

I. METODOLOGÍA DEL DERECHO INDÍGENA	1
Introducción	1
El evolucionismo jurídico	1
Investigaciones históricas sobre el origen del derecho moderno	2
Las investigaciones antropológicas sobre el origen del derecho moderno	4
El pluralismo jurídico	7
El pluralismo jurídico estatal	8
El pluralismo jurídico humano	11

I. Metodología del derecho indígena

INTRODUCCIÓN

Las culturas elaboran su propia concepción del orden. El estudio de las diferentes culturas jurídicas, es decir, de la *aculturación jurídica*, lleva implícita la reproducción de un marco conceptual y social. En este sentido, un *paradigma jurídico* es el marco-guía de las investigaciones en el ámbito del derecho y la reproducción de un modelo implícito de sociedad.² Aquí propondremos el análisis de dos paradigmas: el evolucionismo jurídico y el pluralismo jurídico. El *evolucionismo* como paradigma jurídico es la referencia metodológica que, a partir del siglo XIX, influye los análisis sobre los derechos estatales nacionales, y cuyo modelo de sociedad es la europea occidental. El *pluralismo* como paradigma jurídico es la referencia metodológica que, sobre todo a final del siglo XX, pretende investigar las relaciones entre los diferentes sistemas jurídicos de la humanidad sin referencia a un modelo general de sociedad, sino al modelo particular de cada cultura jurídica.

EL EVOLUCIONISMO JURÍDICO

En *El origen de las especies*, publicado en 1859, Charles Darwin proponía su teoría sobre la evolución de las especies, según la cual éstas son resultantes unas de otras por selección natural, efecto de la lucha por la vida. Darwin aplica esta teoría no solamente a las especies sino también a las sociedades, todas

las naciones civilizadas descienden de pueblos bárbaros; es lo que prueba, por una parte, las huellas evidentes de su antigua condición existente todavía en sus *costumbres, creencias, lenguaje* y, por otra parte, el hecho que los salvajes pueden elevarse algunos grados en la escala de la civilización.³

² Sobre la noción general de paradigma véase Raymond Boudon y François Bourricaud, *Dictionnaire de la sociologie*, PUF, París, 1982, p. 113.

³ El subrayado es nuestro. Charles Darwin, *Théorie de l'Evolution*, textos relacionados por Yvette Conry, PUF, París, 1969, p. 148.

Al difundirse ampliamente, la teoría darwiniana cristaliza las intuiciones de la época. Ella constituye ya una de las tres *heridas* (psicoanalistas, *dixit*) que la ciencia ha hecho a la humanidad (las otras fueron la de Copérnico y Freud):

(si) el impacto de la teoría darwiniana fue tan fundamental es porque rompió el lazo entre Dios y el hombre, dejando a éste a la deriva en un cosmos sin proyecto. Ninguna otra revolución de los tiempos modernos (con excepción, quizá, de la revolución copernicana —y después la revolución psicoanalítica de Freud, nosotros añadimos), afectó tan profundamente la visión que el hombre tenía de sí mismo y de su lugar en el universo.⁴

El hombre, a partir de entonces, “a la deriva en un cosmos sin proyecto”, buscará a éste mediante su sociedad “moderna”, como punto de comparación y clasificación. Este modelo de sociedad tenía, en consecuencia, un derecho “moderno” que fue analizado en comparación con el derecho “antiguo” o “primitivo”. Del mismo modo que se buscaba el origen de las especies, la investigación jurídica de la época intentó encontrar *los orígenes del derecho* (del derecho “moderno”, se entiende).

Enseguida analizaremos en dos etapas las investigaciones efectuadas bajo la influencia del evolucionismo jurídico. La primera es la de los orígenes del derecho moderno basada en la historia del derecho, y la segunda basada en la antropología del derecho.

Investigaciones históricas sobre el origen del derecho moderno

La concepción evolucionista considera, con base en la idea de que el tiempo no es cíclico sino lineal, que la sociedad, la lengua y el derecho, pasaban por fases o estados idénticos en su desarrollo hacia el progreso (social, lingüístico, jurídico). Desde este punto de vista, la cuestión no fue saber si las sociedades cambiaban o no, sino cómo se efectuaban los cambios.

