

EL ORDEN JURÍDICO EN LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

El estudio del orden jurídico de las sociedades amerindias es una tarea teórica, metodológica, empírica y compleja; y cuando se trata de sociedades de pueblos originarios que viven dentro de Estados cuya estructura e instituciones políticas y jurídicas son de influencia europea, su estudio es aún más complejo y difícil. Sin embargo, se evitan algunas dificultades innecesarias si, desde el principio, se establecen ciertas distinciones fundamentales. Por ejemplo, no es lo mismo estudiar el orden jurídico oficial del Estado que domina, dentro del cual viven las sociedades originarias del continente, declaradas como marginadas a la influencia occidental o europea, que estudiar el orden jurídico de las naciones originarias del continente; la interacción entre ambos órdenes jurídicos también puede ser estudiada como otro tópico. Además, es necesario distinguir tipos diferentes de sociedades no occidentales, según su grado de complejidad organizacional y de dependencia con respecto a la naturaleza.

La base legal de su existencia se encuentra en el contenido del artículo 66 constitucional: 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.

Algunos antropólogos han hablado de sociedades primitivas, pero ciertas modalidades de crítica extra académica han llevado a utilizar cautelosamente el uso de ese término, y a referirlo específicamente a la tecnología de estas sociedades, sin extenderlo a la cultura o a la organización social; también han hablado de sociedades simples. Con respecto al término simple, éste es referido específicamente a la forma de su organización social. Estos términos no asignan todas las sociedades no occidentales a la categoría de tecnológicamente no modernas u organizacionalmente menos complejas que las occidentales, ni todas las sociedades occidentales a la categoría de modernas y complejas. Los libros de antropología mencionan en muchos casos concretos de sociedades que corresponden a la categoría de organizacionalmente simples y tecnológicamente no modernas, se les ha denominado en algunas oportunidades como sociedades Ameríndias, pueblos originarios de las Indias americanas.

Se expondrá, en primer lugar, un marco teórico para el estudio del orden jurídico; luego, información etnográfica sobre algunas sociedades no occidentales, tecnológicamente no modernas y organizacionalmente simples, que permite conocer las condiciones socio culturales primarias y los procesos de desarrollo que generan los rasgos, complejos e instituciones jurídicas y legales que conforman su orden jurídico. Finalmente, se presenta una discusión sobre el estudio del orden jurídico en las sociedades no occidentales, de tecnología no moderna o folklóricas incorporadas en Estados coloniales o post coloniales y que son de tipo occidental. Para completar lo anterior, se presentarán conceptos del lenguaje del Derecho occidental, con algunos comentarios sobre su correspondencia con conceptos de la antropología y la sociología Jurídica. Con base en

ellos se pueden discutir formas de interacción entre instituciones jurídicas legales propias de sociedades no occidentales y el Derecho oficial del estado en que están territorialmente incluidas. Se espera que ello contribuya a facilitar las deliberaciones sobre los sistemas jurídicos y sus relaciones.

ESTUDIO DEL ORDEN JURÍDICO

El ser humano, en toda época y lugar, ha tenido que resolver periódicamente problemas de satisfacción de necesidades individuales, de adaptarse al ambiente natural que lo rodea y vivir en una paz y convivencia social con sus semejantes. Sus propios procesos fisiológicos los tiene que llegar a satisfacer, tales como sus necesidad/satisfacción, sueño/vigilia, etc. El carácter recurrente de ciertas condiciones naturales, la alternancia entre el día y la noche, el advenimiento cíclico de las estaciones, la estacionalidad de la flora y la fauna y el trato frecuente con miembros de su propio grupo y de otros, lo enfrentan a situaciones alternantes, que se repiten cada cierto tiempo y en condiciones similares. Puesto que en cualquier situación debe actuar para satisfacer sus necesidades, adaptarse a las condiciones del ambiente y convivir con los demás, se ve inducido para la similitud de las situaciones recurrentes a repetir modos de actuar en ellas. En esta forma el hombre no sólo distingue y define situaciones similares o equivalentes, y las tipifica, sino que también distingue, define y tipifica formas apropiadas de proceder cuando se trata de actuar.

La repetición de la pauta, es decir un tipo de actuación apropiado para cierto tipo de situación, cada vez con menor necesidad de deliberación, de elección y de decisiones consiente por parte del actor individual, conduce a una automatización en su comportamiento, a una habituación. Los miembros de un grupo o poblado comparten la condición humana, el mismo ambiente natural y sus relaciones sociales; por ello se observan mutuamente, se imitan, aprenden unos de otros y tienden a compartir percepciones, definiciones de las situaciones y pautas de actuación en ellas. Al compartirse y generalizarse, las pautas llegan a ser simultáneamente hábitos individuales y formas de conducta social. Ello no implica necesariamente una homogeneidad cultural y conductual en tal grupo o poblado, si bien implica una comunidad que puede ser relativa. Así desarrollan los pueblos su cultura común.

