

PLURALISMO JURÍDICO

Cuando se hace referencia al sistema jurídico de los pueblos indígenas como derecho consuetudinario, se herra por desconocimiento de la Teoría Jurídica de las naciones con cultura occidental o influencia europea y la Teoría Jurídica propia de los pueblos indígenas o sociedades originarias del continente. La defensa de la comunidad indígena y campesina, con sus características organizativas, culturales, sociales e incluso religiosas, no está atada al subdesarrollo, como históricamente ha tratado de hacernos creer los opresores y discriminadores de los pueblos originarios. Por el contrario, poseen un potencial inmenso para el desarrollo integral del ser humano, derivado de su esencia de solidaridad y cooperación, y sobre todo, de su propio sentido de la Democracia, y de su propia noción de la vida. Y naturalmente tal proposición es equivocada. Sin embargo, tal propuesta aparece reconocida en el derecho internacional como es el caso del Convenio 169 de la OIT en su artículo 8. Los acuerdos de paz en Guatemala y especialmente al de identidad y derechos de los pueblos indígenas, llama derecho consuetudinario al sistema de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que rigen la vida comunitaria indígena y permiten resolver conflictos.

Se dice que muchas voces indígenas han criticado el término derecho consuetudinario porque evoca, según los analistas, una clasificación ajena a sus propios usos, prefieren llamarle simplemente costumbre. Por esta razón el Instituto Nacional Indígenista de México, consideró que es más acomodable la denominación de costumbres jurídicas indígenas aunque señalaron que esta denominación ha encontrado resistencia entre los abogados, porque el concepto legal de costumbre jurídica es muy estrecho y resultaría inaplicable a casos aislados, según aparece en alguna de sus publicaciones en los cuadernos de antropología jurídica, a cargo de la subdirección de Antropología Jurídica. Sin embargo, en la declaración de Quito, Ecuador, y en la de Xelajú, Quetzaltenango, Guatemala, con ocasión del quinto centenario, se dijo: “nosotros no le vamos a llamar derecho consuetudinario indígena como lo señalan los colonizadores, nosotros vamos a recuperar lo que es nuestro y por lo tanto, vamos a llamarle: Derecho Indígena”.

Dependiendo las connotaciones étnicas, para el caso de Guatemala, se habla de un derecho indígena maya, por ejemplo. En el fondo se pretende hacer notar su historicidad, es decir, se trata de la existencia de un derecho previo, del cual por supuesto, tiene sus particulares fuentes filosófico jurídicas. Cabe advertir, que también pasa por un proceso de recreación, que se definen en función también lamentablemente, de la presencia del derecho institucional reglado, que lo niega.

Claudia Olvera Sierra, tomando como referencia el caso conocido de los brujos de Taxicaringa, acusados de asesinato junto con su comunidad (Comunidad Tepehuana, 1984, Durango, México), con preocupación señala al respecto:

A partir de lo polémico de este caso, una de las cuestiones a reflexionar es, primeramente, si éste constituye un ejemplo de una práctica de costumbre jurídica, independientemente de que tenga el carácter indígena o no, ya que existe el supuesto

jurídico que se está frente a una sociedad homogénea donde existe la igualdad normativa. La costumbre, para que pueda ser considerada como norma jurídica según la doctrina del derecho positivo, además de las características que debe contener como norma del derecho, opuestas y diferentes a las normas de la moral, la religión y los convencionalismos sociales, debe ser general, continua y permanente. Sin embargo, ¿cómo buscar estas características de las normas consuetudinarias en el caso que acabamos de presentar?

Y al final de apartado agrega: La reflexión jurídica, en primer término, debe demostrarnos que existen normas jurídicas consuetudinarias establecidas como costumbres, pero desde el derecho positivo. Cercana a ese planteamiento, Raquel Irigoyen Fajardo, para el caso guatemalteco advierte:

El término costumbre o usos y costumbres resulta teóricamente limitado para referirse a sistemas normativos, ya que sólo se refiere a prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente. En cambio los estudios empíricos sobre los sistemas normativos indígenas dan cuenta de:

- 1- Que no sólo se trata de prácticas aisladas, sino que tiene un eje cultural que las articula a un sistema de normas, autoridades y procedimientos por los cuales regulan su vida social, resuelven conflictos y organizan el orden interno.
- 2- Su enorme capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condiciones de persecución y deben responder a necesidades y demandas sociales cambiantes. En términos valorativos, por lo general, el uso de conceptos costumbres va asociado a una subvaloración de los indígenas, a los que se busca sujetar a tutela y control. En términos políticos, se propone la represión o criminalización de prácticas indígenas que están contra la ley.

