

CAPÍTULO PRIMERO

LOS CONCEPTOS DE LA RELACIÓN ESTADO-ETNIAS

I. El Estado y las etnias	17
1. El concepto de Estado	17
2. El concepto de etnia	31
II. La aculturación jurídica y los paradigmas jurídicos	42
1. El concepto de aculturación jurídica	42
2. El concepto de paradigma jurídico	56

CAPÍTULO PRIMERO

LOS CONCEPTOS DE LA RELACIÓN ESTADO-ETNIAS

I. EL ESTADO Y LAS ETNIAS

1. *El concepto de Estado*

A. *Introducción*

Cuando nos preguntamos “¿qué es el Estado?”, no pudimos impedirnos de pensar primero en la Constitución. En América del Norte y en Francia, los movimientos político-sociales de fin del siglo XVIII cristalizaron las ideas de soberanía y de unidad nacionales en el marco jurídico de las Constituciones. Hoy, estos rasgos son todavía visibles, aunque han evolucionado con dinámicas diferentes. Nosotros proponemos analizar su complejidad histórica reconociendo un doble carácter fundamental: la sustitución de las personas y la transferencia de las ideas de la monarquía a la república. Esto implica que los poseedores simbólicos del poder absoluto fueran destituidos, pero los atributos de este poder absoluto quedaron anclados en la estructura republicana.

Analizaremos en la primera parte las características de este poder absoluto monárquico, y en la segunda parte, las modalidades del poder absoluto republicano.

B. *El Estado nacional*

En Europa, desde el final del siglo XV y hasta el final del XVIII, el Estado nacional se caracterizó por la consolidación del *reino* como forma de organización política dominante (el Estado-reino). Esta organización descansaba sobre un grupo de personas que tenían el monopolio, o

la capacidad, de crear y, sobre todo, de aplicar un conjunto de reglas de conducta fundadas, principalmente, en textos escritos. Este grupo tenía en la figura del rey el catalizador de esta capacidad.

En razón de la dominación armada, los reyes de Castilla, por ejemplo, ampliaron este monopolio sobre la mayoría de los reinos de la península ibérica, e incluso, como veremos más tarde, fuera de la península.

Esta manera de organizar políticamente la sociedad europea, pues, presentaba las características siguientes:

- a. Una colectividad catalizada alrededor de la figura real.
 - b. Una legitimidad fundada, esencialmente, en la victoria militar.
 - c. Una fuerza simbólica asimilada en una persona concreta: el rey.
 - d. Una sistematización de las conductas basada en textos escritos.
- a. Una colectividad catalizada alrededor de la figura real

En su artículo sobre la genealogía de la palabra “Estado”, Jean Pierre Brancourt⁶ explica que en la jerarquía medieval cada orden o grupo social recibía el nombre de *status*, y su conjunto era designado por la palabra *estats*. Con la laicización de las ideas políticas, el término *Estado* fue adoptado para identificar una forma de organización política de la sociedad; por ejemplo, Maquiavelo en *El príncipe* (1532); Juan Bodino en *Los seis libros de la República* (1576); Teodoro de Bèze en *De la fuerza legítima del príncipe sobre el pueblo y del pueblo sobre el príncipe* (1581); Botero en *La razón de Estado* (1589), y *Razón y gobierno de Estado en diez libros* (1599); Loyseau en el *Tratado de señorios* (1614).

Notemos que la palabra *nación*, por otra parte, desde el siglo XIII designaba a las personas que tenían por origen un principado.⁷ Así, en la Universidad de París los extranjeros fueron identificados por *naciones*: “Estudiantes y profesores venidos de horizontes muy diversos se reagruparon por *Naciones*: Isla de Francia, Normandía, Picardía, Inglaterra”.⁸

6 “Des *estats* à l’État: évolution d’un mot”, *Archives de Philosophie du Droit. Genèse et déclin de l’État*, núm. 21, Paris, Sirey, 1976, pp. 43 y ss.

7 Mauss, Marcel, “La nation”, *L’année sociologique*, troisième série, 1953-1954, París, PUF, 1957, p. 7.

8 Bayen, Maurice, *Histoire des universités*, Paris, PUF (coll. que sais-je, núm. 391), 1973, pp. 14-22.

La idea-fuerza subyacente en el Estado-reino, como forma de organización política, era la unidad: “el reino es uno e indivisible”. La política de este periodo se preocupaba, sobre todo, de encontrar una unificación en el poder. Por ello, *imponía* su lengua, su religión, su derecho, su economía; en una palabra, su manera de imaginar el orden de *su siglo* (su mundo). Así, las personas estrechamente ligadas al rey se beneficiaron de privilegios:

burguesías de Estado a la vez capaces de hegemonía política, económica, cultural, y producto de esta hegemonía. Burguesía dominante y formaciones sociales burguesas se constituyeron recíprocamente por un *proceso sin sujeto*, reestructurando el Estado en la forma nacional y modificando el *status* de todas las otras clases, lo que aclara la génesis simultánea del nacionalismo y del cosmopolitismo.⁹

Para Balibar, esconder y/o utilizar las otras formas y grupos sociales (dentro y fuera del Estado) permite producir la *nacionalización de la sociedad*, cuyo efecto principal es la unidad, por la cual “el pueblo aparecerá, a los ojos de todos como *un* pueblo, es decir como la base y origen del poder político”.¹⁰

En México, el Estado monárquico produjo el *pueblo de la Corona española*, y el Estado republicano el *pueblo de México*. Así, el Estado, en tanto forma política dominante, engendra la idea de un pueblo producto de un fenómeno paradójico: por un lado, la inclusión de su población (española y criolla durante la colonización; y mestiza, su heredera, durante la república), y por otro lado, la exclusión de las poblaciones negras e indígenas (aislándolas y/o utilizándolas). Estas poblaciones, colonizadoras y colonizadas, fueron las víctimas de la lógica estatal que no pretendía sino controlarlas, en última instancia, en beneficio de la hegemonía burguesa: las poblaciones fueron “representadas en el pasado o en el porvenir como si formaran una comunidad natural poseedora en sí misma de una identidad de origen, de cultura, de interés, que trasciende de los individuos y las condiciones sociales”.¹¹

9 Balibar, Etienne, “La forme nation: histoire et idéologie”, *Race, nation, classe. Les identités ambiguës*, Paris, La Découverte, 1988, p. 123.

10 *Idem*, pp. 126-127.

11 *Idem*, pp. 130-131.

b. Una legitimidad fundada, esencialmente, en la victoria militar

El poder feudal había, sobre todo, instituido su legitimidad en la cruz, es decir, en la bendición papal. Esta facultad legitimadora se debilitó progresivamente por la ampliación del poder monárquico debido a las conquistas militares y la secularización del ejercicio del poder político producto del avance del pensamiento laico. En este sentido, en el siglo XVII la palabra *nación* hacía referencia al conjunto de individuos de un reino *dominante*.¹² Así, las *nacionalidades* fueron las banderas ideológicas que los Estados monárquicos europeos enarbolaron para consolidar su poder en perjuicio de los imperios:

la nación fue, pues, por su nacimiento y sus fundamentos, un anti-imperio. En el origen de los Países Bajos estuvo la ruptura con el imperio de los Habsburgo; en el origen de Inglaterra, la ruptura con Roma y el establecimiento de una religión nacional. España no se castellanizó sino escapando a la influencia del sistema habsburgués, y Francia, lentamente constituida en nacionalidad contra el imperio romano germánico, no se erigió en nación sino combatiendo las fuerzas tradicionales de toda Europa.¹³

El nacionalismo, en sus orígenes, pues, poseía un capital revolucionario que los Estados monárquicos explotaron. Dichos Estados consolidaron no solamente esta idea de nacionalismo sino que, incluso, la ampliaron convirtiéndose en fieles guardianes de un capital, ahora, conservador:

Nacida de una herencia imperial y construida contra esta herencia, la nación engendra después nuevas formas de imperio cuando las circunstancias favorecen sus clases dominantes y sus tendencias a la expansión. Se trata en consecuencia de un producto relativamente inestable de lo que podría llamarse la *química histórica*.¹⁴

En España, esta química histórica generó un reino consolidado en una nación y un imperio. Cuando nosotros hablamos de la consolidación de

12 Mauss, Marcel, *op. cit.*, p. 8.

13 Fougeyrollas, Pierre, *La nation. Essor et déclin des sociétés modernes*, Paris, Fayard, 1987, p. 232.

14 *Ibidem*.

una nación, nos referimos a la idea de nación en tanto conjunto de prácticas encaminadas a la unificación religiosa, política, lingüística y jurídica al interior de territorios dominados. Esta dinámica de nacionalización social fue puesta en marcha tanto en la península como fuera de ella:

a) Unidad religiosa cristiana. La guerra de religiones en Europa (el reino de Castilla acababa de declarar, en 1492, la expulsión de los judíos y derrotar al último rey musulmán) fue extendida en los territorios del otro lado del océano: las prácticas religiosas indígenas consideradas como “paganas”, “idólatras”, fueron combatidas.

b) Unidad lingüística castellana. En 1492, la primera *Gramática de la lengua castellana* elaborada por Antonio de Nebrija fue publicada en España. El castellano se convirtió en la lengua de las relaciones político-comerciales en la península y se impuso como lengua *civilizadora* en las “Indias occidentales”.

c) Unidad jurídica estatal. En la península, el derecho de Castilla estaba por encima de todas las leyes de los reinos dominados, las cuales eran, formalmente, respetadas. Las prácticas jurídicas amerindianas tenían el *status* de fueros (como los pueblos dominados en la península), de manera que eran respetadas y podían ser aplicadas salvo si se oponían a las leyes estatales o a los principios de la religión cristiana.

d) Unidad política real. En la mayor parte de los territorios de la península ibérica y del continente americano sólo el reino castellano dominaba. En América, las autoridades (virreyes) actuaban en nombre de los reyes, y los territorios (virreinos) eran una extensión del reino. Los grupos dominados (“indígenas”) de América fueron organizados en *pueblos* o *reducciones* (comunidades con una autoridad local).

e) Unidad económica comercial. En Europa, la fuerza económica provenía, esencialmente, de la actividad comercial. La conquista de territorios permitió el acceso a nuevas fuentes de materias primas. Con la anexión de los territorios americanos y asiáticos, la economía se mundializa. En este contexto, un *pacto colonial* se concluyó: el poder real (el centro) tenía el control de las exportaciones de sus colonias (la periferia).¹⁵ La economía de los grupos indígenas fue prácticamente ignorada, su única “contribución” al pacto fue su fuerza de trabajo.

15 Ots Capdequí, José María, *El Estado español en las Indias*, México, FCE, 1975,

En tales condiciones, los grupos indígenas perdieron mucho de sus prácticas jurídicas, económicas, religiosas, políticas, mientras que la complejidad del fenómeno de integración generaba (o renovaba) otras prácticas. El análisis *complejo* de esta situación muestra que frente a la explotación, los grupos dominados desarrollan una estrategia de sobrevivencia en virtud de una permanente readaptación.

c. Una fuerza simbólica asimilada a una persona concreta: el rey

El hecho de *tener el poder de ordenar a los hombres*¹⁶ significa que se tiene la fuerza para imponerlo. Esta fuerza no se encuentra en ninguna parte, está siempre *en otro lado*. Tiene el poderío de lo que designa y no, es un *símbolo*. Ella permite el ejercicio del poder, pero siempre en su nombre. Este poder de ordenar a los hombres, por tanto, no ha sido nunca ejercido en nombre de alguien visible y palpable. En la época medieval, los hombres impusieron, sobre todo, sus leyes *en nombre de Dios*. Bajo la influencia del pensamiento laico, la práctica de mando se impuso, sobre todo, *en nombre de la nación*. Ésta fue *personificada* por el rey (durante el periodo monárquico), luego por el Estado (durante el periodo republicano). Así, el rey y el Estado tuvieron, como todas las personas, una *voluntad*: divina, real, nacional y, finalmente, estatal.

Esta fuerza, poder o voluntad, fue catalizada en la palabra *soberanía*. Sólo Dios es soberano, sólo el Estado es soberano. La soberanía tuvo durante los tres periodos (medieval, monárquico y republicano), los mismos atributos: perpetua, indivisible, inalienable, es decir, *absoluta*. De manera que la unidad fue “la condición de la soberanía”.¹⁷ La unifica-

p. 37; Ciro Cardoso (coord.), *México en el siglo XIX (1821-1910) historia económica y de la estructura social*, México, Nueva Imagen, 1983, p. 279; Kaplan, Marcos, *Estado y sociedad en América Latina*, México, Oasis, 1984, p. 12.

16 “Todos los Estados, todos los señoríos que tuvieron y tienen el poder de ordenar a los hombres, fueron o son o Repúblicas o Principados. Y de los Principados, ninguno de ellos son hereditarios, de los cuales la raza del señor tuvo mucho tiempo la dominación, los otros son nuevos. Y los nuevos o lo son totalmente, como fue Milán de Francisco Sforza, o bien son como miembros adjuntos al Estado heredero del Príncipe que los ha conquistado, como es el reino de Nápoles al Rey de España (Fernando V)”, Machiavelo, *Le Prince*, presentation de Roger-Gérard Schwardtzenberg, Paris, Seghers, 1972, p. 75.

17 Baker Keith, Michael, “Souveraineté”, *Dictionnaire critique de la révolution française*, sous la direction de François Furet et Mona Ozouf, Paris, Flammarion, 1988, p. 898.

ción de las prácticas económicas, religiosas, lingüísticas y jurídicas del reino de Castilla fue, pues, la condición de su soberanía. Vencidos los pueblos “indígenas” de la península ibérica y del continente americano, tuvieron que someterse a este proceso de unificación bajo la sombra de los *soberanos* de Castilla.

d. Una sistematización de las conductas basada en textos escritos

El hombre ha imaginado un cierto orden del mundo, con y a pesar de los conflictos. Cada cultura desarrolla su propia concepción del orden. Ésta, en consecuencia, no puede ser el monopolio de una sola cultura. Cuando dos culturas se encuentran, dos visiones diferentes se enfrentan. Sin embargo, una cultura puede imponer, a través de la conquista militar, su concepción a otras culturas.

