatrick, Peter, 1998, *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI editores, México D.F.
- Heidegger, Martin, 2005 [1927], *Ser y tiempo*, Traducción de Eduardo Rivera, Editorial Universitaria, Santiago.
- Hoekema, André J., 2002, Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario, *El otro derecho*, 26-27, pp. 63-98.
- Houellebecq, Michel, 2006, *Plataforma*, Anagrama, Barcelona.
- Jocelyn-Holt, Alfredo, 2000, *Historia general de Chile. Tomo I. El retorno de los dioses*, Planeta, Buenos Aires.
- Kalinsky, Beatriz, 2004, El contexto de la ofensa. Un concepto significativo para el análisis del delito, *Urbe et Ius: Revista de Opinión Jurídica*, 2, pp. 160-175.
- Kuppe, René y Richard Potz, 1995, La antropología del derecho: Perspectivas de su pasado, presente y futuro, en Serie L: *Cuadernos del Instituto*; b) Derechos Indígenas, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 3, México, pp. 9-45.
- Lachenal, Cécile, 2008, Las pericias antropológicas, una herramienta para la hermenéutica cultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México, en R. Hubner, J.C. Martínez, C. Lachenal, y R. Ariza (coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Konrad Adenaur Stiftung, Bogotá, pp. 187-200.
- Lillo, Rodrigo, 2010, El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas, *Defensorías Regionales. Minuta Regional*, N° 1, Abril.
- Maine, Henry S., 1883, *Dissertations on Early Law and Custom. Chiefly selected from lectures delivered at Oxford*, John Murray, Albemarle Street, London.

- Maine, Henry S., 1887, *The Effects of Observation of India on Modern European Thought*, in *Village-communities in the East and West, with other lectures, addresses and essays*, John Murray, Albermarle Street, London, pp. 232-239.
- Maine, Henry S., 1914 [1874], *Lectures on the Early History of Institutions*, John Murray, London [en línea] <http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2040&Itemid=27> [Consulta: 12-11-2010].
- Maine, Henry S., 1993 [1861], *El Derecho Antiguo*, Editorial Civitas, Madrid.
- Morales, Roberto, 2004, El peritaje antropológico: tensión teórica y práctica de la normativa jurídica vigente, Ponencia presentada en el *V Congreso Chileno de Antropología "Antropología en Chile: Balances y Perspectivas"*, San Felipe.
- Morgan, Lewis H., 1946 [1881], *La sociedad primitiva: investigaciones en las líneas del progreso humano desde el salvajismo hasta la civilización a través de la barbarie*, Editorial Lautaro, Buenos Aires.
- O'Brian, Nick, 2005, 'Something older than law itself': Sir Henry Maine, Niebuhr, and 'the Path not Chosen', *The Journal of Legal History*, Vol. 26, 3, december, pp. 229-251.
- Pelto, Pertti J. y George D. Spindler, 1972, *El estudio de la Antropología*, Uteha, México.
- Rumble, Wilfrid E., 2005, *Doing Austin Justice: The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-Century England*, Continuum, Great Britain.
- Sánchez Botero, Esther, 2006, *Entre el juez Salomón y el dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*, Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Bogotá.

- Sánchez Botero, Esther, 2010a, El peritaje antropológico: ¿ficción persuasiva o aplicación edificante?, en *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*, GTZ, Bogotá, pp. 315-342.
- Sánchez Botero, Esther, 2010b, La antropología jurídica: mirada epistemológica, en *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*, GTZ, Bogotá, pp. 21-42.
- Santos Herceg, José, inédito, De la diferencia y de la jerarquía. Reflexiones interculturales.
- Santos Herceg, José, 2010, *Conflicto de representaciones. América Latina como lugar para la filosofía*, FCE, Santiago.
- Skewes, Juan Carlos, 2005, Lipschutz, la bruja y la escena colonial, en *Alejandro Lipschutz. Nueva Antología 1911-1967*, ICAL, Santiago, pp. 393-401.
- Zambrano Tiznado, Juan Pablo y Claudio Agüero San Juan, 2009, Multiculturalidad y discrecionalidad judicial en una sentencia penal: análisis desde Joseph Raz, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, pp. 327-343.

UTILIDADES DE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS: EXPERIENCIAS RECIENTES¹

Diego Iturralde

Introducción

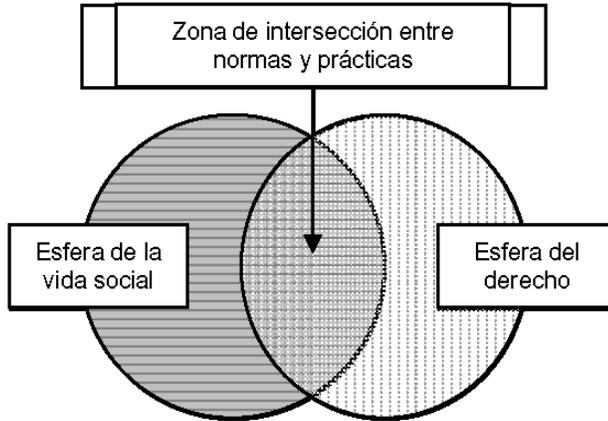
En los pasados veinte años se ha extendido una manera de investigar temas relacionados con el acceso y disfrute de derechos que combina estrategias metodológicas y analíticas de las ciencias jurídicas y de la antropología social. Tales investigaciones se han desarrollado principalmente en torno al estudio de las reivindicaciones que plantean las organizaciones indígenas en favor del reconocimiento de derechos específicos de los pueblos y, en particular, el derecho a un derecho -y a una justicia- propios. Aplicaciones más recientes se refieren a derechos específicos de otras colectividades y en general a situaciones en las cuales, al menos a primera vista, las normas formalmente establecidas parecen no responder a las percepciones, expectativas y prácticas propias de colectividades sociales signadas por diferencias étnicas, culturales, de edad o de género. A estas maneras de investigación y de análisis se las viene denominando, en términos disciplinarios, antropología jurídica.

En los pasados años (2000 a 2005) tuve ocasión de experimentar esta manera combinada de aproximación para explorar y desarrollar nuevas prácticas de investigación en el campo de los derechos humanos, en el contexto de una actualización de las estrategias de trabajo del Instituto

Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Se trató entonces de encontrar una forma de dar cuenta de las variaciones en el estado de promoción y protección de algunos conjuntos de derechos, teniendo en cuenta puntos de vista de equidad de género, reconocimiento de la diversidad étnica e interacción entre instituciones gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil; y, al mismo tiempo de establecer un balance adecuado entre la perspectiva jurídica y las perspectivas políticas y sociales de los fenómenos relativos a los derechos humanos y la democracia. Este artículo da cuenta de ese proceso y sus resultados.

Los planteamientos que se desarrollan en este texto se fundan en una idea sobre la interacción entre el derecho y la vida social, que comprende a ambos como productos culturales, los cuales, en las sociedades simples, tienden a confundirse entre sí, mientras que en las sociedades complejas se diferencian, dando origen a una zona de intersección en la cual es posible identificar puntos de tensión entre las normas legales -de carácter general- y las prácticas culturales -de carácter específico- de cada segmento de la sociedad. Algunos de estos puntos de intersección pueden ser explorados con fines analíticos bajo la hipótesis de que la superficie de intersección entre las esferas del derecho y de la vida social y el carácter de las tensiones -normas-prácticas- que la constituyen pueden revelar el estado de protección y desprotección de los derechos en un momento dado, y la observación de esta situación en diferentes momentos de igual manera puede dar cuenta de las tendencias de progreso, retroceso o estancamiento en la protección de estos derechos.

La idea de la intersección ilustrada en el gráfico que se muestra a continuación fue propuesta por M. Gómez (1994) para referirse a la interacción entre derecho indígena -derecho consuetudinario o costumbre jurídica indígena- y derecho nacional -derecho positivo o norma legal-, así como a las prácticas de resolución de conflictos y/o administración de justicia en cada esfera.



La utilización de esta analogía para explorar la relación entre normas de derechos humanos, prácticas políticas y expectativas de los sujetos sociales, y establecer mediante su comparación en el tiempo las tendencias de evolución de la protección jurídica, fue el punto de partida metodológico que contemplaron las aplicaciones a las que se refiere este artículo.

Para una mejor comprensión del alcance de esta experiencia se ofrece un encuadre sobre el desarrollo de la antropología jurídica, una revisión de los enfoques de investigación que se han utilizado en derechos humanos, y tres ejemplos de aplicaciones conducidas en los pasados cinco años. Finalmente se hace una reflexión sobre los resultados de la utilización de las estrategias de investigación de la antropología jurídica en el campo de los derechos humanos.

Antropología jurídica: Entre la ley y la costumbre

Sobre la historia de la relación entre derecho y antropología

El texto más temprano que plantea sistemáticamente la relación entre la ley y la cultura es el libro de Henry Maine, *Ancient Law*². Sesenta y cinco años después apareció el de Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*³, el cual por muchas razones podría ser considerado fundador del campo de la antropología jurídica como especialidad.

En el transcurso desde que aparecen estos dos libros fundamentales ocurren importantes transformaciones en la antropología que la llevan a alcanzar su estatuto científico y que envuelve importantes discusiones entre sus orientaciones metodológicas clásicas: el evolucionismo y el funcionalismo. Abundante literatura descriptiva y analítica de la época se refiere a la relación entre la ley y la práctica social, y a la vinculación entre el derecho y la antropología. Laura Nader, K. Koch y B. Cox prepararon una extensa bibliografía que puede ser consultada al respecto: *The ethnography of law: a bibliographic survey* (Nader, Koch & Cox, 1966).

