

El campo de investigación de la antropología jurídica

Victoria Chenaut y María Teresa Sierra*

En México, como en muchos otros países latinoamericanos, surge un renovado interés científico en el campo de la antropología jurídica, debido a la emergencia de demandas ciudadanas en el contexto de una lucha por la democracia.¹ Esta situación resulta particularmente notoria en relación a las demandas de los pueblos indios por el reconocimiento de derechos específicos, los derechos indígenas, demandas que vienen a cuestionar el carácter monoétnico del Estado-nación. Surge por tanto la necesidad de comprender la expresión jurídica de las nuevas realidades contemporáneas, desde una perspectiva antropológica. En este contexto desde fines de 1987, un grupo de inves-

tigadores de diferentes instituciones (CIESAS, INI, IJ, COLMEX y UAM-I) nos hemos involucrado en este campo de investigación, tratando de profundizar en la relación entre antropología y derecho.

En una primera etapa, hemos centrado nuestro interés en los grupos étnicos, tal vez porque aquí se expresa con particular claridad los efectos de la imposición de un modelo normativo homogéneo a una realidad diferente y contrastante jurídica y socialmente. Resulta obvio, sin embargo, que la problemática jurídica, enfocada desde la antropología, abarca a los diferentes grupos y clases de una sociedad.

En este escrito pretendemos dar un panorama general de las preocupaciones que nos han nucleado como grupo de trabajo, señalamos algunos antecedentes, puntualizamos problemas de discusión, y cómo éstos se han ido transformando a lo largo de la existencia

* Victoria Chenaut, investigadora del CIESAS, Jalapa y Ma. Teresa Sierra, investigadora del CIESAS, México.

¹ Este trabajo fue presentado en la Mesa redonda *Antropología jurídica: Líneas teóricas y perspectivas de investigación*, en el XVIII Aniversario del CIESAS, el 9 de septiembre de 1991.

del grupo, para concluir con la presentación de las líneas temáticas y metodológicas que hemos venido desarrollando.

ANTECEDENTES

En respuesta a una convocatoria del Dr. Rodolfo Stavenhagen, en agosto de 1987 se constituyó un grupo de trabajo con el fin de generar investigaciones sobre el tema del derecho consuetudinario indígena. Un estudio del Colegio de México (COLMEX) y del Instituto Interamericano Indigenista (IIDH), sobre legislaciones indigenistas y derechos humanos en América Latina (Stavenhagen, 1988), da cuenta del vacío existente en torno al tema y de sus implicaciones en las distintas políticas indigenistas. Se observa que el desconocimiento por parte del derecho nacional de la realidad jurídica de los pueblos indígenas, de su derecho consuetudinario, genera en muchas ocasiones una violación sistemática de los derechos humanos más elementales de los pueblos indios. Asimismo, la realidad política que enfrenta la mayor parte de los estados latinoamericanos, por la necesidad de reconocer el carácter pluriétnico y multinacional de la sociedad, hace impostergable el plantear la relación entre el derecho nacional y el derecho vigente en los pueblos indios. Esta constatación confluye a su vez con una nueva modalidad de expresión de los reclamos indígenas que tienden a manifestarse en términos de una lucha por el reconocimiento de derechos propios (Iturralde, 1990). En la base de estas reivindicaciones se encuentra con

frecuencia la referencia al derecho consuetudinario.

Surgió, por lo tanto, el interés de realizar un estudio comparativo sobre el derecho consuetudinario de los pueblos indios de América Latina, en relación con el derecho nacional, y conocer sus implicaciones para la práctica política en el ámbito de los derechos humanos de los grupos étnicos.

Asimismo, este objeto de investigación se nutrió de las preocupaciones que surgieron en distintos encuentros con abogados del Programa de Defensoría Jurídica del INI, quienes por su práctica de defensa ponían en relieve, el desajuste y muchas veces el conflicto en la aplicación de las normas del derecho nacional y las prácticas de los grupos indígenas, lo cual dificultaba la defensa jurídica de estos grupos. Los casos que presentaban los abogados y que en ocasiones pudimos discutir con ellos mismos resultaron ser puntos de partida centrales en nuestras reflexiones.

