

INTERLEGALIDAD,
DERECHOS HUMANOS
E HISTORIA ORAL.
UNA OPCIÓN PARA
VALIDAR LA
APLICACIÓN DEL DERECHO — 65 —
CONSUECUDINARIO
INDÍGENA

Gabriela Fuentes Reyes

María de Lourdes Morales Reynoso

Fecha de recepción de originales: 24 de octubre de 2011

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2012

Resumen

La interacción de los sistemas normativos de los pueblos indígenas entre sí y con el derecho estatal, la llamada interlegalidad, implica una problemática que no se resolverá ni eliminando al derecho consuetudinario ni concediendo carta blanca a los usos y costumbres. Todos los sistemas normativos involucrados deben ser flexibles para convivir en ese espacio de interlegalidad y lo suficientemente perfilados para no disolverse el uno en el otro. Esta difícil situación tiene un fiel que les equilibra, extendiendo y restringiendo la aplicación de las normas y que no es otro que los derechos humanos. Determinar si han sido violados en un contexto interlegal precisa de un ejercicio argumentativo que ponde-re las situaciones individualmente, constituyendo las metodologías cualitativas como la historia de vida y la historia oral, valiosas técnicas para validar situaciones en las que corresponde la aplicación del derecho consuetudinario indígena.

Abstract

The interaction between native population's normative systems and state law (which we call "interlegalidad") implies a problem which will not be solved by ending traditional law or giving *laizze faire* to the traditional proceedings. All normative systems involved shall be flexible to coexist in this frame of "interlegalidad" as well as focus not to prevail one over the other. This awkward situation has an axis which provide balance by expanding and restraining the enforcement of law: we call it human rights. To prove violations in this context claims for qualitative procedures as the live history and the oral history which are valuable techniques to validated situations in which law enforcement should respond to native law.

Introducción

La interlegalidad es un término que ha sustituido el de pluralismo jurídico en diversos foros. Su éxito parece radicar en que describe mejor la situación en la que se encuentra nuestro sistema jurídico a raíz de las reformas al artículo segundo constitucional, que permite la aplicación con ciertas condiciones de los usos y costumbres de los pueblos indígenas. La interlegalidad habla de los problemas que significa la aplicación en un mismo espacio-tiempo, no sólo geográfico sino personal, de normas que en ocasiones procuran para un mismo supuesto de hecho soluciones jurídicas diversas, que no pueden resolverse por medio de los principios para resolver antinomias en atención a su pertenencia a dos sistemas jurídicos distintos.

Los problemas vinculados a la interlegalidad son, ante todo, problemas de aplicación territorial y personal. Por ello, abordarlos exige tratar con la identidad individual y colectiva. Nuestro sistema jurídico ha protegido fundamentalmente al individuo frente al Estado, centrándose en la personalidad y sus manifestaciones únicas. Si bien es cierto que el “yo” está dotado de unicidad y singularidad, también lo es que ese “yo” se forja en relación al “otro” en un contexto social. El “yo” se sabe único, pero se reconoce en el “otro”. En la convivencia con los “otros”, el hombre hereda arquetipos que estrechan sus lazos. Así nace el “nosotros”, los que compartimos, a pesar de nuestras singularidades, fuertes lazos de identidad religiosa, política, gremial y, por supuesto, étnica.

De la comparación del “yo” con los demás, y de la identidad colectiva de un “nosotros”, surgen los “otros”, los que son diferentes a “nosotros”. El tratamiento de estas circunstancias sin favorecer plenamente una o aniquilar

otra, es uno de los principales retos del Derecho hoy. La difícil misión del Derecho constitucional es procurar, desde nuestra Carta Magna, la diferencia sin la exclusión y la integración sin la uniformidad. Además de la obvia referencia a los derechos humanos como criterios para determinar o no su procedencia, estos intentos requieren de nuevas propuestas para procurar certeza en la administración y la impartición de justicia en un esquema de interlegalidad. La historia oral es una técnica que permite procurar elementos de convicción para el juzgador que sean satisfactorios para la validación de hechos en un marco de Derecho estatal y respetuosos de los usos y costumbres que integran el derecho (los derechos) de los pueblos indígenas.

Nosotros y los otros: la tolerancia como condición para la convivencia social

El ser humano es un individuo particularísimo que mediante la razón ejerce su libertad para pensar o actuar, la cual le es consustancial, ya que constituye la condición *sine qua non* de la dignidad del hombre. Al ser libre, el ser humano se encuentra en una disyuntiva permanente sobre las decisiones (cotidianas o trascendentales, pero siempre presentes) que ha de tomar en el transcurso de su vida. La posibilidad de elección es precisamente la base de su dignidad como ser humano y la de todos los derechos que goza como tal.