A partir de entonces se multiplican los estudios sobre sistemas jurídicos de pueblos indígenas y tribales en cuyo desarrollo caben reconocer dos líneas o influencias básicas: las investigaciones realizadas en África por antropólogos británicos liderados por Max Gluckman, quien produjo una síntesis analítica bajo el título *Politics, law and ritual in tribal society* (1965), y los trabajos de varios investigadores norteamericanos sobre Mesoamérica y América del Sur, cuyos avances y conclusiones están recogidos en el libro editado por Laura Nader: *Law in culture and Society* (1972).

Para el caso de México existen numerosas investigaciones básicamente referidas a las poblaciones indígenas de las tierras altas de Chiapas, producidas por dos importantes proyectos de investigación auspiciados por universidades norteamericanas en las décadas de 1940 y 1970⁴. Con las excepciones de México y Guatemala, en otros países de América Latina el interés por esta temática y el surgimiento de este tipo de estudios fueron más tardíos⁵.

El florecimiento del campo de la antropología jurídica en América Latina ocurre a partir de la segunda mitad de la década de 1980, coincidiendo con movimientos de revitalización de las identidades étnicas y emergencia de organizaciones indígenas, así como con procesos de reforma constitucional y legal ligados a la recuperación de la democracia y la puesta en marcha de los primeros programas de reforma del Estado⁶. Buena parte de estos esfuerzos provienen inicialmente de equipos multidisciplinarios que se ocupan de problemas relacionados con los movimientos sociales emergentes, desde una perspectiva de promoción y defensa de los derechos humanos.

La formalización de esta corriente de investigación como práctica académica ocurre a lo largo de la última década del siglo XX, hasta dar lugar a la existencia de una extensa red informal de abogados, antropólogos, y otros profesionales, algunos de los cuales trabajan muy de cerca con los movimientos indígenas, que están generando una manera innovadora de estudiar temas como el de las relaciones mutuas entre la normatividad formal y los procesos comunitarios de control social, las dinámicas sociales y la reforma legal, los movimientos por un nuevo orden jurídico y las políticas estatales frente a ellos⁷. En los pasados cinco años han aparecido y van en aumento los programas de formación -diplomados y posgrados- y las cátedras sobre este tema, aunado a ello se han celebrado cinco congresos de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica.

Antropología jurídica como disciplina

En términos generales, o convencionales, se ha denominado antropología jurídica a la disciplina que estudia las relaciones entre el derecho, la costumbre y la estructura social, mediante la comparación de las normas que organizan cada uno de estos campos con el propósito de establecer las reglas o principios que rigen sus mutuas interrelaciones y permiten comprenderlas. Se trata de un tipo de estudio vinculado por igual con las ciencias jurídicas y antropológicas, dando especial importancia a campos como el derecho comparado, la historia del derecho, la antropología social y la etnohistoria.

La antropología jurídica así entendida ha sido utilizada con múltiples propósitos tanto analíticos como prácticos. Pueden destacarse los usos para el estudio de sistemas jurídicos de sociedades no occidentales o de colonias, procedimientos de medición de eficacia de las normas y preparación de nuevas legislaciones.

Desde la perspectiva de la ciencia jurídica, la antropología jurídica puede ser vista como una subdisciplina o ciencia auxiliar, especialmente vinculada con la teoría del derecho en general, con los estudios de derecho comparado e historia del derecho, y con algunas especialidades como la ciencia penal, el derecho de familia, el derecho penitenciario y el derecho administrativo.

El método comparativo, predominante en la mayor parte de las orientaciones de la antropología, ha sido compartido por muchos especialistas de derecho comparado. Más aún, los primeros trabajos antropológicos modernos -desde mediados del siglo XIX- fueron realizados por abogados profesionales que contrastaron las instituciones jurídicas de sus propias sociedades, como el parentesco o la organización del Estado, con las normas vigentes en sociedades históricamente anteriores, arcaicas, o en sociedades primitivas contemporáneas.

El evolucionismo, una de las orientaciones primordiales de la antropología del último siglo, reúne igualmente los estudios sobre cultura y sociedad con los de historia del derecho, en la medida que los dos se ocupan de establecer las tendencias según las cuales se han implantado y transformado las normas de la vida social.

Especial utilidad prestó la antropología a la ciencia penal en el estudio de tipos humanos y sociales, y en general en la comprensión de los comportamientos grupales frente a las normas jurídicas y las prácticas procesales. También se ha usado en trabajos sobre sistemas correccionales y carcelarios.

El estudio comparado de normas y sistemas jurídicos está en el inicio de la antropología moderna y ha marcado notablemente su desarrollo. Dicha orientación jurídica o legal de la antropología no es ajena a la tradición de los precursores de la disciplina en los siglos anteriores: los navegantes y geógrafos del siglo de las exploraciones y más tarde los funcionarios y misioneros coloniales organizaron sus descripciones y sus reflexiones sobre los pueblos de ultramar en torno a los problemas del derecho, su aplicabilidad, adaptación y eficacia, para regular el nuevo orden que estaba entonces surgiendo.

En el presente siglo esta actividad ha sido decisiva frente a las necesidades de desarrollar soluciones para la administración colonial que tomaran en cuenta las prácticas propias de los pueblos y las adecuaran a las nuevas condiciones de su relación con las metrópolis. En Inglaterra primero y en Estados Unidos de Norteamérica después, la antropología jurídica se desarrolló como una subdisciplina o especialidad muy significativa a partir de la Segunda Guerra Mundial. Numerosos estudios monográficos sobre sistemas jurídicos indígenas, recopilaciones de estudios de casos y análisis comparativos, referidos a pueblos de África, Melanesia y América Latina, aparecen entre 1940 y 1970, al mismo tiempo que se da un importante debate acerca del perfil metodológico y la utilidad de este campo de estudio.

Esta especialidad de la antropología social, como otras que se desarrollan en el mismo periodo, resulta de la aplicación de la metodología y la teoría de la antropología y especialmente de sus técnicas de investigación más desarrolladas, como el trabajo sobre el terreno, el estudio de casos, la comparación; a procesos e instituciones sociales -en tanto objetos de conocimiento científico- propios de las ciencias jurídicas o del derecho: formas de gobierno, maneras de solucionar las controversias al interior de las comunidades, normas sobre relaciones de propiedad o de familia, etcétera.

Algunos trabajos dentro de esta perspectiva se interesan por describir los sistemas jurídicos no formales, indígenas o tradicionales, y por contrastarlos con las normas formales, nacionales o legisladas, dando origen a abundante literatura sobre lo que se denomina genéricamente *derecho consuetudinario* o *costumbre jurídica*.

Antropología jurídica como enfoque de investigación

Una opción más reciente, actualmente en desarrollo, intenta definir la antropología jurídica como quehacer transdisciplinario, esto es, como estrategia analítica que combina los aportes de las ciencias jurídicas y antropológicas, sin subordinarlas, para el tratamiento de fenómenos definidos en la intersección entre la ley y la práctica social, que tendría por objeto develar la dinámica de sus relaciones mutuas y los efectos de éstas sobre el comportamiento social y sobre la transformación de las normas y/o de sus usos y sentidos.

Esta perspectiva se diferencia de las antes mencionadas en tanto no se trata de la aplicación de una disciplina como el derecho, por ejemplo, a un objeto definido por otra, el parentesco o el sistema de cargos; sino que propone que el objeto mismo de análisis debe ser interconstruido desde una doble perspectiva, además de que su tratamiento metodológico y ana-

lítico requieren de la generación de una comprensión en el diálogo transdisciplinario.

Esta perspectiva o enfoque transdisciplinario para la investigación aparece en un momento crucial, respecto del cual sus planteamientos⁸ son como una bisagra que articula las prácticas relacionadas con el establecimiento de alternativas para atender las demandas del derecho y la justicia indígenas con la reflexión académica sobre la compleja relación entre las normas y las prácticas, provocando un enriquecimiento mutuo.

Desde entonces las acciones en torno a la cuestión de los derechos indígenas han sido acompañadas de cerca por un quehacer académico abundante y diversificado, que no solamente las describe sino que construye un andamiaje teórico, metodológico y crítico que ha contribuido a dotar al tema de entidad analítica. Al mismo tiempo, el debate científico sobre la tensión entre normas y prácticas -una tensión clave en medio de la crisis de los modelos de control social- ha dejado de ser una cuestión de la filosofía del derecho para convertirse en un asunto de ética de los derechos humanos que responde a las urgentes dinámicas de la realidad en la región.

En efecto, en la década de 1980 concurren tres factores que contribuyen a llamar la atención sobre esta problemática: la emergencia de los pueblos indígenas, la reforma del Estado, y la presión de la comunidad internacional para generalizar nuevos estándares de relación. Estos factores son como tres vértices de la arena o campo en el cual se redefine entonces la cuestión étnica nacional en América Latina⁹.

La emergencia de los pueblos indígenas como nuevos sujetos sociales y de sus organizaciones como actores políticos implica varios tipos de dinámicas interconectadas, está por ejemplo la que viene determinada por la construcción de una plataforma de lucha que se expresa finalmente como una reivindicación de derechos, incluyendo desde la demanda de

modificación de la constitucionalidad del Estado hasta el reconocimiento de un sistema legal y jurisdiccional propio de cada pueblo indígena.