En la época monárquica, el hombre europeo imagina el orden de su mundo (la idea de “mundo” de cada pueblo se reduce a lo que se conoce, lo desconocido es categorizado como “otro mundo” o como “nuevo mundo”), basado en los textos escritos emanados de la autoridad real. El hombre americano, por su parte, inventa el orden de su mundo en comunión con las fuerzas de la naturaleza y lo reproduce, principalmente, de manera oral. Nosotros llamamos derecho estatal al primero, y derecho consuetudinario al segundo. En el análisis de su coexistencia, llamaremos al derecho estatal del periodo colonial, *derecho estatal español*; y el del periodo republicano, *derecho estatal mexicano*. En cuanto al derecho consuetudinario, denominaremos *derecho consuetudinario americano* al del periodo colonial, y *derecho consuetudinario indígena* al del periodo republicano (cuadro 2).

CUADRO 2

LOS NOMBRES DE LOS DERECHOS ESTATALES
Y CONSUETUDINARIOS

ÉPOCA	DERECHO ESTATAL	DERECHO CONSUETUDINARIO
Monarquía	Derecho estatal español	Derecho consuetudinario americano
República	Derecho estatal mexicano	Derecho consuetudinario indígena

El derecho (o lo *jurídico*) no es, pues, el monopolio de una cultura. El derecho estatal no es tampoco el último estadio de la evolución del progreso jurídico. El Derecho (con mayúscula) no es sino una de las manifestaciones de la conciencia de ser/estar sobre la Tierra. Aquí no hacemos sino asociarnos a las ideas expresadas por Mircea Eliade y Julien Freund en la historia de religiones y en la historia de las ideas políticas. Estos autores niegan la existencia propia y única de lo *sagrado* y de la *política* en una sola cultura.¹⁸ En este sentido, la historia de las ideas, creencias o mentalidades jurídicas está por escribirse. Ella mostraría que la experiencia jurídica de los pueblos siempre ha estado influenciada por otras culturas. Con ello, podríamos identificar lo que nos acerca y nos daría algunos elementos de comprensión y tolerancia frente a las diferencias.

C. *El Estado-nación*

El Estado-nación comienza a desarrollarse a partir del movimiento independentista norteamericano de 1776 y, sobre todo, de la Revolución francesa de 1789. El fin de este periodo no puede ser sino una fecha simbólica y, principalmente, didáctica: 1992. El Estado-nación, quizá, no existe ya. No lo podemos saber con certidumbre. Pero conocemos sus características. Vamos a analizarlas tomando en cuenta el apartado precedente. Partimos de la intuición de que la forma de organización política dominante en México llamada *Estado*, no fue sino la puesta en marcha (quizá aumentada y corregida, pero siempre la misma) de la estructura estatal nacional exportada por los españoles en el momento de la colonización. Dichas características son las siguientes:

- a. Una colectividad catalizada alrededor de la figura presidencial.
- b. Una legitimidad fundada, sobre todo, en la victoria electoral.
- c. Una fuerza simbólica asimilada en una persona abstracta: el Estado.
- d. Una sistematización de las conductas basada en la Constitución.

18 Eliade, Mircea, *L'épreuve du labyrinthe*, entretiens avec Claude-Henri Rocquet, Paris, Belfond, 1978 et 1985, p. 176; Julien Freund, "L'ennemi et le tiers dans l'État", *Archives de Philosophie du Droit. Genèse et déclin de l'État*, núm. 21, Paris, Sirey, 1976, p. 24.

a. Una colectividad catalizada alrededor de la figura presidencial

Se cortó la cabeza al *Antiguo Régimen*, pero su cuerpo sobrevivió:

La abolición de la realeza, decretada por la Convención desde su primera sesión pública (21 de septiembre de 1792) no trae consigo sin embargo la proclamación del nuevo régimen. La Convención se limita a confirmar la situación de hecho decretando al día siguiente que las actas serían, a partir de entonces, fechadas *año uno de la República*; y a conjurar el vacío y la amenaza de dislocación remplazando el 22 de septiembre la fórmula de la *Realeza una e indivisible* (artículo primero del título II de la Constitución de 1791) por la fórmula de la *República una e indivisible*.¹⁹

La República, de esta manera, hereda los atributos del poder *absoluto* de la monarquía. Es evidente que un cuerpo no podía caminar sin cabeza. La ideología republicana construyó una nueva cabeza sin alterar el poder absoluto. Este poder representado por la República quedó atado al cuerpo del Estado, pero sus funciones fueron “separadas”, “independientes”: el Legislativo ya no se confundió con el Judicial, ni el Ejecutivo con éstos. El principio era buscar su “equilibrio”.

La Constitución y las ideas republicanas fueron adoptadas y adaptadas por España y México al principio del siglo XIX. La figura real fue preservada simbólicamente en España, pero el ejercicio real del poder fue centrado, como en México, en la figura presidencial.

b. Una legitimidad fundada, sobre todo, en la victoria electoral

A partir de que el cuerpo-Estado fue dotado de una nueva cabeza, fue necesario encontrar otra justificación para el ejercicio del mando. Si en el *Antiguo Régimen* la nación “reside toda entera en la persona del rey”, en el nuevo, ella toma conciencia de sí misma como “nación reunida”.²⁰ El proceso de autoinstitución comienza cuando “los Estados generales rechazan la apelación que los designa desde siglos y desbordan las razones limitadas que habían motivado su convocación, la ruptura se rea-

19 Nora, Pierre, “Republique”, *Dictionnaire critique de la révolution française*, sous la direction de François Furet et Mona Ozouf, Paris, Flammarion, 1988, p. 836.

20 Nora, Pierre, “La nation-mémoire”, *Les lieux de mémoire. La nation*, vol. 2, Paris, Gallimard, 1986, pp. 802-803.

liza con [...] el *Antiguo Régimen*, y la Nación nace.”²¹ El paso de los “Estados generales” a la “Asamblea Nacional”, “sanciona [así] la inversión en la escala política de los valores, confiando de hecho la soberanía a la representación nacional”.²² Esta representación nacional no es sino elegida. Desde entonces, comienza el calvario de la idea democrática ligada, sobre todo, a los procesos electorales. Esta noción de democracia adherida a la lógica de la forma dominante de organización política llamada *Estado*, no corresponde a la noción de democracia ligada a la forma de organización política llamada *polis*, inventada por los griegos.

La democracia, pues, como “el gobierno del pueblo”, no puede ser sino la muerte del Estado. En una democracia, en sentido estricto, no hay entre el pueblo y el pueblo “representantes” que hacen *como si* fueran el pueblo entero. La “crisis” del Estado moderno es la debilidad de esta lógica.

c. Una fuerza simbólica asimilada a una persona abstracta: el Estado

En la época medieval, la fuerza que justificaba el poder ordenar a los hombres estaba dirigida, principalmente, hacia Dios. La monarquía feudal había heredado esta idea hasta su caída debido a la fuerza creciente del pensamiento laico. Este poder de mando estaba centrado en el rey cuando la monarquía se convirtió en absoluta. Con las nuevas ideas republicanas, la forma de mandar se repartió en el conjunto de ciudadanos, es decir, en la nación. Ésta fue personificada en el Estado como *expresión de la colectividad unificada*:

la esencia propia de toda comunidad estatal consiste, primero, en que a pesar de la pluralidad de sus miembros y de los cambios que se operan entre ellos, se encuentra reducida a la *unidad* por el hecho de su organización: en efecto, a consecuencia del orden jurídico estatutario establecido en el Estado, la comunidad nacional, considerada en la colección de sus miembros vivos en el presente o, incluso, en la serie sucesiva de generaciones nacionales, está organizada de tal manera que los nacionales no forman, respecto a la dirección de los asuntos públicos, sino *una voluntad única*, la que está expresada por los órganos regulares de la nación y que es la voluntad colectiva de la comunidad. Tal es *el hecho jurídico capital*

21 *Idem*, p. 803.

22 *Idem*, p. 804.

que la ciencia del derecho debe tomar en cuenta, y no lo puede tomar en cuenta sino reconociendo al Estado como expresión de la colectividad unificada, una individualidad global diferente de las de sus miembros particulares y transitorios, es decir, definiendo al Estado como una persona jurídica.²³

No fue, pues, la filosofía política la que asimiló la nación al Estado, sino los juristas.²⁴ A partir de entonces, la fuerza de mando fue bautizada en los claustros de la ciencia del derecho como fuerza *estatal*:

Lo que distingue al Estado de otras agrupaciones, es la fuerza de que está dotado. Esta fuerza, propia al Estado y que se puede bien caracterizar calificándola de *fuerza estatal*, tiene, en la terminología tradicionalmente consagrada en Francia, el nombre de *soberanía*. Con base en esto habría, entonces, que reducir a la noción jurídica del Estado esta doble idea fundamental: el Estado es una persona colectiva y una persona soberana.²⁵

Para León Duguit, esta fuerza coactiva es un elemento esencial de todo Estado.²⁶ Él considera al Estado como *un hecho social*. La realidad social es el único dato que permitirá explicarlo, ya que “los hechos son más fuertes que los textos”.²⁷ Así, con Duguit, la construcción teórica del Estado ligada a una concepción del derecho reducida a los textos de la ley fue negada: “el derecho se encuentra en la realidad social y no en las fórmulas de las leyes”.²⁸ Según Duguit, el edificio jurídico fue construido sobre bases abstractas, sin embargo, el “momento ha llegado de intentar la construcción jurídica del Estado, utilizando *únicamente* los materiales proporcionados por la realidad social descartando todos los conceptos de orden metafísico.”²⁹

El realismo jurídico de Duguit considera al derecho y al Estado como hechos sociales. En este sentido, la explicación de los *elementos del*

23 Malberg, R. Carré de, *Contribution à la théorie générale de l'Etat. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, vol. 1, Paris, Société Recueil Sirey, 1920, pp. 8-9.

24 Mauss, Marcel, *op. cit.*, p. 11.

25 Malberg, R. Carré de, *op. cit.*, p. 9-10. Las cursivas son nuestras.

26 *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État. Première partie. Eléments, fonctions et organes de l'État*, vol. 2, 3a. ed., Paris, Fontemoing et Cia., 1928, pp. 3-4. Nosotros desarrollaremos aquí su teoría realista del Estado.

27 *Idem*, pp. 1-2.

28 *Idem*, p. 12.

29 *Ibidem*.

Estado no fueron sino sociales. Duguit observó, pues, la realidad social y encontró “los tres elementos del Estado [...] la nación, los servicios públicos y el territorio”.³⁰ Nosotros encontramos en su análisis, sin embargo, sólo uno: la coacción. Los otros elementos no son sino los *límites* al Estado:

El elemento esencial de todo Estado: la más grande fuerza. Ella puede ser material o moral; pero incluso cuando es solamente moral se traduce siempre en *fuerza coactiva*. Hay diferencia entre gobernantes y gobernados sólo cuando los primeros pueden, de hecho, imponer coactivamente su voluntad a los segundos. Con esta única condición hay distinción entre gobernantes y gobernados, y en consecuencia, *con esta única condición*, hay un Estado.³¹

El ejercicio de esta voluntad y de esta fuerza coactiva tiene un *doble límite*:

Elas están limitadas en su objeto que es la organización y control de *servicios públicos*. Tienen un límite *territorial*, impuesto de hecho por el establecimiento de *sociedades civilizadas* sobre territorios determinados.³²

Encontramos aquí los tres elementos del Estado.

Fuera de esta gimnasia mental, vamos a intentar mostrar cuáles son los “elementos” o “límites” del Estado, desde el punto de vista del realismo jurídico de Duguit. Su análisis de la nación oscila entre dos tendencias: por un lado, su deseo vehemente de desembarazarse de toda referencia a la ley (“conceptos metafísicos sin valor”), y por otro lado, la influencia de la (¿su?) formación metodológica dominante:

No puedo aceptar la doctrina, todavía dominante, del Estado persona colectiva soberana [...] Formulada en sus principios (metafísicos sin valor) por las Declaraciones de derechos y las Constituciones [...] ella es aún, según estos textos, la base de nuestro derecho público francés.³³

30 *Idem*, p. 4.

31 *Idem*, pp. 3-4.

32 *Idem*, p. 4.

33 *Idem*, p. 1.

Hay en el enfoque realista de Duguit, una suerte de transferencia de la actitud metodológica basada en el análisis de textos (la cual es “todavía dominante”, “base de nuestro derecho”), hacia el análisis del Estado como hecho social.

Es difícil ser objetivo en relación con nuestra realidad (doctrinal o social), porque formamos parte subjetivamente de ella. Ignoramos si Duguit se dio cuenta de esto. No queremos juzgar al autor. Se trata de mostrar la actitud del análisis jurídico de la época fuertemente influenciado por las concepciones evolucionistas dominantes (y que, quizá, lo son aún).

Cuando Duguit afirma, pues, que el Estado es un hecho social, es totalmente fiel a su deseo de negar la doctrina dominante que explica el Estado por los textos (las sociedades sin escritura no tendrían, en consecuencia, un Estado). Sin embargo, se adhiere a esta doctrina cuando considera que la existencia del Estado está ligada “a la forma más general de las agrupaciones sociales en el país que han llegado hoy a un cierto grado de civilización [...] la nación. [Ésta es] el medio social en el cual se produce el hecho Estado”.³⁴

En su explicación del poder estatal, Duguit se aleja de la teoría dominante cuando considera a la fuerza coactiva como un poder de hecho y no un poder de derecho.³⁵ Sin embargo, termina por aceptarla cuando asocia el Estado a la nación y al derecho: si “el derecho sin la fuerza es impotencia y en consecuencia no es una fuerza estatal, la fuerza sin el derecho es una barbarie. [Así] este acto de coacción no puede ser hecho sino en los límites fijados por la ley”.³⁶ Si la ley es el texto escrito, se entiende que la coacción pública como poder de hecho no podrá existir si el derecho no lo permite.

Duguit es fiel a su actitud, pero se traiciona, en general, en sus explicaciones. Cuando afirma que en una sociedad sin territorio un Estado puede existir, corrige: pero “las sociedades civilizadas modernas tienen fronteras fijas y la acción de los gobiernos no se ejerce sino en sus límites”.³⁷

³⁴ *Idem*, p. 2. Para Duguit, la civilización “consiste en el crecimiento del número de necesidades de todos los órdenes pudiendo ser satisfechas en un poco tiempo”, p. 63.

³⁵ *Idem*, p. 36.

³⁶ *Idem*, pp. 47-49.

³⁷ *Idem*, p. 51.

