

## INTRODUCCIÓN AL DERECHO INDIGENA

Rodolfo STAVENHAGEN

Academia Mexicana de Derechos Humanos

Varias son las razones por las que es importante el estudio y conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en América Latina. En primer lugar, porque el derecho consuetudinario es generalmente considerado como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, por lo que su estudio es un elemento fundamental para el mejor conocimiento de las culturas indígenas del continente. En segundo lugar, porque junto con la lengua, el derecho (consuetudinario o no) constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad. La fuerte identidad de los pueblos musulmanes se finca en parte en la importancia que tiene entre ellos el derecho islámico. Lo mismo puede decirse de otras grandes religiones que tienen su propio sistema jurídico, como el hinduismo y el budismo. En Occidente, una diferencia significativa entre las sociedades francesa e inglesa (que repercutió en sus respectivos imperios coloniales) se atribuye al contraste entre el *common law* anglosajón y el derecho civil francés de origen romano. Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aun cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad. En América Latina, los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario propio.

En tercer lugar, la naturaleza del derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado, influyendo así en la posición de aquellos en el conjunto de la sociedad nacional. Finalmente, el derecho consuetudinario repercute en la forma en que los pueblos indígenas gozan, o por el contrario carecen, de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo lo que actualmente se llama los derechos étnicos o culturales.

El derecho consuetudinario es objeto de atención de dos disciplinas de las ciencias sociales: la antropología y la ciencia jurídica. La primera se ha ocupado poco del tema, subsumiéndolo generalmente en la temática más amplia de la estructura social y política de los pueblos indígenas. Pocos antropólogos señalan la especificidad de lo "jurídico" en su tratamiento general del control social y la organización política. En cuanto a los especialistas en derecho, generalmente ignoran o niegan validez a lo que podemos llamar el derecho consuetudinario, considerando que sólo la norma escrita y codificada, o sea el derecho positivo del Estado, merece su atención.

Pero, ¿qué ha de entenderse por derecho consuetudinario? ¿O por norma consuetudinaria o costumbre jurídica, o sistema jurídico alternativo, como se le llama a veces? Generalmente, este concepto se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado. Esta definición puede implicar varias cosas: que el derecho consuetudinario es anterior en términos históricos al derecho codificado. Así, en diversos países europeos, el derecho positivo incluye elementos del derecho consuetudinario anterior, por ejemplo, el de la época feudal. Subyacente a esta concepción encontramos un sesgo evolucionista: el derecho consuetudinario se transforma en, o es absorbido por el derecho positivo de origen estatal, el cual representaría una etapa superior en la evolución del derecho.

En segundo lugar, implica que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo, cuando menos durante algún tiempo. Esta coexistencia puede significar una adaptación mutua o bien puede representar un conflicto entre sistemas legales o jurídicos. En los países en los que existe y es reconocido este "pluralismo legal", cada uno de los sistemas jurídicos en presencia puede ser aplicado a una población distinta (por ejemplo, el derecho hindú y el islámico en la India); o bien el derecho positivo puede aplicarse a ciertas esferas legales (por ejemplo, el ámbito penal), mientras que el consuetudinario se reserva para otras esferas (por ejemplo, el ámbito familiar o civil). El derecho colonial de las potencias europeas se aplicaba a los colonos europeos, y el derecho consuetudinario a los indígenas en sus asuntos internos. O bien, por el contrario, los dos derechos entran en conflicto, como por ejemplo cuando una legislación sobre la propiedad de la tierra contradice las normas tradicionales de distribución y usufructo de derechos agrarios en una comunidad campesina (como sucede en África o en América indígena).

La referencia a la “costumbre” no es, desde luego fortuita. Por una parte, la ciencia jurídica acepta que la “costumbre” es una fuente del derecho. Por otra parte, lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etcétera), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental entonces sería que el derecho positivo está vinculado al poder del Estado, en tanto que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado.