A la par, la reforma del Estado en curso de implantación tiende a resolverse, entre otros instrumentos, mediante la reforma del marco constitucional y legal y la transferencia de funciones y competencias a las entidades locales y al sector no gubernamental.

La comunidad internacional impulsa a la vez la ampliación y generalización de la plataforma de los derechos humanos y los programas de modernización, descentralización y desincorporación del Estado. Tendencia que también actúa sobre la esfera normativa en la medida que se requiere de los países la adopción de convenios internacionales y reformas legales así como la suscripción de compromisos que trasladen las reglas y principios de los donantes bilaterales y de los organismos multilaterales¹⁰.

Así, pues, aunque las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados son sumamente complejas, se trata de un momento que privilegia cierto tipo de análisis que pone su atención sobre las tensiones establecidas en el plano normativo: como una disputa de derechos. Esta opción por cierto punto de vista, el legal, para comprender la relación entre los pueblos indígenas y los Estados, y sus cambios, no es únicamente un recurso metodológico y disciplinario, pues el momento de desarrollo de la relación está dominado por lo que Magdalena Gómez en 1994 nombra como "la juridización de lo indígena"¹¹, para denotar que las plataformas de los movimientos indígenas han llegado a un punto en el cual sus demandas se concentran en la reivindicación de una nueva normatividad, además de que las respuestas desde el Estado se procesan igualmente en la reforma legal.

En años recientes la mencionada tendencia se está utilizando para estudiar algunos problemas que se plantean en la relación entre comunidades sociales específicas -marginales urbanas, grupos de edad o de género- que desarrollan formas propias de autorregulación -de solución de

controversias o administración doméstica de justicia, por ejemplo- y el orden social y jurídico de los Estados en que viven. En la práctica estas relaciones implican un uso combinado de la ley y las costumbres locales, del acceso a los sistemas formales de administración de justicia y a las formas tradicionales de conciliación, de aplicación de normas reglamentarias de carácter generalmente obligatorio y de concertación de soluciones situacionales. Este tipo de problemática se encuentra relacionado actualmente con las posibilidades de asegurar acceso a la justicia a sectores tradicionalmente marginados y desprotegidos, y con las transformaciones aceleradas que experimenta el orden global, las cuales demandan el desarrollo de una nueva normatividad más adecuada para la pluralidad social y cultural.

Es este enfoque combinado el que precisamente de muy diversas maneras está utilizando un número creciente de analistas que trabajan en áreas como la sociología del derecho y la antropología jurídica, así también en temas como el pluralismo legal y los derechos de colectividades con características y demandas específicas.

Investigación en derechos humanos y mecanismos de monitoreo

Enfoques en la investigación sobre derechos humanos

El enfoque más tradicional -en el sentido de "más antiguo y más extendido"- en la investigación de temas de derechos humanos es aquel que privilegia la identificación de casos de violación de estos derechos, los documenta, discute los aspectos legales y procesales, busca establecer responsabilidades y en última instancia contribuye a denunciarlos y perseguirlos. Por la naturaleza del objeto de investigación su metodología es fundamentalmente casuística, por lo que resulta muy apropiado para trabajar en el terreno de los derechos civiles y políticos.

Ejemplos de este tipo de investigación, y de sus resultados, son los que realizan periódicamente varias organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de derechos humanos, tales como Amnistía Internacional o Human Rights Watch en lo internacional, y un buen número de las que trabajan en el ámbito nacional y local¹². En el sector de las instituciones públicas el trabajo de investigación de las oficinas del defensor de los derechos humanos -comisiones, defensorías y procuradurías de derechos humanos- comparte este enfoque a partir del registro y análisis de quejas de violación de este tipo de derechos.

Tal modo de investigación ha sido y es crucial para denunciar casos específicos de vulneración de derechos humanos, lo cual permite poner en marcha procesos jurídicos y sociopolíticos dirigidos a esclarecer la verdad sobre las violaciones, castigar a los violadores, y ofrecer justicia y reparación a las víctimas, también para prevenir futuras violaciones. A lo largo de los años las investigaciones sobre violaciones de derechos humanos han diversificado y especializado sus campos temáticos, han desarrollado instrumentos metodológicos cada vez más agudos y han avanzado desde el trabajo sobre casos hacia la identificación de tendencias y de causas estructurales. Evidentemente este enfoque se ha visto favorecido por la ampliación del acceso a la información pública ligado con la recuperación de la democracia.

Otro enfoque recurrente para la investigación en este campo es el análisis de situaciones de derechos humanos. Mismo que pone atención, principalmente, en los efectos sociales acumulados del comportamiento del sector público respecto de sus obligaciones de respetar determinadas condiciones y garantías, o de promover medidas que hagan posible el acceso a los derechos fundamentales sin discriminación. Se trata de un tipo de estudio que combina consideraciones sobre los estándares de derechos humanos con información estadística que describe o analiza situaciones generales, o refleja opiniones generalizadas.

Esta segunda forma de medición privilegia el análisis de correlaciones entre resultados estadísticos y medidas de política pública en campos relacionados con derechos humanos, además se auxilia muy bien con el uso de sistemas de indicadores y con la construcción de índices. Se aplica con ventaja para los campos relacionados con la participación política y el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales.

Mediante este estilo de investigación se caracteriza el trabajo de varios órganos de los sistemas internacional e interamericano de protección de los derechos humanos, en particular el que realizan las comisiones, los comités especializados y los relatores especiales. Otros organismos incluidos en el sistema de Naciones Unidas llevan a cabo regularmente estas mediciones y las relacionan con estándares de derechos humanos o, por lo menos, con compromisos gubernamentales surgidos de acuerdos multilaterales. En años recientes se viene aplicando sistemáticamente para el examen de la calidad de la democracia, combinando información estadística de los procesos electorales con opiniones de especialistas o de paneles de expertos e, inclusive, con resultados de encuestas¹³.

Este modelo, que podemos denominar situacional, se ha convertido en una herramienta clave de planificación, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional, en la medida en que ofrece resultados diagnósticos basados en situaciones medias -estadísticamente hablando- y buenas pistas sobre la relación entre causas y efectos -de los déficit de atención, por ejemplo-. Los resultados de las investigaciones así concebidas facilitan la formulación de recomendaciones de acción pública, muchas de las cuales tienen que ver con aspectos legales, institucionales, y de asignación de inversión pública. En años recientes este enfoque se complementa eficazmente con la documentación de buenas prácticas y experiencias exitosas.

Un tercer enfoque de investigación, que se podría denominar de progresos, viene siendo desarrollado en el seno del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, sobre la base de una inquietud formulada a me-

diados de los años noventa por Antonio A. Cançado Trindade¹⁴ sobre la importancia de hacer mediciones de derechos humanos -en forma colateral con la manera tradicional de monitoreo-, que se propone fundamentalmente comparar a lo largo del tiempo el índice de cumplimiento de los compromisos de los Estados en materia de derechos humanos a partir del criterio de su logro progresivo, tomando periodos suficientemente prolongados para valorar si se producen o no avances concretos en su realización a partir de los estándares mínimos expresados en la normativa internacional y adoptados por los países mediante la ratificación de los instrumentos convencionales.

El enfoque de progreso pretende determinar en qué medida los esfuerzos de la sociedad civil, del Estado y de la comunidad internacional, están consiguiendo el objetivo común de lograr el imperio de la democracia y del estado de derecho. No se trata de establecer índices de violaciones de derechos humanos sino más bien logros, siempre apuntando hacia la urgencia de alcanzar metas, de adelantar etapas en el proceso de implementación de políticas públicas que favorezcan el entorno para que la protección de los derechos humanos sea más abarcadora.

Esta manera de medir progresos no sustituye a la de vigilancia, denuncia y defensa frente a las violaciones, ni pretende ocultar los rezagos en el logro de las metas deseables. Su novedad reside en el potencial que tiene para comprender las cuestiones de derechos humanos como procesos, es decir, como fenómenos que cambian en el tiempo, y no solo como situaciones o estados propios de un momento determinado. El enfoque contribuye a identificar las carencias y también las posibilidades para superarlas en el mediano y largo plazo; de ahí que ayude a establecer prioridades y estrategias de trabajo compartidas y complementarias entre los diversos actores del escenario social.

Con estos antecedentes el IIDH desarrolló una metodología orientada a medir progresos -o la ausencia de estos- en materia de derechos humanos, tomando como referente los principales instrumentos internacionales

que los consagran y que definen las obligaciones de los Estados para hacerlos realidad. Este esfuerzo se orientó a construir un sistema de monitoreo continuo que facilitara la elaboración de informes o relatorías periódicas sobre distintos derechos humanos, complementario a los informes generados por otros organismos especializados, aunque tendiendo más hacia factores de cambio y mejoramiento de la protección de esos derechos que a establecer estados de situación.

Este enfoque de investigación se ha revelado útil en la práctica del IIDH para orientar de manera más certera sus esfuerzos en la capacitación y la prestación de asistencia técnica, así como para el fomento del diálogo entre actores del campo de los derechos humanos, donde la interlocución -y mucho menos la concertación de acciones compartidas o complementarias- fue tradicionalmente difícil.

Las características metodológicas, resultados y utilidades principales de los enfoques de investigación referidos se pueden observar en la siguiente tabla.