Finalmente, en su *teoría acabada*, Duguit concluye: de

personalidad colectiva, no encontré en ninguna parte; de coacción pública, soberanía, no encontré tampoco; sino solamente individuos en posesión de una fuerza en un medio social dado, en una colectividad humana fija en un cierto territorio; funciones a ejercer y cuyo cumplimiento se impone a ellos porque sólo éstos pueden, por su mayor fuerza, asegurar este cumplimiento. Así, si hay una fuerza coactiva, es un deber, una función y no un derecho.³⁸

d. Una sistematización de las conductas basada en la Constitución

Cuando el “Nuevo Régimen” llegó a la entrada de la casa estatal, encontró que el “Antiguo” huésped había dejado las llaves pegadas a la puerta: el monopolio de pronunciar el derecho, es decir, de producirlo y de hacerlo aplicar de manera exclusiva en toda la casa (entiéndase, la nación).

En la *transferencia* de la soberanía monárquica a la república estaba implícita la facultad de legislar y de aplicar las leyes. Esta función es una de las principales características del Estado como forma de organización política dominante en las sociedades llamadas occidentales. Ello fue el producto del proceso interdependiente de racionalización de lo jurídico, militar, administrativo, económico, educativo, donde el Estado reivindica *el monopolio de la violencia legítima*.³⁹

Una vez que se tuvo el órgano (la Asamblea Nacional) y el instrumento (el derecho), no quedaba, pues, sino *fundar la República en la ley constitucional*.⁴⁰

Los juristas mexicanos fueron influenciados, como veremos en la segunda parte, por el movimiento constitucionalista de los Estados Unidos de América y por las ideas republicanas francesas. También analizaremos la dinámica de las nociones de igualdad jurídica y de ciudadanía única en relación con las etnias nacionales. Antes estudiaremos el desarrollo histórico del concepto de etnia en los periodos monárquico y colonial.

38 *Idem*, p. 62.

39 Weber, Max, citado por Freund, Julien, *op. cit.*, p. 27.

40 Nora, Pierre, “République”, *Dictionnaire...*, p. 839.

2. *El concepto de etnia*

A. *Introducción*

La palabra *etnia* tiene sus raíces en la Grecia antigua: *ethnos* es el pueblo. Para los griegos, una etnia se definía a la vez por una voluntad y por prácticas colectivas en todos los aspectos: religioso, jurídico, político, lingüístico, económico... De esta manera, un pueblo, a pesar de estar en cualquier lugar, tener una organización política ajena, hablar otras lenguas y practicar ritos diferentes, siempre conservará su etnicidad, ya que ella

no reside ni en la lengua, ni en el territorio, ni en la religión, ni en tal propiedad particular, sino en el proyecto y las actividades que dan sentido al uso de la lengua, a la posesión de un territorio, a la práctica de costumbres y ritos religiosos.⁴¹

La historia muestra que cada pueblo desarrolla su etnicidad relacionándose de manera *compleja* con otros pueblos, es decir, en la complementariedad, asimilación y contradicción. La etnología tiene la tarea de mostrar esta complejidad. Sabemos que en la Tierra todos los pueblos son fatalmente contemporáneos: todos comparten el mismo espacio (la Tierra) y el mismo tiempo (el presente). Las relaciones de cada pueblo con su pedazo de tierra y tiempo son humanamente las mismas, pero culturalmente diferentes. La hermosa tarea de la etnología consiste, pues, repito, en mostrar las semejanzas y diferencias entre los pueblos o etnias. Esta debe ser su aportación para comprender y hacer comprender el mundo (tarea, por otra parte, propia a todas las disciplinas). Abordaremos este fenómeno étnico, primero, analizándolo en el contexto del periodo monárquico, luego en el del periodo republicano.

B. *Las etnias y la monarquía*

a. *Las etnias nacionales*

En Europa: “Burguesía dominante y formaciones sociales burguesas se constituyeron recíprocamente por un *proceso sin sujeto*, reestructuran-

⁴¹ Cuisenier, Jean, *Ethnologie de l'Europe*, Paris, PUF, coll. que sais-je?, n° 2564, 1990, p. 4.

do el Estado en la forma nacional y *modificando el status de las otras clases*.⁴²

De esta manera,

las naciones europeas se construyeron en perjuicio de las etnias minoritarias englobadas por ellas, y para distanciarse de la antigua comunidad global que había sido, en la Edad Media, la cristiandad. Rompiendo con las sociedades medievales que tenían una identidad bipolar —la de raíces étnicas y la de comunidad de creyentes—, las naciones modernas se constituyeron como sociedades cerradas donde la sola identidad oficial es la que el Estado confiere a los ciudadanos.⁴³

A la creación del Estado *nacional* correspondió, en consecuencia, la creación de las etnias *nacionales*. Analizaremos este proceso de nacionalización de la sociedad en el contexto de la monarquía española. Ésta produjo su etnia o pueblo (símbolo) a través de tres instrumentos principales: la lengua, el derecho y la cruz. De hecho, ella heredó esta estrategia del imperio romano.⁴⁴ Los pueblos de la península ibérica fueron conquistados por los romanos en el año 197 a. C. Durante casi siete siglos de colonización (caída del imperio romano de Occidente: 476 d. C.), los pueblos indígenas ibéricos pertenecieron a la *Romania*, la cual fue etnizada de la manera siguiente:

a) Por el latín:

El *latín* es primitivamente el hablar de Roma y del *Latium*. Convertido en lengua literaria en el siglo III a. C., se difunde al mismo tiempo que Roma afina su dominación sobre los pueblos conquistados [...] Al margen de la lengua literaria y de la lengua jurídica, el latín vulgar lleva una evolución subterránea. Se enriquece de palabras francas, góticas, lombardas y eslavas, reduce las declinaciones y conjugaciones y da nacimiento, después de la caída del Imperio Romano de Occidente, a las lenguas vernáculos de donde surgirían las lenguas romanas medievales y modernas. El latín debe su difusión a los procesos complejos que durante quinientos años hacen penetrar la influencia romana en todo el Occidente europeo. Un cierto conocimiento de la lengua se imponía, en efecto, a los miem-

42 Balibar, Etienne, *op. cit.*, p. 23. Las cursivas son nuestras.

43 Fougeyrollas, Pierre, *op. cit.*, p. 231.

44 Para el desarrollo de esta parte seguiremos a Jean Cuisenier, *op. cit.*, pp. 53-56.

bro de las aristocracias locales, invitadas a proporcionar los magistrados y funcionarios para el servicio de Roma, a los mercaderes y comerciantes motivados en sacar provecho de su pertenencia a un vasto conjunto económico bien equipado en carreteras, puertos y mensajerías.⁴⁵

b) Por el derecho:

¿*Quod est civitas nisi juris societas?*, se pregunta Cicerón. ¿Qué es una ciudad, sino una sociedad de derecho? La pertenencia étnica, según la cual tenemos una *patria natural*, en virtud del nacimiento, claudica frente a la pertenencia cívica según la cual tenemos una *patria de recepción*, en virtud de los derechos de los cuales somos titulares. La *etnicidad* cede su lugar a la *ciudadanía*. Los grupos tribales se borran detrás de una organización jurídica y territorial en municipios y ciudades, y por ende en provincias, hasta una ciudad universal, Roma, centro de un imperio cuyas fronteras son los límites del mundo *civilizado*.⁴⁶

c) Por la cruz:

Ubi Ecclesia, ibi Roma: donde está la Iglesia, ahí se encuentra Roma. Cuando las fronteras ceden y los movimientos étnicos vencen, la uniformidad engendrada por el Imperio es alterada por el universalismo de la Cruz. El hecho es que la Iglesia romana intervino de manera decisiva en el proceso en que se constituye, del siglo VI al X, la naciente civilización europea. Ésta otorga a los pueblos conquistados la cohesión social y política indispensable a su acción religiosa. Por ello, sin embargo, liga sus dirigentes a las instituciones y mecanismos de poder. Es en estos tiempos que se estrecha la alianza entre latinidad, romanidad y catolicidad. Y es entonces cuando el dominio romano termina por constituirse.⁴⁷

b. El Pueblo de la Corona

Los instrumentos de colonización romana fueron utilizados por el reino de Castilla para la etnización de los pueblos de la península y de las “Indias occidentales”. El Estado monárquico produjo, así, su pueblo: el *Pueblo de la Corona española*. El imperio castellano en América fue “la más latina, la más romana de todas las sociedades coloniales de la

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*.

época. Es la más pura proyección en el Nuevo Mundo de la idea de Imperio”⁴⁸.

Esta idea de imperio fue, sin embargo, impuesta y asimilada a otra, la de los aztecas:

Definimos al *imperio* como un Estado que recubre un gran territorio y reúne numerosas sociedades antes autónomas y culturalmente heterogéneas, entre las cuales una domina a las otras [...] El *imperio azteca* es un término tradicional de la organización del Nuevo Mundo y creemos que es correcto. Los aztecas mexicanos extendieron su autoridad en un vasto territorio y conquistaron otras sociedades y explotaron a sus enemigos vencidos.⁴⁹

Analizaremos el proceso de etnización de las sociedades americanas dominadas por el imperio español en la segunda parte. Este proceso corresponde, de hecho, al encuentro de varias etnias o pueblos:

a) Las etnias europeas: indígenas de la península ibérica.

b) Las etnias americanas: indígenas de América.

c) Las etnias africanas: indígenas de África.

d) Las etnias mestizas americanas: indígenas de América producto de la mezcla de las etnias anteriores. Fueron las principales: la “mestiza” (mezcla de española y americana de origen prehispánico); la mulata (mezcla de española y negra africana) y la zamba (mezcla de americana de origen precolombina y negra africana).

C. Las etnias y la República

En la época monárquica, el Estado nacional crea su Pueblo, reconociendo un *estatus* a las etnias vencidas. Su existencia en tanto *pueblos* fue respetada. Bajo la República, este derecho de los pueblos dominados deja de ser reconocido en virtud de la aplicación del principio de igual-

48 F. Mauro, “Colonisations latines”, *Civilisations latines*, direction de Duby, Georges et Olivier Urban, Paris, 1986, *ibidem*, p. 88.

49 Conrad, Geoffrey W., y Arthur A. Demarest, *Religión e imperio. Dinámica del expansionismo azteca e inca*, México, Alianza Editorial y CONACULTA, 1990, p. 18. Cfr. Prescott, William H., *Histoire de la conquête du Mexique. (Découverte y chute de l'empire aztèque)*, 2 vol., Paris, Pygmalion/Gérard Watelet, 1992.

dad jurídica. El Estado no concebía sino la idea de individuos (“ciudadanos”) en su suelo, cuyo conjunto fue llamado *nación*. Las diferentes etnias fueron así *borradas* del mapa político del Estado en beneficio de *un* pueblo, el del Estado-nación.

A partir de este momento, el Estado se convirtió en el guardián de los derechos individuales reconocidos en la nueva estructura jurídica: la Constitución. El constitucionalismo americano (1776) y la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), fueron los eventos históricos que influyeron en los movimientos étnicos que pretendían encontrar una nueva estructura de legitimidad política.

En México, la etnia criolla, en complicidad con las etnias mestiza e “indígena”, rompieron los lazos que las ataba a la etnia española (1810). Esto se produjo en el momento en que España se independizaba (paradójicamente) del invasor francés (1814). México y España adoptaron así las ideas republicanas en el marco de las Constituciones. Conforme

a su propia tradición constitucional claramente de cepa francesa (Constitución de 1812, t. I: art. 1), la nación española se afirma como sujeto constituyente, titular de la soberanía indivisible y realidad existencial prealable a la Constitución misma.⁵⁰

México recibió también la influencia francesa y adopta una forma federal de gobierno inspirada en la Constitución de los Estados Unidos.

En España fueron reconocidos el *Pueblo español* o la *nación española* y en México el *pueblo mexicano* o la *nación mexicana*. El poder republicano es, pues, como lo fue el monárquico, *absoluto*: “uno e indivisible”.

Las etnias no tuvieron, en estas circunstancias, un *estatus* y fueron prácticamente obligadas a aceptar su *reconocimiento* accediendo a la forma de organización política dominante: la estatal. Estudiaremos el desarrollo de esta dinámica, en un primer momento, desde el siglo XIX hasta el principio del XX, y en un segundo momento, desde la creación de la Sociedad de Naciones (1920) hasta el Tratado de Maastricht (1992).

50 Herrero de Miñón, Miguel, “Les sources étrangères de la Constitution”, *Pouvoirs. Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques. L'Espagne démocratique*, núm. 8, Paris, PUF, 1979, p. 98.

a. La americanización de las etnias

El programa republicano constituyó al interior de los Estados-naciones un motivo de luchas fratricidas. Liberales y conservadores hicieron de la *nación* un espacio de lucha ideológica y militar. Se había creído que la legitimidad del poder estatal pasaba por la lucha electoral —el debate de ideas—; sin embargo, la victoria militar continuó siendo el único medio de legitimidad del poder “republicano”. Además, a nivel internacional, nuevos Estados se convirtieron en nuevos imperios. Europa, y el mundo, fue el terreno de nuevas guerras. Los derechos de los individuos reconocidos en las Constituciones no fueron respetados: nunca “en la historia, los derechos del hombre no habían sido tan burlados como en el periodo de 1815 a 1920, ante los aplausos de gobiernos y naciones”.⁵¹ Si ésta era la situación de *los derechos de los individuos*, es fácil imaginar que *los derechos de las etnias* no figuraban ni siquiera en la mesa de discusión.

En México, la consolidación de un Estado nacional republicano y federal no pudo consolidarse, en la mayor parte de este periodo, por las razones siguientes: la lucha por el poder entre los criollos y mestizos, la pérdida de la mitad del territorio, la efímera instalación de dos imperios, la lucha contra el poder de la Iglesia, las rebeliones de los “indios”, las intervenciones extranjeras.

Bajo la dictadura de Porfirio Díaz (1880-1910), el país tuvo un orden relativo. La lucha electoral fue suprimida. El primer gobierno posrevolucionario no tuvo, sin embargo, el tiempo de instalar un nuevo orden democrático. Los conflictos entre las diferentes corrientes impidieron la implantación de un gobierno estable hasta la promulgación de la Constitución (1917) y de un partido político catalizador de todas las corrientes (1929).