El pensamiento moderno se torna, así, hacia el pasado, su historia, hacia las sociedades antiguas:

(nosotros) que nos creíamos instruidos, tendríamos necesidad de ir con los pueblos más ignorantes, para aprender de ellos el comienzo de nuestros descubrimientos: porque es, sobre todo, este comienzo el cual necesitaremos: lo ignoramos porque desde hace mucho tiempo que ya no somos discípulos de la naturaleza.⁵

De esta manera, los resultados de la historia del derecho fueron utilizados por los juristas para encontrar una explicación al *origen* del derecho estatal. El pensamiento jurídico evolucionista del siglo XIX influyó en el enfoque comparatista del derecho (o de la *legislación*, como se decía en la época).

⁴ Michael Denton, *Evolution. Une théorie en crise*, Londreys, Paris, 1988, p. 69.

⁵ Condillac, *La langue de calculs*, 1760, citado por Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF, Paris, 1988, p. 58.

El comparatismo jurídico

Francia creó en 1831 la primera cátedra de legislación comparada en el Colegio de Francia. Lo mismo hizo en 1869 la Sociedad de Legislación Comparada en la Universidad de París. En Inglaterra, H. J. Sumner-Maine publicó en 1861 *Ancient Law*, y ocho años después fue profesor de *Historical and Comparative Jurisprudence*, en Oxford. En Alemania, F. Bernhoeft, G. Cohn y J. Kohler se reunieron alrededor de la *Comparative Jurisprudence*, la cual tenía por objetivo “*construir una teoría general de la evolución del derecho; al estudio tradicional de los derechos romano y germánico, es necesario añadir los de sistemas jurídicos más exógenos*”.⁶

Una de las más importantes investigaciones de este periodo fue, precisamente, *Ancient Law*, de H. J. Sumner-Maine. En su prefacio explica el interés de encontrar un lazo entre los derechos antiguo y moderno: el “objeto principal de las páginas siguientes es indicar algunas ideas primitivas del género humano tal como las refleja el antiguo derecho, y mostrar la relación que enlaza estas ideas al pensamiento moderno”.⁷

Sumner-Maine, por una parte, hacía la distinción entre un derecho natural propio a las sociedades estacionarias (derecho primitivo, en estado de naturaleza), y un derecho racional o científico, propio a las sociedades progresivas (derecho codificado, en estado de evolución). Este derecho en estado de evolución, propio de las sociedades modernas tiene tres fases: la *themis*, la costumbre y la ley. Esta última corresponde al orden del legislador donde el derecho altamente especializado termina por separarse de la moral y de la religión:

(los) restos de estas colecciones (los códigos antiguos), tanto en Oriente como en Occidente, son suficientes para mostrar que mezclaban las prescripciones religiosas, civiles y morales sin tomar en cuenta las diferencias esenciales que existen entre ellas. Esta circunstancia concuerda con todo lo que sabemos, por otra parte, de las antiguas ideas, porque no es sino hasta una época de civilización mucho más avanzada que se distingue al derecho de la moral, y la religión del derecho.⁸

Sumner-Maine es, sin embargo, muy prudente respecto al conocimiento producido por las culturas jurídicas antiguas, que correspondían, de hecho, a diferentes mentalidades: las “innovaciones que percibimos en los usos antiguos parecen haber sido dictados por sentimientos que no podemos comprender en las condiciones mentales donde nos encontramos”.⁹

⁶ El subrayado es nuestro. Norbert Rouland, *op. cit.*, p. 59.

⁷ Henry Sumner-Maine, *L'ancien Droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, París, 1874, p. XXIII.

⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁹ *Ibid.*, p. 21.

Las investigaciones antropológicas sobre el origen del derecho moderno

La búsqueda del origen es una investigación hacia el pasado. En este sentido, las disciplinas que surgen a finales del siglo XIX y principios del XX, son *hijas* de la historia: la sociología, la antropología, el derecho, la lingüística, la mitología, la religión. Ellas van a buscar en el pasado sus raíces para justificar su especificidad en el presente. En realidad, cada área se desarrolla en la complementariedad y antagonismos de métodos, teorías e intuiciones, de otros campos.

La antropología analiza al derecho a partir de las relaciones entre sistemas jurídicos diferentes. Las investigaciones documentales, “de cubículo”, serán severamente criticadas. El enfoque antropológico del derecho se convierte, sobre todo, en el análisis de su aplicación a la realidad.

El enfoque antropológico del derecho generó dos tipos de análisis: el histórico-comparativo y el práctico-comparativo. El primero tiene en H. E. Post a su principal representante. Llamaremos a este análisis *difusionismo jurídico*. En su etnología jurídica de 1893, Post propone reconocer los datos proporcionados por los etnógrafos de las sociedades tradicionales para construir un “sistema jurídico universal, expresión del querer y poder del ser humano”.¹⁰ El segundo análisis tuvo mayor desarrollo e influencia, lo inicia Bronislaw Malinowski: el *funcionalismo jurídico*.