Enfoques de investigación en Derechos Humanos

Enfoque	Opción Metodológica	Utilidades	Tipo de Resultados
VIOLACIÓN	Metodología descriptiva de casos	Establecer frecuencias	Para la denuncia y la defensa
SITUACIÓN	Metodología comparativa	Establecer diagnósticos	Para identificar problemas y planificar metas
PROGRESO	Metodología prospectiva	Establecer tendencias	Para promover diálogos y monitorear cumplimiento

Informes y monitoreo de derechos humanos

El destino más frecuente de los resultados de los distintos estudios sobre derechos humanos ha sido y continúa siendo la preparación de informes. En el sistema internacional de protección la presentación de informes, que le corresponde a los Estados, su examen por parte de los órga-

nos de supervisión y la generación de recomendaciones, constituyen el mecanismo de monitoreo preferente sobre las situaciones en el campo de los derechos humanos en general, o de determinados conjuntos de derechos, dependiendo del alcance de los instrumentos internacionales y por tanto de los compromisos asumidos multilateralmente. Algunos de estos instrumentos posibilitan la generación de informes unilaterales, es decir, decididos por los propios órganos de protección -como es el caso de los informes que preparan sistemáticamente los relatores, o los que resultan de visitas *in situ* para propósitos determinados-. Estos informes oficiales reflejan o recogen, según el caso, el punto de vista de los gobiernos sobre las situaciones y sobre los esfuerzos que realizan para cumplir los compromisos convencionales.

Por su parte, una importante constelación de entidades civiles internacionales y varias coaliciones nacionales de organizaciones no gubernamentales también vierten los resultados de sus investigaciones en informes periódicos, generales o especializados, que en algunos casos son ofrecidos y aceptados como material complementario por los órganos de supervisión. Son los llamados "informes sombra", donde es más frecuente encontrar análisis sobre violaciones recurrentes, limitaciones en el cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados, y si prevalecen las situaciones de riesgo. Algunos informes nacionales, por ser periódicos y sistemáticos, se han convertido en herramientas de monitoreo o seguimiento del desempeño del sector público en el campo de los derechos humanos¹⁵.

En años recientes, el establecimiento de las instituciones del defensor de los derechos humanos ha dado origen a un nuevo tipo de informe: el que el titular de la institución -defensor, procurador o comisionado de derechos humanos- presenta periódicamente al organismo legislativo, en tanto órgano de control de la constitucionalidad y de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Estos informes regularmente reportan y analizan quejas recibidas por la institución o situaciones críticas que han sido objeto de su intervención, así como sobre el efecto y

cumplimiento de sus recomendaciones por parte de los agentes del sector público.

No se han desarrollado, con muy contadas excepciones, mecanismos sistemáticos de monitoreo del cumplimiento de las recomendaciones de los órganos internacionales de supervisión ni mucho menos de las sentencias de los órganos jurisdiccionales.

Organizaciones especializadas del sistema de Naciones Unidas y del sistema Interamericano a cargo de temas específicos -como salud, educación, desarrollo- o de problemáticas que atienden a sectores de población -como mujeres, niños y niñas, refugiados o personas que sufren de discapacidades-, vienen incorporando en sus informes periódicos aspectos relativos al estado de los derechos humanos concernidos en el campo de su especialidad, de modo tal que la lectura secuencial de dichos informes contribuye a esbozar un sistema de monitoreo.

Un esfuerzo sistemático reciente en la dirección de monitorear el cumplimiento de compromisos de desarrollo, desde una perspectiva de los derechos implicados, viene haciendo el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) a propósito del examen periódico del logro de las metas de los Objetivos del Milenio (ODM)¹⁶.

Finalmente, cabe señalar que se encuentra en curso la preparación de un instrumento técnico y reglamentario del protocolo adicional a la Convención americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales¹⁷, Protocolo de San Salvador, que establecerá las características de los informes que deban presentar los Estados parte y el sistema de supervisión que deberán observar los órganos de control de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Los primeros pasos en este proceso apuntan a la adopción de un sistema de indicadores de progresos sobre derechos económicos, sociales y culturales, como base del sistema de preparación y valoración de informes, asunto en el cual se está utilizando el modelo establecido por el IIDH.

Nuevos instrumentos para nuevos escenarios¹⁸

La inquietud por encontrar nuevos enfoques para la investigación y el monitoreo en derechos humanos surge de constatar las importantes modificaciones que se han dado en el escenario de los derechos humanos en los pasados veinte años y de la necesidad de fomentar el diálogo sobre estos procesos.

En efecto, el marco normativo internacional sobre derechos humanos se ha ampliado notablemente. La ratificación y la recepción de tales avances en la constitucionalidad de los países es mayor; la democracia se ha consolidado formalmente; han surgido entidades gubernamentales de derechos humanos; se están produciendo reformas en los sistemas de administración de justicia y en la educación; se impulsan programas de formación en derechos humanos para las fuerzas armadas y la policía. La movilización de la sociedad civil en defensa de sus derechos es cada día más vigorosa, y las redes de organizaciones no gubernamentales son fuertes, profesionales y más especializadas. Ha nacido la tercera generación de entidades civiles y la comunidad internacional ha incluido definitivamente el tema de los derechos humanos en la agenda de la cooperación para el desarrollo.

Estas modificaciones implican, entre otros efectos, la diversificación de los actores, públicos y civiles, y su interacción; la emergencia de nuevos dramas sociales que reclaman respuestas innovadoras; el énfasis de los donantes de fondos sobre inversiones más directas y más efectivas en cada país receptor; el impulso de nuevos criterios de gestión y de impacto de los proyectos; y la necesidad de fomentar la concertación entre las organizaciones de la sociedad civil, el Estado, y la comunidad internacional.

A la vez que el escenario se vuelve más complejo, el trabajo en derechos humanos se torna más exigente. De una parte, hacen falta herramien-

tas que permitan documentar objetivamente los procesos que se vienen dando, identificar las tendencias que estos muestran y formular estrategias acertadas para incidir en ellos. De otra parte, el diálogo sobre los derechos humanos entre la sociedad civil y el Estado, y de estos actores con la comunidad internacional, requiere que además de la problemática de la violación y la responsabilidad se incluya el establecimiento de diagnósticos y propósitos compartidos, por lo menos respecto de aquellos asuntos que muestran vacíos recurrentes o senderos prometedores.

Para salvar las distancias entre el carácter general y abstracto de las normas y la naturaleza particular y concreta de las prácticas sociales, y compararlas con fines de medición, tal enfoque propone utilizar un sistema de indicadores, o indicios mensurables, que permitirá establecer con un grado razonable de objetividad las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. Para averiguar si estas distancias se acortan o no se aplica el sistema en momentos distintos bajo condiciones equivalentes. El resultado dará una medida de las variaciones que se han producido entre uno y otro momento histórico y una evidencia de las tendencias que están presentes en el proceso particular de estudio.

Aun cuando la definición de indicadores no es unívoca, no hay duda de la utilidad práctica de esa herramienta para mostrar la dirección de algún fenómeno, su signo o síntoma. Es por ello que IIDH centró sus esfuerzos en el diseño de indicadores, utilizando como directriz la progresividad de los derechos humanos¹⁹.

Las experiencias de medición de progresos

Mapas de progresos en derechos humanos

A partir del año 2000 el Instituto Interamericano de Derechos Humanos puso en marcha el diseño y experimentación de una metodología de investigación basada en el establecimiento de un sistema de Indicadores de progresos²⁰.

El antecedente inmediato de este esfuerzo fue la enunciación de una estrategia institucional basada en tres ejes temáticos o conjuntos de derechos: acceso a la justicia, participación política, y educación en derechos humanos; con tres perspectivas o puntos de vista transversales: equidad de género, reconocimiento de la diversidad étnica, y promoción de la interacción Estado-sociedad civil. Elementos cuyo entrecruzamiento da como resultado una matriz que identifica problemas, asuntos y horizontes, que constituyen en definitiva el núcleo de la agenda que al Instituto le interesaba desarrollar. Esta identificación permitió escoger las líneas estratégicas del trabajo institucional para los próximos años, así como definir las características del sistema de medición: campos temáticos, dominios y variables, a partir de los cuales se desarrollaron los indicadores de progresos para el ejercicio de observación y monitoreo.

Con el primer sistema organizado en tres campos, nueve dominios, veinticinco variables y sesenta y seis indicadores, se recabó información de dos momentos históricos escogidos como referentes para la medición: los años 1990 y 2002, con el objetivo de conocer las variaciones que se habrían producido durante ese periodo de tiempo en la legislación, el marco institucional y las prácticas sociales.

El periodo de referencia elegido se corresponde con varios fenómenos importantes en el Continente: la reinstalación de la democracia en varios países y/o la consolidación de las instituciones democráticas y de su independencia relativa; la adopción de reformas constitucionales, legales y administrativas; y la movilización de la sociedad civil en torno a la plena vigencia de los derechos humanos y el estado de derecho. También se corresponde con la ejecución de programas de reforma educativa y otras reformas estructurales, en la mayor parte de los países. En efecto, a lo largo de esa década se reformaron los textos constitucionales de casi todos los países de la región, se impulsaron programas de modernización del Estado, de reforma educativa y de los organismos judiciales, y se consolidaron las instituciones y las prácticas relativas al ejercicio del sufragio.