La protección jurídica y muy especialmente la protección constitucional, tuvo que ver en primer término con la del individuo. Buscar que esa protección se extendiera a otros grupos fue una lucha que inició en las postrimerías del siglo XIX y que se prolongó hasta mediados del XX, en el cual se gestó la convicción de que esta protección debería extenderse a las personas en virtud de su

pertenencia a un grupo o clase. Ese fue el nacimiento de los llamados derechos sociales. El ser humano, al desarrollarse en un contexto social dado, genera identidad con otros individuos constituyendo frecuentemente grupos distintivos. Esos grupos se reconocen no sólo por las notas comunes que comparten, sino por las diferencias que tienen con otros grupos. El reconocimiento de la diferencia en los “otros”, considerados como otros “nosotros”, posibilita la convivencia. La ausencia de reconocimiento del otro, facilita las confrontaciones y los prejuicios. La idea de iniciar este apartado haciendo alusión a la obra de Tzvetan Todorov no es gratuita. El conocimiento de uno mismo a menudo sólo llega cuando hay conciencia del diferente.

Desde muy antiguo el hombre se ha definido a sí mismo como un ser gregario. Si bien el “yo” es el origen más profundo de la identidad personal, saberse no es suficiente. Desde una perspectiva dialógica, el “otro” es aquél que permite al “yo” percatarse de su singularidad.

En el prólogo a su recopilación de textos de Mijaíl Bajtín relacionados con la alteridad (*Yo también soy...*), Tatiana Bubnova resume en el siguiente párrafo la percepción medular de Bajtín respecto del “yo” y del “otro”: “El otro es la primera condición de la emergencia del sujeto que se dice ‘yo’. El postulado ontológico no sería entonces ‘yo soy’ [...] sino un ‘yo también soy’ mediante el cual se otorga la primogenitura al otro” (Bubnova, 2000: 17). Esta circunstancia ha sido reconocida por pensadores que han desarrollado el problema de la interacción social y del yo en la sociedad. No sorprende, a pesar de provenir de distintos contextos políticos, la coincidencia del pensamiento de Bajtín con otro reconocido representante de la alteridad: Emmanuel Levinas. En su obra *La huella del otro*, Levinas trata de romper el discurso

totalizador de la ontología tradicional, del ser, para hacernos ver que el entendimiento del “yo” es impensable si se disocia del “otro”: “La ética heterónoma anuncia una libertad otra, una libertad del Otro y con el otro, una libertad que está inscrita en la ley y cuyo origen no es la autoafirmación sino la apertura” (Levinas, 2000: 39). Esto es lo que el reduccionismo ontológico de occidente, centrado exclusivamente en la tiranía del ser, no pudo percibir.

Una percepción similar es captada por Ortega y Gasset en su ensayo *El hombre y la gente*, cuando afirma que “el hombre está a *nativitate* abierto al otro que él, al ser extraño; o con otras palabras: *antes de que cada uno de nosotros cayese en la cuenta de sí mismo*, había tenido ya la experiencia básica de que hay los que no son ‘yo’, los Otros” (Ortega y Gasset, 2001: 161). Estos tres pensadores provenientes de contextos tan diversos (Bajtín, ruso; Levinas, francés de adopción, y Ortega y Gasset, español) coinciden, desde posturas teóricas y mediante procesos de disensión diferentes, en la primogenitura del “otro”. El “yo” puede conocerse sólo junto a “otro”. Empero, ese “otro” no es un objeto, sino otro “yo” singularísimo que no es el propio. De ahí la atinada frase de Bajtín: “Yo también soy”. El conocimiento del “yo” sólo puede producirse por la interacción con otro “yo”. Ese “yo” es “otro”, único a su vez.

El hombre no surge como tal en soledad. Como afirmaba El Poeta, el hombre es soledad con otras soledades (Paz, 2000). Sólo en la interacción y sociabilidad con el “otro”, el hombre puede ser. El hombre, en virtud de la necesidad del “otro”, está condenado a ser social o a no ser: el hombre sólo puede ser tal en su relación con otros. “El hecho fundamental de la existencia humana es el hombre con el hombre” (Buber, 1999: 146). El respeto a los que son diferentes, a los otros, se ha tratado de justificar

desde distintas perspectivas. Will Kymlicka habla de los tres principales argumentos que se han utilizado, a su juicio, en el ámbito de las democracias liberales para justificar la protección de las minorías y que consisten, en términos generales, en:

- a) La noción de que el concepto de identidad es importante y debe ser protegido y respetado; b) la protección de los llamados derechos culturales, como expresión del básico de autonomía individual y el colectivo de pertenencia cultural, y c) El valor que por sí misma tiene la diversidad cultural para cualquier sociedad (Kymlicka, 2003: 70).