El funcionalismo jurídico

Malinowski se opuso al universalismo jurídico por lo cual demostró, mediante investigaciones de campo, la diversidad de culturas jurídicas. Sin embargo, su enfoque queda, por un lado, atado al método comparatista: “el método comparatista debe seguir siendo el fundamento de toda generalización, de todo principio teórico, de toda ley universal aplicable a nuestro objeto”.¹¹ Este objeto es, desde entonces, la cultura, “el instrumento científico base de todas las ciencias del hombre”.¹² A partir de este análisis de cultura comparada, Malinowski intenta establecer los fundamentos de una teoría científica de la conducta humana.¹³ Por otra parte, continúa ligado al principio general del pensamiento evolucionista:

(la) antropología moderna partió del punto de vista evolucionista. Ella participó invitada, felizmente, por las interpretaciones darwinianas concernientes al desarrollo biológico, y también por el deseo de mezclar los descubrimientos prehistóricos y los datos etnográficos. El evolucionismo pasó de moda. Sin embargo sus proposiciones siguen siendo válidas, son indispensables al investigador de campo como al teórico.¹⁴

¹⁰ Norbert Rouland, *op. cit.*, pp. 60-61.

¹¹ Bronislaw Malinowski, *Une théorie scientifique de la culture*, François Maspero, París, 1968, p. 21.

¹² *Ibid.*, p. 12.

¹³ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 19-20.

Malinowski en *Crime and custom in savage society* de 1926, experimenta su método a partir de “la observación directa de las reglas consuetudinarias, tal como ellas funcionan en la vida real”.¹⁵ Así, Malinowski, fiel a la concepción del derecho como un instrumento de control social,¹⁶ y al espíritu de clasificación de los naturalistas, aborda

los hechos con una concepción muy elástica y muy amplia del problema [...] Ocupándonos de la *ley* y de las fuerzas jurídicas, nos dedicaremos simplemente a buscar las reglas que son concebidas como obligaciones coactivas y a las cuales se está conforme en consecuencia, a desentrañar la naturaleza de estas obligaciones y a clasificar las reglas según la manera que asegura su eficacia y su realidad.¹⁷

De esta manera, el problema es determinar “cuáles son las fuerzas que aseguran el reino de la ley y del orden en las sociedades primitivas”.¹⁸

Las investigaciones de campo de Malinowski demuestran que las comunidades llamadas “primitivas”, distinguen las reglas consuetudinarias de otras.¹⁹ También muestran la importancia de la brujería y del suicidio en el mantenimiento del orden consuetudinario.²⁰

Se puede afirmar, en resumen, que todas las “escuelas” o investigaciones antropológicas se centran en el desarrollo cultural: la escuela evolucionista estudia el “pasaje” de culturas “primitivas” a culturas “modernas”, la escuela difusionista analiza el “contacto” de culturas con base en los intercambios, y la escuela funcionalista de Malinowski enfoca a las relaciones entre los elementos del sistema cultural.

Después del funcionalismo, una nueva escuela aún ligada a la teoría evolucionista se comienza a dibujar con la aparición de la obra de Claude Lévi-Strauss, el *estructuralismo jurídico*.

El estructuralismo jurídico

Con la publicación en 1958 de una recopilación de los artículos escritos desde 1945, Claude Lévi-Strauss afirmaba que su título *Antropología estructural* era evidente:

Me había identificado con el estructuralismo tal como lo practicaban los lingüistas. Pero no olvidé que el estructuralismo no era todavía lo que la moda ha hecho. Quería simplemente decir que me situaba en la misma provincia intelectual de Saussure, Trobetzkoy, Jakobson, Benvéniste: al menos que ésa era mi ambición.²¹

¹⁵ El título de la edición francesa es Bronislaw Malinowski, *Trois essais sur la vie sociale des primitifs*, Payot, p. 90.

¹⁶ Para una síntesis de sus definiciones del derecho, véase i. Schapera, “Malinowski’s theories of law”, en Raymond Firth (ed.), *Man and culture. An evaluation of the work of Bronislaw Malinowski*, 4a. imp., Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963.

¹⁷ Bronislaw Malinowski, *Trois essais...*, *op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹⁹ *Ibid.*, p. 46.

²⁰ *Ibid.*, p. 71.

²¹ Claude Lévi-Strauss, *De près et de loim*, entretiens avec Didier Eribon, Odile Jacob, Paris, 1990, p. 110.