La conducta social es el comportamiento de unos actores dirigido a otros actores y cuyo significado es compartido por los participantes, es decir, la clase de comportamiento que se da en una relación social. Un uso es una pauta de comportamiento repetitivo, por hábito en el individuo y en la conducta social. Entre los usos deben distinguirse las costumbres de las modas: mientras que la moda es la generalización rápida de un uso novedoso, la costumbre es un uso que se nutre de su antigüedad.

CONVENCIONALISMO Y COSTUMBRES JURÍDICAS

El término costumbre tiene dos niveles de significación, que para el caso pueden designarse como genérico y específico. El concepto de costumbre enunciado, expresa su

significado genérico y éste incluye especies tales como costumbres en sentido estricto, convencionalismo y costumbres jurídicas o legales.

Se reconoce una costumbre en sentido estricto porque su violación puede provocar cierta desaprobación social, pero no la aplicación de sanciones. Los actores o sujetos las practican por hábito o conveniencia práctica, voluntariamente; y esperan que los otros miembros del grupo o comunidad las practiquen en igual forma, sin necesidad de desaprobación social seria ni coerción. Su práctica, por lo tanto, depende de su relativa internalización, habituación y difusión en el grupo o comunidad. Son las denominadas Folkways de Sumner (Horton y Hunt, 1977).

Las convenciones o convencionalismos se diferencian de las meras costumbres porque su violación provoca no sólo desaprobación social sino también aplicación de sanciones al transgresor. Su cumplimiento no es sólo por mero hábito, interés práctico o voluntad, sino también para evitar las posibles sanciones de la comunidad. Estas sanciones, por otro lado, pueden ser seculares, rituales o una mezcla de ambas. Sin embargo, aún cuando las sanciones sean seculares, en el caso de los convencionalismos no son aplicadas por algún órgano específicamente judicial, sino por los propios ofendidos u otros, son las mores de Sumner.

Las costumbres jurídicas o legales se reconocen porque su violación provoca desaprobación social y aplicación de sanciones, pero éstas son aplicadas por algún órgano específicamente judicial (una autoridad) existente en la organización social del grupo o comunidad. Los actores tienden a cumplirlas no meramente por hábito, conveniencia práctica o voluntariamente, ni solamente por temor a enfrentar la reacción de los directamente ofendidos, sino por temor a enfrentar a la autoridad y las sanciones seculares que éstas impongan.

Si las sanciones aplicadas son solamente sobrenaturales o mágicas, no se trata de costumbres jurídicas o legales sino religiosas; pero se han reportado casos en los que, junto a las sanciones seculares o mezcladas con ellas, hay también sanciones sobrenaturales o mágicas. De acuerdo con los conceptos presentados aquí, estos casos corresponden a costumbres jurídicas o legales por su contenido secular, aunque desde el punto de vista funcional del control personal y social, este componente sobrenatural o mágico puede ser más importante que el secular.

Aunque analíticamente son distinguibles todas estas especies de costumbres y de usos, los estudios comparativos realizados por Weber han mostrado que en el terreno empírico se encuentran genéticamente relacionados y que el paso de los usos a los convencionalismos, y de éstos a las costumbres jurídicas y legales, es relativamente fluido. Por otra parte, este proceso permite explicar no sólo cómo surgen las normas en general, sino también la forma como surgen las normas jurídicas y legales en particular.

SURGIMIENTO DE LAS NORMAS Y LAS LEYES

Las pautas referidas por los conceptos anteriores (hábitos, usos, costumbres en sentido amplio, tradiciones, convencionalismos, costumbres en sentido estricto y costumbres jurídicas o legales) nacen con los modos de actuar de los miembros de un grupo o sociedad. Pero en la experiencia humana, el plano de lo práctico está estrechamente relacionado con el plano de lo cognoscitivo. Su naturaleza recurrente y reiterativa permite que las prácticas indicadas sean tipificables, reconocibles, incluso propioceptivamente, como correspondientes a determinado tipo, evocables en la memoria como tales y también anticipables a su ocurrencia.