Esta distinción conduce a otra, también fundamental. En las sociedades complejas (con Estado), el derecho constituye una esfera bien distinta y específica del resto de la cultura y la sociedad. Así, puede hablarse de “derecho y sociedad” como de dos ámbitos que de alguna manera se relacionan pero son autónomas. El derecho tiene sus normas y su lenguaje propios, así como sus especialistas profesionales; puede entenderse en términos de sí mismo, evoluciona de acuerdo a sus propias leyes internas y puede ser transferido como *corpus* acabado de una sociedad a otra. Los especialistas pueden ocuparse del derecho con escasa o ninguna referencia al contexto social o cultural. De hecho, la mayoría de los tratados jurídicos se caracterizan precisamente por eso. De allí que la “sociología del derecho” sea una disciplina sociológica (y no jurídica) que pretende colocar el derecho en su contexto social y cultural.

En cambio, se dice, la costumbre jurídica o derecho consuetudinario en las sociedades tribales o menos complejas no constituye una esfera diferente o autónoma de la sociedad. Por el contrario, aquí lo “jurídico” se encuentra inmerso en la estructura social. No existe, por lo general, un aparato administrativo específico ni los especialistas profesionales encargados de elaborar y/o aplicar el derecho. Los propios miembros de la sociedad no distinguen, con frecuencia, un ámbito específico de lo “legal” distinto al conjunto de costumbres y normas de comportamiento y de control social, y aun para los observadores extraños resulta a veces difícil trazar los límites de lo propiamente jurídico en estas sociedades (de allí que, como decíamos anteriormente, la antropología se haya ocupado poco del asunto, y la ciencia jurídica prácticamente lo ignore).

Esta discusión conduce necesariamente a la cuestión de lo que constituye lo legal o lo jurídico en una sociedad determinada. En los Estados en los que impera el derecho positivo, la respuesta es sencilla. Es jurídico todo aquello que cae bajo el amparo de "la ley". En las sociedades modernas no hay prácticamente ninguna esfera de la actividad humana que no esté reglamentada de alguna manera por una ley, reglamento administrativo o decreto, y existen las oficinas de la administración pública, así como los tribunales para determinar cuáles son los alcances y los límites de las leyes, es decir, de lo jurídico en la sociedad.

En cambio, en las sociedades en las que prevalece la costumbre jurídica, la identificación de lo propiamente "legal" es tarea de investigación y definición. Para ello, el observador puede utilizar categorías de la ciencia jurídica y aplicarlas a la sociedad estudiada, o bien puede tratar de derivar estas categorías de los usos y costumbres de la sociedad misma. Estos dos enfoques alternativos han conducido a numerosas controversias entre especialistas, sobre todo con relación al estudio del derecho consuetudinario en sociedades tribales africanas. En síntesis, podríamos decir que lo "legal" o "jurídico" en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consiste de lo siguiente:

1. normas generales de comportamiento público;
2. mantenimiento del orden interno;
3. definición de derechos y obligaciones de los miembros;
4. reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (ejemplo: agua, tierras, productos del bosque);
5. reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (por ejemplo, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales);
6. definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;
7. sanción a la conducta delictiva de los individuos;
8. manejo, control y solución de conflictos y disputas;
9. definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.

Esta lista no agota los elementos posibles de un derecho consuetudinario, y los que aparecen podrían ser divididos entre aquellos que

establecen normas y reglas, y aquellos otros que definen derechos, delitos y sanciones.