— 71 —

Las relaciones en sociedad modifican a las personas consideradas singularmente y de los grupos que éstas puedan constituir. Es inevitable que los actos sociales de una persona afecten los de otras personas individuales y los de los procesos sociales, cuando trascienden su esfera personal. Con lo anterior no queremos decir que el individuo es un títere de su contexto social, sino enfatizar la enorme influencia que la cultura puede significar para la construcción de su personalidad. Ésta no se forja por la cultura, sino en la cultura y en un contexto social dado. Puede actuar de manera estandarizada o no. Puede identificarse con un grupo o con otro: “El individuo es siempre un foco de asociación, pertenece a un número mayor o menor de grupos que pueden ir graduándose en tamaño y en carácter, desde la familia y la amistad informal hasta la nación” (Chinoy, 1992: 75). La diversidad de grupos a los cuales puede pertenecer un mismo individuo, genera conflictos en una sociedad que no se percata de que la pertenencia al grupo y la identidad personal en ocasiones es inseparable.

El proceso social de construcción de identidad constituye un factor que permite la aparición de formas de acción colectiva que influyen en la vida cotidiana. Por lo tanto, la identidad representa la existencia continua en el tiempo que tiene un carácter relacional con el otro o, mejor, con la ‘otredad’ (Cisneros, 2000: 151).

De ahí que la personalidad social se constituye por el conjunto de valores, tradiciones y demás derivados culturales, común a un grupo de personas situado en el tiempo y en el espacio, que les permite compartir una identidad en torno a esos lazos, frente a otros grupos diferencialmente constituidos.

La identidad implica, necesariamente, una actitud colectiva hacia los “otros”, ya sea negativa o positiva. Ello porque sólo cuando un grupo de personas se percata de sus diferencias respecto de los demás, es posible que se genere una conciencia grupal que puede proyectarse en acciones de acercamiento, respeto, indiferencia, rechazo o ataque hacia el grupo diferente. Las reacciones negativas hacia los “otros”, pueden transformarse en prejuicios colectivos de matices diversos. Abarcan desde una simple indiferencia, hasta el antagonismo y la violencia.

Los prejuicios son producto de la ideologización de los grupos sociales, desde el exterior o desde el interior, sin referencia al otro. Es decir, ignorando que otros grupos tienen esquemas de pensamiento igualmente válidos. La verdad se coloca al lado de los que comparten una misma identidad, en un aspecto cualquiera. El etnocentrismo es, *lato sensu*, la idea compartida de un grupo de ser mejor que otros cultural o racialmente. Las actitudes etnocéntricas son variables en su intensidad. Abarcan desde una simple indiferencia hasta la aniquilación del diferente. Tsvetan Todorov, en su obra *Nosotros y los otros*, señala:

La acción universalista puede encarnar en diversas figuras. Merece estar en primer lugar el etnocentrismo, porque es la más común de ellas. En la acepción que aquí se da al vocablo, el etnocentrismo consiste en el hecho de elevar, indebidamente, a la categoría de universales los valores de la sociedad a la que yo pertenezco (2003: 21).

El etnocentrismo implica dos cuestiones: primero, la pretensión universalista; segundo, la convicción de que los valores (frecuentemente los nacionales) son mejores que los de otros y, por lo tanto, que es legítima su imposición a grupos diversos. En el siglo XIX los estados nacionales plasmaron estas pretensiones en documentos jurídicos fundamentales, generalmente constituciones. De los elementos señalados, el determinante para la acción social es el primero. Ello porque la pretensión de imponer los valores es claramente una actitud intolerante. Es posible (quizá inevitable) que yo considere mejores los valores de mi grupo social a los de otros que se desarrollan en la sociedad a la que pertenezco. Esto no impide que los respete, aun con una cierta aversión. Sin ser lo ideal, esta actitud, al menos respetuosa, es la primera etapa del camino a la tolerancia.

El nacimiento del Estado como espacio de interlegalidad

La interacción en un mismo espacio por distintos grupos sociales nos remite, en nuestra historia contemporánea, al Estado. En el marco de esta forma concreta de organización política, Josetxo Beriain ha clasificado las formas de interacción social, *grosso modo*, en holista y diferenciada o plural (*cfr.* Beriain, 1996: 114). La concepción holista se caracteriza porque su punto neurológico es el orden. Procura, ante todo, que la sociedad pueda desarrollarse bajo un esquema en el que todos sus integrantes juegan roles designados (natural o preponderantemente de manera artificial), por el propio conglomerado social o por el Estado.

La concepción holista tiene una larga tradición en la política y el derecho. Es inevitable su identificación desde una perspectiva negativa (al menos en el contexto

de nuestra cultura política), con las teorías desarrolladas por Thomas Hobbes y Jean Bodin, así como con las de Jean-Jacques Rousseau y John Locke en sus aspectos positivos. Los principales puntos de contacto de estas teorías con un esquema holístico son evidentes. Por ejemplo, Thomas Hobbes afirmaba que el Estado es la respuesta a la necesidad de vivir en comunidad que surge de la celebración de un contrato, a través del cual los hombres ceden su derecho de gobernarse a sí mismos a un ente superior (el Estado), a cuyo poder se someten cada uno de ellos en lo individual, el cual definió de la siguiente forma:

[Es] una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es súbdito suyo (1980: 141).