¿Cuál fue, entonces, dicho estructuralismo practicado por los lingüistas? Ferdinand de Saussure en su *Cours de linguistique générale*, publicado en 1915 en Ginebra, estudió la lengua como fenómeno universal:

la materia de la lingüística está constituida primero por todas las manifestaciones del lenguaje humano, se trate de pueblos salvajes (*sic*) o de naciones civilizadas (*sic*), de épocas arcaicas, clásicas o de decadencia, tomando en cuenta, en cada periodo no solamente el lenguaje correcto y el *beau langage* sino de todas las formas expresión.²²

Este discurso no negaba la distinción entre diferentes sociedades, es decir, la diferencia jerárquica entre las sociedades. En este sentido, era un discurso que se mantenía en el marco conceptual del evolucionismo: la búsqueda de los orígenes de la lengua, de su clasificación en familias, del universalismo de sus leyes y su autonomía.²³ Saussure muestra que la coexistencia de lenguas diferentes es una constante histórica. Por un lado, una lengua “literaria” (que define como *toda especie de lengua cultivada, oficial o no, al servicio de la comunidad entera*), y por otro lado, un “idioma local”.²⁴

La influencia del estructuralismo en el análisis de las diferentes culturas jurídicas después del colonialismo occidental fue en el sentido de que, así como los lingüistas estudiaron la lengua “oficial” en comparación con la lengua “local”, los juristas, sociólogos y antropólogos, se interesaron en el derecho *oficial* en relación con el derecho *local*. Durante sus estudios, cesaron de considerar al derecho moderno como el modelo de comparación y lo analizaron como un sistema de regulación social que coexistía con otros. Todos fueron considerados *contemporáneos*. La obra de René David, *Les grands systèmes de droit contemporains* (publicada en 1964), es un ejemplo de este nuevo enfoque metodológico. En ella muestra la diversidad de derechos que coexisten en las sociedades (con o sin Estado):

(cada) Estado posee, en nuestro mundo, un derecho que le es propio, y a menudo, incluso, diversos derechos son aplicados concurrentemente al interior de un mismo Estado. Ciertas comunidades no estatales tienen igualmente su derecho: derecho canónico, derecho musulmán, derecho hindú, derecho judío. Existe también un derecho internacional encargado de regular, en el plano mundial o regional, las relaciones entre Estados y las del comercio internacional.²⁵

El análisis de esta diversidad de derechos fue puesta en evidencia en una clasificación por familias, ya que cada derecho fue considerado como un sistema:

(la) diversidad de derechos no se basa solamente, sin embargo, en esta variedad de reglas que comportan. Es un punto de vista superficial y falso, en efecto, de ver en el derecho, simplemente, un conjunto de normas. El derecho puede bien concretizarse, en una época y en un país dado, en un cierto número de reglas. El fenómeno jurídico, sin

²² Publicada por Charles Bally y Albert Sechehaye, con la colaboración de Albert Riedlinger. Nosotros seguimos aquí la edición crítica preparada por Tullio di Mauro, Payot, París, 1986, p. 20.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibid.*, pp. 263-269.

²⁵ Seguimos en esta parte la edición de 1988, actualizada por Camille Jauffret-Spinozi, Dalloz, París, p. 19.

embargo, es más complejo. *Cada derecho constituye de hecho un sistema*: emplea un cierto vocabulario, correspondiente a ciertos conceptos; agrupa las reglas en ciertas categorías; comporta el empleo de ciertas técnicas para formular las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; está ligado a una cierta concepción del orden social, que determina el modo de aplicación y la función misma del derecho.²⁶

La clasificación de derechos en familias no se fundó en sus reglas, sino en sus cuadros conceptuales subyacentes.²⁷ Esta clasificación pretende, así, “valorar las semejanzas y las diferencias que existen entre los diferentes derechos”.²⁸ René David y Camille Jauffret-Spinozi clasifican las culturas jurídicas contemporáneas en tres familias principales: la familia romano-germánica, la familia de la *common law* y la familia de los derechos socialistas. Reconocen que estos

grupos de derechos, sin embargo, cualquiera que sea su valor y cualquiera que haya sido su expansión, están lejos de dar cuenta de toda la realidad del mundo jurídico contemporáneo. Al lado de estas concepciones que ellos representan, o combinándose con sus concepciones, otras maneras de ver persisten, concernientes a la buena organización de la sociedad, y continúan siendo determinantes en un gran número de sociedades.²⁹

Estas *otras maneras de ver* son los derechos musulmán, hindú, judío, chino, japonés y africano.³⁰ Aquí se debe situar igualmente a los derechos indígenas de México y de América.