La anticipación cognoscitiva de unos actores sociales con respecto a pautas de comportamiento social, propias o de otros, es lo que se denomina expectativas sociales. Como se explicó arriba, estas expectativas son compartidas por los miembros de un grupo o sociedad: hay consenso acerca de su significado en las relaciones sociales. Es claro que la conducta de uno o más actores en determinada situación social puede conformarse o no a la expectativa correspondiente a tal situación; si no se conforma se habla de desviación con respecto a dichas expectativas.

Al igual que las percepciones y las evocaciones, las expectativas y sus significados son, en toda sociedad, formulables y formuladas lingüísticamente: es decir, codificadas en palabras o discursos, en virtud de que en la experiencia humana las funciones lingüísticas también están estrechamente relacionadas con los planos cognoscitivos y de la práctica. El léxico de toda sociedad incluye los nombres y los enunciados de sus usos y costumbres, y en su discurso se elaboran descripciones, explicaciones y apologías para aquéllos. El proceso de formulación lingüística de las expectativas es, por tanto, paralelo al del establecimiento y diversificación de los usos, convencionalismos y costumbres. La tendencia o necesidad de transmitir e inculcar a las generaciones emergentes la cultura de las generaciones salientes es una fuerza poderosa que induce a la formulación lingüística de las experiencias, conocimientos, creencias, valores, usos, convencionalismos y costumbres.

Sin embargo, la formulación que acompaña al paso de la costumbre en sentido estricto al convencionalismo tiene particular importancia para la emergencia de las tradiciones y las normas, porque la convencionalización incluye el que la expectativa de su ocurrencia se formule lingüísticamente, esta vez como una regla o precepto. Se advierte en esta forma la conexión entre la institucionalización de las tradiciones y la emergencia de normas: la tradición es un uso convencionalizado que atraviesa la prueba de la transmisión inter-generacional. Surgen así los mandamientos, órdenes, peticiones, requerimientos, sugerencias y consejos. Todas éstas son familias de mandatos y lo que tienen en común es la estructura prescriptiva y sus ordenanzas, prohibitiva y permisiva. En la estructura indicativa la forma pasiva y la forma activa no alteran la relación entre el agente y la acción: son intercambiables o simétricas; pero la estructura prescriptiva no admite la voz pasiva: es asimétrica, conduce al agente a la acción prescriptiva.

La evidencia etnológica disponible muestra que en la formulación lingüística de las expectativas en forma de normas o preceptos, desempeñan papeles importantes los personajes con prestigio dentro del grupo o sociedades, tales como jefes de grupos de parentesco, magos, sacerdotes, ancianos venerables. Sin embargo, dicha formulación sólo es un paso en el proceso: generalmente el personaje que formula la regla o norma la somete a la consideración al concilio, la expone a los demás jefes de familias, linajes, clanes o amistades; y al hacerlo invoca visiones, revelaciones, sueños u otras experiencias extraordinarias, como fuentes del precepto o norma.

Las normas, sin embargo, adquieren carácter de obligatorias hasta que, por consenso, dichos jefes o cabezas de familia, que es el concilio, las reconocen y las declaran obligatorias para todos los miembros del grupo o sociedad. Desde luego, no todas las expectativas se formulan como reglas convencionales, ni todas las normas adquieren su carácter de obligatoriedad en esta forma. Por otro lado, se crean normas realmente obligatorias, no sólo en el ámbito secular, sino también en el religioso, mágico, espiritual o ético. Sin embargo, una norma que ha sido reconocida y declarada como obligatoria en el terreno secular, y por cuyo cumplimiento vela la autoridad propia del grupo o sociedad, es signo de alguna condición jurídica legal en la cultura local.

Un somero examen de las normas y preceptos seculares obligatorios de cualquier comunidad o sociedad permite distinguir unas como prescriptivas, otras como prohibitivas y otras como permisivas, todas en vista de los intereses de otros actores sociales. Los casos etnológicos conocidos permiten afirmar que las normas seculares que son declaradas obligatorias son aquellas que definen y resguardan derechos entre individuos, entre individuos y grupos, entre grupos y grupos, entre individuos y la comunidad, y entre los grupos y la sociedad total. La conducta de los actores individuales o grupales puede conformarse o no a las normas seculares declaradas obligatorias para una situación dada. Si el actor se conforma, resguarda los intereses de otros individuos, grupos o la sociedad total, y no entra en conflicto con ellos, si no se conforma, vulnera intereses y derechos de esos otros, y entra en conflicto con ellos.