Así, para la autora: la idea de que sólo es derecho el del estado y lo demás meras costumbres, limita cualquier estudio de sistemas normativos no estatales o sea el denominado monismo jurídico.

El estudiante de derecho estudia las fuentes del derecho y naturalmente la costumbre es una fuente en el derecho occidental desde el derecho romano. Se confunden las fuentes del derecho, las fuentes de la ley y las fuentes de las normas. El origen de la primera es la sociedad, el origen de la segunda, el proceso legislativo, y el origen de la tercera, las normas mismas de superior jerarquía. La ley es la norma general establecida mediante el proceso legislativo y está integrada por dos elementos, material uno, formal el otro. El elemento material lo encontramos en tres características: abstracta porque se aplica a todos los casos que reúnen las condiciones previstas para su aplicación; General, porque se refiere a todas aquellas conductas que se encuentran bajo los preceptos jurídicos enunciados en ella, y obligatoria porque es coactiva. El elemento formal se refiere a la manera de ser expedida, en nuestro sistema jurídico corresponde al Poder legislativo.

En cuanto a las fuentes del derecho, hay una elemental clasificación que las divide en reales y formales. Las reales, constituidas por los elementos que determinan el

contenido de las normas o los fenómenos económicos, políticos, sociales que el creador del derecho toma en consideración, y las formales, que es el procedimiento de creación de las normas.

Históricamente se sabe que el emperador Justiniano encargó al jurista Triboniano que compilara las fuentes jurídicas de Roma y, en consecuencia, éste compuso sucesivamente las cuatro partes que forman el Corpus Juris Civilis: el Digesto o Pandectas. Con el Corpus Juris Civilis se consuma la recopilación del derecho romano clásico y luego va la *jus commune* del mundo cristiano. La civilización surgida en el mediterráneo durante la edad antigua, sublimada por el cristianismo, alcanzó amplio desarrollo en Europa y traslado luego su cultura al nuevo mundo.

Aquí el profesor del curso de introducción al derecho, incluye la legislación. Históricamente, los primeros exponentes de la codificación moderna, fueron los códigos prusiano y austriaco en el siglo XVIII sin embargo, no es sino hasta principios del siglo XIX, y con las codificaciones francesas y dentro de ellas el Código Civil de 1804, Código Napoleónico que se inicia el gran movimiento codificador, y sirvió de patrón a casi todos los códigos civiles europeos, entre ellos el español y luego paso a México y Guatemala.

Los romanos llamaban Codex a un conjunto de pequeñas tablas de madera, cubiertas con una capa de cera sobre la cual se escribía con un estilete (*stylus*); estas tabletas se ataban una con otras de manera que formaban una especie de cuaderno. Desde el siglo IV, la palabra codex se aplicó especialmente a las colecciones de leyes, tales como los códigos gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, y más tarde se le dio la denominación de Codex, al de Justiniano, expedido en el año 529. Para Planiol, la codificación es algo más que la unificación del derecho. El derecho pudo haberse unificado en un Estado sin haber sido codificado. La codificación es la recopilación única para todo un país o Estado, de toda una parte del derecho. La legislación se dice codificada, cuando se contiene o encierra en una ley única en lugar que se encuentre diseminada en varias leyes. Una y otra escuela del derecho se pronunciaron en pro y en contra de la codificación a través del siglo XIX, pero ha prevalecido en la práctica, la codificación. Sobre el particular, recuerda Javier de Cervantes, de quien tomamos la información, que las diversas ramas del derecho, como elemento fundamental para que las codificaciones se lleven a cabo agregando cada una de las ramas en códigos separados.

Par América Latina es sin duda sobresaliente la figura de Andrés Bello, en cuanto se refiere particularmente al derecho civil. En México, Benito Juárez inicia la codificación y plantea la primera revolución jurídica burguesa, pero cabe recordar que Don Benito Juárez, es un hombre de origen indígena del estado de Oaxaca.

La revolución jurídica burguesa liberal, trae consigo un desarrollo teórico político, en donde la ley es dura pero es la ley, que da origen al culto a la ley, que impide la aceptación plena de las otras fuentes del derecho: La costumbre, la jurisprudencia. Pero hablamos de la costumbre como una categoría del derecho de la cultura occidental.

Precisando la diferencia entre el sistema jurídico indígena y la costumbre como fuente del derecho, en nuestro sistema heredado de la cultura occidental, Mario de la Cueva advierte:

La costumbre ha jugado un papel importante como fuente formal del derecho en los orígenes de todos los pueblos; puede decirse que todo derecho ha comenzado por ser consuetudinario; en la actualidad ha disminuido su importancia. Las lagunas de la ley se refieren menos a problemas del pasado, cuando a las nuevas necesidades que brotan repentinamente y es aquí donde la costumbre falla, por ser el derecho del pasado.