Se asumió entonces que al comparar las situaciones para cada uno de esos años se podría constatar la existencia de avances o progresos en la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos, la ampliación y fortalecimiento de las principales garantías constitucionales que incluyeron los derechos económicos, sociales y culturales, y algunos desarrollos -siempre incompletos- en la legislación. No se consideró en aquel entonces la posibilidad de apreciar los rangos de protección de los derechos humanos en el desarrollo o adecuación de las instituciones públicas, ni en el establecimiento de programas que implicaran la puesta en marcha de políticas públicas, lo cual de alguna manera venía siendo objeto de informes elaborados por otras instituciones con una perspectiva situacional.

La primera experiencia de medición sobre el terreno se realizó en 2002 en siete países de la región; como prueba piloto en Bolivia, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Venezuela. Una vez conseguidos los resultados sobre los tres campos inicialmente seleccionados, se añadieron otros conteniendo indicadores generales de derechos humanos, producción de informes y estudios, y correlaciones con informes del estado del desarrollo humano. Esta experiencia dio origen a la preparación de un producto denominado *mapa de progresos en derechos humanos*²¹.

El resultado final de estos procedimientos y de la experiencia de preparación de los Mapas consolidó un sistema de recolección y análisis de información basado en indicadores, que permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. Aplicado a dos momentos distintos bajo condiciones equivalentes -periodo de diez años-, el sistema permite además averiguar si estas distancias se reducen o no y obtener una indicación de las tendencias que están presentes en el proceso, cuya estructura se puede expresar sintéticamente de la siguiente manera:

Estructura de un sistema de indicadores

Campo	Dominios	VARIABLES	Indicadores	Medio de verificación
Conjunto de derechos sobre una temática principal	Cada uno de los niveles de la normativa (pirámide de Kelsen), de la formación de políticas públicas y de su aplicación	Factor +/- cerca del estándar adoptado, susceptible de ser medido	Indicios clave que dan cuenta del comportamiento de cada una de las variables, en relación con el tiempo transcurrido	Fuentes de información que soporta el (los) indicio(s): como leyes, documentos oficiales, análisis de textos, y otros

El procedimiento seguido en el diseño y aplicación del sistema se caracterizó por ser de carácter abierto y ampliamente participativo. Para el desarrollo conceptual y de las pautas metodológicas se realizaron numerosos seminarios con especialistas y talleres con organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, también colectivos de mujeres, indígenas, funcionarios públicos, trabajadores de las defensorías y otros activistas de derechos humanos participaron. Las ediciones XVIII a XX del Curso interdisciplinario en derechos humanos (2000, 2001, 2002), en cada una de las cuales asistieron alrededor de 120 participantes de todos los países de la región; constituyeron un laboratorio para poder validar progresivamente las previsiones metodológicas y técnicas además de hacer pruebas sobre su capacidad para generar resultados²².

El Informe Interamericano de Educación en Derechos Humanos

Como se indicó, el sistema de indicadores de progreso fue diseñado y puesto a prueba, entre otros, en el campo de la educación en derechos humanos. Se utilizó en la experiencia piloto un sistema relativamente simple de dos dominios, seis variables, y diecisiete indicadores; los resultados aportaron importantes pistas sobre las tendencias más generales en cuanto a modificación de las normas, los currículos y los textos, así como

sobre la importancia creciente que viene adquiriendo la educación formal frente a una larga y fecunda tradición desarrollada por las organizaciones de la sociedad civil.

Esta primera experiencia mostró la viabilidad de extender el ejercicio a toda la región, la necesidad de desarrollar un sistema de indicadores más detallado, y la pertinencia de profundizar las averiguaciones desde las perspectivas transversales. Asimismo, el ejercicio permitió constatar que los cambios en la educación en derechos humanos se producen con relativa lentitud y que, por tanto, las variaciones en periodos de tiempo muy cortos podrían resultar poco significativas. Con estos antecedentes se decidió preparar, cada año, un informe sobre el estado de incorporación de la enseñanza de los derechos humanos en la educación en general, con particular atención al segmento que afecta a los niños, niñas y adolescentes entre 10 y 14 años -en términos generales correspondiente a los últimos dos años de la escuela primaria y los dos primeros de la secundaria-, con el propósito de contar con una herramienta útil para el diagnóstico y promoción de este derecho, establecido en el numeral 2, artículo 13, del Protocolo de San Salvador.

El *Informe de la educación en derechos humanos* es resultado de una investigación que se desarrolló a lo largo de cinco años²³. En el primer Informe, preparado en 2002, la investigación examinó el marco legal que establece y caracteriza la educación en derechos humanos dentro de la normativa interna de los países, buscando las tendencias regionales de variación que se hubieran producido en el periodo 1990-2001 para establecer en qué medida tales tendencias constituyen un progreso, un retroceso o un estancamiento. El II Informe, 2003, examinó en qué medida los contenidos de derechos humanos se habían incorporado en los documentos administrativos o programáticos que fijan el currículo escolar, en los planes y programas de las materias que se imparten en las escuelas y colegios, y en los textos escolares que se utilizan para impartir la enseñanza; se examinaron entonces los currículos, programas y textos vigentes en

los años lectivos 1990/91 y 2002/03. El III Informe, correspondiente a 2004, estudió la incorporación de contenidos pedagógicos de derechos humanos en la formación y capacitación de los docentes a lo largo de la pasada década. La preparación del IV Informe tuvo como punto de partida las conclusiones de los tres primeros.

El resultado combinado de los estudios realizados en 2002, 2003 y 2004, sobre el estado que guarda la educación en derechos humanos en los países que se han adherido al Protocolo de San Salvador puede considerarse alentador, en tanto muestra una tendencia positiva en el sentido de adoptar progresivamente medidas legales, institucionales y pedagógicas, que dotan a la educación de las calidades que se inscriben en el numeral 2 del artículo 13 del mencionado convenio. Sin embargo, el desarrollo es muy desigual para el conjunto de la región, no solamente en cuanto a la cantidad de contenidos incorporados sino también a su tratamiento. Preocupa un nivel relativamente alto de dispersión teórica en la definición de los contenidos, y por tanto de las consecuencias metodológicas y sobre todo pedagógicas que de allí se pudieran derivar.

Los informes fueron preparados a partir de matrices de recolección de datos con la siguiente estructura, que se refleja en sus resultados:

Matrices de recolección de datos para los cuatro informes de educación en derechos humanos

Número y año	Campo temático	Domínios	Variables	Indicadores
I 2002	Desarrollo normativo y políticas públicas	1	4	10
II 2003	Desarrollo en el currículo y los textos escolares	3	6	28
III 2004	Desarrollo en la formación de educadores	4	11	38
IV 2005	Desarrollo en la planificación nacional	3	8	26
	Total	11	29	102

Otras aplicaciones

La metodología establecida para la preparación de los mapas de progresos, y extensamente experimentada en los informes de educación en derechos humanos, se viene utilizando en nuevos trabajos sobre varios temas particulares: como el diagnóstico de las condiciones jurídicas y administrativas que favorecen la participación política de los pueblos indígenas, en diez países (Iturralde y Barillas, 2002); el análisis de las recomendaciones del comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas (García Olsina e Iturralde, 2004); el estudio de la atención que prestan las instituciones del defensor de los derechos humanos a los derechos de los pueblos indígenas, y los planteamientos de sus organizaciones sobre el papel de este mecanismo de protección, en también diez países (Aylwin (comp.), 2006); el estado que guarda la protección y promoción del derecho a la información y la libertad de expresión en México, Centroamérica y República Dominicana (IIDH y UNESCO (eds.), 2005).

La tabla de la página siguiente muestra esos resultados hasta mediados de 2006, la mayoría de los cuales se pueden consultar en la página electrónica de IIDH y/o en sus publicaciones.

La experiencia acumulada en las aplicaciones antes indicadas ha servido para reformular el abordaje de la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo asuntos relativos a su reconocimiento y vigencia, al ejercicio de formas propias de administración de justicia y solución de conflictos en interacción con las actuaciones de los organismos judiciales y los jueces, y para analizar los avances en el logro del bienestar social y material -el desarrollo- desde una perspectiva de derechos.

Países	Mapas de progresos en derechos humanos						Informes de educación en derechos humanos					Participación política indígena	Ombudsman e indígenas	Libertad de expresión	Cursos piloto interdisciplinarios						
	Indicadores temáticos		Indicadores generales de DDHH	Indicadores de desarrollo y equidad	Enlaces con fuentes electrónicas sobre DDHH	Bibliografía anotada de DDHH	1°	2°	3°	4°	5°				Participación política indígena	Ombudsman e indígenas	Libertad de expresión	Salud	Trabajo	Corrupción	Seguridad
	Justicia	Participación																			
Argentina			●	●			●	●	●	●	●										
Bolivia	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●		●	●	●	●			
Brasil							●	●	●	●	●				●	●	●	●			
Chile			●	●	●		●	●	●	●	●				●	●	●	●			
Colombia			●	●	●		●	●	●	●	●	●	●		●	●	●	●			
Costa Rica			●	●	●		●	●	●	●	●		●	●	●	●	●	●			
Cuba															●	●	●	●			
Ecuador			●	●		●	●	●	●	●	●	●	●		●	●	●	●			
El Salvador			●	●	●		●	●	●	●	●			●	●	●	●	●			
Guatemala	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●			
Haití							●	●	●						●	●	●	●			
Honduras			●	●	●									●	●	●	●	●			
México	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●			
Nicaragua	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●			
Panamá			●	●	●		●	●	●	●	●			●	●	●	●	●			
Paraguay	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●		●	●	●	●			
Perú	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●		●	●	●	●			
R. Dominicana							●	●	●	●	●			●	●	●	●	●			
Surinam							●														
Uruguay			●	●			●	●	●	●	●			●	●	●	●	●			
Venezuela	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●			●	●	●	●			

A finales de 2005 formulé una propuesta para diseñar y poner a prueba un mecanismo de seguimiento y monitoreo de la protección jurídica de los derechos de los pueblos indígenas y del logro de su bienestar -desarrollo con identidad o desarrollo indígena-, que fue acogida por las autoridades gubernamentales e indígenas del Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina, que se viene ejecutando con el apoyo financiero del gobierno de México y bajo el auspicio académico del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, CIESAS²⁴.