La situación de las etnias fue la siguiente:

a) Las etnias criollas y mestizas tomaron los poderes económico y político. Ellas heredaron y adaptaron la organización estatal. En la segunda parte analizaremos sus características y cómo fue más fácil *proclamar* un Estado nacional, republicano y federal, que *construirlo*.

51 Caratini, Roger, *La force des faibles. Encyclopédie mondiale des minorités*, Paris, Larousse, 1986, p. 212.

b) Las etnias africanas e “indígenas” quedaron al margen de este proceso de formación nacional, o si se prefiere, su “participación” sólo fue tomada en cuenta al “reconocer” a sus miembros como individuos, *ciudadanos*, iguales ante la ley, y sus tierras de “manos muertas” por la Ley Lerdo (1856). Privatizadas las tierras, perdieron su carácter *comunal*.

Conviene señalar que a partir de este periodo se produjo un cambio radical del estado de las etnias: después de tres siglos de coexistencia, todas las etnias eran ya originarias, o indígenas, de América (salvo la española): negras, “indias”, criollas y mestizas.

b. La protección de las minorías

El siglo XX comienza con una nueva guerra (1914-1918). El Tratado de Versalles (1919) y la Sociedad de Naciones (1920) impusieron la paz a los países vencidos (Austria, Hungría, Bulgaria, Turquía), y crearon en su perjuicio nuevos Estados: Yugoslavia, Checoslovaquia, Polonia.⁵² Algunas etnias fueron divididas en varios países; por ejemplo, los alemanes en Polonia, Alsacia y Lorena, Schlesiaig, Tyrol italiano, Checoslovaquia y Yugoslavia. Otras etnias fueron “atrapadas” en varios países (judíos de Grecia, Polonia y Rumania).

La paz impuesta por este nuevo mapa político mundial se concretó en tratados *especiales* donde los derechos individuales (civiles y políticos) tendrían que ser respetados sin distinción de raza, lengua y religión. En el marco de dichos tratados, sin embargo, fueron previstos derechos “especiales” para ciertas etnias como la práctica de su lengua y religión. Esto no significó el reconocimiento de un proyecto y actividades que daban sentido al uso de su lengua, posesión de un territorio y práctica de ritos religiosos. Elementos, pues, diferentes del proyecto nacional de los Estados. De hecho, la Sociedad de Naciones no garantizó estos “derechos especiales” sino de manera “vaga y puramente declarativa.”

La guerra de los años cuarenta fue el motivo para un nuevo reacomodo del mapa político internacional. Los acuerdos de Malta y la Organización de las Naciones Unidas (1948) determinaron las bases de un nuevo orden. Nuevos Estados fueron creados, anexados o protegidos: ¿en beneficio de quién? De dos nuevos imperios: los Estados Unidos de

52 Para el desarrollo de esta parte seguiremos a Caratini, Roger, *La force des faibles...*, pp. 214 y ss.

América y la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas. Desde entonces, las etnias vivieron bajo la influencia, directa o indirecta, mayor o menor, de la americanización y de la soviétización.

Cada Estado, independiente o no, tenía su *pueblo*. Cada Estado, su etnia. Nada cambió. La forma de organización política dominante llamada Estado siguió fiel a su lógica: producir *su* pueblo (el pueblo americano, el pueblo soviético, el pueblo francés, el pueblo español, el pueblo mexicano...). Por otra parte, en la Carta creada por la ONU y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados fueron considerados garantes de los derechos individuales. Nunca se mencionaron los derechos colectivos étnicos. Sin embargo, el Consejo Económico y Social de la ONU, que asegura el respeto efectivo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (artículo 62 de la Carta), creó una Comisión de Derechos del Hombre, en 1946. Ésta, a su vez, decidió en su primera sesión establecer una subcomisión de lucha contra las medidas discriminatorias y para *la protección de minorías* (1947).⁵³

Era la primera vez que los Estados reconocían la existencia, al interior de su territorio, de etnias dominadas, culturalmente diferentes, las cuales —por ello— tenían que ser “protegidas”.

La noción de minoría amerita aquí ser precisada. Se parte del punto de vista de que en todo Estado coexisten dos tipos de poblaciones: una dominante y otra dominada. En general, la primera es mayoritaria y la segunda es minoritaria. En algunos casos esto no puede ser exacto; por ejemplo, en África del Sur, la mayoría negra hasta hace unos meses. Lo que el discurso etnológico, pues, denomina *etnias*, el discurso jurídico llama “minorías”. Para el discurso sociológico, más que una noción, se trata de *una situación de minoría*:

No hay minoría si no hay mayoría, en una relación susceptible de variaciones. Esta relación que estructura una realidad social determinada se inscribe en una organización más amplia de la cual es inseparable. Las minorías tradicionalmente consideradas, étnicas, religiosas y lingüísticas, son grupos puestos en situación minoritaria por la relación de fuerzas que subyace en la sociedad global. Es esta relación quien las define como minoritarias.⁵⁴

53 Capotorti, Francesco, *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, Nueva York, 1991, pp. 29-30.

54 Fenet, Alain, “La question des minorités dans l’ordre du droit”, *Les minorités à l’âge de l’État-nation*, Paris, Fayard, 1985, p. 36.

En este sentido, cualquier etnia mayoritaria o no, puede caer en una situación minoritaria, es decir, en situación de dependencia y de inferioridad política. En el marco de nuestra investigación, analizaremos cómo esta situación fue impuesta por las etnias minoritarias ibéricas a las etnias mayoritarias americanas en el periodo monárquico; y por la etnia mayoritaria mestiza (actualmente) frente a las etnias minoritarias de origen prehispánico y africanas en el periodo republicano.

En este contexto, una minoría “es un grupo específicamente sometido, ubicado en una situación de dependencia o inferioridad por un acto de poder que designa, categoriza y separa. Cualquier grupo, pues, puede ser puesto en una situación minoritaria”.⁵⁵ Los elementos de esta *situación minoritaria* son una inferioridad numérica, dependencia política y una cultura particular del grupo: lengua, religión, derecho. Los textos internacionales reconocen la existencia de tres tipos de “minorías”: *étnicas*, religiosas y lingüísticas.

En los Estados donde existen minorías *étnicas, religiosas o lingüísticas*, las personas pertenecientes a estas minorías no pueden ser separadas de su grupo, de su propia vida cultural, de profesar y practicar su propia religión o de emplear su propia lengua (artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16 de diciembre de 1966).

Cada Estado reconoce la existencia de etnias diferentes de la que compone la mayoría de la población. Sin embargo, este reconocimiento no implica *los derechos de las etnias*. Los Estados deben proteger a “las personas pertenecientes a estas minorías”, pero no a las minorías en su conjunto, en tanto pueblos. Por ello se impone una distinción entre los derechos del hombre y los derechos de los pueblos. Éstos deben ser interpretados como la facultad que tienen todos los grupos humanos que coexisten en la Tierra, de tener una organización política, jurídica, religiosa, económica propia, en el respeto, la tolerancia y la solidaridad. Cada pueblo, así, no tiene necesariamente que solicitar su acceso a la categoría de Estado. Cualquier pueblo debe saber que el *Estado* no es sino una forma de organización política, pero no la única. Los Estados

55 *Idem*, p. 37.

nos impiden a menudo ver los pueblos. Por ello, los alcances de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos (Argel, 4 de julio de 1976), son limitados. A pesar de que reconoce el ejercicio de los derechos de los pueblos *en su conjunto*, dicho ejercicio no deberá atentar contra “la integridad territorial y la unidad política del Estado (artículo 21)”.⁵⁶ Los Estados nos impiden, a veces, ver los pueblos.

Si comparamos a todos los pueblos de la Tierra, ¿cuál sería la situación del bosque? El árbol estatal representado por la ONU tiene ya más de 170 miembros (aumento debido al reconocimiento de las antiguas repúblicas pertenecientes a la ex Unión Soviética y a la ex Yugoslavia: Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eritrea, Estonia, Federación Rusa, Georgia, Kazajstán, Kirguizistán, Letonia, Lituania, Antigua Eslovaquia, Eslovenia, Tayikistán, Turkmenistán, Ucrania, Uzbekistán).⁵⁷ Por otra parte, la tendencia mundial de los Estados es la de crear “comunidades” o “uniones”. El ejemplo fue puesto por los Estados europeos, los cuales con el Tratado de Maastricht (1992), ya no son una Comunidad Económica, sino una Unión Europea. La ciudadanía es no sólo nacional, sino europea. Este fenómeno político comunitario rompe con la concepción tradicional del Estado *nacional*, ya que se han creado órganos supranacionales (presidencia, parlamento, tribunal) que desplazan los polos internos de decisión ejecutiva, legislativa y judicial hacia los centros institucionales *europeos*. Las normas *comunitarias*, que no las *nacionales*, son las que están reglamentando las relaciones comerciales y políticas en este espacio común sin fronteras. Estamos en presencia de un esbozo de un derecho europeo, de un ciudadano europeo, es decir, de un Estado *continental*.

Paralelamente, notemos el surgimiento de pueblos que sin solicitar el acceso a la categoría de Estado, reclaman el reconocimiento de otra forma de organización política: la Reunión Internacional de Pueblos Indígenas de América (Guatemala, 1991) propuso la creación de una Organización de Naciones Indígenas de América (ONIA), donde un *estatus* de autonomía les sea respetado.

Este movimiento de naciones indígenas por el reconocimiento de una organización política diferente, rompe con las doctrinas *liberales* y *mi-*

56 Díaz Müller, Luis, *Manual de derechos humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 34-35.

57 Shehadi, Kamal S., “¿Son viables los 24 Estados que han surgido?”, *Los poderes planetarios* (suplemento de *La Jornada*), México, 16 de mayo de 1994, pp. 8-9.

litantes que buscaban la protección de los derechos de las etnias en el marco del derecho estatal. La doctrina liberal y humanitaria

entiende aportar el beneficio de algo que se llamaría el derecho, instancia neutra de un sistema evolucionado, a poblaciones maltratadas y sin defensa. Esta posición que pone muchas esperanzas en el derecho, haciendo caso omiso de las relaciones de fuerzas subyacentes, va al encuentro de inconvenientes. Además, encubre a veces un paternalismo civilizador serenamente asumido. Se podría preguntar, en este caso, si para algunos, y no solamente occidentales, el argumento jurídico no es sino una metamorfosis del viejo discurso de la dominación cultural: ¿se lleva el derecho a los pueblos como antes la cultura!⁵⁸

La doctrina militante invoca

los derechos de una colectividad que designan y cuya existencia es por ello mismo postulada. Así, son proclamados los derechos, detentados de una manera inmanente [...] Este jusnaturalismo desemboca paradójicamente en una concepción muy estatal del derecho: estos derechos ya detentados no son propuestos sino para hacer derecho, es decir, derecho del Estado. Los grupos minoritarios tendrían derechos pero no derecho, ya que sólo el Estado produciría el derecho; el grupo no accedería, entonces, al derecho sino por voluntad del Estado. En esta conclusión, el discurso militante se identifica, finalmente, con el discurso oficial liberal.⁵⁹

Nosotros coincidimos con Alain Fenet cuando menciona que dicha protección de las minorías “no puede engendrar [pues] sino decepciones, confusiones e incomprensiones. Me parece más fecundo derribar el postulado y considerar que las minorías poseen derecho y, en consecuencia, reivindicar derechos”.⁶⁰

Arribamos, así, al núcleo de esta investigación: el análisis de la relación entre la concepción estatal y la concepción consuetudinaria del orden del mundo. Focalizaremos nuestro estudio sobre México, donde esta concepción estatal fue impuesta por la etnia española (después la etnia mestiza-mexicana) a las etnias indoamericanas y afroamericanas.

58 Fenet, Alain, *op. cit.*, pp. 27-28.

59 *Ibidem.*

60 *Idem*, p. 28.

La concepción jurídica estatal imagina el orden del mundo (“el mundo” se limita a lo que se conoce) basado en textos escritos derivados de una autoridad identificada. Por el contrario, la concepción jurídica consuetudinaria (transmitida, sobre todo, oralmente) imagina el orden del mundo en armonía con las fuerzas naturales que gobiernan. En la segunda parte estudiaremos la complementariedad, asimilación y oposición de estas maneras diferentes de organizar la vida comunitaria. Antes analizaremos la doctrina sobre el reconocimiento de un derecho cuya fuente no es el Estado y los paradigmas jurídicos implícitos.

II. LA ACULTURACIÓN JURÍDICA Y LOS PARADIGMAS JURÍDICOS

1. *El concepto de aculturación jurídica*

A. *Introducción*

Los conceptos de etnia y cultura son sinónimos. Cultura es todo lo que caracteriza a una etnia: *el proyecto y las actividades que dan sentido al uso de la lengua, a la posesión de un territorio, a la práctica de costumbres jurídicas y ritos religiosos*. En este sentido, podemos decir que la existencia de un pueblo o etnia supone la existencia de una cultura. De hecho, la historia de la humanidad ha sido marcada en gran parte por la historia de los pueblos, es decir, por relaciones de culturas diferentes. Analizaremos aquí el desarrollo de lo *jurídico* de esta relación.

Cada etnia tiene una manera de imaginar el orden de su mundo, de crear la organización de su comunidad. La cultura jurídica de cada pueblo se desarrolla rechazando o asimilando otras culturas. Desde el punto de vista de la etnología jurídica, ningún pueblo puede declararse el propietario de *la* cultura jurídica. La historia jurídica de los pueblos es un permanente reencuentro entre maneras diversas de vivir el mundo en comunidad. La aculturación jurídica es, pues, el análisis de las relaciones entre culturas jurídicas diferentes.

La palabra *aculturación* fue utilizada como “el paso” de una cultura llamada *primitiva* a una cultura llamada *moderna*, o bien como “el contacto” de culturas.⁶¹ Era el punto de vista *evolucionista* que observaba

⁶¹ Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 235; Arnaud, André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ et Bruxelles, E. Stang-Scientia Éditions Juridiques et Fiscales, 1988, pp. 3-4.

ciertos pueblos cambiar y otros no. Nosotros hacemos referencia más bien a la aculturación en tanto relaciones complejas de pueblos, es decir, desde el punto de vista *pluralista*. En este sentido, ningún pueblo pertenece a la “prehistoria”. Todos los pueblos son históricamente contemporáneos. Pueblos y hombres coexisten en el mismo espacio-tiempo. Todos somos fatalmente esclavos de la contemporaneidad. El presente es nuestro tiempo y la Tierra es nuestro espacio. Ningún pueblo tiene el derecho de imponer su experiencia del presente a otros pueblos. Cada pueblo vive y desarrolla su propia concepción del ahora y aquí. Toda actividad es la expresión de nuestra conciencia de ser/estar en la Tierra.