Para profundizar en el tema nos propusimos generar varias estrategias y dinámicas de trabajo, las cuales han dependido de la inserción institucional de los miembros del grupo: además de involucrarnos personalmente en la investigación, con temas específicos que más adelante pudieran confrontarse, promovimos un seminario de investigación sobre derecho consuetudinario en el que participaron investigadores de distintas disciplinas y de diferentes instituciones;² participamos en un en-

² *El Seminario sobre Derecho Consuetudinario indígena*, fue coordinado por Rodolfo Stavenhagen y María Teresa Sierra, se desarrolló en el CIESAS, de marzo a octubre de 1988.

cuentro sobre el mismo tema a nivel latinoamericano, en Lima, para conocer el estado actual de la discusión en América Latina sobre el derecho consuetudinario indígena y fomentar estudios similares en otras regiones. Producto de este seminario internacional fue la publicación del libro *Entre la ley y la costumbre*.³ Además de las reuniones con abogados indígenas, el INI promovió encuentros con autoridades tradicionales indígenas de diferentes grupos étnicos del país, sobre el tema de las costumbres jurídicas.⁴ Estos eventos resultaron ser sumamente interesantes porque en ellos afloraron las propias perspectivas de autoridades indígenas sobre sus costumbres. Asimismo, miembros del grupo, en coordinación con la Academia Mexicana de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, han participado en diferentes encuentros-talleres latinoamericanos con representantes de organizaciones indígenas sobre el tema de los derechos étnicos. También hemos participado en foros de discusión en torno a las reformas a la legislación en reconocimiento de la pluralidad étnica en México.

Estos distintos espacios y actividades, junto con nuestros encuentros periódicos como grupo de investigación,

constituyen nuestros marcos de referencia y nos permiten enriquecer el debate sobre el ejercicio del derecho en los grupos étnicos.

PROBLEMAS Y MOMENTOS DE LA INVESTIGACION

A lo largo de estos cuatro años, nuestra problemática inicial —el estudio del derecho consuetudinario indígena en su relación con el derecho nacional— se ha ido transformando ampliamente, enfrentándonos a nuevos retos teóricos y metodológicos. A continuación, trataremos de reconstruir algunos de los caminos que seguimos en este entrecruzamiento de la antropología y el derecho.

Partimos de una definición bastante general de derecho consuetudinario, en contraste con el derecho nacional, entendido como el conjunto de normas y costumbres de carácter obligatorio que regulan el orden social de un grupo. La primera tarea era, por lo tanto, distinguir estas dos expresiones del derecho: por un lado el derecho positivo o ley nacional, que representa al sistema oficial, codificado y por tanto escrito, y una de cuyas características principales es que parte de la generalidad al hecho; desde la norma jurídica se tipifica el delito y se establecen las sanciones. Por otro lado, el derecho consuetudinario que estaría referido a los usos y costumbres, a normas no codificadas ni escritas, se trataría por lo tanto, de un derecho oral, que va de lo particular a lo general; en este sentido es un derecho situacional y sustantivo: existe el

³ Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturrre (comps.), *Entre la ley y la costumbre*, III-IIIDH, 1990.

⁴ Los encuentros fueron organizados por el INI, entre otros: Primer Encuentro de Autoridades Tradicionales de la Mixteca Oaxaqueña, Sta. María Asunción, Tlaxiaco, Oaxaca 1987; Primer Encuentro sobre Derecho Consuetudinario en Sta. María Ocotlán, Mezquital, Durango 1988; Primer Encuentro entre Autoridades Tradicionales Tarahumaras, Guachochi, Chihuahua 1988.

delito mientras se cometen transgresiones que se tipifican como tales.

Esta manera de entender el problema pronto reveló una serie de dificultades. En primer lugar, la oposición entre derechos, aun cuando se establezca el carácter asimétrico de esta relación, nos remite a un dualismo que no da cuenta de las imbricaciones existentes entre ambos. En segundo lugar, el hecho de que la situación de dominación que viven los indios se inserta en sus propias expresiones jurídicas. La confrontación de las normas con las prácticas de los pueblos indios revela no sólo la falta de autonomía de las normas jurídicas indígenas, sino también la dificultad de distinguir qué corresponde a la ley y qué a las costumbres.

Con una mirada jurídica, la definición de derecho consuetudinario tampoco se sostiene si se define al derecho como un sistema jurídico con su propia autonomía. Aunque algunos antropólogos han intentado reconstruir un sistema de derecho en pueblos indios (Sardi, 1987), difícilmente podría encontrarse un conjunto de normas preestablecidas, relacionadas y coherentes entre sí que constituyen una estructura y un sistema. Las expresiones que podríamos llamar de derecho, en tanto normas que generan obligaciones susceptibles de ser sancionadas (Kelsen, 1986), resultan ser situacionales, no son necesariamente generales ni continuas. Además, su carácter oral las hace flexibles por lo que sería imposible reconstruir un código normativo único. De ahí que los intentos de describir un derecho consuetudinario, buscando su codificación, llevan el peligro de petri-

ficar usos y costumbres que resultan cambiantes y variables, lo cual puede traer consigo graves consecuencias políticas y jurídicas para los pueblos indios.