Desde que surgió el interés por el estudio del derecho consuetudinario de los pueblos llamados "primitivos", en el siglo diecinueve, éste ha pasado por varias etapas y se han empleado diversas metodologías en su estudio. Un primer recurso suele ser la elaboración de las normas jurídicas consuetudinarias, tales como son recogidas por los investigadores (quienes, con frecuencia, fueron funcionarios coloniales y sólo en épocas más recientes han sido antropólogos especialmente entrenados en la materia). El método del listado de normas y reglas ha sido criticado con razón. En primer lugar porque se lleva a cabo sin referencia, generalmente, al contexto social y cultural en el cual se dan. En segundo lugar, porque las listas así elaboradas provienen con frecuencia de la boca de algún informante y representan una visión abstracta, a veces idealizada, y tal vez incluso sesgada, de la realidad social. Es decir, pueden ser ideologías de la comunidad de la que se trata. Y en tercer lugar, porque el propio recopilador tiene la tendencia de encajar las dichas normas y reglas en categorías jurídicas preestablecidas, provenientes de otros contextos, sobre todo si comparte a su vez una ideología evolucionista (por ejemplo, la dicotomía tradicional/moderno o subdesarrollado/desarrollado).

Por lo anterior, la elaboración de listas de normas y reglas como método para el estudio científico del derecho consuetudinario ha sido ya desechado desde hace tiempo. Más éxito ha tenido el estudio sistemático de casos concretos de conflictos y disputas y su resolución. El "estudio de caso" sigue siendo el recurso metodológico principal de los antropólogos para acercarse al derecho consuetudinario. A través del estudio de casos concretos de resolución de disputas o contiendas, el investigador desentraña las normas y reglas jurídicas no solamente como enunciados abstractos sino como elementos vivos y dinámicos del derecho de una sociedad. Con frecuencia se advierte así la contradicción entre la norma y la realidad, entre la regla enunciada formalmente, y el funcionamiento concreto del "derecho" en casos específicos. Si bien el jurista estaría más interesado en el enunciado formal de la norma y la regla, el sociólogo y el antropólogo están más interesados en su funcionamiento real, concreto y específico.

Los casos conflictivos no se dan aisladamente, y los investigadores reconocen la necesidad de situar las disputas en su contexto histórico (diacrónico o longitudinal) y estructural (sincrónico). Cualquier conflicto que se llega a dirimir ante un tribunal local o una autoridad cual-

quiera, tiene una "prehistoria" y tendrá diversas "consecuencias sociales", además de la dinámica del conflicto mismo. En consecuencia, los investigadores modernos prefieren hablar de "proceso jurídico o judicial", una secuencia de eventos y relaciones, y rechazan la idea del "derecho consuetudinario" como un cuerpo acabado de normas y reglas formales que solamente espera a su "descubridor". En el proceso jurídico interviene no solamente el complejo de reglas y normas jurídicas de que dispone la sociedad, sino también los valores culturales y las ideologías, la personalidad y la psicología de los actores individuales, así como el mundo de los signos, los símbolos y el lenguaje.

Existen desacuerdos entre los especialistas con respecto a la naturaleza del derecho consuetudinario. Como hemos mencionado antes, la idea simple de que el derecho consuetudinario existe como un conjunto coherente de normas y reglas no escritas, anterior y distinto al derecho positivo estatal, ya no es admitida en la actualidad. Preciso es reconocer que la idea misma del derecho consuetudinario surge en el momento en que las sociedades europeas establecen su dominio colonial sobre pueblos no-occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos sometidos. En otras palabras, la relación entre el derecho occidental (colonial) y el (o los) derecho(s) consuetudinario(s) es históricamente una relación de poder entre una sociedad dominante y una sociedad dominada. En África, el colonialismo británico se propuso codificar las costumbres jurídicas de las tribus colonizadas con el objeto de facilitar la explotación colonial. De allí que el "derecho consuetudinario" de muchos pueblos africanos haya sido el resultado de los esfuerzos de juristas, funcionarios y administradores coloniales, así como de algunos antropólogos, quienes "reconstruyeron" las normas consuetudinarias a través de sus propios ojos, categorías y prejuicios. Algunos críticos sostienen, seguramente con alguna exageración, que este "derecho consuetudinario" es tan artificial y ajeno a los pueblos que lo poseen, como el propio derecho de las potencias coloniales. Sin embargo, en la medida en que existe una relación asimétrica de poder entre la sociedad colonial y la sociedad colonizada, puede también hablarse, en la situación de pluralismo legal, de un derecho dominante y un derecho subordinado. Esta situación, tan característica de la época colonial, ha perdurado hasta la etapa poscolonial y es típica de muchos países independientes multiétnicos.