Investigación en derechos humanos y antropología jurídica

En junio de 1991 escribimos con Francois Lartigue una reflexión sobre las perspectivas que podría tener el campo de la antropología jurídica, tal como se estaba dando en esos años. Consideramos en ese entonces que "el trabajo sobre costumbres indígenas, su relación con la ley y con la administración de justicia, permite recoger un primer conjunto de resultados de carácter metodológico, que pueden ser considerados y proyectados independientemente para otros propósitos"²⁵.

Sugerimos que las prácticas sociales, las normas jurídicas y los procedimientos que las vinculan, conforman una red en la cual destacan una serie de intersecciones constituidas por dos conjuntos de procesos que se venían dando desde hacía pocos años antes: cambios en el comportamiento de los sujetos sociales, por una parte; y reformas de la normatividad, por la otra. Propusimos en consecuencia que el análisis de estas interacciones resultaría pertinente para establecer las características y la dirección de tales procesos y para prever sus resultados.

La utilización de esta manera de entender la relación ha sido útil en casos de investigaciones sobre progresos en derechos humanos, en tanto ha permitido construir el universo de estudio como un campo de

interrelaciones entre las normas y las prácticas, al interior del cual es posible definir los límites y las características de la problemática y formular un conjunto de preguntas relevantes sobre su carácter y sus alcances. Dado que la trama de intersecciones posibles entre las normas y las prácticas puede ser muy densa y muy amplia, la delimitación de sus alcances -como un ejercicio previo- hace factible determinar y jerarquizar las intersecciones sobre las cuales resultará más eficaz trabajar.

Bajo este marco metodológico, el trabajo sobre derechos humanos con una perspectiva de progresos aportó cuatro nuevos aprendizajes: (i) el carácter dinámico, por tanto cambiante, de la relación entre normas y prácticas, del que se desprende la necesidad de hacer mediciones comparables a lo largo de periodos de tiempo significativos; (ii) la conveniencia de utilizar un sistema de indicadores -que dé cuenta de los progresos- para recolectar y analizar la información, compararla e identificar tendencias; (iii) la inclusión de componentes sobre institucionalidad y políticas públicas en la cadena de relaciones normas-prácticas; y (iv) la consideración de los intereses y expectativas de los sujetos, así como de sus dinámicas organizativas como parte del modelo.

En este tipo de ejercicios aparecen íntimamente ligadas dos disciplinas: la antropología y la ciencia jurídica. Su integración no ha resultado fácil porque tienen orígenes epistemológicos muy distantes y porque sus prácticas han sido hasta ahora diversas; un sinnúmero de discusiones y desencuentros durante el diseño y aplicación del sistema provinieron de los usos diferenciados de categorías y conceptos que en cada una de las tradiciones tienen su propio sentido. Más aún, según fuera el objeto, otras disciplinas y metodologías especializadas debieron de utilizarse en el trabajo, como por ejemplo la sociolingüística, la historia del derecho, y la antropología política, lo que hizo aun más difícil la construcción de una solución consistente.

Al igual que el proceso de establecimiento del objeto de estudio -como una intersección-, el acercamiento técnico fue transdisciplinario, esto es, mediante el diálogo de las disciplinas en torno a un objeto común, tal como cada una de ellas lo comprende mejor. El punto de encuentro quedó 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 formularon para cada campo temático.

Finalmente, asociada con 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; deben ser ínter contruidos en el proceso mismo de la investigación y en el diálogo transdisciplinario.

En el texto preparado con Lartigue señalamos algunas intersecciones que podrían ser exploradas desde esta perspectiva transdisciplinaria, teórica y práctica, referidas a procesos sociales emergentes que están demandando el procesamiento de nuevos discursos jurídicos o nuevos paquetes normativos. Los ejercicios de los que se dan cuenta en este trabajo y otros que se siguen realizando en el marco de los derechos humanos y de la democracia han mostrado la riqueza que esta forma de aproximación, mediante la antropología jurídica, aporta, además de que puede ser muy útil para los propios objetos de estudio.

Notas

¹ Publicado en: *Revista Pueblos y Fronteras digital*, N° 5, Junio-Noviembre 2008. Estudios, aportes y retos actuales de la antropología jurídica en México <<http://www.pueblosyfronteras.unam.mx>>.

² Publicado el 1861 en Londres (Murray), reeditado en 1963 en Boston (Beacon Press), traducción al castellano en México, FCE, 1980.

³ 1926, Kegan Paul, Trench and Trubner, Londres; versión castellana de Alianza Editorial, Madrid, 1971.

⁴ Para un recuento ver el artículo de Dorotinsky, 1990.

⁵ En la década de 1950 el Instituto Indigenista Interamericano publicó recopilaciones de legislación indigenista de varios países. En las dos décadas siguientes el debate se centró principalmente en las legislaciones nacionales sobre reforma agraria y su impacto sobre las condiciones del campesinado y de las comunidades campesinas, con poca atención a la cuestión de las tensiones entre el derecho indígena y las normativas nacionales.

⁶ Resulta muy sugerente a este respecto la relectura de las recomendaciones del X Congreso Indigenista Interamericano (San Martín de los Andes, Argentina, 1989), la mayoría de las cuales promete y anuncia compromisos de los Estados de modificar su legislación para reconocer y proteger derechos de los pueblos indígenas. <http://www.indigenista.org/web/congresos.html>.

⁷ Una primera síntesis de los planteamientos en el momento de arranque de esta nueva corriente de estudios puede leerse en el libro colectivo *Entre la Ley y la Costumbre* (Stavenhagen e Iturralde (comps.), 1990) y un balance del resurgimiento de la temática y de sus nuevos retos en *Orden Jurídico y Control Social* (Iturralde (comp.), 1994).

⁸ Enunciados en el título del libro ya citado que se viene considerando como fundador de la tendencia (Stavenhagen e Iturralde (comps.), 1990).

⁹ Otros factores, como cambios en las percepciones y actitudes sociales frente a la interculturalidad y modificaciones de los modelos y las prácticas económicas, que ya estaban presentes en ese momento todavía no jugaban -como lo hacen hoy- un papel tan evidente en la configuración de las tensiones que caracterizan este proceso.

¹⁰ Las dos dinámicas presionan a favor de una mayor participación de las organizaciones locales y, en muchos casos, del reconocimiento y atención de las demandas indígenas.

¹¹ Entre otros textos, ver Gómez, 1994.

¹² El ejemplo más paradigmático de este enfoque ha sido y continúa siendo el Informe de Derechos Humanos que prepara, sobre cada país, el Departamento de Estado de Estados Unidos. En http://usinfo.state.gov/esp/home/topics/democracy_human_rights/dhr_reports.html.

¹³ Dos ejemplos de este enfoque: Estado de la Nación y PNUD, 2001; y PNUD-UE, 2004.

¹⁴ Entonces director ejecutivo del Instituto y posteriormente juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta inquietud era consistente con las nuevas preocupaciones expresadas por el mismo Cañado Trindade y otros expertos en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, 1995 (Cfr. Trindade, 1995).

¹⁵ Por ejemplo, los informes de PROVEA en Venezuela, CELS en Argentina y de las Coordinadoras de organizaciones de derechos humanos de Perú y de Paraguay. En el ámbito regional el informe anual de la Plataforma Interamericana de Derechos Humanos y Democracia viene adquiriendo este carácter.

¹⁶ Una primera experiencia del PNUD para vincular medición del desarrollo y estado de los compromisos de derechos humanos se dio en el Informe Global de Desarrollo Humano del año 2000 (PNUD, 2000). Sobre las metas de los ODM, ver OHCHR, 2002.

¹⁷ Este Protocolo fue adoptado en 1988 y se encuentra vigente desde la duodécima ratificación ocurrida en el año 2000.

¹⁸ Ver a propósito de estas consideraciones el texto institucional del IIDH (2003a).

¹⁹ Para una exposición más extensa sobre las bases institucionales de este trabajo ver IIDH, 2003b.

²⁰ Entre 2000 y 2006 me desempeñé como coordinador de la Unidad de Investigaciones Aplicadas de IIDH y tuve a cargo la conducción de las tareas de diseño, aplicación y publicación de estas experiencias, contando con el concurso de las Unidades Pedagógica y de Información y Publicaciones del Instituto.

²¹ Los resultados pueden ser consultados en la sección *Mapas de Progreso en Derechos Humanos*, en la página electrónica de IIDH: <<http://www.iidh.ed.cr>>.