Ante estas consideraciones recurrimos al término de *costumbre jurídica*, aludiendo al hecho de que la realidad investigada resulta ser mucho más plástica y dinámica, difícilmente encaillada en un formalismo jurídico, tal cual podría entenderse con el término de derecho consuetudinario.

Si bien el concepto de costumbre jurídica nos parece más adecuado para describir los fenómenos que estamos estudiando, no hemos llegado a un acuerdo en cuanto a su definición, debido principalmente a la dificultad de describir un concepto en el que se cruzan las exigencias de dos disciplinas: la antropología y el derecho. Así, desde la doctrina jurídica se considera que para que una costumbre adquiera el rango de norma jurídica, además de las características propias de las normas de derecho, debe ser general, continua y permanente (Olvera, 1991) lo cual difícilmente se encuentra en una supuesta normatividad indígena. Desde una perspectiva de las prácticas sociales nos parece que esta definición es limitada ya que no da cuenta de una serie de usos y de normas que si bien no cumplen esos requisitos pueden considerarse jurídicas o legales dada su obligatoriedad y sanción; sobre todo si se acepta que la costumbre jurídica es jurídica por su naturaleza bilateral y coercitiva y es costumbre por su carácter fáctico (Castillo Ferreras, 1973).

La mirada antropológica, tal como

lo señalan diferentes estudios, nos abre sin embargo otra perspectiva analítica para interpretar la costumbre o las costumbres jurídicas. Se trata de investigar los usos de lo legal en su contexto social y cultural, entendiendo lo legal o la ley en su acepción más general como procesos de control, tal como lo definió Malinowski (1926). En este sentido la ley es parte de un sistema de normas más amplio que no puede abstraerse de la cultura y del poder (Starr/Collier, 1989). Desde esta perspectiva, no se trata de definir si un comportamiento es o no normativo, o si implica o no una sanción, ni reconstruir el conjunto de normas para definir si corresponden o no a un sistema, o si pueden o no generalizarse. El interés es más bien averiguar ¿cuáles son los usos que de la ley hacen los indígenas y las estrategias involucradas en ese uso, a nivel cotidiano y a nivel político, en su enfrentamiento organizado con el Estado?, ¿qué tipo de comportamientos se norman?, ¿de qué manera?, ¿en qué situaciones, y qué valores se les asocian?, ¿quiénes tienen la autoridad para hacer valer una u otra norma?, ¿desde qué posiciones?.

Un tipo de acercamiento privilegiado por la antropología del derecho, sobre todo inglesa y norteamericana (Gluckman, 1955; Bohannan, 1957; Nader, 1965, 1991; Nader & Todd, 1978; Collier, 1973; Starr & Collier, 1989) para estudiar el funcionamiento de la ley en su contexto social y cultural, ha sido el análisis del conflicto a partir de estudios de caso. Pasando de una descripción estructuralista al análisis secuencial y situacional, considerando una visión histórica, encontra-

mos en este tipo de estudios una veta sumamente interesante para dar cuenta de los usos de lo legal.⁵ La reconstrucción etnográfica del caso, del antes y del después, de los intereses y posiciones involucrados, así como de las distintas versiones en torno al hecho, y de los procedimientos para resolver las disputas es guía metodológica para indagar y describir aspectos de lo que podría llamarse una costumbre jurídica. Según hemos podido observar, en estas dinámicas se recurre tanto a las costumbres como a la ley nacional como referentes en la regulación de los conflictos (Sierra, 1991).

Lo que está en juego en este manejo diferencial y estratégico de las normas es el control social del grupo y no tanto la legitimidad de una normatividad coherente y consensual. En este sentido consideramos importante indagar tanto en el estudio de las disputas, ejes de conflictos y expresión normativa, como en los momentos de consenso, en lo que va de sí en los diferentes espacios privados y públicos de la vida del grupo, como sucede con las relaciones de parentesco, las obligaciones y derechos familiares, los rituales y ceremonias festivas, el ejercicio de la autoridad, etcétera; ámbitos en los cuales resulta difícil separar lo específicamente jurídico, de su función social o política.