Este reconocimiento de las diferentes *maneras de ver* el mundo jurídico impulsa el análisis del fenómeno del derecho catalizado bajo un paradigma diferente: el pluralismo jurídico.

EL PLURALISMO JURÍDICO

El pluralismo jurídico como paradigma jurídico es el marco-guía de las investigaciones del derecho humano, es decir, de maneras diferentes de imaginar el orden del mundo, sin referencia a un modelo general de sociedad. Aquí analizaremos la manera mediante la cual el hombre de origen americano imagina el orden de su propio mundo. En etnología, cada cultura limita *su mundo* a lo que ella conoce y lo desconocido es considerado como “otro mundo”. El pluralismo jurídico muestra que estas diferentes maneras de organizar la vida comunitaria no son sino manifestaciones de la conciencia de ser/estar en la Tierra. Cada cultura desarrolla sus propias experiencias organizativas en condiciones geográficas y económicas diferentes. El pluralismo jurídico pretende mostrar esta diversidad. Su objeto es, como el de todas las actividades nobles, comprender y hacer comprender el mundo.

²⁶ El subrayado es nuestro. *Ibid.*, p. 20.

²⁷ *Ibid.*, p. 21.

²⁸ *Ibid.*, p. 22.

²⁹ El subrayado es nuestro. *Ibid.*, p. 23.

³⁰ *Ibid.*, pp. 28-32.

En este esfuerzo por comprender la experiencia jurídica humana, dos aspectos correspondientes a estos últimos decenios serán analizados: el primero considera la diversidad de derechos ligada a la concepción del derecho estatal (pluralismo jurídico estatal); la segunda considera la diversidad de derechos ligada a la concepción del derecho en tanto género (pluralismo jurídico humano).

El pluralismo jurídico estatal

Este aspecto del pluralismo jurídico no corresponde a la noción de maneras diferentes de organizar la vida comunitaria, sino a la *diversidad de maneras de ver la organización social regida por el derecho estatal*. Se argumenta que al interior de la sociedad el derecho estatal no es el único instrumento de regulación. El análisis del pluralismo jurídico estatal, en este sentido, se desarrolla a dos niveles: el nivel intraestatal y el nivel extraestatal.

El análisis a nivel *intraestatal* considera que el derecho (estatal) debe aplicarse y analizarse de diferentes maneras (según la materia: civil, penal, administrativa, constitucional, etcétera). Este punto de vista revitaliza, en todo caso, el estudio tradicional por disciplinas.

El estudio a nivel *extraestatal* estima que fuera del derecho estatal existen ciertos espacios autorreproductores de reglas.

En el ámbito nacional: la reglas creadas en el seno de los grupos de interés o de asociaciones

- a) Partidos políticos (derecho electoral).
- b) Sindicatos (derecho laboral).
- c) Profesiones liberales (códigos de conducta, deontología).
- d) Fuerzas armadas (derecho militar).
- e) Asociaciones religiosas (derecho eclesiástico).
- f) Asociaciones deportivas (derecho deportivo).
- g) Universidades (derecho universitario).
- h) Empresas (derecho mercantil, empresarial).
- i) Familias (derecho familiar).

En estos mismos espacios de *meso-socialización*³¹ se generan, por su propia dinámica interna, dispositivos paralelos o clandestinos de producción y aplicación de normas. La película estadounidense *Código de honor*, por ejemplo, denuncia la existencia de "códigos rojos" al interior de las fuerzas armadas (normas que nadie sabe dónde están, pero que todos saben que se aplican). En el análisis del ejercicio

³¹ Edgar Morin y Brigitte Kern, *Tierra-patriu*, Kairós, Barcelona, 1993, p. 185.

del poder, los constitucionalistas señalan la aplicación de “reglas no escritas”, de “facultades metaconstitucionales”.

Las mafias o grupos de narcotraficantes generan asimismo sus propias reglas internas, pero por ser “ilegales”, los estados los combaten. Sin embargo, son asociaciones que producen su propia normatividad con o a pesar de las reglas sociales, eclesiásticas, mercantiles o estatales. En el momento que la producción, comercio y consumo de estupefacientes esté despenalizado, los grupos involucrados pasarán a formar parte de la legalidad estatal. Los grupos guerrilleros generan su propia legalidad al interior de sus grupos y territorios, mientras logran que ésta forme parte, por la fuerza o por la negociación, de la legalidad del país en que se encuentran.