Analizaremos aquí la relación entre las concepciones del tiempo y del espacio jurídicos de las culturas de origen americano y de origen europeo. Comenzaremos por estudiar esta aculturación en un contexto de dominación: el de la colonización jurídica; luego en un marco de aceptación voluntaria: la recepción jurídica.

B. *La colonización jurídica*

La colonización implica que las relaciones entre los pueblos o culturas se desarrollan en un contexto de dominación. La lógica sugiere que en tal caso los pueblos dominantes imponen su cultura a los pueblos dominados. Esto es cierto políticamente, pero falso culturalmente. La dominación hace que las prácticas de la cultura dominante sean *más visibles*, aunque las culturas dominadas continúan desarrollándose pero de manera *menos visible*.

Una de las formas de organización que marca la vida cultural de la humanidad es el imperio. Las culturas, sometidas a viejos y modernos imperios, han sobrevivido bajo la dominación. Analizaremos el encuentro de dos imperios: el español o castellano y el azteca o náhuatl, en 1519.

¿Cuáles eran las características propias de la dominación de cada imperio? El pueblo náhuatl extendía su poder sobre la mayoría de pueblos de la región central de México (Mesoamérica). La victoria militar legitimaba la imposición de su cultura. Sin embargo, el análisis complejo de estas relaciones muestra que los fenómenos de aculturación entre culturas diferentes no se desarrollaron sin influencias recíprocas. La coexistencia de derechos en el imperio náhuatl existía, ya que los ven-

cedores respetaban los sistemas jurídicos de los pueblos sometidos.⁶² No hay que olvidar tampoco que ya el pueblo náhuatl, antes de ser un pueblo dominante, fue dominado por el pueblo tolteca. El pueblo castellano, igualmente, antes de ser dominante fue dominado por los pueblos romano, germano y árabe. Dicho lo anterior, un encuentro de pueblos imperialistas no sucede impunemente. Los dos pueblos sabían lo que estaba en juego: el control de la dominación.

Sabemos ahora que el pueblo de Castilla logró detentar el control de la dominación no sólo sobre el imperio azteca sino más allá: al norte, de California a Florida, y al sur hasta la Tierra del Fuego, Argentina (con excepción de Brasil, dominado por los portugueses). En virtud de este control, la colonización territorial pudo comenzar. Decir que el pueblo de Castilla fue el único que colonizó los inmensos territorios del continente americano sería inexacto. Los pueblos de la península ibérica dominados también por Castilla “descubrieron” de pronto que de una situación de culturas dominadas podrían surgir al mismo tiempo (paradójicamente) como culturas dominantes en “las Indias occidentales”.

El fenómeno de colonización fue, pues, dirigido políticamente por los reyes de Castilla, pero realizado culturalmente, en cierto grado, por los pueblos de Castilla, Cataluña, Galicia, Andalucía, Valencia, País Vasco... cuyos patrimonios culturales fueron el producto de su encuentro con los celtas, fenicios, iberos, griegos, romanos, godos, judíos, árabes: cada pueblo de la península se había desarrollado bajo la influencia de culturas diferentes, a pesar de la dominación. Finalmente, la colonización por parte de los pueblos ibéricos (bajo la tutela de Castilla), se llevó a cabo en terrenos americanos, cuyos pueblos tampoco renunciaron a su propia cultura. Con el tiempo esta invasión generó otros pueblos: los pueblos afroamericanos (producto del régimen esclavista) y los pueblos mestizoamericanos (producto de la mezcla biológica).

La vida de un hombre está hecha de encuentros. Todo encuentro es un fenómeno de influencias recíprocas. De hecho, hablar de encuentros de pueblos no es más que una abstracción. Sería más exacto hablar de encuentro de personas. A pesar de todo, entendemos que el encuentro de dos individuos representantes de su imperio (Moctezuma Ilhuicamina y Hernán Cortés) fue simbólicamente un encuentro de pueblos. En con-

62 López Austin, Alfredo, *La Constitución real de México-Tenochtitlan*, pról. de Miguel León-Portilla, México, UNAM, Instituto de Historia, 1961, pp. 46-49.

secuencia, el contacto de las culturas ibéricas y mesoamericanas simboliza el encuentro de dos concepciones de la vida comunitaria.

Moctezuma Ilhuicamina encarnaba la organización de una vida comunitaria fundada en reglas creadas en comunión con las fuerzas de la naturaleza y transmitidas, sobre todo, oralmente, mientras que Hernán Cortés era el representante de una comunidad establecida con base en textos escritos derivados de la autoridad real. Llamamos a la primera *cultura jurídica consuetudinaria*, a la segunda: *cultura jurídica estatal*. El análisis de las relaciones de estas dos culturas representativas de los pueblos europeos y americanos constituyó un nuevo fenómeno de aculturación jurídica, que analizaremos en la segunda parte.

Cuando un pueblo acepta voluntariamente otra cultura jurídica estamos en presencia de una recepción jurídica.

C. *La recepción jurídica*

Cada pueblo o cultura desarrolla su propia intuición de un orden, es decir, de un derecho. En la realidad éste se ve llevado a coexistir con otros derechos. Cuando cesa una dominación política, la historia jurídica muestra que los nuevos derechos de los pueblos antes sometidos no desaparecen. El derecho autóctono asimila, incluso bajo la dominación, la influencia del derecho extranjero. Sin embargo, aquél puede aceptar de buena voluntad la influencia de un derecho extraño (fenómeno de recepción jurídica).

El término de *recepción jurídica* fue empleado por los juristas alemanes para explicar la aceptación en Alemania del derecho romano (siglos XV y XVI). Jean Carbonnier da tres explicaciones a este fenómeno:

— Explicación política: el Kaiser alemán tenía interés en legitimarse en textos reafirmando su poderío de César romano.

— Explicación económica: según los marxistas, la burguesía urbana en plena ascensión podía encontrar en las leyes romanas los instrumentos jurídicos (propiedad individual, libertad contractual) favorables a un capitalismo mercantilista.

— Explicación weberiana: una nueva clase de juristas, formada en las universidades italianas, tenían la necesidad intelectual de racionalidad y de orden, de manera que les fue ventajoso detentar el monopolio de un derecho desconocido por el pueblo.⁶³

63 *Op. cit.*, p. 246.

Las tres explicaciones forman parte de la complejidad del panorama jurídico alemán y europeo en el momento en que el derecho romano fue *resucitado*.⁶⁴ Analizaremos las características del derecho romano vivo, luego latente antes de su renacimiento. El interés de este análisis servirá para aprehender las culturas jurídicas de España en el momento de su llegada a “las Indias occidentales”.

a. La recepción del derecho romano en España

Analizaremos la trayectoria del derecho romano en tierras españolas en sus tres fases:

a) Su nacimiento (el imperio romano, del siglo II a. C al siglo V d. C.).

b) Su sobrevivencia (el imperio germánico, siglos V al VIII; el imperio árabe, siglos VIII al XV).

c) Su renacimiento (siglos XII a XV).

a) El nacimiento del derecho romano. Los pueblos de la península ibérica fueron conquistados en el siglo II a. C. por los romanos. El derecho romano se aplicó hasta el siglo V d. C. de Frisia a Egipto, de España a Siria y de Bretaña a África del norte.⁶⁵

Se ignora cómo el derecho romano fue aplicado y cuáles fueron sus relaciones con los derechos autóctonos. Sabemos que los respetó cuando no iban contra su moral (por ejemplo, prohibió el matrimonio entre hermanos y hermanas en Egipto). Sabemos también que declaró “ciudadanos romanos” a todos los mortales de los pueblos colonizados (Caracala, siglo 212 d. C.):

uno de los privilegios del ciudadano era de tener acceso a los actos del *ius civile* (derecho de ciudadanos). Dar la ciudadanía a los provincianos era abrirles no sólo esta parte del derecho romano calificada de *ius gentium* que era accesible tanto a los non-romanos como a los ciudadanos, pero también el *ius civile*. Era otorgarles pleno acceso al derecho romano [...] Los provincianos, en realidad, habían conservado sus usos a pesar de la conquista romana, y confiriéndoles la calidad de ciudadano, Roma no

64 David, René, et Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1988, pp. 40-42; Papachristos, Athanase, *La réception des droits étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1975, pp. 9-15.

65 En el desarrollo de esta parte seguiremos a Guademet, Jean, “Les transferts de droits”, *L'année sociologique*, núm. 27, Paris, PUF, 1976, pp. 29-59.

los privaba de su derecho propio. Pero por esta cualidad nueva adquirirían la posibilidad de utilizar también el derecho romano.⁶⁶

Los papiros egipcios indican ciertas prácticas judiciales (testamentos, divorcios...). Finalmente, siendo el latín un privilegio de pocos, el derecho romano representaba sobre todo la fuerza política, y los derechos autóctonos tenían, prácticamente, una vida autónoma. Fue el caso del derecho judío cuando solicitó, después de agotar sus recursos, al derecho romano (derecho dominante) resolver sobre la culpabilidad del joven judío llamado Jesús.

b) La sobrevivencia del derecho romano. La historia nos enseña que todos los imperios son, como los hombres, mortales. Sin embargo, ella muestra también que toda descolonización es, principalmente, política. Los representantes de la dominación mueren, pero las representaciones de la cultura dominante quedan. Este fue el caso del derecho romano en Europa después de la caída del Imperio Romano de Occidente en el siglo V.

Bajo el imperio político de los pueblos “bárbaros”, sobre todo germánicos, el derecho romano coexistió con las leyes bárbaras publicadas entre los siglos VI y XII (*Monumenta Germaniae Historica*).⁶⁷ Entre las que destaca la *lex romana Visigothorum* (Breviario de Alarico, de 506). La cual fue actualizada en 654 bajo el nombre de *Liber iudiciorum* (Libro de los jueces).⁶⁸

Bajo el imperio religioso de la Iglesia cristiana, el derecho romano fue conservado gracias a la publicación, en Constantinopla de 529 a 534, del *Corpus Iuris Civilis*, es decir, de las compilaciones de Justiniano (Código, Digesto, Institutas).⁶⁹

De la lectura de estos documentos no podemos determinar cuáles fueron las características de su relación con los derechos autóctonos. Sabemos que las leyes bárbaras regían sólo una parte de las relaciones

⁶⁶ *Idem*, p. 32.

⁶⁷ David, René, y Camille Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁸ Bernal, Beatriz, “Derecho castellano”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. III, México, IJ, UNAM, 1983, p. 142; Soberanes Fernández, José Luis, “Historia del sistema jurídico mexicano”, *El derecho en México. Una visión de conjunto*, t. I, México, IJ, UNAM, 1991, p. 27.

⁶⁹ Adame Goddard, Jorge, “Derecho romano”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. III, México, IJ, UNAM, 1983, p. 202; David, René, y Camille Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, p. 38.

sociales y que el derecho romano fue transformado en un derecho popular, es decir, “modificado y reemplazado, de hecho, por un derecho *vulgar*, aplicado espontáneamente por los pueblos”.⁷⁰

En Europa, este pluralismo jurídico, en general, se rigió por el derecho del más fuerte,

puede existir todavía un derecho: la existencia de instituciones hechas para pronunciar el derecho (*rachimburgos*, francos, *laghman* escandinavos, *eðsagari* islandeses, *brehons* irlandeses, *withan* anglosajones) tienden a convencernos, e igualmente el simple hecho de la redacción de las leyes bárbaras. Sin embargo, el reino del derecho cesó. Entre particulares como entre grupos sociales, los litigios fueron resueltos por la ley del más fuerte, o por la autoridad arbitraria de un jefe.⁷¹

Además, las relaciones sociales no estaban fundadas en el derecho, sino en la caridad. En el espíritu religioso dominante de la época, el derecho y los juristas eran mal vistos, el

ideal mismo de una sociedad garantizando *los derechos* de cada uno es repudiado: ¿una sociedad cristiana no debe más bien buscar fundarse en ideas de fraternidad y caridad? San Pablo, en el primer epíteto a los Corintios, predica la caridad en lugar de la justicia, y recomienda a los fieles someterse al arbitraje de sus pastores, o de sus hermanos, en lugar de recurrir a los tribunales. San Agustín defiende la misma tesis. Todavía en el siglo XVI un dicho, en Alemania, dice *Juristen, böse Christen* (Juristas, malos cristianos); si se aplica el adagio de preferencia a los romanistas vale para todos los juristas: el derecho mismo es cosa mala.⁷²

En España, el proceso emprendido por los reyes visigodos, para aplicar un derecho único a las poblaciones de origen germánico y latino a través de compilaciones de derechos consuetudinarios, romano y canónico, fue interrumpido súbitamente por la invasión árabe (711).

Del siglo VIII al XV España se enriqueció de una nueva cultura jurídica: la musulmana. El derecho musulmán es un derecho ligado estrechamente a la religión musulmana. Es un derecho-marco, un derecho-

70 David, René..., *op. cit.*, p. 39.

71 *Ibidem*.

72 *Idem*, p. 40.

ideal, el cual los juristas y autoridades no pueden cambiar sino simplemente aplicar:

El lenguaje no era para los árabes musulmanes una mera convención humana, sino algo creado por Dios para adecuarse a los objetos. El Corán, como palabra de Dios, era el vehículo perfecto para transmitir al hombre exactamente lo que aquél quería transmitir. Así, pues, la principal tarea del estudioso será comprender lo que Dios quiso decir en el Corán y en segundo lugar lo que las diversas parábolas de Mahoma significan. Esta comprensión, sin embargo, presupone una profunda familiaridad con el Corán y la Tradición (que requiere incluso saberse de memoria el Corán), así como la preocupación más escrupulosa por parte de las generaciones posteriores para transmitir con precisión la forma verbal exacta de estos textos de la escritura.⁷³

España, en el siglo XV, al momento del “descubrimiento” de América, poseía, pues, una rica herencia jurídica: derechos consuetudinarios locales, derecho romano, derecho canónico, derecho germánico, derecho judío, derecho musulmán. Esta herencia cultural no tenía nada que ver con sus representantes (los detentadores del poder político), sino con las representaciones recibidas: los pueblos de la península vivieron durante diecisiete siglos esta rica aculturación jurídica. Ésta se preserva en una dinámica histórica de complemento, asimilación y oposición, y está aún viva.⁷⁴ Del mismo modo que una historia personal forma parte de la vida presente de un hombre, la historia jurídica de los pueblos forma parte (a pesar de los chovinismos y xenofobias alimentados por la ignorancia) de la vida colectiva presente.