No cabe duda que la relación de poder colonial, y posteriormente, la situación neocolonial, condicionan la relación entre el derecho dominante y el derecho subordinado (consuetudinario). Este último se

encuentra en constante transformación, precisamente porque no está codificado. Con frecuencia, la costumbre jurídica se elabora y modifica en función de su relación con el derecho dominante (positivo nacional) y puede ser vista como un intento de las sociedades subordinadas por adaptar y reinterpretar las normas positivas estatales de acuerdo a sus propias estructuras, valores, intereses y necesidades. Resulta, entonces, que no es posible oponer tajantemente el derecho consuetudinario al derecho positivo estatal. De lo que se trata más bien, es de un proceso dinámico y a veces contradictorio, de cambio legal y jurídico en situaciones de pluralismo legal.

Pero aún si se admite que sólo en escasas ocasiones el derecho consuetudinario constituye un todo coherente, autónomo y autocontenido fundamentalmente distinto del derecho positivo nacional (como pudiera ser el caso de una tribu que ha vivido totalmente aislada del Estado que ejerce su dominio sobre el territorio de la misma), ello no niega la importancia del derecho consuetudinario como forma de organización propia de pueblos y etnias en posición subordinada (aun cuando pudieran ser mayoritarios numéricamente) al interior de un Estado dominante y totalizador.

En América Latina la subordinación de los pueblos indígenas al Estado colonial primero y a las repúblicas independientes después (sin olvidar el papel opresor de la Iglesia) modificaron profundamente las estructuras sociales y las características culturales, incluyendo por supuesto las costumbres jurídicas. Nada más erróneo que la idea simple y simplista que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas "ancestrales", que se han mantenido inmutables desde la época precolonial. Si bien este derecho consuetudinario puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época precolonial, también contendrá otros de origen colonial y otros más que hayan surgido en la época contemporánea. En todo caso, todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídico-administrativos. Incluso, los mismos elementos pueden significar cosas totalmente distintas en contextos estructurales disímiles. De allí que para muchos observadores, el derecho consuetudinario indígena en América Latina no sea más que la manera en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera.

Visto de esta manera, ¿constituye el derecho consuetudinario un elemento distintivo de los pueblos indígenas o bien es característico también de otros grupos subordinados? Algunos observadores del fenómeno de los países andinos sostienen que el derecho consuetudinario no es precisamente indígena sino más bien propio de comunidades campesinas. A otro nivel, esta afirmación remite a la vieja discusión si determinados fenómenos sociales deben ser considerados como "étnicos" o como fenómenos de "clase". En otros contextos también se han observado "innovaciones jurídicas" de tipo consuetudinario, o que algunos calificarían como derecho alternativo, precisamente porque no están previstas en las leyes existentes y se producen al margen de éstas. Por ejemplo, en las barriadas y ranchos de las grandes metrópolis latinoamericanas han surgido formas de mantenimiento del orden, de reglamentación de controversias, solución de conflictos, y de control social, al margen de las legislaciones vigentes. Fenómenos semejantes se han observado incluso en los países industriales. En Perú se mencionan también las rondas campesinas para la autoprotección de las comunidades ante el abigeato, como una innovación jurídica. En Estados Unidos, por ejemplo, en los últimos años ha surgido un "derecho alternativo", con sus propios "tribunales" y procedimientos, debido a que el aparato formal de administración de justicia es lento, pesado, ineficiente y costoso.

Si bien el fenómeno del derecho alternativo entre los sectores populares de América Latina es un fenómeno digno de ser analizado con detalle, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas merece particular atención porque está estrechamente vinculado a otros fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores culturales propios de la etnia. La vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la preservación y reproducción de las culturas indígenas en el continente. Y por el contrario, su desaparición contribuye a su vez a la asimilación y al etnocidio de los pueblos indígenas.