La indagación en las normas y el control social nos ha llevado también a considerar la dimensión histórica del cambio legal, tanto en los procesos jurídicos dirigidos a los indios como en las

⁵ Chiapas es uno de los estados en México donde se ha concentrado la investigación sobre costumbre legal, en esta dirección (cf. Dorotinsky, 1990)

prácticas propias de las comunidades indígenas. Por esto, la etnohistoria abre una veta de investigación fascinante para comprender a través del tiempo la expresión jurídica de las instituciones y dinámicas indígenas, en su relación con la sociedad mayor y el Estado. (Chenaut, 1991)

En el grupo de trabajo han surgido nuevas orientaciones que se dirigen al campo de lo simbólico, como manera de ensayar otros caminos de investigación, en el intento de delimitar lo jurídico en las sociedades simples. Tal es la propuesta que considera al mito o la mitología como el lugar donde posiblemente pueda encontrarse algo similar a un sistema normativo de derecho con cierta autonomía, de carácter general y con rasgos de continuidad (Rajsbaum, 1991).

Otro de los ámbitos que ha acaparado la atención de los miembros del grupo es el de la administración de justicia, en donde se detecta con claridad los problemas que enfrenta el indígena en el proceso judicial y sobre todo la sistemática violación de sus derechos humanos. Este campo abre la cuestión fundamental de la homogeneidad normativa de la ley frente a la pluralidad normativa de los grupos étnicos. A partir de la experiencia aportada por los abogados del INI, defensores de presos indígenas, se detectó una variedad de casos en donde se hizo evidente el conflicto entre la concepción del delito definido por la ley y la que la comunidad comparte (Gómez, 1990).

En el campo de la ley agraria se está trabajando sobre los problemas jurídicos que surgen en la lucha por la

tierra. Aquí también nos encontramos con el planteamiento de la contraposición entre un modelo homogéneo de definición jurídica de la tenencia de la tierra, y una realidad heterogénea en lo que respecta a usos y apropiación de la misma (Valdivia, 1991).

Estas y otras alternativas de investigación han ido surgiendo al indagar en esta compleja relación de la antropología y el derecho en el medio indígena.

ABORDAJES METODOLOGICOS

En los trabajos que hemos realizado, se observa como constante el desafío metodológico, que implica abordar un objeto de estudio que sólo se puede entender cabalmente en la transdisciplinariedad (Iturralde y Lartigue, 1991). Quisiéramos destacar algunas de las propuestas metodológicas que están en desarrollo.

1) El análisis de casos judiciales a través de una doble reflexión jurídica y antropológica, para tener una visión de conjunto que lo explique. La visión jurídica implicaría encontrar normas jurídicas consuetudinarias al interior de las comunidades a la vez que determinar qué normas se infringen desde el punto de vista de la comunidad y cuáles desde el punto de vista del derecho penal. Mientras que la reflexión antropológica buscaría conocer las formas en que operan las normas en su contexto étnico (Olvera, 1991).

2) El análisis histórico de expedientes judiciales. Del enfrentamiento con este tipo de expedientes resultó que sólo puede hacerse atendiendo a dos dife-

rentes niveles de análisis: a) el sincrónico, que consiste en rescatar la etnografía que proporciona el expediente, utilizar el aporte y los conceptos de la antropología para reconstruir el caso en el contexto de las relaciones sociales en que se produjo la disputa; b) el diacrónico, entendiendo la ley como un proceso, se busca estudiar la dinámica del cambio sociolegal, por lo que es necesario indagar sobre la penetración e inserción del aparato jurídico del Estado en las regiones predominantemente indígenas. La articulación de estos dos niveles de análisis puede proporcionar los elementos necesarios para escapar de las restricciones del expediente judicial en sí mismo.

3) El análisis del discurso en las prácticas jurídicas. Se considera el discurso como uno de los ejes organizadores de las prácticas jurídicas (Hamel, 1990), lo que es posible averiguar tanto en los espacios comunales de resolución de conflictos como en las instancias judiciales del Estado. El análisis de las disputas en los pueblos indios desde la perspectiva del discurso nos ha llevado a considerar dos aspectos: a) el contexto etnográfico en el que éstas surgen y se desarrollan, tomando en cuenta las posiciones involucradas; b) la reconstrucción discursiva, argumentativa de la disputa en cuestión. Este acercamiento revela como emergen y se van negociando una serie de costumbres, valores y creencias en un determinado hecho, así como las estrategias que se ponen en juego en la manipulación de las normas (Sierra, 1990, 1991). Desde el punto de vista de las prácticas jurídicas del Estado hacia el

indígena se abren también líneas de análisis interesantes que muestran cómo se construye un discurso normativo, a partir de un lenguaje especializado que se impone como la referencia legítima al cual deben adecuarse todas las declaraciones judiciales. Se elabora así un discurso jurídico incomprensible para los indígenas, en una lengua que generalmente no dominan, cuestión que interviene en la definición de su situación judicial, reproduciendo su doble condición de subordinación: por su situación de clase y por su pertenencia étnica.