Hasta el siglo XII, los pueblos de Europa habían sufrido la influencia de derechos extranjeros en un contexto de dominación. Los siglos XII y XIII impusieron a los pueblos europeos no un derecho “extraño”, sino

73 Watt, Montgomery, y P. Cachia, *Historia de la España islámica*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 145.

74 García Gallo, Alfonso, “Crisis de los derechos locales y su vigencia en la edad moderna”, *Cuadernos de Derecho Francés*, núms. 10-11, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, enero-diciembre 1958; Clavero, Bartolomé, *Temas de historia del derecho: derecho de los reinos*, 2a. edición, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1980, “Historia jurídica y código político: los derechos forales y la Constitución”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 50, 1980, “ ‘Territorios forales’: página española del palimpsesto europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero-abril 1993.

un derecho antiguo que había sobrevivido a la historia: el derecho romano. Esta “imposición” no se hizo por efecto de una victoria militar, sino fue la consecuencia de la victoria intelectual de las nuevas catedrales de la sabiduría jurídica: las universidades.

c) El renacimiento del derecho romano. La *ex Romania* nunca llegó a enterrar al derecho romano. Éste fue la principal influencia del derecho canónico y derechos seculares durante la Edad Media. De hecho, más que una “resurrección” del derecho romano, se trata de una revalorización de los *estudios* del derecho romano. Ella se desarrolló en los templos laicos del Renacimiento humanista: las universidades.⁷⁵

El interés por el derecho romano reactualizó la vieja idea de establecer las relaciones sociales con base en el derecho:

el retorno a esta idea, en el siglo XII, es una revolución. Filósofos y juristas piden que se asienten las relaciones sociales en el derecho, y que se ponga fin al régimen arbitrario que reina desde hace siglos. Quieren un derecho nuevo fundado en la justicia, que permita conocer la razón; y repudian, para las relaciones civiles, el llamado a lo sobrenatural. El movimiento que se produjo en los siglos XII y XIII es tan revolucionario como lo será en el siglo XVIII el movimiento que quiere sustituir la democracia a la regla del poder personal, o en el siglo XX el que pretende sustituir la receta de organización social marxista a la anarquía del régimen capitalista. *La sociedad civil tiene que ser fundada en el derecho: el derecho tiene que permitir la realización en la sociedad civil del orden y el progreso. Estas ideas se convierten en ideas dominantes en Europa occidental del siglo XII y XIII; ellas reinarán de manera incontestada hasta nuestros días.*⁷⁶

El hogar principal de este renacimiento del derecho romano fue la Universidad de Bolonia (consolidada a fines del siglo XI y principios del siglo XII). En dicha Universidad, Graciano crea el estudio del derecho canónico al escribir su *Concordia Discordantium Canonum* en 1150. Esta obra fue escrita “por ese monje, profesor bolonés, con fines

⁷⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *La universidad, epopeya medieval. (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medievo)*, México, III, UNAM/Unión de Universidades de América Latina, 1987, pp. 31 y ss.

⁷⁶ David, René, y Camille Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, pp. 40-41. Las cursivas son nuestras.

didácticos y en consecuencia con carácter privado, aunque la costumbre se encargó de darle vigencia”.⁷⁷

Las universidades que se fundaron después fueron: París (1213), Salamanca (1243), Oxford (1249);⁷⁸ Praga (1386), Viena (1365), Heidelberg (1386), Colonia (1388), Cracovia (1364).⁷⁹ En América, España funda universidades en Lima (1551), México (1553), Santo Domingo (1558), Bogotá (1563), Córdoba (1613).⁸⁰

Este proyecto universitario de asentar de nuevo la sociedad medieval cristiana en el derecho romano fue, de hecho, una contradicción, ya que este derecho había sido concebido por y para una sociedad “pagana”. El término “pagano” es históricamente utilizado por la cultura religiosa dominante sobre las otras culturas. Así, en la época del imperio romano, los primeros cristianos eran considerados como *paganos*, *ateos*:

Los romanos aceptaban el culto de cualquier dios: Sarapis, como Iahvé, Atys, Júpiter. Pero era necesario venerar estos dioses. Los cristianos no los veneraban: se les consideraba por ello ateos. ¡Era el ateísmo cristiano! Porque no se reconocía el valor *religioso* de su comportamiento.⁸¹

A principios del siglo XIII, Santo Tomás de Aquino aplicó un “exorcismo” jurídico y concluyó que “la filosofía pre-cristiana, asentada en la razón, era, en mucho, conforme a la ley divina”.⁸²

El derecho romano de los siglos XII al XVIII no fue considerado como un conjunto de reglas que tenían que aplicarse, sino fue un cuadro conceptual que *proponía* soluciones prácticas. Es por ello que las escuelas de los glosadores, posglosadores y del derecho natural, no fueron sino diferentes métodos de aplicación e interpretación del derecho romano.⁸³

77 Soberanes Fernández, José Luis, “Derecho canónico”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. III, México, IJ, UNAM, 1983, p. 141.

78 Bayen, Maurice, *op. cit.*, pp. 22-43.

79 Sobre el humanismo en Alemania ver Léonard, Emile G., *Histoire générale du protestantisme*, vol. I, Paris, PUF, 1988, pp. 29-33.

80 Bayen, Maurice, *op. cit.*, pp. 90-91.

81 Eliade, Mircea, *op. cit.*, p. 135.

82 David, René, y Camille Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, p. 44. Hay que recordar que las disposiciones de Justiniano fueron transcritas y recopiladas por la Iglesia católica de Constantinopla, cuando todavía ésta era la capital del Imperio Romano de Oriente.

83 *Idem*, pp. 45-54.

La escuela de los glosadores (siglos XII y XIII) intentó explicar el sentido original de las leyes romanas. La escuela de los posglosadores (siglos XIV y XVI) se sirvió del derecho romano para proponer soluciones concretas a la sociedad (la *communis opinio doctorum* tenía una función importante en la resolución de los conflictos). “Estas escuelas parten de la idea de que el *Corpus Iuris* es el derecho vigente del Sacro Imperio Romano Germánico, que, fundado por Carlomagno, se consideró sucesor del antiguo Imperio Romano.”⁸⁴

A finales del siglo XVI se va a considerar que el *Corpus Iuris* no es valioso por su categoría de derecho imperial, sino por contener *la razón jurídica intrínseca*: “Con esto se preparó el terreno para la escuela del racionalismo jurídico, que dominará en Europa en los siglos XVII y XVIII y que busca en el *Corpus Iuris* la *ratio scripta* y no el texto de autoridad.”⁸⁵

Esta escuela del “derecho natural”, o mejor dicho, del racionalismo jurídico, consideraba que el derecho romano era, pues, un producto de la razón.

[Ella] se separa, en diferentes puntos de vista importantes, de los posglosadores. Abandonando el método escolástico, eleva a un alto grado la sistematización del derecho, que concibe de manera axiomática, eminentemente lógica, como imitación de las ciencias. Alejándose de la idea de un orden natural de las cosas querido por Dios, pretende, por otra parte, construir el orden social en la consideración del hombre; exalta los *derechos naturales del individuo*, derivados de la personalidad misma de cada sujeto. La idea de derecho subjetivo a partir de aquí va dominar el pensamiento jurídico. Rechazando la concepción clásica de un orden basado en la voluntad divina y en la naturaleza misma de las cosas, relacionando todas las reglas al hombre, considerado como única realidad existente, la Escuela del derecho natural, mal llamada, ya no ve en el derecho un dato natural, sino una obra de la razón. La razón del hombre está llamada, a partir de entonces, a convertirse en la única guía; en el tiempo de la filosofía de las luces, los juristas, inspirándose en un ideal de universalismo, buscaron proclamar las reglas de justicia de un derecho universal, inmutable, común a todos los tiempos y a todos los pueblos. Estas concepciones reforzaron la tendencia a una amalgama de costumbres locales

84 Adame Goddard, Jorge, *op. cit.*, p. 203.

85 *Ibidem*.

y regionales; la exaltación de la razón, el papel nuevo reconocido a la ley por las doctrinas voluntaristas prepararán la vía a la codificación.⁸⁶

En realidad, el derecho romano nunca fue aplicado, ya que

las universidades jamás pretendieron imponer las soluciones romanas. Ellas nunca fueron instituciones supranacionales encargadas de la aplicación del derecho. Dijeron simplemente cómo se podía llegar a su conocimiento. Su obra no fue sino una obra de persuasión; ella no consistió en imponer la uniformidad por vía de autoridad.⁸⁷

Francia y España fueron seducidas por las universidades, donde el derecho romano coexistió con los derechos consuetudinarios locales y el derecho canónico. El derecho romano tenía el carácter de *razón escrita*, pero había, pues, otras razones: la razón canónica y la razón no-escrita, la consuetudinaria. En el siglo XIII, en Francia, la costumbre era aplicada en la *enquête par turbes* y por los *parlamentos*. Su jurisprudencia era considerada como derecho común, se hablaba incluso en el siglo XVIII de un *derecho común consuetudinario*.⁸⁸

En la Castilla del siglo XIII se renueva el espíritu de recopilación de leyes para buscar la unificación jurídica.⁸⁹ Durante los reinados de Fernando III, el Santo, y Alfonso X, el Sabio (1217-1284), se intentó conciliar el derecho consuetudinario de su reino (Castilla), con el derecho romano sugerido por las universidades y con el derecho canónico propuesto por la Iglesia. Para ello, se traduce al castellano el *Liber Iudiciorum* y toma el nombre de Fuero Juzgo; se crea el Fuero Real; se intenta solucionar los conflictos con los Fueros municipales a través del Espéculo, el cual se revisaría para dar lugar primero al Libro del Fuero de las Leyes, y después a las Siete Partidas. Finalmente, el Ordenamiento de Alcalá promulgado en el reinado de Alfonso XI (1348), estableció la jerarquía de aplicación de las normas: en la cúspide el *Ordenamiento*, después los Fueros municipales y el Fuero Real, y al final las Siete Partidas.

86 David, René, y Camille Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, pp. 47-48.

87 *Idem*, p. 54.

88 *Idem*, pp. 56-60.

89 Bernal, Beatriz, "Derecho castellano", *op. cit.*, pp. 142-143; Soberanes Fernández, José Luis, "Historia del sistema jurídico mexicano", *op. cit.*, pp. 27-29.

Para René David y Camille Jauffret-Spinosi, este periodo fue el del derecho consuetudinario, ya que desde el punto de vista *estrictamente jurídico*, la costumbre estaba por encima de la voluntad del soberano: desde la Edad Media,

el derecho existe independientemente del poder de mando de las autoridades, el soberano no está calificado ni para crearlo ni modificarlo, [el rey], propiamente dicho, no hace leyes [...] el rey no considera que pueda, según su voluntad, cambiar el derecho.⁹⁰

El soberano no tenía sino un papel de policía, y sus ordenanzas organizaban la administración:

es en vista sólo de organizar y facilitar la administración de justicia que podía intervenir para ayudar en la formulación de un derecho que él no crea. Por ordenanzas, edictos, por prácticas administrativas como las cartas de rescisión, el soberano pudo corregir ciertos errores de la justicia, igualmente está calificado para organizar Cortes de justicia y reglamentar el procedimiento.⁹¹

Desde el punto de vista *no estrictamente jurídico*, los soberanos, en los diferentes países europeos, tuvieron, paulatinamente, un poder ligado a una burguesía que necesitaba más y más su intervención para reglamentar las nuevas relaciones comerciales. De esta manera, el papel del soberano se ejerció políticamente sobre la regla consuetudinaria y, de hecho, sobre cualquier regla.

En España, los reyes de Castilla promulgaron leyes para buscar la unificación jurídica en los territorios peninsulares conquistados, y con la invasión de América existieron dos Consejos que creaban las leyes de Castilla (Consejo de Castilla) y el de las “Indias occidentales” (Consejo de Indias). El poder soberano tenía, pues, un carácter *legislativo*. Así, el derecho estatal español (real y criollo) se aplicó en América desde finales del siglo XV hasta buena parte ¡del siglo XIX!⁹²

El siglo XIX dio nacimiento a dos países independientes: México se independizó de España (1810) y ésta de Francia (1812). Los dos países

⁹⁰ *Idem*, pp. 63-65.

⁹¹ *Idem*, p. 63.

⁹² Cfr. González, María del Refugio, “Historia del derecho mexicano”, *Introducción al derecho mexicano*, t. I, México, IJ, UNAM, 1981, pp. 48 y ss.

fueron influenciados por las ideas ya sugeridas por la escuela del derecho natural o del racionalismo jurídico: la codificación y las Constituciones.

La escuela del derecho natural consideraba al derecho, pues, como un producto de la razón humana. Las universidades de Europa continental, por una lado, estudiaban esta razón humana en relación con el derecho romano, es decir, con la concepción del derecho como instrumento de regulación de las relaciones entre los individuos (un derecho *civil*). Por otro lado, el pensamiento jurídico-político del país de la *common law* (Inglaterra) concibió el marco (llamado Constitución) de regulación de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados (un derecho *público*).

La codificación fue una técnica, de hecho, que permitió a esta escuela transformar el derecho doctrinario en derecho *positivo*: desde hacía

seis siglos las universidades enseñaban un derecho, que ellas presentaban como modelo de justicia. Se había hecho prueba de mucha paciencia para hacer penetrar esta idea entre los juristas. Estaban convencidos ahora de la excelencia de este modelo, y ya no consideraron a los derechos locales sino como una sobrevivencia arcaica de un pasado oscurantista, un *jus asinum* al lado del derecho modelo de las universidades.⁹³

Estos derechos locales, o nacionales, fueron tardíamente integrados en los cursos de las Universidades como secundarios: Suecia en 1620 (Upsala), Francia en 1679 (Sorbona), Alemania y España en 1707, Inglaterra en 1758 (Oxford), Portugal en 1772.⁹⁴ Por ello, según el espíritu de los glosadores:

se perdió de vista la tradición de las universidades, que era enseñar la búsqueda del derecho justo, de proponer un derecho modelo y no exponer o comentar el derecho de los practicantes de tal o tal país de la región. Desde el momento que se tuvo códigos nacionales, pareció que las dos cosas coincidían, y que el papel de las universidades ya no era sino hacer la exégesis de los nuevos textos.⁹⁵

De esta manera, el conjunto de reglas ya no fue un producto de las *mentes* de las universidades, sino de las *mentes* de las asambleas nacionales: una

93 David, René, y Camille Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, pp. 66-67.

94 *Idem*, p. 45.