Se ha señalado con frecuencia que las legislaciones indigenistas nacionales de América Latina casi no contemplan el derecho consuetudinario indígena. Más bien, los Estados nacionales prevén la aplicación de las leyes nacionales (en algunos casos, leyes específicas de corte indigenista) a las comunidades. Sin embargo, en algunos textos legales se hace referencia a las "costumbres" y los "valores" de los pueblos indígenas, que deben ser promovidos o protegidos por los go-

biernos. Estas vagas referencias pueden interpretarse de distintas maneras, pero generalmente no son consideradas con un reconocimiento jurídico del derecho consuetudinario.

Así, el artículo 66 de la Constitución Política de Guatemala proclamada en 1985, establece que “El Estado reconoce, respeta y promueve sus (de los grupos indígenas) formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social...” La Constitución de Nicaragua de 1986 afirma que las comunidades de la Costa Atlántica (que se entiende son indígenas miskitos, sumos y ramas), tienen el derecho de “...dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones...” (Art. 89). Posteriormente, el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua reitera que los habitantes de las comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho “4. ...a desarrollar libremente sus organizaciones sociales y productivas conforme a sus propios valores” (Art. 11). A través de su aplicación, se verá si estas disposiciones constitucionales significan el respeto por el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. En México, en donde las leyes prácticamente no contemplan la existencia de indígenas, ahora se está considerando la posibilidad de una modificación constitucional para el reconocimiento jurídico de los pueblos y lenguas indígenas, incluyendo su derecho consuetudinario.

En materia de derecho penal, numerosas legislaciones dan tratamiento especial a los indígenas, pero sólo algunas se refieren concretamente al derecho consuetudinario.

El conflicto entre derecho positivo y derecho consuetudinario afecta la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Uno de los problemas más frecuentes a los que se enfrentan quienes administran la justicia en las zonas indígenas, es el *desconocimiento* de las leyes por parte de los indígenas. Como todo jurista aprende en la escuela, el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, pero la aplicación rígida de esta máxima conduce con frecuencia a grandes injusticias. De allí que quienes se preocupan más por la justicia que por la aplicación rígida de las leyes, reconocen la necesidad de dar flexibilidad a su aplicación. De ahí también que en numerosas legislaciones penales, los indígenas son considerados como “inimputables” o “incapaces” o sujetos a algún régimen especial. Ambos extremos son igualmente violatorios de los derechos humanos de los indígenas: la aplicación rígida de leyes cuando éstas no solamente no son comprendidas o son ignoradas, sino cuando con frecuencia no tienen

significado alguno en el contexto de la cultura local; o bien, en el otro extremo, declarar al indígena "incompetente" o "incapaz", es decir, despojarlo de sus derechos de ciudadanía.

El desconocimiento de la ley es un camino de dos vías. De hecho, los legisladores nacionales y los administradores de la justicia a nivel local, con frecuencia desconocen ellos también el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. El problema reside en el choque entre dos sistemas legales, entre dos concepciones del derecho, choque en el cual históricamente el *derecho dominante* se ha impuesto sobre el *derecho subordinado*, de la misma manera en que la sociedad dominante se impone sobre la sociedad subordinada en lo político, lo económico y lo cultural.

Los derechos humanos universales son aquellos que están expuestos en la Declaración Universal y en los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos, hoy en día reconocidos como instrumentos legales imperativos para toda la humanidad.

Se ha señalado con frecuencia que los indígenas son particularmente vulnerables a la violación de sus derechos humanos individuales y sostenemos que esta vulnerabilidad se debe, entre otras cosas, a que generalmente no se les reconocen sus derechos colectivos culturales y étnicos. Estos últimos se encuentran apenas esbozados en los instrumentos internacionales mencionados (y en algunos otros, tales como el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo). Son derechos humanos que aún están en elaboración en las organizaciones intergubernamentales.

