

GOBIERNO DEL PUEBLO ORIGINARIO

José Castillo Farreras, ejemplifica: Juicios negativos se han emitido frecuentemente por los estudiosos en todos los campos, incluyendo el derecho, con una visión por demás exclusivista. Pero las pautas de la cultura occidental, por ejemplo y esto frecuentemente no se advierte, fallarían si pretendiésemos aplicarlas a otros pueblos, amén de que obtendrían perspectivas defectuosas. Así como para citar solo dos casos, Werner Jaenera, en relación con la Grecia clásica, o Miguel León Portilla, en lo que atañe a los antiguos mexicanos, intentan el estudio de sus respectivas culturas, tal y como ellos son y no como subjetivamente, moderna u occidentalmente, se quisiera que fueran. Para el caso del Derecho, no es solo las construcciones filosóficas y su practicidad sino también su organización política, administrativa, me refiero a los sistemas de gobierno indígenas, sistemas de autoridad y o, sistemas de cargos.

Este perjuicio parte del propósito firme de no reconocer su cultura y de no aceptar su contribución en el proceso civilizatorio, en el cual su resistencia es un elemento fundamental en tanto condenados de la tierra, como alude Franz Fanón, en los Condenados de la tierra.

El monismo legal imperante sólo concibe la existencia de un sistema u orden jurídico exclusivo que viene desde la invasión española con la Querrela de los justos títulos de la Corona para imponerse en las Indias, que se agravó con el jus-positivismo, bajo las premisas Comtianas de los postulados sociológicos de la estática y la dinámica, o sea el orden y el progreso, tomando como referencia como la única fuente principal y primigenia la ley como fuente principal del derecho, creando en los operadores de justicia una actitud dogmática y fetichizada.

El Estado de corte etnocrático para el caso, monopoliza la violencia legítima la producción jurídica por medio de los poderes del Estado. La costumbre jurídica es aceptada siempre que no sea contraria a la ley y además si fuese el caso, se puede tipificar como delictuosa por pretender afectar el orden público, la seguridad del Estado y por supuesto el estado de derecho. Para el caso de Guatemala son pertinentes los planteamientos de Raquel Irigoyen, que van por este sentido.

Si equiparáramos al sistema jurídico indígena con la costumbre jurídica de occidente, podríamos encontrar aceptable el principio del Jus Vivens, en la medida que las prácticas jurídicas indígenas actúan paralelamente a la ley y en muchos casos son legales. Esa actuación paralela y conjunta del derecho indígena no sólo tiene su expresión en materia penal sino también en las materias administrativas y civiles.

Lo anteriormente expuesto tiene que ver con otra cuestión, al decir de Guillermo F Margadant, que es la de saber cuánto del derecho precortesiano sobrevive, no al margen de la legislación oficial, sino incorporado a ella y otro tema legado al anterior, es el análisis de la sicología social que se manifiesta en el derecho precortesiano y el estudio

de la elemental permanencia de ciertos elementos de ella en la realidad jurídica actual, se refiere a México en particular.

También en toda sociedad existen consensos sobre principios de conducta socialmente necesarios, que su incumplimiento puede ser motivo de sanción y esto ilustra también otro principio expresado en la herencia jurídica romana, por ejemplo, con la fórmula de ciceron ubi societas, ibi jus; que significa, donde existe una comunidad existe el derecho.

Por supuesto que no reconocer la existencia del derecho indígena y consecuentemente con ello el pluralismo jurídico, con el argumento que el derecho indígena no es codificado o más bien, escrito, resulta a estas alturas, también falso, es francamente impertinente y un prejuicio, fruto de la fetichización del derecho en la ley.

El derecho escrito o no escrito, están sujetos a su época y a la forma en que se configuran las relaciones económicas, sociales y culturales. Las formas jurídicas, como se ha dicho, no constituyen condiciones naturales ni básicas de la existencia humana.