Los perjudicados reaccionan requiriendo reparación, compensación, indemnización y o castigo para el transgresor. Así se genera una disputa o conflicto entre el ofendido y el ofensor. Los perjudicados pueden actuar directamente con el transgresor para lograr estas reparaciones o para castigarle; recurrir a un intermediario sin autoridad, para que medie en la disputa o conflicto y se logre una solución; hacer intervenir una autoridad para lograr una solución. En este último caso, la autoridad puede disponer de recursos específicos para aplicar sanciones o puede carecer de ellos. Esto depende de la organización del grupo o sociedad, pues en algunas sociedades no existen intermediarios, en otras hay intermediarios pero sin autoridad, y en otras hay autoridades. En algunas sociedades que tienen autoridades, éstas carecen de órganos específicos, para la acción coercitiva, para aplicar las sanciones y otras sí los tienen.

PRÁCTICAS JURÍDICAS

Las instituciones: El establecimiento de convencionalismos, costumbres, normas sociales y preceptos obligatorios, es el primer paso para la formación de instituciones sociales en cualquier comunidad humana. El proceso de institucionalización se completa cuando estos convencionalismos, costumbres, normas sociales y preceptos obligatorios se transmiten de la generación que las inicia a la siguiente. Mediante esta transmisión inter-generacional, tales costumbres, normas sociales y preceptos obligatorios adquieren el carácter de instituciones tradicionales. Esta transmisión, hecha posible por el proceso de socialización de la nueva generación, espesa y endurece el mundo institucional, no sólo para la nueva generación sino también para la anterior. Las instituciones aumentan así su objetividad y adquieren historicidad.

LEGITIMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES

Las instituciones aparecen a la nueva generación como ajenas o externas, puesto que ésta no tomó parte en su creación. El significado original de la institución y su legitimación, por lo tanto, no son parte de la memoria biográfica de la nueva generación. Pero ésta no podrá conformar su conducta a una institución cuyo significado no ha aprehendido y cuya legitimidad no ha internalizado. Si la institución ha de continuar funcionando, es necesario que la generación adulta explique su significado e inculque su legitimidad a la nueva generación. Esto es crucial para aquellas normas que han sido establecidas con carácter obligatorio.

Weber (1967) ha descrito las diferentes formas en que la generación adulta puede legitimar, y de hecho, ha legitimado las instituciones:

- a) La tradicional, basada en la creencia generalizada y antigua en el carácter sagrado o cuasi-sagrado de las instituciones y la legitimidad de la autoridades establecidas por tal tradición;
- b) La carismática, basada en la devoción a un individuo; a su carácter sagrado, heroico y ejemplar, y al orden revelado o creado por él; y
- c) La legal, basada en la creencia en la legalidad del orden deliberadamente creado y en la legitimidad de la autoridad establecida por dicho orden. Todas ellas son interpretaciones cognoscitivas, lo que es el ser, y normativas lo que es debe ser, de las instituciones, presentadas como justificación de su necesidad y validez.

LA TRADICIÓN ORAL:

El conjunto de instituciones y legitimaciones que son trasladadas de una generación a otra a través del lenguaje es lo que se denomina tradición oral. En la experiencia histórica de todos los pueblos, las costumbres, normas e instituciones jurídicas obviamente son trasladadas en forma oral de generación en generación, mucho antes que aparezca la escritura y que escriban sus códigos religiosos, morales y legales. La

escritura es sólo un medio más de objetivación de las instituciones jurídicas, pero no su origen ni su esencia.

CONTROL SOCIAL

Es inherente a las instituciones, por lo tanto, que pauten y controlen el comportamiento humano, invocando autoridad sobre el individuo, independientemente de cualquier mecanismo de sanción establecido específicamente para sostenerlas. Por ello, a las nuevas generaciones las instituciones les aparecen no sólo externas y ajenas, sino también coercitivas. Los problemas de acatamiento de éstas son previsibles y altamente probables entre los miembros de la nueva generación, aunque de hecho se dan también entre miembros de la generación adulta. Por ello, ésta no sólo se ocupa de explicar su significado y de inculcar su legitimidad a la nueva generación, sino que, en previsión de problemas de acatamiento, establece mecanismos de sanción tanto para adultos como para jóvenes. Estos mecanismos incluyen, desde luego, la definición y tipificación de las sanciones a aplicar, y los procedimientos para aplicarlas, surgiendo así otro tipo de normas: normas de procedimiento dentro de los procesos judiciales. El conjunto de los mecanismos de sanción creados para reforzar el orden institucional constituye el control social; y es clara su especial importancia para lograr el acatamiento de las normas que han sido declaradas obligatorias en una comunidad o sociedad.