Una forma de reconocimiento de los derechos étnicos y culturales es el respeto a las costumbres jurídicas indígenas por parte de la sociedad nacional y sus aparatos legales y jurídicos. En cambio, una forma de violación de los derechos humanos indígenas es la negación por parte del Estado y de la sociedad dominante, de sus costumbres jurídicas, la cual conduce a la negación de algunos de los derechos individuales contenidos en los instrumentos internacionales citados.

Si bien hemos establecido que el derecho consuetudinario no es de ninguna manera un cuerpo estable y eterno de normas y reglas jurídicas formalmente reconocidas, y si bien podemos suponer que existen tantos "derechos consuetudinarios" como etnias indígenas específicas y diferenciadas, también es cierto que en el conjunto del mundo indígena latinoamericano ciertas temáticas resaltan con mayor frecuencia como propias del derecho consuetudinario. Sin pretender agotar la

complejidad de lo "jurídico" en las culturas indígenas, pueden mencionarse algunos grandes apartados a título indicativo.

1) *El derecho a la tierra*, incluyendo acceso, usufructo, distribución, propiedad y transmisión. Tradicionalmente, entre los pueblos indígenas la tierra es *propiedad colectiva* de la comunidad o del núcleo social. Este concepto arraigado de la propiedad riñe en *primer lugar* con la noción de propiedad privada e individual de la tierra, introducida en la mayoría de los países latinoamericanos por el liberalismo económico del siglo pasado, y que aún se encuentra vigente en numerosas legislaciones. Así, la privatización de las tierras mapuches decretada por el régimen militar chileno es resistida por el pueblo mapuche. Otras legislaciones agrarias, como la mexicana, reconocen la propiedad colectiva de las comunidades, aunque no se refieran específicamente a sus características étnicas. La aplicación indiscriminada de la legislación estatal en materia de propiedad de la tierra puede conducir a conflictos con las concepciones tradicionales sobre propiedad agraria que prevalecen entre los pueblos indígenas y tener por resultado la violación de los derechos colectivos e individuales.

En segundo lugar, el concepto de *propiedad colectiva* o comunal del grupo étnico riñe también con la propiedad que el Estado nacional, heredero de la Colonia, reclama para sí bajo forma de "*terrenos nacionales*", "*baldíos*" o "*tierras fiscales*", negando así derechos ancestrales de las etnias indígenas sobre terrenos ocupados pacíficamente desde tiempos inmemoriales. Esta es la base de muchos conflictos que se dan en la actualidad sobre todo en la cuenca amazónica. Aquí se trata con frecuencia no sólo de la tierra en sí, sino también de los recursos acuíferos, forestales y minerales. Algunos países han hecho frente a esta situación reconociendo a los pueblos indígenas sus "*reservas*" territoriales (Panamá, Costa Rica).

2) *La persecución de delitos* o el *derecho penal*. La definición y tipificación de delitos es objeto de los códigos penales, y actualmente se trabaja en América Latina en la unificación de criterios entre los diversos países con el objeto de lograr un código penal "tipo" o único para toda la región. Es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales. Por ello no es sorprendente que con frecuencia lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para una comunidad indígena, o por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena (es decir, un delito en lenguaje jurídico) puede no ser reconocido como tal por la legislación penal vigente.

Característica del primer tipo es actualmente la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida, tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, para millones de indígenas, la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales. Tal es el caso de la coca en los países andino y del peyote y los hongos alucinógenos en México. El tema ha producido ya severos conflictos y controversias a lo largo del continente y ha sido objeto de conferencias internacionales.

Característica del segundo tipo es la problemática de la brujería, aceptada y sancionada como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida como delito (ni siquiera su existencia admitida) en las legislaciones nacionales. La práctica judicial ha documentado numerosos y dramáticos casos de homicidios cometidos por causa de brujería: homicidios que son sancionados por el derecho penal nacional pero admitidos como forma de "hacer justicia" o de legítima defensa personal en el derecho consuetudinario de las comunidades.