La codificación del derecho, como lo hemos señalado, en las sociedades occidentales, es un fenómeno relativamente moderno. Una ideología jurídica es la formulación mediante un sistema de normas de derecho, de las aspiraciones, propósitos y valores de un grupo social. Una ideología jurídica puede constituirse en diversas clases de aseveraciones, explícitas o implícitas. Puede incluir reglas de reconocimiento, que determinan la competencia de ciertas personas para ejercer funciones. Para el derecho consuetudinario indígena, lo que ha denominado la antropología social sistemas de cargos.

a) La experiencia y; b) Las concepciones fundacionales de la cultura, que determina la racionalidad y los lineamientos generales que definen los contenidos espirituales y los valores que subyacen en los comportamientos y prácticas, en estricto sentido conforman fuentes doctrinales y étnicas del derecho indígena.

Estos sistemas de cargos, en sociedades, en donde el Estado nacional, no goza exactamente de legitimidad y de credibilidad de sus operadores de justicia, funciona con un sistema de normas no escritas, por no ser permitidas y además porque no se desea que sean conocidas, dada la persecución que ejerce el Estado de ese derecho y porque en los pueblos indígenas, quienes ejercen la administración de justicia son relativamente autónomos, pero sus fallos son consensuados por la comunidad y de esa manera tanto el contenido como las formas de aplicación de las reglas en detalle, que rigen la conducta se dan como resultado de un ejercicio colectivo, es decir, juzgar obedeciendo; se trata no de mantener el orden, que es un concepto liberal burgués, sino buscar el equilibrio y la armonía, que no es lo mismo también aplicar el derecho, concepto ajeno a esta práctica, ni tampoco una subordinación a la autoridad judicial; la ideología jurídica no se encuentra por lo tanto, fuera o por encima de la comunidad, sino como construcción de ese colectivo en donde a quienes se les aplican el derecho, a su vez son constructores del derecho o digamos, la auto sanción, que les corresponde, porque también, por lo

general, se les pregunta si ellos están también de acuerdo para el caso. La sanción no sólo es reparadora del daño social sino, educativo y reivindicadora del prestigio de las partes en el conflicto, digamos víctimas y victimarios.

En este sistema, a diferencia del derecho estatal, para el caso: el guatemalteco o ladino como se le califica por los propios indígenas, la tendencia apuntada arriba, reside en la preeminencia de la socialización y la democracia, y la institucional reglada, en la administración y la autoridad, más bien, del sentido de la autoridad político jurisdiccional que moral en algunos casos.

Las debilidades del derecho estatal para funcionar en el perfeccionamiento jurídico de la igualdad formal, pone de manifiesto:

- a) La imposibilidad de una ciencia del derecho que no sea al mismo tiempo una ciencia económico social;
- b) La limitación práctica de una sociedad que aún necesitando un igualitarismo formal, se manifiesta como sociedad desigual de ipso;
- c) La limitación teórica de una ciencia económica que ni tenga en cuenta la complementación jurídica;
- d) La posibilidad necesidad, de que la igualación social se desarrolle hasta el punto de hacer inútil o superflua la igualación jurídica;
- e) La posibilidad práctica de que este proceso de igualación social venga estimulado por el proceso de igualación política;
- f) La necesidad teórica de una ciencia social integrada que nos de cuenta de cada uno de los niveles de la sociedad y de las interconexiones del conjunto de ellos.

Así, la aceptación del pluralismo jurídico es sólo una parte de un problema más amplio, es el reconocimiento del pluralismo cultural, en el nivel ideológico, que en lo jurídico se define en última instancia por lo económico, lo social y lo cultural, y en este último, por la sicología. Pero además, la revisión conceptual y política de los sistemas jurídicos convivientes a la luz de principios jurídicos democráticos construidos por la sociedad en su conjunto, bajo mecanismos que por ahora resultan seriamente cuestionados como los partidos políticos y la forma de la organización del Estado en su clásica división de poderes, recogida de la experiencia francesa y norteamericana de hace dos siglos. También en la modernidad la construcción de ese orden jurídico, neoliberal y su compatibilidad con los intereses nacionales en el marco de un Estado Nación pluriétnico, pluricultural, plurilingüe y de distintos intereses económicos y sociales de los colectivos nacionales en todas sus manifestaciones. Tenemos que tener presente que el derecho es un fenómeno específico y en sí consistente, aunque no autógeno ni totalmente autónomo por hallarse subordinado frontal y funcionalmente a la política en cuanto a discurso del poder y a la economía en cuanto a discurso del capital.