En el ámbito supranacional: las reglas creadas en el seno de los organismos internacionales

- a) ONU (derecho de las Naciones Unidas).
- b) OEA (derecho de los Estados Americanos).
- c) UE (derecho de la Unión Europea).
- d) OIC (derecho del comercio internacional).

A raíz de esta nueva etapa de *globalización*, principalmente económica, este espacio de *macro-socialización* está generando las normas que se aplican a nivel nacional y desplazan la función que en principio tenían los parlamentos nacionales, o simplemente la reducen a la mera confirmación de normas que se generan en los espacios legislativos supranacionales.

Estos ámbitos, nacional y supranacional, son espacios creados y regulados por los estados. En estos espacios se producen reglas por *delegación estatal*. Dichas reglas, por tanto, no pueden ir en contra de las leyes estatales y es el Estado el que, en última instancia, decide si aplica las normas a nivel interno o resuelve los conflictos que se presenten por causa, o al interior, de las asociaciones o grupos.

En los espacios de *micro-socialización*, las normas organizativas y sancionadoras se generan por delegación social. Por ejemplo, las reglas que se reproducen en una relación de pareja (¿Quién no ha sido citado, juzgado y condenado sin garantía de audiencia, con base en un “código de bolsillo”?), o las que se presentan en una relación de juegos de entretenimiento (¿Quieres jugar? *Tienes que* poner canicas. ¿Quieres ganar? *Tienes que* tirar desde aquí. ¿No quieres? ¿No puedes? *No juegas*).

El pluralismo jurídico estatal intenta romper con la concepción “monista” del derecho estatal en su aplicación y en su regulación. Por ello, a esta idea monista se contraponen la idea pluralista del derecho estatal. Ésta corresponde a la manera de organizar la vida comunitaria de las sociedades occidentales. Desde este punto de vista, las otras maneras de organizar la vida social al interior de estas sociedades

son consideradas como “sobrevivencias” del derecho (estatal), y en consecuencia, como un “infra-derecho”, un “sub-derecho”, un derecho “disidente”.³²

Para Jean Carbonnier la coexistencia de un derecho estatal y otros derechos no puede ser sino una *ilusión*. Esta coexistencia no corresponde sino a un *pluralismo por supervivencia* donde:

los fenómenos descritos como constituyentes de otro derecho son tomados en consideración por el sistema jurídico global (entiéndase, el estatal), así, son acordados a éste, integrados a él de una cierta manera, y la unidad es restaurada a través de este sistema global que asume el conjunto; o bien los fenómenos del pretendido otro derecho quedan fuera, no integrados al sistema, en estado salvaje, y no pueden ser calificados verdaderamente como derecho, cuando mucho como sub-derecho. Luego entonces, lo jurídico y lo infra-jurídico no forman un plural, porque no tienen idéntica naturaleza.³³

Por todo lo anterior, el derecho estatal tiene el monopolio de la coacción y los otros derechos no-integrados o no-reconocidos por el derecho estatal son considerados “disidentes” o su categoría jurídica no existe:

es claro que nuestro sistema jurídico global no integra estos hechos normativos disidentes: cuando no los condena es porque se le han escapado. Pero ¿qué decir? En casos parecidos, las normas que hacen actuar los interesados, incluso si éstos las creen jurídicas —ellas no lo son—. No lo son evidentemente según la sociología del derecho. Porque cualquier criterio sociológico que se forje de la juridicidad —sea coacción organizada o juicio posible— este criterio falta. A lo más se pueden entrever formas frustradas, latentes: una presión psicológica proveniente del entorno, un esbozo de consulta familiar.³⁴

El análisis de la diversidad de derechos ligado a la concepción del derecho estatal corresponde al estudio de la aculturación jurídica desde el punto de vista europeocentrista. El mismo criterio se aplica cuando se hace la distinción entre el derecho formal (el estatal) y los derechos informales (los consuetudinarios).³⁵ En realidad, no existe un sistema de regulación que no sea formal e informal:

La observación científica muestra [...] que lo formal y lo informal no constituyen estados alternativos de la regulación jurídica, sino que revelan ser, por el contrario, dos componentes inseparables e interdependientes de la totalidad por la cual se expresa la realidad social del derecho estatal o no. La separación conceptual de lo formal y de lo informal en el derecho desembocaría fundamentalmente de un proceso ideológico tendiente a una reedificación del derecho positivo como unidad distinta pudiendo ser aprehendida directamente y sin relación necesaria con el proceso social de su creación y de su aplicación.³⁶

³² Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1978, pp. 210-214.