²² La temática central de cada una de las ediciones del Curso Interdisciplinario en esos años coincidió con cada uno de los tres conjuntos de derechos ya mencionados. Los postulantes admitidos realizaron previamente un trabajo escrito que suponía aplicar parte del sistema de indicadores en su propio país -en el ámbito que mejor conocieran- y discutir sus resultados durante las dos semanas del curso.

²³ Los informes han sido publicados y distribuidos por el IIDH y se pueden consultar en su página electrónica.

²⁴ Una primera formulación de esta propuesta se publicó en Iturralde, 2006.

²⁵ Esta cita, así como las ideas principales de esta sección provienen del artículo "Antropología Jurídica: Perspectivas de Investigación", publicado en Iturralde (comp.), 1994.

Referencias

- Aylwin, José (comp.), 2006, *Ombudsman y Derechos Indígenas: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional*, IIDH, San José.
- Trindade, Antonio Augusto Cançado, 1995, *Discurso de inauguración de la XXIV Sesión Externa del programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya* [en línea] <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1993/3.pdf>> [Consulta: noviembre 2007].
- Departamento de Estado de los EUA, 2007, *Informe Anual de los Estados Unidos sobre Derechos Humanos* [en línea] <http://usinfo.state.gov/esp/home/topics/democracy_human_rights/dhr_reports.html> [Consulta: noviembre 2007].
- Dorotinsky, Deborah, 1990, Investigación sobre costumbre legal indígena en Los Altos de Chiapas (1940-1970), en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (comps.) *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, III-IIDH, México.
- Estado de la Nación y PNUD, 2001, *Auditoría ciudadana sobre la calidad de la democracia.*, San José, Costa Rica [en línea] <<http://www.estadonacion.or.cr/Calidad02/calidad.html>> [Consulta: noviembre 2007].
- García Olsina, Francisco y Gabriela Iturralde, 2004, *Protección de los DESC en América Latina, en Memoria del IV Curso interamericano sociedad civil y derechos humanos: democracia y derechos económicos, sociales y culturales* [CD-ROM], IIDH, San José.
- Gluckman, Max, 1965, *Politics, law and ritual in tribal society*, Aldine Publishing Company, Chicago (Traducción al castellano: Gluckman, Max, 1978, *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*, Akal, España).

- Gómez, Magdalena, 1994, La juridización de los indígenas ante la nación mexicana, en Diego Iturralde (comp.), *Orden Jurídico y Control Social*, INI, México.
- IIDH, 2002-2006, Informe(s) Interamericanos de la Educación en Derechos Humanos (I a V) [en línea] <http://www.iidh.ed.cr/informes_i.htm> [Consulta: noviembre 2007].
- IIDH, 2003a, El panorama actual de los derechos humanos y la democracia, IIDH, San José [en línea] <<http://www.iidh.ed.cr/Documentos/VisionIIDH2003.pdf>> [Consulta: noviembre 2007].
- IIDH, 2003b, Marco para el desarrollo de una estrategia Institucional, IIDH, San José [en línea] <<http://www.iidh.ed.cr>> [Consulta: noviembre 2007].
- IIDH, 2003c, Mapas de Progreso en Derechos Humanos [en línea] <<http://www.iidh.ed.cr/mapas.htm>> [Consulta: noviembre 2007].
- IIDH y UNESCO (eds.), 2005, El estado de la libertad de expresión en Centroamérica, México y República Dominicana: estudios desde la perspectiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, compilado por Marisol Molestina y Diego Iturralde. IIDH, San José.
- Instituto Indigenista Interamericano, *Actas de los Congresos Indigenistas Interamericanos* [en línea] <<http://www.indigenista.org/web/congresos.html>> [Consulta: noviembre 2007].
- Iturralde Guerrero, Diego A. (comp.), 1994, *Orden jurídico y control social* (Cuadernos de Antropología Jurídica, vol. VI), INI, México.
- Iturralde Guerrero, Diego A. y Byron Barillas, 2002, *Una aproximación a los derechos políticos y participación electoral de los pueblos indígenas, en los escenarios sociales y marcos jurídicos de países latinoamericanos*. Documento de trabajo. IIDH, San José. <<http://www.iidh.ed.cr>> [Consulta: noviembre 2007].

- Iturralde Guerrero, Diego A., 2006, Estado de la protección legal y las políticas públicas sobre derechos de los pueblos indígenas, en *Memoria de la segunda reunión intergubernamental*, México, agosto de 2005. Fondo Indígena-Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, La Paz.
- Maine, Henry, 1861, *Ancient Law*, Murray, Londres (Traducción al castellano: Maine, Henry, 1980, El derecho antiguo, FCE, México).
- Malinowski, Bronislaw, 1926, *Crime and Custom in Savage Society*, K. Paul, Trench, Trubner & co., ltd., London (Traducción al castellano: Malinowski, Bronislaw, 1971, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Alianza Editorial, Madrid).
- Nader, Laura (ed.), 1972, Law in Culture and Society, *American Anthropologist*, special issue, Vol. 67, 6.
- Nader, Laura, K. Koch & B. Cox, 1966, The ethnography of law: a bibliographic survey, *Current Anthropology*, Vol. 3, 7, pp. 267-294.
- OHCHR, 2002, *Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations, Geneva, Switzerland.
- PNUD, 2000, *Informe de Desarrollo Humano*, PNUD, Nueva York.
- PNUD-UE, 2004, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, Buenos Aires.
- Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (comps.), 1990, *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, III-IIDH, México.

AUTORES

Morita Carrasco, antropóloga argentina, Doctora en Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Es profesora del Departamento de Ciencias Antropológicas e Investigadora del Instituto de Ciencias Antropológicas en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Su labor profesional ha sido como investigadora sobre Pueblos Indígenas. Los últimos veinte años los ha dedicado a la defensa del reclamo territorial de la Asociación de Comunidades Aborígenes *Lhaka Honhat*, actualmente en fase de implementación de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe de Fondo N° 2 de 2012. Está también abocada al análisis de las relaciones entre el Sistema de Justicia Penal y las comunidades indígenas. Entre sus libros publicados: *La tierra que nos quitaron* (coautora, 1996); *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina* (editora, 2000); *Pacta Sunt Servanda: capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia (Argentina 1742-1878)* (coautora, 2000); *El Caso Lhaka Honhat*, coautora (Informe IWGIA, 2006); *Tierras Duras: historias, organización y lucha por el territorio en el Chaco argentino* (autora, 2009), y autora de varios artículos en revistas científicas.

Cristóbal Carmona Caldera, abogado chileno, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile). Magíster en Estudios Filosóficos (Universidad Alberto Hurtado, Santiago), y Magíster en Derechos Humanos y Democratización (Universidad Nacional de San Martín, Argentina). Especialista en derecho indígena y conflictos socioambientales en territorio Mapuche. Profesor de Postítulo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Temuco y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Entre sus publicaciones se pueden mencionar: *En fronteras ajenas: el pueblo aymara en las relaciones chileno-bolivianas* (2008); *Pueblos indígenas y la tolerancia occidental: los derechos humanos como forma sublimada de asimilación* (2009); *La aplicación del Convenio 169 en el Derecho Comparado* (2011); *Tomando los derechos*

colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas (2013).

Milka Castro Lucic, antropóloga chilena. Magister en Etnohistoria (Universidad de Chile), Doctora en Antropología (Universidad de Barcelona). Cofundadora de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Presidenta de la Comisión Organizadora del XII Congreso de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal de la Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas (Arica, Chile, 2000). Secretaria General del 53º Congreso de Americanistas (Chile, 2003). Miembro del Consejo Permanente de los Congresos Internacionales de Americanistas. Fue Presidenta de la *Asociación Latinoamericana de Antropología* (ALA). Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Directora del Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Universidad de Chile. Autora de numerosos artículos y libros entre los que destacan: *Cultura Hídrica: un caso en Chile* (coautora, 1992); *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio* (editora, 2000); *Gestión sostenible de Humedales* (coeditora, 2002); *Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho* (editora, 2004); *Regadíos ancestrales en Iberoamérica. Técnicas y organización social del pequeño riego* (coeditora, 2004); *Jurisprudencia Indígena* (coautora, 2010).

Antonino Colajanni, abogado y antropólogo italiano. Doctor en Derecho (Universidad de Messina). Especialización en Disciplinas Etno-Antropológicas (Universidad de Roma); Especialización en Problemas Sociales del Desarrollo (Universidad de Nápoles-Fundación Olivetti). Profesor titular de Antropología Social en la Facultad de Letras y Filosofía de la Universidad de Roma La Sapienza. Autor de numerosos artículos y libros entre los que destacan: *Trasformazioni sociali e conflitti tra i Jívaro Shuar e Achuar dell'Ecuador Orientale* (Bari, 1977), *Problemi di antropologia dei processi di sviluppo* (1994), *Le piume di cristallo. Indigeni, nazioni e Stato in America Latina* (1998), *El pueblo de la montaña sagrada. Tradición y cambio* (1997), *Un futuro incerto. Processi di sviluppo e popoli*

indigeni in America Latina, coautor (2008), *Gli usignoli dell'Imperatore. Lo studio dei mutamenti sociali e l'antropologia applicata nella tradizione britannica del contesto coloniale, dagli anni '30 agli anni '50* (2012).