Pero el derecho también es un fenómeno ideológico. Según Gramsci el significado más alto de ideología es el de una concepción del mundo que se manifiesta implícitamente en el arte, en el derecho, en la actividad económica y en todas las manifestaciones de la vida individual y colectiva.

Para Boaventura de Sausa Santos, las situaciones del pluralismo están referidas:

- a) Una situación colonial, por la coexistencia del derecho impuesto y el derecho nativo;
- b) La presencia del derecho oficial y sistemas jurídicos indígenas;
- c) Situaciones revolucionarias o de modernización que generan presencia simultánea de sistemas;
- d) Sociedades modernas con grupos que crean sus propia legalidad para estatal: grupos excluidos: pobres, habitantes de barrios marginales, etcétera.
- e) Ciertos grupos con poder económico: grupos con alguna característica común: religiosa, cultural, racial, territorial, gremial, etcétera.
- f) Regulaciones de carácter transnacional que se superponen a las nacionales como la *lex mercatorum*.

Formas de pluralismo jurídico interno por la desregulación, fragmentación e informalización de las agencias del propio Estado.

Legalidad y legitimidad: Naturalmente que esto pasa con relación a las formas en que se manifiestan las relaciones sociales y en la forma que socialmente se produce y reproducen la vida económica, en Guatemala marcada por una sociedad capitalista atrasada y dependiente que convive con otras formas productivas, digamos comunitarias o como algunos la denomina pre-capitalista, como es la de los indígenas, que como advierte Pierre Clastres, no sólo son sociedades sin Estado sino sociedades contra el Estado por estar dotadas de una forma de organización económica y cultural que impide la enucleación de un poder coactivo supra social que pueda ser asumido por un individuo o un grupo destacado por encima de los demás miembros de la comunidad y lamentablemente de servidumbre, que generan prácticas sociales y jurídicas y que manifiestan en una forma de gobierno, de corte etnocrático, que no permiten la participación política real del mundo indígena en la vida nacional y que conlleve a un proceso autónomo, que deberán definir los propios pueblos étnicos indígenas y para el caso, algunos de ellos binacionales: México y Belice que aplicara a futuro la relación con la especificidad de lo político dentro de la sociedad considerada, es decir, la forma de gobierno.

Por ahora, mientras se define la construcción de un Estado nacional, pluriétnico y pluricultural, veamos algunas experiencias como ilustración. René Kuppe, alude conforme a las experiencias en Australia:

- 1- Incorporación general: El derecho aborigen puede ser codificado en forma de un estatuto legislativo por el estado. Un ejemplo sería el Código del derecho nativo de natal, que aspira codificar el derecho consuetudinario aborigen de esa provincia sudafricana.
- 2- Incorporación específica: La incorporación legislativa también puede limitarse solamente a una o a unas normas específicas del derecho consuetudinario, transformándose éste en parte del derecho reconocedor.
- 3- Incorporación por referencia: La legislación estatal puede incorporar el derecho consuetudinario, sin constatar en forma explícita su contenido; por ejemplo la legislación que protege sitios sagrados puede permitir el acceso a esos sitios de acuerdo con la tradición aborigen.
- 4- Reconocimiento por exclusión del derecho general: Esa técnica del reconocimiento, se basaría en la exclusión explícita del derecho en general con respecto a algunas áreas jurídicas, lo cual significa en aquellas áreas excluidas habría libertad de aplicar las reglas consuetudinarias. Un ejemplo sería: en cuestiones de herencia, se excluye el derecho estatal, dejando espacio libre para aplicar entonces el derecho consuetudinario.
- 5- Reconocimiento como traducción: Esta forma de reconocimiento equipara a una institución del derecho consuetudinario con una institución del derecho reconocedor, y atribuye a la primera, en el caso de ser reconocida, todas las consecuencias que tiene la segunda en el caso del derecho reconocedor. Por ejemplo, el reconocimiento de un título tradicional a la tierra concede también al propietario los derechos que tiene un propietario en el derecho reconocedor, aunque estos no tengan equivalencia en el derecho consuetudinario; así el título tradicional a la tierra reconocido conlleva al propietario a la participación de beneficios en actividades de minería, aun cuando en el derecho consuetudinario no se contemplen esas actividades.