³³ *Ibid.*, p. 213.

³⁴ *Ibid.*, p. 214.

³⁵ *Cfr.*, Jacqueline Montalvo-Despeignes, *Le droit informel haïtien. Approche socio-ethnographique. Introduction à l'ethno-sociologie juridique d'une civilisation dualiste*, Thèse, Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris, Paris II, 1972.

³⁶ Jean Guy Belley, “L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique”, en *Sociologie et Sociétés*, núm. 18, Paris, 1986, pp. 28-29.

El análisis de las diferentes maneras de ver el orden social está más bien ligado a la visión global del ser humano.

El pluralismo jurídico humano

El derecho concebido como la manera de imaginar el orden del mundo es una característica del género humano. Lo jurídico, la política, lo sagrado, no son sino manifestaciones de nuestra conciencia de ser/estar en la Tierra. En este sentido, ningún pueblo, Estado, o como se llegue a nombrar un conjunto de hombres organizados, tiene el monopolio del derecho, de lo político o de la religión. La humanidad distribuida en el planeta desarrolla dicha conciencia en condiciones geográficas, climáticas y económicas diferentes. Esto nos conduce a creer que no existe una cultura sino varias culturas. En este sentido, el análisis de la diversidad de derechos permite creer en la existencia de una concepción operacional del fenómeno jurídico. Esta concepción hace referencia a la noción del derecho en tanto *género*. Lo concebimos como la intuición que tienen todos los seres humanos de imaginar un orden. Este derecho lo llamaremos *derecho humano* y las diferentes maneras de imaginar el orden de cada cultura serán considerados como sus *especies*: derecho mexicano, derecho náhuatl, derecho musulmán, derecho francés, derecho judío, derecho chino, derecho rarámuri...

El *pluralismo jurídico humano*, como paradigma, analiza la cultura jurídica de la humanidad desarrollada de diferentes maneras a través de la historia. Es el estudio de la historia del derecho humano, sin modelo de sociedad de referencia. Así, la coexistencia de derechos no será analizada desde el punto de vista de las "familias" del derecho, sino a partir de considerarlos derechos-hermanos, ya que todos viven en la misma casa (la Tierra), en el mismo tiempo (el presente), y todos ellos forman parte de una sola familia (la humanidad).

Este pluralismo jurídico humano descansa aquí en dos postulados principales: el reconocimiento de la existencia de comunidades no estatales creadoras de derecho, y el análisis de la producción y aplicación, sobre todo, del derecho indígena y sus relaciones con el derecho estatal. Su objetivo es mostrar la complejidad del *fenómeno jurídico humano*, oponiéndose a la ideología etnocentrista que sobrevaloraba los derechos occidentales.

El reconocimiento constitucional mexicano del pluralismo cultural (artículo 4o.), conlleva un reconocimiento implícito del pluralismo jurídico. Los derechos que tiene cualquier cultura para poder desarrollarse son el derecho a aprender y practicar su idioma y medicina, el derecho a elegir y respetar a sus autoridades, el derecho a creer y vivir su religión, y el derecho, entre otros más, a concebir, aprobar y aplicar su sistema jurídico. El desafío ideológico y práctico que se presenta a México es el de generar las normas que garanticen, principalmente, la convivencia de los sistemas jurídicos indígenas y los sistemas jurídicos estatales (federal y locales). El primer paso sería el de convocar a un Congreso constituyente donde los pueblos indígenas tuvieran representantes directos. El segundo sería elaborar las leyes secundarias que instrumentalicen las relaciones Estado, sociedad y pue-