95 *Idem*, p. 69.

actitud de positivismo legislativo, agravada por el nacionalismo, fue engendrado por los códigos, contrariamente a la idea que los había inspirado. Desde entonces el derecho se convirtió para los juristas en su derecho nacional. Los juristas se replegaron en sus códigos, cesaron de considerar que el derecho, norma de conducta social, era en esencia supranacional.⁹⁶

México *recibió* en el siglo XIX los modelos de derecho occidental: la Constitución (para la regulación de las relaciones entre gobernantes y gobernados) y los códigos (para la regulación de las relaciones entre los individuos). La Constitución mexicana recibió la influencia del federalismo americano y los principios del liberalismo francés.⁹⁷ La codificación fue influenciada, sobre todo, por Francia.⁹⁸

Los enfoques metodológicos del derecho tuvieron un carácter positivista y etnocentrista. El derecho estatal se convirtió entonces en un modelo, es decir, único y último estadio de organización de la vida comunitaria.

En los siglos XIX y XX, el estudio del derecho estatal nacional fue dominado por la escuela del evolucionismo jurídico (paradigma evolucionista jurídico). Sin embargo, la creación de “comunidades” o “uniones” de países en este fin de siglo, aportan nuevos elementos para repensar el papel de los derechos “nacionales”, en un contexto de creciente inter-nacionalización jurídica. Por otra parte, las reivindicaciones de los pueblos indígenas del mundo por el reconocimiento de su derecho (consuetudinario) y, en general, de sus derechos culturales, hacen pensar que una nueva escuela se desarrollará en el siglo siguiente: la del pluralismo jurídico (paradigma pluralista jurídico).

2. *El concepto de paradigma jurídico*

A. *Introducción*

Un *paradigma jurídico* es el marco-guía conceptual de las investigaciones en derecho y la reproducción de un modelo implícito de socie-

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 20a. ed., México, Porrúa, 1984, pp. 108-112; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 3a. ed., México, IIJ, UNAM, 1989, pp. 208-216.

⁹⁸ González, María del Refugio, *El derecho civil en México 1821-1871 (Apuntes para su estudio)*, México, IIJ, UNAM, 1988, pp. 71-114.

dad.⁹⁹ En este sentido, el *evolucionismo* como paradigma jurídico es la referencia metodológica que, a partir del siglo XIX, influencia los análisis sobre los derechos estatales nacionales, y cuyo modelo de sociedad es la europea occidental. Y el *pluralismo* como paradigma jurídico es la referencia metodológica que, a fines del siglo XX, pretende investigar las relaciones entre las diferentes culturas jurídicas de la humanidad sin referencia a un modelo general de sociedad, sino el particular de cada cultura jurídica.

B. *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.¹⁰⁰

Es necesario recordar que ni “el darwinismo biológico” ni “el darwinismo social” fueron inventados por Darwin. La idea de que el azar y la selección sean, para el darwinismo biológico, el fundamento de la creación de los seres vivientes, era ya una idea antigua:

no había nada fundamentalmente nuevo en *El origen de las especies*, tan revolucionaria fue esta obra en el contexto de la Inglaterra victoriana. Los seres vivos aparecieron y se desarrollaron progresivamente por el juego combinado del azar y de la selección; tal es el concepto de base de la teoría darwiniana, y su origen remonta lejos.

Sostenedores actuales de la ortodoxia darwiniana como Huxley, Mayr y Simpson a Darwin, luego de Darwin a Hume en el siglo XVIII, se

⁹⁹ Sobre la noción general de paradigma, ver Boudon, Raymond, y François Bourricaud, *Dictionnaire de la sociologie*, Paris, PUF, 1982, p. 113.

¹⁰⁰ Darwin, Charles, *Théorie de l'évolution*, textes choisis par Yvette Conry, Paris, PUF, 1969, p. 148. Las cursivas son nuestras.

puede remontar su filiación hasta los filósofos materialistas de la Antigüedad. El principio es claramente enunciado en las filosofías de Demócrito y Epicuro. Se les encuentra también entre un buen número de filósofos ionianos aún más antiguos, como Empédocles.¹⁰¹

Con relación al “darwinismo social”, Darwin reconoce la influencia de Malthus:

[la] lucha por la existencia resulta inevitablemente de la rapidez con la cual los seres humanos organizados tienden a multiplicarse. Cualquier individuo que, durante el término natural de su vida, produce varios huevos o granos, tiene que ser destruido en cierto periodo de su existencia, o durante cualquier estación, porque, de otra manera, el principio de la aumentación geométrica dado, el número de sus descendientes sería tan considerable que ningún país podría alimentarlos. Así como nacen más individuos, que los que pueden vivir, tiene que haber, en cada caso, lucha por la existencia, sea con un otro individuo de especies diferentes, sea con las condiciones físicas de la vida. *Es la doctrina de Malthus aplicada con una intensidad mucho más considerable a todo el reino animal y vegetal, porque no hay aquí ni producción artificial de alimentación ni restricción aportada al matrimonio por la prudencia.*¹⁰²

Difundiéndose 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.¹⁰³

El hombre, a partir de entonces, “dejado a la deriva en un cosmos sin proyecto”, lo buscará utilizando su sociedad “moderna”, como pun-

101 Denton, Michael, *Evolution. Une théorie en crise*, Paris, Londreys, 1988, p. 39.

102 *Op. cit.*, p. 19. Las cursivas son nuestras.

103 Denton, Michael, *op. cit.*, p. 69.

to 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).

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.

a. Las investigaciones históricas sobre el origen del derecho moderno

La concepción evolucionista considera, con base en la idea de que el tiempo no era cíclico sino lineal, que la sociedad, la lengua, 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 era saber si las sociedades cambiaban o no, sino cómo los cambios se efectuaban.

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.¹⁰⁴

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

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

¹⁰⁴ Condillac, *La langue de calculs*, 1760, citado por Rouland, Norbert, *Anthropologie juridique*, París, PUF, 1988, p. 58.

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.*”¹⁰⁵

Una de las más importantes investigaciones de este periodo fue *Derecho antiguo*, de H. J. Sumner-Maine. En su prefacio explica, precisamente, 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.”¹⁰⁶

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 particular a las sociedades modernas atraviesa 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.¹⁰⁷

Por otra parte, Sumner-Maine estaba también de acuerdo con la definición bethamiana del derecho, la cual era muy distinta de la de las culturas antiguas. Las definiciones-modelos de Betham y de Austin:

¹⁰⁵ Desarrollaremos esta parte siguiendo a Rouland, Norbert, *op. cit.*, pp. 5-10, y 59. Las cursivas son nuestras.

¹⁰⁶ Sumner-Maine, Henry, *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, Paris, 1874, p. XXIII.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 15.

[conducen] toda ley a *un orden del legislador*, que impone una *obligación* al ciudadano y lo amenaza con una *sanción* en caso de desobediencia; agregan que *el orden, el primer elemento de la ley*, debe prescribir, no un acto aislado, sino una serie o un número determinado de actos de la misma clase o de la misma especie [...] es curioso ver que más penetramos en la historia primitiva del pensamiento, más nos alejamos de una concepción del derecho que reúne una composición de elementos definidos por Betham.¹⁰⁸

Sumner-Maine es, sin embargo, muy prudente respecto del 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”.¹⁰⁹

b. Las investigaciones antropológicas sobre el origen del derecho moderno

La búsqueda del origen es una investigación en 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 los antagonismos de métodos, teorías e intuiciones, de otros campos.

La antropología analiza al derecho en tanto 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 en la realidad. La antropología toma así de *buena fe* el objeto reservado por Ferdinand de Saussure a la lingüística:

¿Qué es, entonces, la antropología social?

Ninguno, me parece, estuvo más cerca de definirla —aunque haya sido en el pasado— como Ferdinand de Saussure, cuando, presentando a la lingüística como parte de una ciencia todavía por nacer, reserva a ésta el

108 *Idem*, p. 7.

109 *Idem*, p. 21.

nombre de *semiología*, y le atribuye como objeto de estudio *la vida de los signos en el seno de la vida social*. Él mismo, por otra parte, ¿acaso no anticipa nuestra adhesión cuando, en esta ocasión, compara el lenguaje *con la escritura, el alfabeto de los sordomudos, los ritos simbólicos, las formas de cortesía, las señales militares, etc.*? Nadie se opondrá a que la antropología cuenta en su campo con algunos, por lo menos, de estos sistemas de signos, a los cuales se agregan muchos otros: lenguaje mítico, signos orales y gestuales componentes del ritual, reglas del matrimonio, sistemas de parentesco, *leyes consuetudinarias*, ciertas modalidades de intercambios económicos.

Concebimos, pues, la antropología como el ocupante de buena fe de este dominio de la semiología que la lingüística ya no reivindicó como suyo; y esperando que, para algunos sectores al menos de esta área, ciencias especiales se constituyan en el seno de la antropología.¹¹⁰

El enfoque antropológico generó un análisis de tipo histórico-comparativo, encabezado por H. E. Post. Éste propuso en su *Etnología jurídica* (1893) reconocer los datos proporcionados por los etnólogos de las sociedades tradicionales, para construir un “sistema jurídico universal, expresión del querer y poder del ser humano”.¹¹¹ Este tipo de análisis ubicado en el *difusionismo jurídico* no fue, sin embargo, tan influyente como el enfoque antropológico que reprodujo el tipo de análisis práctico-comparativo iniciado por Bronislaw Malinowski: el *funcionalismo jurídico*.

a) El funcionalismo jurídico. Malinowski se opone al universalismo jurídico probando, a través de investigaciones de campo, la diversidad de las 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”.¹¹² Este objeto es, desde entonces, la cultura, “el instrumento científico base de todas las ciencias del hombre”.¹¹³

A partir de este análisis de cultura comparada, Malinowski intenta establecer los fundamentos de una teoría científica de la conducta hu-

110 Lévi-Strauss, Claude, *Anthropologie structural deux*, Paris, Plon, 1973, p. 18.

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

112 *Une théorie scientifique de la culture*, Paris, François Maspero, 1968, p. 21.

113 *Idem*, p. 12.

mana.¹¹⁴ 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 hombre de campo como al teórico. Puede que se deba interpretar de manera más prosaica y más científica *el concepto de orígenes*, pero la preocupación de remontar a las formas simples de las menores manifestaciones de la vida humana no ha perdido sus derechos; es aún legítimo, tan indispensable a la inteligencia de la cultura como podía serlo en tiempos de Boucher de Perthes y J. C. Prichard. En última instancia, admitimos, pienso, que los *orígenes* se confunden pura y simplemente con la naturaleza fundamental de una institución —matrimonio, nación, familia, Estado, sociedad religiosa, organización de brujería.

El concepto de fases es todavía tan válido como el de orígenes. Sin embargo, si se intenta trazar un perfil de la evolución enumerando las capas sucesivas de los cimientos, hay que escoger: o tendrá que ser extremadamente general, o tendrá, por el contrario, que restringirse a ciertas regiones y a ciertas condiciones precisas. Sin embargo, el principio general del análisis evolutivo queda.¹¹⁵

El objeto, pues, del método malinowskiano era la cultura, el cual fue definido como “la totalidad que comprende los utensilios y los bienes de consumación, los planos orgánicos que reglamentan los diversos grupos sociales, las ideas y las artes, las creencias y las *costumbres*.”¹¹⁶ El análisis de esta totalidad que Malinowski llama *funcional*, permite

determinar la relación del acto cultural a la necesidad del hombre, elemental o derivada [...] Porque la función no es otra que la satisfacción de una necesidad por medio de una actividad donde los seres humanos actúan en común, manejando objetos, y consumiendo bienes.¹¹⁷

114 *Idem*, p. 10.

115 *Idem*, pp. 19-20.

116 *Idem*, p. 35. Las cursivas son nuestras.

117 *Idem*, p. 38.

Malinowski en *Crime and Custom in Savage Society* (1926), experimenta su método a través de “la observación directa de las reglas consuetudinarias, tal como ellas funcionan en la vida real”.¹¹⁸ Así, Malinowski, fiel a la concepción del derecho como un instrumento de control social,¹¹⁹ y al espíritu de clasificación de los naturalistas, aborda

los hechos con una concepción muy elástica y muy ancha 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.¹²⁰

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.”¹²¹

Para resolver el problema precedente, Malinowski muestra que *las fuerzas jurídicas* de la comunidad melanesiana de las islas Trobriand, al norte de Nueva Guinea, contrariamente al dogma de *la sumisión automática a la costumbre*, no eran solamente de origen sobrenatural o divino, sino también social: los “primitivos poseen un conjunto de reglas obligatorias, desprovistas de todo carácter místico, que no son ni promulgadas en nombre de Dios, ni provistas de una sanción sobrenatural, pero que constituyen simples obligaciones sociales.”¹²² Estas obligaciones sociales corresponden a cualquier sociedad *cerrada* (“primitiva” o no): la

fuerza del hábito, el respeto a los mandatos tradicionales, el deseo de satisfacer a la opinión pública y el apego sentimental a la tradición, concurren para estimular la obediencia a la costumbre, como tal o por ella misma. En esto los *primitivos* no difieren de los miembros de cualquier

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

119 Para una síntesis de sus definiciones del derecho, ver Schapera, I., “Malinowski’s theories of law”, *Man and culture. An evaluation of the work of Bronislaw Malinowski*, Raymond Fith (ed.), Fourth Impression, London, Routledge and Kegan Paul, 1963.

120 *Trois essais...*, pp. 15-16.

121 *Idem*, p. 11.