Jane Fishburne Collier, antropóloga estadounidense. Bachillerato del Radcliffe College; Doctora en antropología (Universidad de Tulane, 1970). Profesora emérita de la Universidad de Stanford, donde enseñó desde 1972 a 1999. Sus principales publicaciones incluyen los libros *El derecho zinacanteco* (1995, CIESAS, UNICACH, México) y *Del deber al deseo: recreando familias en un pueblo andaluz* (2009, CIESAS, UAM, Universidad Iberoamericana, México) y los artículos "Justicia popular en Zinacantan" (1982, *América Indígena* XLII: 99-115), "Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica" (1995, en *Pueblos indígenas ante el derecho*, editado por Victoria Chenaut y María Teresa Sierra, CIESAS, México) y "Cambio y continuidad en los procedimientos legales zinacantecos" (2004, en *Haciendo justicia: interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, editado por María Teresa Sierra, CIESAS, México).

Victoria Chenaut, socióloga de nacionalidad argentina y mexicana. Doctora en Ciencias Sociales (El Colegio de Michoacán, México). Investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS, México). Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores y de la Academia Mexicana de Ciencias. Participa desde sus comienzos en la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Se ha especializado en temas de etnohistoria y de antropología jurídica, especialmente sobre derecho indígena, administración de justicia, género y derecho. Entre sus publicaciones cabe mencionar: *Aquellos que vuelan. Los totonacas en el siglo XIX* (1995); *Procesos rurales e historia regional (Sierra y costa totonacas de Veracruz)* (coordinadora, 1996); *Pueblos indígenas ante el derecho* (co-coordinadora, 1995); *Decoding Gender: Law and Practice in Contemporary Mexico* (co-coordinadora, 2007), *Los códigos del género. Prácticas del derecho en el México contemporáneo* (co-coordinadora, 2010); *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización* (co-coordinadora, 2011).

Sébastien Grammond, abogado canadiense. Doctor en Derecho (Universidad de Oxford). Es decano de la Facultad de Derecho (derecho civil) de la Universidad de Ottawa, donde ha enseñado desde 2004. Trabaja en derechos de los indígenas en Canadá desde hace 20 años, como profesor, investigador y abogado. Autor de numerosos artículos y libros entre los que destacan: *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones* (1995); *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities* (2009); *Aménager la coexistence: les peuples autochtones et le droit canadien* (2003); *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law* (2013).

Diego Iturralde Guerrero, abogado y antropólogo ecuatoriano. Especialista en Antropología Jurídica y Derechos de los Pueblos Indígenas. Ha sido docente e investigador en varias universidades y centros de investigación en Ecuador, Bolivia, México, y Guatemala. Se ha desempeñado como Secretario General del Instituto Indigenista Interamericano, Secretario Técnico del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, Presidente del Consejo Nacional de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, Coordinador de la Unidad de Investigaciones Aplicadas del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Actualmente es Director Académico del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS). Autor de numerosos artículos y libros como *Entre la ley y la costumbre*, coeditor (1990); *Desarrollo indígena: pobreza, democracia y sustentabilidad*, coeditor, 1996; *Relato Segunda Reunión Intergubernamental: Estado de la Protección Legal y de las Políticas Públicas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, coautor, 2005.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho, abogado brasileño. Licenciado en Derecho (Universidad Federal de Paraná, 1969), Máster en Derecho (Universidad Federal de Paraná, 1988 - Protección Jurídica de los Bienes Culturales) y Doctor en Derecho (Universidad Federal de Paraná, 1998 - Derechos de los Pueblos Indígenas). Es Profesor Titular de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Programa de Maestría y Doctorado. Ha sido Procurador General del Estado de Paraná; presidente

de la FUNAI (Fundação Nacional do Índio) y procurador general de INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária). Libros publicados: *O renascer dos povos indígenas para o direito, Bens culturais e sua proteção jurídica, A função social da terras, A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais*, entre otros. Integra la Junta directiva del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Sarela Paz Patiño, socióloga boliviana. Doctora en Antropología Social (CIESAS, México). Es docente en programas de posgrado de universidades bolivianas y profesora invitada por la Universidad Pedagógica del Ajusco, México y la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Ha trabajado en diversas entidades privadas y públicas en temáticas referidas a: territorios indígenas y recursos naturales, gobernanza y conflictos territoriales, ciudadanía multicultural e intercultural, implementación de políticas en educación intercultural bilingüe y autonomías indígenas. Actualmente forma parte del equipo de la Plataforma Boliviana Frente al Cambio Climático y del grupo de trabajo Pluralismo Jurídico en América Latina (PRUJULA). Autora de numerosos artículos y libros como *Neoindigenismo en tiempos del PAN: Identidad, poder y legalidad* (co-coordinadora, 2004); *Territorios indígenas y empresas petroleras* (2005); *Los derechos colectivos frente al debate constitucional* (2011).

Esther Sánchez, colombiana. Antropóloga (Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia), Doctora (Facultad de Derecho, Universidad de Ámsterdam, Holanda). Docente y catedrática de derecho y antropología en universidades nacionales e internacionales. Perito antropóloga en las Cortes: Constitucional de Colombia, Constitucional de Ecuador e Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Consultora nacional e internacional. Autora de la Audioteca para indígenas no alfabetos (1996). Como autora ha publicado: *Pautas para el Fortalecimiento del Pluralismo Jurídico étnico y cultural en el Programa Nacional Casas de Justicia* (2011); *El peritaje antropológico: Justicia en clave cultural* (2010); *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira: Decisiones interculturales e interés superior del niño* (2005); *Los Pueblos indígenas en Colombia: Derechos políticos y desafíos* (2005); *Construcciones epistemológicas para el conoci-*

miento de los sistemas de Derecho Propio y de las Justicias indígenas (1996); *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia: Políticas de reconocimiento a la diversidad* (1997); *¿La cultura como clonación?* (2005); *Justicia y Pueblos indígenas de Colombia* (1998).

María Teresa Sierra, socióloga mexicana. Doctora en Sociología (Universidad de París VIII). Es Profesora Titular del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) en México, miembro del Sistema Nacional de Investigadores y de la Academia Mexicana de Ciencias. Es especialista en el campo de la antropología jurídica y política, y en los estudios de etnicidad, género y multiculturalismo. Cofundadora de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU) y presidenta de su VI Congreso, realizado en México. Autora de numerosos artículos y libros entre los que destacan: *Discurso, cultura y poder* (1992); *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas* (editora, 2004); *Neoindigenismo en tiempos del PAN: Identidad, poder y legalidad* (co-coordinadora, 2004); *Justicia, diversidad y pueblos indígenas en tiempos de globalización* (co-coordinadora, 2011); *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas* (coordinadora, 2013).

Ignasi Terradas Saborit, Licenciado en Filosofía y Letras (Universidad de Barcelona, España, 1972). Doctor en Estudios Económicos y Sociales (Universidad de Manchester, Inglaterra, 1978). Catedrático de Antropología Social en la Universidad de Barcelona. Ha realizado varias contribuciones al desarrollo de la Antropología jurídica en la investigación y en la enseñanza universitaria. Es autor de numerosos artículos y libros, destacándose entre estos últimos: *Antropología Jurídica de la Responsabilidad* (editor, 2011, Andavira, Santiago de Compostela); *Justicia Vindictoria* (2008, CSIC, Madrid), *Requiem Toda* (1995, Universidad de Barcelona, Barcelona); *Eliza Kendall* (1992, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra); *El Cavaller de Vidrà* (1987, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona) *Historia i antropologia a la memòria d'Angel Palerm* (editor, 1984, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona).

ÍNDICE

Prólogo por <i>Milka Castro Lucic</i>	7
Los Puentes entre el Derecho y la Antropología por <i>Milka Castro Lucic</i>	17
La Antropología del Derecho en Italia por <i>Antonino Colajanni</i>	65
Antropología Jurídica: Costumbres y Conflictos por <i>Ignasi Terradas Saborit</i>	99
Métodos para Recoger Casos Problemáticos en Antropología Jurídica por <i>Jane F. Collier</i>	119
Algunos Presupuestos Epistemológicos y Metodología de la Antropología Jurídica por <i>Esther Sánchez Botero</i>	143
Pueblos Indígenas ante el Estado en Tiempos de Multiculturalismo Neoliberal y de Seguridad Nacional por <i>María Teresa Sierra</i>	189

Género y Justicia en la Antropología Jurídica en México por <i>Victoria Chenaut</i>	223
Los Diversos Caminos del Pluralismo Jurídico: Hacia una Reflexión del Estado Plurinacional por <i>Sarela Paz</i>	251
Cruce de Fronteras entre la Antropología y el Derecho por <i>Morita Carrasco</i>	283
La Identidad Indígena Apropriada por el Derecho por <i>Sébastien Grammond</i>	309
¿Antropología o Derecho?: Crítica a la Autosuficiencia del Derecho por <i>Carlos Frederico Marés</i>	359
Entrando al Círculo: la Antropología Jurídica y la Posibilidad de Justicia Intercultural por <i>Cristóbal Carmona Caldera</i>	379
Utilidades de la Antropología Jurídica en el Campo de los Derechos Humanos: Experiencias Recientes por <i>Diego Iturralde</i>	405
Autores.....	439

Este libro se terminó de imprimir en el mes de abril de 2014 en los talleres
de Gráfica LOM,
Concha y Toro 25, Santiago.
Su edición consta de 100 ejemplares.