En síntesis partimos de una definición del objeto de estudio centrada en el concepto de derecho consuetudinario y hemos terminado por privilegiar el estudio antropológico de lo jurídico en la intersección de las normas y las prácticas en el ejercicio del control social. Nos interesa puntualizar el manejo estratégico que de la ley hacen los actores sociales dentro y fuera de los pueblos indios, teniendo en cuenta que estos actores están inmersos en dinámicas sociales. Resulta también impostergable investigar la dimensión simbólica, ideológica y política de las prácticas jurídicas indígenas, considerando los esquemas axiológicos subyacentes, y sus vínculos y contradicciones con los propios de la matriz jurídica hegemónica. Más que a definiciones últimas nos enfrentamos a una serie de problemas y debates de carácter teórico y metodológico, que finalmente constituyen un aliciente para nuestras indagaciones. Nos enfrentamos también ante una realidad emergente que exige respuestas imaginativas ante el nuevo carácter ju-

rídico de las relaciones sociales, lo que resulta particularmente evidente en el caso de los grupos étnicos.

BIBLIOGRAFIA

- BOHANNAN, Paul, *Justice and judgment among the Tiv*, University Press, Oxford, 1957.
- CASTILLO FARRERAS, José, *Las costumbres y el derecho*, Secretaría de Educación Pública, colec. SEP/Setentas, núm. 107, México, 1973.
- CHENAUT, Victoria, "Costumbre y resistencia étnica: modalidades entre los Totonaca", en: Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (eds.), *Entre la ley y la costumbre*, III-IIIDH, México, 1990.
- COLLIER, Jane, *Law and social change in Zinacantan*, Stanford University Press, Stanford, 1973.
- DOROTINSKY, Deborah, "La costumbre legal indígena en los altos de Chiapas (1940-1979)", en: Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (eds.), *Entre la ley y la costumbre*, III-IIIDH, México, 1990.
- GLUCKMAN, Max, *The judicial process among the Barotse of northern Rhodesia*, Manchester University Press, Manchester, 1955.
- GOMEZ, Magda, "La defensoría jurídica de presos indígenas", en: Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (eds.), *Entre la ley y la costumbre*, III-IIIDH, México, 1990.
- HAMEL, Rainer Enrique, "Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo", en: Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (eds.), *Entre la ley y la costumbre*, III-IIIDH, México, 1990.
- ITURRALDE, Diego, "Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley", en: Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde, III-IIIDH, México, 1990.
- KELSEN, Otto, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1986.
- MALINOWSKI, Bronislaw, *Crime and custom in a savage society*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1926.
- NADER, Laura, *Law in culture and society*, Aldine, Chicago, 1961.
- *Harmony ideology: Justice and control in a zapotec mountain village*, Stanford University Press, California, 1991.
- y Harry Todd (eds.), *The disputing process: Law in ten societies*, Columbia University Press, Nueva York, 1978.
- OLVERA, Claudia, "El papel de la antropología en los juicios penales: El caso de los brujos de Taxicaringa, Durango", ponencia presentada en las II Jornadas Lascasianas. Derechos humanos contemporáneos de los pueblos indios, organizado por IJ-UNAM, junio de 1991.
- RAJSBAUM, Ari, "Mitos y normatividad", ponencia presentada en las II Jornadas Lascasianas. Derechos humanos contemporáneos de los pueblos indios, organizado por IJ-UNAM, junio de 1991.
- SARDI, Chase, *Derecho Consuetudinario Chamacoco*, RP Ediciones, Asunción, 1987.
- SIERRA, María Teresa, "Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena", en: Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (eds.) *Entre la ley y la costumbre*, III-IIIDH, México, 1990.
- "Conflicto y transacción entre la ley y la costumbre", ponencia presentada en las II Jornadas Lascasianas. Derechos humanos contemporáneos de los pueblos indios, organizado por el IJ-UNAM, junio de 1991.
- STARR, June y Jane Collier (eds.), *History and power in the study of law*, Cornell

- University Press, 1989.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, COLMEX-IIIDH, México, 1989.
- “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en: Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (eds.), *Entre la ley y la costumbre*, III-IIIDH, México, 1990.
- y Diego Iturralde (comps.), *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Interamericano Indigenista e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
- VALDIVIA, Teresa, “Importancia del derecho originario en la ley de la reforma agraria: el caso Guarijío”, ponencia presentada en las *II Jornadas Lascasianas. Derechos humanos contemporáneos de los pueblos indios*, organizado por el IJ-UNAM, junio de 1991.