122 *Idem*, p. 38.

comunidad cerrada, con horizonte limitado, sea un guetto de Europa oriental, o un colegio de Oxford, o una comunidad fundamentalista del *Middle West* americano.¹²³

Las investigaciones de campo de Malinowski muestran, pues, que las comunidades llamadas “primitivas”, distinguen las reglas consuetudinarias de otras.¹²⁴ Igualmente, demuestran la importancia de la brujería y del suicidio en el mantenimiento del orden consuetudinario.¹²⁵

El nacimiento de estas investigaciones tanto en Inglaterra como en Francia estuvo ligado al colonialismo (“el pecado mayor de Occidente”: Claude Lévi-Strauss).¹²⁶ En Inglaterra, la antropología del derecho estaba al servicio de la administración colonial, tal como Malinowski mencionaba:

el estudio de la legislación primitiva, de las diferentes fuerzas que contribuyen a asegurar el orden, la uniformidad y la cohesión de una tribu primitiva. El conocimiento de estas fuerzas pueden servir de base a teorías antropológicas sobre la organización primitiva y proporcionar ideas directrices para la legislación y la administración de estas regiones.¹²⁷

El colonialismo francés utilizó también los servicios del pensamiento social para asegurar mejor su administración. René Maunier en *Sociologie coloniale. Introduction à l'étude du contact des races* (1932), explicaba que el

fondo sociológico del problema colonial es que la colonización pone en contacto a la nación o al imperio con la tribu o bien de la ciudad, y que ella es la conjunción de maneras totalmente contrastadas. Grupo territorial y grupo de parientes; derecho nacional y derecho local; ley escrita y costumbre oral; libertad y autoridad; invención y tradición [...]; tantas cosas que chocan en la relación de los *dueños* con sus *sujetos* [...] Para responder, es necesario poseer amplias monografías circunstanciadas, que despejen, metódicamente y típicamente, los modos y efectos del contacto.¹²⁸

123 *Idem*, p. 39.

124 *Idem*, p. 46.

125 *Idem*, p. 71.

126 *De près et de loin*, entretiens avec Didier Eribon, Odile Jacob, Paris, 1990, p. 123.

127 *Trois essais...*, p. 8.

128 Paris, Éditions-Montchrestien, p. 13.

Fiel a su propósito, Maunier funda la colección de *Études de sociologie et d'ethnologie juridique*.¹²⁹

En conclusión, se puede afirmar que todas las “escuelas” o investigaciones antropológicas se focalizaron en el desarrollo cultural desde el punto de vista evolucionista: estudiando el “paso” de culturas “primitivas” a culturas “modernas”, destacando los enfoques de la escuela difusionista que analizó el “contacto” de culturas con base en los intercambios, y el de la escuela funcionalista de Malinowski centrándose en las relaciones entre los elementos del sistema cultural.

Después del funcionalismo surge una nueva escuela ligada al evolucionismo: el *estructuralismo jurídico*.

b) El estructuralismo jurídico. Con la aparición de la obra de Claude Lévi-Strauss el enfoque antropológico se renueva:

[el estructuralismo] buscaba el medio de reconciliar la noción de progreso y el relativismo cultural. La noción de progreso implica la idea que ciertas culturas, en tiempos y lugares determinados, son superiores a otras, ya que ellas han producido obras que estas últimas fueron incapaces de hacer. Y el relativismo cultural, que es una de las bases de reflexión etnológica, al menos en mi generación y en la precedente (porque algunos lo niegan hoy) afirma que ningún criterio permite juzgar en lo absoluto una cultura superior a otra. Intenté desplazar el centro de gravedad del problema. Si en ciertas épocas y en ciertos lugares, culturas *se mueven* mientras que otras *no se mueven*, no es, decía, en razón de una superioridad de las primeras, sino del hecho que circunstancias históricas o geográficas indujeron una colaboración entre culturas no desiguales (nada permite llamarlas así), sino diferentes. Ellas se ponen en movimiento prestándose o buscando oponerse unas a otras. Ellas se fecundan o se estimulan mutuamente. Mientras que en otros periodos o en otros lugares, culturas que quedan aisladas como mundos cerrados conocen una vida estacionaria.¹³⁰

Pero es necesario preguntarse qué es el estructuralismo. El estructuralismo antropológico se enraizaba en el estructuralismo lingüístico.

129 En 1932 la colección tenía seis volúmenes: I. P. Delteil *Le Fokon'olona*; II. G. Borrel, *Le code de 305 articles de Madagascar*; III. Conférences 1930; IV. Conférences 1931; V. R. Petit, *La monarchie Annamite*; VI. R. Lingat, *L'esclavage dans l'ancien droit Siamois*, Paris, Éditions Domat-Montchrestien.

130 *De près et...*, pp. 204-205.

Lévi-Strauss en la publicación de 1958 de sus artículos escritos desde 1945, afirmaba que su título *Antropología estructural* era evidente:

Me había identificado con el estructuralismo tal como lo practicaban los lingüistas. Pero no olvide 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.¹³¹

¿Cuál era, entonces, dicho estructuralismo practicado por los lingüistas? Ferdinand de Saussure en su *Cours de linguistique générale*, publicado en 1915 en Ginebra, estudiaba 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 de expresión.¹³²

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.¹³³ Así, de la misma manera que el discurso naturalista del siglo XIX pretendía “ordenar las especies, los géneros y las familias de cada clase, según lo que ellos llamaban el sistema natural”,¹³⁴ el discurso estructuralista considera la lengua como un “sistema de signos expresando ideas (que estudia la *semiología*) en el seno de la vida social”.¹³⁵

La distinción existente en el campo de la economía entre teoría económica e historia económica influyó el pensamiento saussuriano. Éste crea un método lingüístico fundado en las relaciones entre las cosas coexistentes fuera del tiempo (sincronía, estática, simultaneidad —caracte-

¹³¹ *Idem*, p. 110.

¹³² 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, Paris, 1986, p. 20.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Darwin, Charles, *op. cit.*, p. 87.

¹³⁵ *Cours de linguistique...*, pp. 33 y 48.

rísticas de la teoría económica—), y las relaciones entre estas cosas coexistentes con sus cambios (diacronía, evolución, sucesividad —categorías utilizadas por la historia económica—). Se trataba de un método de análisis cuyos dos enfoques forman parte de un solo objeto:

para marcar mejor esta oposición y este cruzamiento de dos órdenes de fenómenos relativos al mismo objeto, preferimos hablar de lingüística sincrónica y de lingüística diacrónica. Es sincrónica todo lo que se relaciona al aspecto estático de nuestra ciencia, diacrónica todo lo que se refiera a las evoluciones. Igualmente, sincronía y diacronía designarán respectivamente un estado de lengua y una fase de evolución.¹³⁶

Finalmente, De Saussure muestra que la coexistencia de lenguas diferentes era 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”.¹³⁷

¿Cuál fue, entonces, la influencia del estructuralismo en el análisis de las culturas jurídicas diferentes después del colonialismo occidental? A la manera como los lingüistas estudiaron la lengua “oficial” en comparación con la lengua “local”, los juristas, sociólogos y antropólogos, se interesaron en el derecho *oficial* con relación al 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), fue un ejemplo de este nuevo enfoque metodológico. En éste muestra la diversidad de derechos que coexistían en las sociedades (con Estado o sin él):

[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 los del comercio internacional.

¹³⁶ *Idem*, p. 117.

¹³⁷ *Idem*, pp. 263-269.

El objeto de esta obra es de proporcionar una guía a través de esta diversidad, y de facilitar la tarea del jurista que, por una razón o por otra, puede estar interesado en conocer este o aquel derecho extranjero.¹³⁸

El análisis de esta diversidad de derechos fue puesta en evidencia en una clasificación por familias, ya que cada derecho era 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 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.¹³⁹

La clasificación de derechos en familias no fue, pues, fundada en sus reglas, sino en sus cuadros conceptuales subyacentes.¹⁴⁰ Esta clasificación pretende, así, “valorar las semejanzas y las diferencias que existen entre los diferentes derechos”.¹⁴¹

René David y Camille Jauffret-Spinozi clasifican los derechos contemporáneos 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.*¹⁴²

138 Seguimos en esta parte la edición de 1988, actualizada por Camille Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, p. 19.

139 *Idem*, p. 20. Las cursivas son nuestras.

140 *Idem*, p. 21.

141 *Idem*, p. 22.

142 *Idem*, p. 23. Las cursivas son nuestras.

Estas *otras maneras de ver* son los derechos musulmán, hindú, judío, chino, japonés y africano.¹⁴³ Habría que agregar, por supuesto, a los sistemas jurídicos indoamericanos.

El reconocimiento de estas diferentes *maneras de ver* el mundo jurídico permite el análisis del fenómeno del derecho bajo un nuevo paradigma: el pluralismo jurídico.

C. *El pluralismo jurídico*

El pluralismo jurídico como paradigma jurídico es el marco-guía de investigaciones del derecho (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.

En este esfuerzo por comprender la experiencia jurídica humana, dos aspectos serán analizados correspondientes a estos últimos decenios: 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).

a. *El pluralismo jurídico estatal*

Este aspecto del “pluralismo jurídico”, de hecho, 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 plura-

143 *Idem*, pp. 28-32.

lismo 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 (materias civil, penal, administrativa, constitucional...). Este punto de vista revitaliza 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 —partidos políticos, sindicatos, profesiones liberales, asociaciones religiosas o deportivas...— En el ámbito supranacional: las reglas creadas en el seno de los organismos internacionales —ONU, OEA...—). En ambos casos, son espacios creados y regulados por los Estados. En estos espacios se producen reglas por *delegación* estatal. Dichas reglas, por lo tanto, no pueden ir en contra de las leyes estatales, y es el Estado el que, en última instancia, resuelve los conflictos que se presenten.

Este 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, se entiende). 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), es decir, como un “infra-derecho”, un “sub-derecho”, un derecho “disidente”.¹⁴⁴

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 sobrevivencia* donde

los fenómenos descritos como constituyentes de otro derecho son tomados en consideración por el sistema jurídico global (o sea, 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 ju-

144 Carbonnier, Jean, *op. cit.*, pp. 210-214.

rídico y lo infra-jurídico no forman un plural, porque no tienen idéntica naturaleza.¹⁴⁵

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 de jurídico 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 puede entrever formas frustradas, latentes: una presión psicológica proveniente del entorno, un esbozo de consulta familiar.¹⁴⁶

En consecuencia, las

cosas no pasan entre derecho contra derecho, sino sub-derecho contra derecho. Luego entonces, si los fenómenos infra-jurídicos se parecen a los jurídicos, son sustancialmente diferentes. ¿No tocamos aquí a la gran ilusión del pluralismo? Cree haber filmado el combate de dos sistemas jurídicos; sin embargo, lo que muestra es un sistema jurídico (véase, el estatal) peleando con la sombra de otro.¹⁴⁷

El análisis de la diversidad de derechos ligada a la concepción del derecho estatal corresponde al estudio de la aculturación jurídica desde el punto de vista europeo-centrista. El mismo criterio se aplica cuando se hace la distinción entre el derecho formal (el estatal) y los derechos informales (los consuetudinarios).¹⁴⁸ En realidad, no existe un sistema de regulación que no sea formal e informal:

145 *Idem*, p. 213.

146 *Idem*, p. 214.

147 *Ibidem*.

148 *Cfr.* Montalvo-Despeignes, Jacquelin, *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.

La observación científica muestra [...] que lo formal y lo informal no constituyen estados alternativos de la regulación jurídica, sino se 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.¹⁴⁹

Sobre diferentes puntos de vista relacionados con el pluralismo jurídico estatal, pueden consultarse los trabajos de Gillissen, Pospisil y S. F. Moore.¹⁵⁰

b. El pluralismo jurídico humano

El derecho, concebido como la manera de imaginar el orden del mundo, es una característica de la cultura humana. Lo jurídico, la política, lo sagrado, no son sino manifestaciones de nuestra conciencia de ser/estar en la Tierra. La humanidad distribuida en el planeta desarrolla esta conciencia en condiciones geográficas, climáticas y económicas diferentes. Esto nos lleva 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 consideradas como sus *especies* (derecho estatal mexicano, derecho consuetudinario náhuatl, derecho musulmán, derecho judío, derecho chino...).

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

150 Gillissen, John, "Introduction à l'étude comparée du pluralisme juridique", y Jacques Vanderlinden "Le pluralisme juridique. Essai de synthèse", *Le Pluralisme Juridique*, Belgique, Université de Bruxelles, 1971; Pospisil, Leopold J., *Anthropology of law: a Comparative Theory of Law*, New York, Harper and Row, 1971; Moore, S. F., "Law and Social Change: the Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", *Law and Society Review*, n° 7, 1973.

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 referencia. Así, la coexistencia de derechos no será analizada desde el punto de vista de las “familias” del derecho, sino desde el punto de vista de 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 consuetudinario 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.

Se encuentran entre las principales investigaciones realizadas bajo la perspectiva del pluralismo jurídico humano, 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).¹⁵¹ 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, *Asian Indigenous Law*, de M. Chiba (1986); sobre el derecho consuetudinario africano, *Ideas and Procedures in African Customary Law*, de Max Gluckman (ed.), y I. E. Sinitsyna, “El derecho consuetudinario en la África contemporánea” (1986).

En Australia destaca “Legal Anthropology, Australian Aborigenes and Natural Law”, de Irene O’Connell (1992).

En Francia, los trabajos en esta área se desarrollan, principalmente, en el Laboratoire d’Anthropologie Juridique (1965), dirigido por Michel Alliot et Etienne Le Roy, y en el Centre Droit et Cultures (1977), dirigido por Raymond Verdier. Sobresalen entre los estudios franceses:

151 Se pueden consultar en bibliografía los datos completos de esta obra y de las que a continuación se citan.

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.

En América Latina sobresale la compilación de Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina* (1990). En México, destacan 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 Tlacolula* (zapotecas, 1982), *Stina Jo'okucha. El santo padre Sol. Contribución al conocimiento sociorreligioso del grupo étnico chatino* (1986), y *El combate de las luces. Los tacuates* (1992).

Estas investigaciones dan testimonio, quizá, como afirma Boanaventura de Sousa Santos, de la presencia de un nuevo sentido común: *un sentido común jurídico pluralista*.¹⁵²

Este pluralismo jurídico ha sido, de hecho, una constante en la historia de las culturas jurídicas. En este sentido, hablar de pluralismo jurídico significa hablar de *pluralismo étnico*. Analizaremos el desarrollo del pluralismo étnico-jurídico en México durante los periodos colonial y republicano.

¹⁵² “Droit: una carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit”, *Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, núm. 10, Paris, LGDJ, 1988, p. 383.