En contraste, las formas de reconocimiento indicadas introducen la regla reconocida en el sistema reconocedor con sus propias formas, sin tomar en consideración que el sistema reconocedor posiblemente no tenga una regla equivalente. Por ejemplo el reconocimiento de un título tradicional a la tierra, en forma de la incorporación, significaría que el derecho reconocedor aplicaría los derechos implicados por el uso tradicional de la tierra.

- 6) Reconocimiento como acomodación: Una forma de reconocimiento es la modificación o acomodación del derecho reconocedor, sin una incorporación específica de las instituciones consuetudinarias.

Naturalmente que este es un tema apasionante, pero circunscribiéndome a la posible legalidad del sistema jurídico indígena, encontramos que para México y Guatemala

conforme el convenio 169 de la OIT, que es la única normativa internacional que lo regula, están obligados:

Art. 8.1 Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberá tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Lo que implica que es una obligación del juzgador aplicar el Convenio. Debe recordarse, que es un principio general del derecho: que no puede alegarse ignorancia, desuso o práctica en contrario y se puede tener responsabilidades.

- 1- Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
- 2- Aquí hay un reconocimiento al derecho consuetudinario. Para el derecho nacional, existe la prohibición de no ser incompatibles también con los derechos humanos internacionalmente reconocidos digamos la tortura, la imparcialidad e imparcialidad de la justicia, el cohecho, etc.

La aplicación de los párrafos anteriores de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Pero también son aplicables los artículos 9, 10, 11, y 12, en los que, en términos generales, permiten que en la medida que sean compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a que los pueblos indígenas y tribales recurren en materia penal; que las autoridades deben tomar en cuenta las costumbres de dichos pueblos en materia penal; se ordenan los estudios de carácter antropológico y socio económicos y de sanciones distintas a los encarcelamientos y finalmente se les concede la gracia de acciones judiciales frente a la violación de sus derechos en la materia.

Las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, son limitadas en la medida que no reconocen expresamente un proceso autónomo de los pueblos indígenas, para aplicar su propio derecho, recrear sus propias construcciones jurídicas y dialectizarlas para superarlas y participar en la construcción del derecho nacional, más allá de su etnicidad, sino a lo que se denomina el bien común.

Es decir, el Convenio 169 de la OIT es limitado con relación al desarrollo de los derechos colectivos de los pueblos y para el caso de los pueblos étnicos que constituye una serie limitación de la naturaleza socio política. Sus limitaciones se deben seguramente a las reservas en su construcción por parte de las representaciones gubernamentales.

Constitucionalmente en México, se le ha dado legitimidad constitucional conforme el último párrafo, del artículo 4, que establece: En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y sus costumbres jurídicas en los términos que lo establezca la ley. Y por supuesto, en México y en Guatemala existen disposiciones similares en varios cuerpos de leyes con esta orientación. Para el caso, hay una serie de disposiciones importantes en la legislación del estado de Oaxaca, en su Constitución y en leyes ordinarios, especialmente en materia electoral, en donde se aceptan los denominados usos y costumbres de los pueblos indígenas.

En Oaxaca se modificó la constitución y el Código de Instituciones Políticas y procesos Electores. Constitucionalmente se dice que la ley protegerá las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas, que hasta ahora han utilizado para la elección de sus ayuntamientos. Art. 25. En el Art. 109 del Código de Instituciones Políticas y procedimientos electorales del estado, se define al derecho consuetudinario en los siguientes términos: En este Código se entiende por derecho consuetudinario las disposiciones de nuestra constitución particular, relativas a la elección de ayuntamientos en municipios que se rigen por usos y costumbres. Las aplicaciones para este caso en exclusiva pero el reconocimiento al derecho indígena son innegables. En Guatemala la elección y toma de cargos del uno de enero se rige en la práctica por el derecho indígena y constitucionalmente existe el mandato a la protección de los grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.