3) *Procedimientos de administración de justicia.* Existe una amplia literatura etnográfica sobre las formas en que se manejan y resuelven conflictos y se imparte justicia en las comunidades indígenas. Una diferencia muchas veces señalada sería que en la justicia de tipo occidental se busca "castigar al culpable", mientras que en las comunidades indígenas se busca reconciliar y llegar a un compromiso entre las partes, con el objeto de conservar la armonía interna del grupo. El juzgado o tribunal como espacio privilegiado para exponer quejas, dirimir conflictos y exigir justicia, es un producto del Estado de derecho, pero con frecuencia es ajeno a las costumbres y valores de las comunidades indígenas. Aquí, en cambio, puede funcionar la autoridad política tradicional (por ejemplo, un consejo de ancianos no reconocido por las leyes nacionales) o algún intermediario aceptado por las partes para reconciliar diferencias.

En el área de la administración de justicia se advierte más nítidamente el hecho que, en las sociedades occidentales, lo "jurídico" se distingue formalmente de todo aquello que no lo es. En cambio, en las comunidades indígenas lo "jurídico" está totalmente imbricado en el resto de la estructura social y sólo un observador externo, utilizando sus propias categorías descriptivas y analíticas, podrá separar uno de otro.

Los observadores señalan que en las sociedades pequeñas en donde existen muchos vínculos diversos entre todos sus miembros (de parentesco, vecindad, reciprocidad económica, etcétera), caracterizadas por relaciones múltiples, las personas son reacias a acudir a los tribunales aun cuando éstos se hallan disponibles. Esta actitud contrasta con aquellas sociedades (urbano-industriales) en donde la profesión legal y el aparato judicial son consideradas como remedio obligado para dirimir conflictos entre personas vinculadas por relaciones simples, es decir, por ejemplo, un proveedor y un comprador.

Así, se ha advertido que en casos de disputas existen diferentes niveles de "administración de justicia" a los que pueden acudir los interesados, de acuerdo con las normas tradicionales de la comunidad. Cuando hay conflictos entre miembros de la propia comunidad indígena, los afectados generalmente prefieren utilizar las instituciones propias, es decir, el derecho consuetudinario. En cambio, cuando se presenta un conflicto entre indígenas y no-indígenas, entonces se utilizan de preferencia las instituciones nacionales. Esta distinción encuentra también, a veces, su respaldo en la propia legislación o práctica indigenista. Por la cantidad de abusos a que están expuestos, los indígenas tienden a evitar, cuando les es posible, acudir a los tribunales y juzgados de los mestizos o ladinos. Pero también existen casos en los que se busca acudir a los tribunales con el objeto de mantener vivo un conflicto o bien porque alguna de las partes en conflicto cree obtener una ventaja procediendo de esta manera.

Existen otros ámbitos propios de lo que sería un derecho consuetudinario indígena, pero sólo las investigaciones empírica y casuística podrá aportar los análisis específicos. Es importante recalcar que el derecho consuetudinario generalmente no existe aisladamente (salvo entre comunidades física y políticamente aisladas del resto de la sociedad). Sobre todo entre los pueblos indígenas campesinos las costumbres jurídicas tienen vigencia como una forma de interrelación con la manera en que se aplica y se utiliza localmente el derecho positivo formal. De allí que estas costumbres o normas consuetudinarias cambien en el tiempo y de acuerdo a las circunstancias. Por consiguiente, una posible "codificación" del derecho consuetudinario tendría la desventaja de despojarlo precisamente de su naturaleza dinámica y flexible, en la cual reside su utilidad para los pueblos indígenas.

Por otra parte, el reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario por parte del Estado, abriendo un espacio para la aceptación de un pluralismo legal y jurídico, aportaría un elemento indispensable para la mejor defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas.