

## **LA COSTUMBRE**

Para Mario de la Cueva, la costumbre debe ser el primero y más importante integrador del derecho positivo en caso de lagunas. Pero las observaciones al respecto, en cuanto al derecho social van en el sentido que muchas veces es la costumbre una forma de vida cotidiana que puede ser conservadora y muy tradicional aun que puede resultar anacrónica. Este culto a la ley da pie al surgimiento de tres corrientes de pensamiento o también llamadas escuelas.

Por un lado, la Escuela de la Exégesis que nace en Francia junto con la edición de los grandes códigos a comienzos del siglo XIX. El inmenso prestigio de estos códigos, especialmente el de Napoleón, la idea de que ellos condensaban en forma racional y ordenada principios, reglas y conocimientos jurídicos acumulados durante siglos, el postulado político de que la ley es la expresión de la voluntad del pueblo y de la razón, hicieron que se rindiera un verdadero culto a los textos de la ley, los principales, el código civil y código penal, obras de un legislador que aparecería como infalible y omnipotentes. La Escuela de la dogmática jurídica, que se desarrolla principalmente en Alemania, propone el conocimiento racional y sistemático de los fenómenos jurídicos a través de la búsqueda de los conceptos generales que contienen objetivamente el ordenamiento jurídico positivo.

Más recientemente la Teoría Pura del Derecho, creación de Hans Kelsen, lleva a sus extremas consecuencias racionales la tesis que establece que no existe otro derecho que el que emana de la autoridad estatal.

Justo frente a estas construcciones Eduardo Novoa Montreal, escribe un trabajo dedicado al análisis del problema que denomina El derecho como obstáculo al cambio social. Por supuesto que estas escuelas persisten hoy día como referentes históricos; pero son inaplicables para un análisis serio del pluralismo jurídico y menos al derecho indígena, o como modernamente se indica, inapropiado al derecho de los pueblos originarios de las Américas.

No obstante lo anterior, pareciera ser que para México y por supuesto para Guatemala, en cuanto al desarrollo del pensamiento jurídico se encuentra que un análisis preliminar de 43 manuales de derecho por los más reconocidos autores pertenecientes a 11 ramas del derecho, en relación con sus fundamentos teóricos y metodológicos, concluye que, en términos generales, la doctrina jurídica no toma en cuenta las contribuciones de los cuatro teóricos del derecho más prominentes del siglo XX, (Hans Kelsen, Alf Ross, J.L. Hart y Norberto Bobbio), pues solamente dos autores basaban explícitamente sus doctrinas en dichas contribuciones.

En la actualidad algunos tratadistas proponen la procedencia de dos sistemas de pensamiento: la sistémica y la de la acción comunicativa. Esta temática será considerada más adelante cuando abordemos el pluralismo jurídico y los planteamientos del derecho alternativo y uso alternativo del derecho.

La vigencia jurídica y política de estas concepciones, pueden advertirse en el uso constante de la clásica muletilla: siempre que no sean contrarias a la ley, siempre que no sean contrarias a la constitución, siempre que no sean contrarias a derecho.

Modernamente, en el Convenio 169 de la OIT, se mencionan a los derechos fundamentales, así: 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 sean necesarios, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que pueden surgir en la aplicación de este principio.

René Kuppe, considera que ese aporte fue formulado como si fuera necesario imponer una barrera para evitar la violación de los derechos humanos por parte de las propias instituciones de los pueblos indígenas. Con relación a ese problema, en el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas de la ONU muchos ponentes indígenas expresaron su punto de vista argumentando que derechos humanos tal como están formulados en el derecho positivo nacional o internacional, no son adecuados para sus pueblos, puesto que estos derechos son el resultado de una ética individualista que puede ser contraproducente para sus aspiraciones.

Pero también estuvo vigente durante el período colonial; si recordamos: que se aceptaban las costumbres de los naturales de aquellos lugares que no fueran contrarias a la religión y al derecho natural, y con las costumbres que fueran surgiendo en el nuevo mundo, por obra de los mismos españoles.

La costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Por otro lado, señala también que los principios generales del derecho ocupan un lugar terciario como fuente del derecho: Todo lo que no esté prohibido, está permitido, nadie está obligado a lo imposible, no hay pena sin ley, el que afirma está obligado a probar, la ignorancia de la ley, no exime su cumplimiento, todo mundo es inocente hasta que se demuestre que es culpable. Estas reflexiones son propias del sistema jurídico nacional vigente en nuestros países, pero son construcciones jus - filosóficas del pasado, con relación a los pueblos indígenas, y el mismo ejercicio lo podemos hacer con relación a las fuentes y principios generales en el Common Law de la sociedad inglesa.

La expresión natural ha dado pie entre los intelectuales indios de Canadá y Estados Unidos, quienes señalan que ellos no son indígenas ni mucho menos poblaciones de minorías, sino que ellos deben ser llamados como miembros de los pueblos originarios.

Como se puede notar no incluye a los negros. A propósito, en el II seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas, celebradas en la Ciudad de Guatemala en septiembre de 1998, convocado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Organización Internacional del Trabajo OIT, cuando se trató el convenio 169, algunos pusieron en duda que los afroamericanos fueran pueblos, en el sentido que le confiere el convenio 169 de la OIT.

Resulta conveniente también hacer mención de la costumbre internacional. En el artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ se define la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. Para entender bien esta definición es necesario examinarla más detenidamente. Para que exista una costumbre, se necesita en primer lugar, que haya una práctica general en las relaciones entre Estados. Es posible encontrar ejemplos de dichas prácticas generales tanto en las relaciones bilaterales entre Estados como en las relaciones multilaterales. Una práctica general ha de ser constante y habitual para que sea reconocida como tal. Pero no debemos olvidar que la intención es más propositiva que real, en tanto, que hay un monopolio del derecho estatal por parte de la ley, en tanto la gradual desautorización, como señala Bobbio, de las otras fuentes tradicionales: las decisiones judiciales y la doctrina de los juristas. La negación del pluralismo jurídico se da por parte del Estado, no existe otro derecho sino del Estado, es la afirmación frecuente. Lo anterior implica reformular la concepción liberal del Estado y además etnocrática y monocultural eurocentrica.

En el common Law la costumbre puede referirse a tres cosas distintas, la costumbre general, la costumbre mercantil y la costumbre local. La costumbre general, llamada también costumbre general inmemorial, se identifica con el propio Common Law, para cuya elaboración, los tribunales reales se basaron, cuando menos en teoría, en las costumbres de los antiguos reinos anglosajones. La importancia actual que como fuente del derecho puede tener la costumbre en la aceptación indicada, es escasa, habiendo sido absorbida, tiempo atrás, por el caso law y la legislación. La costumbre mercantil data de la edad media y se formó con las prácticas adoptadas por comerciantes y mercaderes, con el objeto de crear normas especiales, que además agilizaran el tráfico comercial, al igual que sucedió en el resto del continente europeo, estas prácticas, se incorporaron al derecho legislado y a la jurisprudencia por lo que a la costumbre local se refiere, la puede hacer valer una persona ante un tribunal, buscando se le reconozca y declare un derecho que ha venido ejerciendo por algún tiempo. En el momento en que el tribunal acepta, esa costumbre deja de serlo, para convertirse en derecho local. Para lo cual, la costumbre debe reunir ciertos requisitos, sobre estos requisitos se informa: que debe existir desde tiempo inmemorial, circunscribirse a una región determinada y su contenido preciso, su ejercicio debe ser continuado, razonable, público y sin vicios y por último se exige que la costumbre sea consistente con el derecho objetivo, lo que quiere decir que no debe contrariar ninguna norma jurídica vigente, bien sea, jurisprudencial o legislada. A propósito del derecho inglés: quizá pudiera decirse que el derecho comienza, en todas partes por la costumbre, en el sentido de que cuando una autoridad central comienza a intervenir en el ajuste de disputas, la regla que se aplica son fundamentalmente las reglas de conducta que han sido observadas de forma habitual por los miembros de la comunidad en sus relaciones recíprocas. Nuestro propio common law es descrito por Blackstone como la costumbre común del reino. Desde la historia, es notorio que no es así. El Common Law fue alumbrado por los jueces del Rey, a lo largo de todo el territorio, precisamente porque no había costumbre común del reino. La costumbre de las diferentes partes del país establecidas por diferentes elementos de nuestra híbrida población eran muy diversas y la justicia señorial había

ocasionado que hubiera una casi infinita variedad de costumbres imperantes en pequeñas áreas. En las comunidades indígenas, pero también en otras cuyos integrantes son mestizos o blancos, sucede el mismo fenómeno: sus miembros reconocen las normas que deben obedecer a partir de ciertas operaciones ideológicas aprendidas. Y saben perfectamente cuáles son sus normas y cuáles las que pretenden ser impuestas desde el exterior, desde el Estado dominante.

Lo mismo sucedería si hacemos una interpretación religiosa ajena y sustituimos las categorías de análisis propias de la otra cultura. Por ello, sin pretensión alguna de superioridad, los intelectuales indígenas y otros juristas que profesan y ejercen en otros sistemas jurídicos, historiadores, sociólogos, antropólogos, internacionalistas, etc. Partimos de la opinión que para dilucidar la cuestión debemos aceptar que el denominado derecho consuetudinario es un sistema jurídico que tiene sus propias construcciones filosóficas, políticas, sociológicas y su práctica. Que subsiste porque en el proceso colonizador español y el colonialismo interno, el sistema jurídico nacional no tiene la suficiente credibilidad ética, valorativa, política, ni práctica para los indígenas y para los ciudadanos en general.

En las comunidades indígenas, pero también en otras cuyos integrantes son mestizos o blancos, sucede el mismo fenómeno, sus miembros reconocen las normas que deben obedecer a partir de ciertas operaciones ideológicas aprendidas. Y saben perfectamente cuáles son sus normas y cuáles no lo son, ya que estas pretenden ser impuestas desde el Estado ajeno a la vida comunitaria a la que ellos pertenecen.

En cuanto al ejercicio del derecho indígenas que ha sido estudiado ampliamente en la sociedad comunitaria, por sociólogos y antropólogos del derecho, nacionales y extranjeros, todos muy reconocidos, encontramos descripciones y análisis sobre el ordenamiento procesal y sus mecanismos propios en cuanto a sus operadores del derecho, señalando, entre ellos, los sistemas de cargos o sistemas de autoridad, jerarquía cívico religiosa, etcétera.

Se llega a la siguiente conclusión: Que si bien existe una matriz cultural mesoamericana que inicialmente da sentido a los sistemas de cargos en las comunidades indígenas, también se puede observar las diferencias estructurales importantes entre las comunidades.

En los Acuerdos de Paz en Guatemala, se refieren: Las autoridades e instituciones indígenas constituidas de acuerdo con sus normas. Así, las autoridades indígenas que intervienen en la regulación de la vida social y en la resolución de conflictos: Alcaldes auxiliares, y todos los cargos de la corporación municipal, ancianos, principales, cofrades, comadronas, Aj Quij Ab o guías espirituales etc. Estas autoridades se instituyen por diversos mecanismos que le dan legitimidad dentro de los pueblos indígenas, fecha de nacimiento de acuerdo con el calendario maya, elección, designación, turno, etapa del ciclo vital. Las instituciones indígenas tienen sus propios mecanismos de elección.

Para Korsbaek, dos importantes consensos surgieron a partir del descubrimiento de la institución del sistema de cargos:

El primero consiste en un número de oficios que están claramente definidos y que se rotan entre los miembros de la comunidad quienes asumen un oficio por un periodo corto de tiempo después de lo cual se retiran a su vida normal por un largo periodo de tiempo. Los oficios están ordenados jerárquicamente y el sistema de cargos comprende a todos los miembros de la comunidad. Los cargueros no reciben pago alguno durante su periodo de servicio, por el contrario, muy a menudo el cargo significa un costo considerable en tiempo de trabajo perdido y gasto de dinero en efectivo, pero como compensación el cargo confiere al responsable un gran prestigio en la comunidad.

El segundo consenso, para nuestro autor, de carácter explicativo, ha sido resumido en lo que se puede llamar el paradigma del sistema de cargo, que puede definirse como en lo económico, el sistema de cargos tiene la reputación de nivelar la riqueza y en lo político ser una manifestación de la democracia. En el aspecto cultural se dice que los mismos indígenas ven en el sistema de cargos, la expresión simbólica del cosmos, además de que define el mundo y los elementos relevantes de éste.

Se sugiere que dentro de este segundo planteamiento cultural, resulta importante traer a la vista las tesis de la corporación campesina cerrada, generalmente el Municipio; los límites y membrecías hacia la comunidad marcados por lo religioso de Nash; o cómo el sistema de cargos define los legítimos canales de comunicación entre los elementos del mundo de la comunidad al exterior de Wolf y los planteamientos discutibles que dice que los sistemas de cargos definen la situación normal del mundo, por lo que se opone al cambio de cualquier tipo.

En el marco de la historia del derecho en Mesoamérica en la construcción del discurso jurídico, son significativos los aportes de dos hombres de origen indígena: Benito Juárez, quien nos legó el principio general del derecho el respeto al derecho ajeno es la paz y el ideario de Emiliano Zapata en el plan de Ayala que es una de las fuentes principales del derecho social y precursor del colectivo de los pueblos y particularmente el agrario de la revolución mexicana a principios de siglo.

Al crear a sus funcionarios, autoriza su discurso jurídico y su normatividad, escrita o no, después de la invasión castellana, más bien oral, por razones de persecución política, sin embargo, otro rasgo distintivo de la cultura mesoamericana fue la escritura jeroglífica y la invención de signos para números, inventan el cero, el uso de libros plegados estilo biombo, anales históricos y mañas. Fuente importante para su estudio son los Códices. Cuando las enciclopedias aluden a ellos, refieren que entre las fuentes para la historia de las naciones más civilizadas de la América aborígen existen también los códices. Para el caso, se habla de los Códices mexicanos: Códex Borgia, Vaticanus, Cospianus, Jeyervay Mayer, Laud, Vindobonensis, Nuttal Vaticanus A. Telleriano Remensis, Mendocinus y luego una lista de los denominados manuscritos interpretativos.

Martia Sten, en su libro, *Los Códices de México*, presenta una relación que nos lleva a conocer algunas de las historias de estos documentos invaluable en forma documentada.

Entre los Códices Mayas, únicamente conocemos tres libros, todos precortesianos salvados milagrosamente de la destrucción: *Dresdensis*, *Peresianus* y *Tro Cortesianus*.

Andrés Ciudad, explica que la información registrada en cada libro no fue siempre la misma, ni siquiera con códices contemporáneos. El más antiguo, el de Dresde, se debió de confeccionar a comienzos del siglo XIII d de C. En la Península de Yucatán, y contiene un extenso almanaque con tabulaciones temporales, como si fuera un amplio tratado de adivinación y astronomía. El Códice de París puede ser contemporáneo con el esplendor de Mayapán e incluye multitud de profecías y adivinaciones, a la vez que diversos ciclos de cincuenta y dos años y sus deidades y ceremonias patronales. El Códice de Madrid contiene muchas semejanzas con la decoración de los murales de Tulum y Tanchah, y puede haberse confeccionado en el área, siendo el libro más tardío de todos. En el se escribieron horóscopos y almanaques de diversos signos. Para el denominado mundo azteca, particularmente los pos-cortesianos, Códice Mendocino, actualmente en Oxford, fueron hechos por órdenes del Virrey Mendoza. La escasez de más códices se debe como lo ha señalado Floris Margadant, al hecho de que el clero inclusive el culto humanista Juna de Zumárraga hizo quemar muchos documentos paganos.

Miguel León Portilla, en su obra *los antiguos mexicanos a través de sus crónicas y cantares*, considera que a pesar de las destrucciones, existe un rico legado documental del mundo náhuatl prehispánico y nos da un listado interesante para después de la conquista, siendo los primeros entre 1524 y 1530, que se conservan en la Biblioteca Nacional de Paris con el nombre de *Anales de Tlatelolco* o *Unos anales históricos de la Nación Mexicana*.

A manera de manuscritos interpretativos, la historia de Yucatán cuenta con 16 documentos postcortesianos, en lengua maya, con letras de alfabeto latino, cuyo nombre general es el *Chilam Balan* y de *Chumayel* y también tenemos las *Crónicas de Calkini*.

María Sten cuenta que, hace 30 años Josué Sáenz, un empresario azucarero, compró un lote de objetos de la cultura prehispánica. Ente ellos venía un códice maya, denominado *Groiler*, expuesto por primera vez en Nueva York en 1971. Para Sten los códices son auténticas minas de información.