blos indígenas, con base en el respeto, la coordinación y la solidaridad. Este proceso fundacional del México pluricultural construirá las nuevas bases de nuestra real convivencia (históricamente negada, ocultada, discriminada). En cuanto a la armonización de los diferentes sistemas jurídicos con la Constitución, o en su defecto, con la Ley Reglamentaria del Artículo Cuarto, proponemos que se establezcan los principios generales para la celebración de *Acuerdos de Coordinación Jurisdiccional*. Dichos principios deberán sustentarse en el respeto a la autonomía de las jurisdicciones estatales e indígenas y en la declaración de colaboración coordinada. De esta manera, el pluralismo jurídico será el fundamento del *Estado plural de derecho* que anhelamos. El cual se construirá mediante un nuevo sentido común: *un sentido común jurídico pluralista*.³⁷ Los esfuerzos académicos al respecto se han ido abriendo paso a lo largo del presente siglo. Entre las principales investigaciones realizadas bajo la perspectiva del pluralismo jurídico humano, se encuentran los trabajos de la escuela holandesa de derecho consuetudinario, fundada por Van Vollenhoven, en 1901. Esta escuela propuso, en 1978, la creación de la *Commission on Folk-law and Legal Pluralism*. Entre los trabajos de la escuela holandesa destaca: John Griffiths, *et al.*, *Anthropology of Law in the Netherlands. Essays on Legal Pluralism* (1986).³⁸ En la escuela anglófona, los trabajos de Laura Nader, *The Anthropological Study of Law* (1965), y *On Studys the Ethnography of Law and its Consequences* (con B. Yngresson, 1973) se ubican en la misma perspectiva; sobre el derecho consuetudinario en Asia, *Asia Indigenous Law*, de M. Chiba, (1986); sobre el derecho consuetudinario africano, *Ideas and Procedures in African Customary Law*, de Max Gluckman (ed.); en Francia, los trabajos en esta área se desarrollan, principalmente, en el Laboratoire d'Anthropologie Juridique (1965), dirigido por Michel Alliot y Etienne le Roy, y en el Centre Droit et Cultures (1977), dirigido por Raymond Verdier. Sobresalen entre los estudios franceses: *L'anthropologie juridique et le droit des manuels, Anthropologie et juridique*, de Michel Alliot (1983); *Introduction à l'ethnologie de l'appareil juridique*, de Jean Poirier (1968); *Pour une anthropologie du droit*, de Etienne Le Roy (1978); *Premières orientations pour une anthropologie du droit*, de Raymond Verdier (1981); *Anthropologie juridique et droit à venir*, de Pierre Braun (1985); *Horizons pour l'anthropologie juridique* (1984) y *Anthropologie juridique* (1988), de Norbert Rouland. Sobre el derecho consuetudinario en Australia destaca el artículo, "Legal Anthropology, Australian Aborigenes and Natural Law", de Irene O'connell (1992). En América Latina destaca la compilación de Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina* (1990).

En México sobresalen los estudios pioneros teórico-metodológicos de José Castillo Farreras, "El derecho consuetudinario como objeto de estudio de la

³⁷ Boaventura de Sousa Santos, "Droit: una carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit", en *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, núm. 10, LGDJ, Paris, 1988, p. 383.

³⁸ Los datos bibliográficos de esta obra, y de las que a continuación se citan, pueden consultarse en la bibliohemerografía.

sociología y del folklore” (1957), y *Las costumbres y el derecho* (1973). En relación con la investigación de campo sobresalen los trabajos pioneros en la materia de Carmen Cordero Avendaño de Durand, *Contribución al estudio del derecho consuetudinario de los triquis* (1977); *Supervivencia de un derecho consuetudinario en el valle de Tlacotala* (zapotecas, 1982). Se encuentran otros trabajos anteriores a los citados, aunque de manera aislada y sin continuidad: Gabriel López Chifñas, *Estudios sobre la evolución social y jurídica de la familia zapoteca* (1949, tesis de licenciatura); Pedro Yescas Peralta, “Costumbres jurídicas observadas en una comunidad indígena rural oaxaqueña” (1951, artículo). Teresa Valdivia Dounce ha coordinado el rescate de estudios sobre el derecho indígena que forman parte de investigaciones antropológicas más amplias realizadas por Manuel Gamio, Carlos Basauri, Maurilio Muñoz, Julio de la Fuente, Gonzalo Aguirre Beltrán, Robert M. Zingg, Francis Plancarte y Alfonso Fabila, en *Usos y costumbres de la población indígena de México. Fuentes para el estudio de la normatividad. Antología*, de 1994.

El estudio de los diferentes sistemas jurídicos de la humanidad sólo podrá realizarse en el marco de una metodología que destaque sus originalidades, diferencias y semejanzas. El pluralismo jurídico aspira a ser el paradigma que desarrolle la perspectiva de respeto y apoyo a la convivencia armónica de las múltiples concepciones y prácticas del orden. En este sentido, el pluralismo étnico mexicano (indígena y no-indígena) constituye un rico patrimonio de culturas jurídicas, que sólo con marcos teóricos rigurosos, abiertos y tolerantes podrá ser comprendido y preservado. En este sentido importa conocer el desarrollo histórico y las características del derecho indígena en el pasado y en el presente, así como el tipo de relación que tuvieron y tienen con los sistemas jurídicos, principalmente, estatales (monárquico y republicano).