El poder soberano en la teoría de Hobbes, no se encuentra limitado por ninguna normatividad. Ni siquiera las leyes naturales o divinas constituyen un freno al mismo, puesto que no existen medios de coacción que garanticen su obediencia. Los súbditos, en aras de proteger la armonía del conjunto, no pueden ejercer resistencia alguna al mismo. Esto implica necesariamente la negación del ser humano individual, es decir, su despersonalización. Solamente así es posible lograr la cohesión que garantice la supervivencia.

John Locke también creía que el hombre debía ceder para vivir en comunidad, pero no a costa de su propia dignidad. Aunque es mucho más conocido por su teoría de la división del poder, el estado de naturaleza pensado por Locke apunta las bases para las nuevas formas de convivencia entre gobernantes y gobernados. La finali-

dad que persiguen los hombres al renunciar al estado de naturaleza para incorporarse al civil, es la protección de sus vidas y de sus bienes, pero además del bien común de toda la sociedad (Locke, 1995: 117). Sus ideas, desarrolladas para combatir el avance del despotismo, constituyen uno de los fundamentos del sistema democrático tal y como se concibe hoy día.

Las ideas de Locke fueron la base de la teoría del más famoso contractualista, Jean Jacques Rousseau. En la idílica sociedad primitiva descrita en *El contrato social*, la armonía se rompió cuando los hombres pretendieron abusar de sus semejantes, aprovechándose los unos de los otros. Por ello, Rousseau juzga necesario “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes” (Rousseau, 1962: 20). Rousseau veía en la cesión de los derechos naturales individuales a la comunidad, la única vía posible para garantizar la protección de dichos derechos particulares, sin que los hombres no sólo no perdieran la libertad, sino que la recuperaran y conservaran con el apoyo de una voluntad superior a todos. Aunque proclamaba la superioridad de la voluntad general, Rousseau, a diferencia de Hobbes, no admitía la posibilidad de que se pudiera coartar la expresión de las voluntades particulares, en función de que todos los contratantes compartían una fracción del poder soberano con el que actuaba el Estado. Además y puesto que el objeto del contrato social aspiraba a la recuperación de la armonía que existía en el estado de naturaleza, el Estado civil no podía apartarse de esta finalidad, puesto que solamente consistía un medio para alcanzarla. El Estado no coarta, sino garantiza la dignidad humana. De ahí que el disfrute de los derechos humanos precisen de un Estado lo suficientemente fuer-

te para proteger a los individuos de otros, y lo suficientemente débil para protegerles de él mismo.

El derecho del Estado nacional de los siglos XIX y mediados del XX fue el mejor ejemplo de lo que la posición holista puede hacer para construir estructuras de administración y control. Coincide con el desarrollo del concepto nación como espejo del Estado, por lo que la diferencia entre estos era prácticamente inexistente. Actualmente es común señalar que los individuos que integran un Estado se congregan, a su vez, en diversas entidades que llegan a constituir identidades diferentes en el seno mismo del Estado, ya sean de carácter cultural, religioso o étnico. Éste no era, sin embargo, el caso de aquél periodo histórico, en el que la mayoría de los casos no reconocieron más manifestaciones de identidad que la nacional y que por regla general persiguieron a los que pretendían sustraerse a su *imperium*. A ello se debe que la distinción entre nación, pueblo y elemento humano del Estado sea a menudo más sociológica que política o jurídica. El pueblo, por ejemplo, suele ser considerado desde esta disciplina como una organización histórica que se ha formado una identidad reflejada en aspectos como la lengua, la religión o las costumbres.

A diferencia del Estado, cuya integración es artificial, el pueblo es una formación estructural natural que se construye conforme pasa el tiempo y se estrechan los lazos culturales que le han dado forma y origen. En torno al debate que pretende determinar si la nación es igual al pueblo, precede al Estado o si, por el contrario, aquella es producto de éste y éste de aquellos, es conveniente señalar que no puede decidirse radicalmente a favor de una u otra posición. Hay naciones que se convierten en Estado. Estados que artificialmente coadyu-

van en la formación del sentimiento nacional y Estados que albergan numerosas naciones en su seno. Es importante conocer la manera en que el Estado se relaciona con la población, para comprender por qué sus teóricos consideran con especial cuidado los conceptos de pueblo y nación.

Ello se debe sobre todo a que la población es considerada jurídicamente como el límite de validez personal de la potestad del Estado. Jellinek, por ejemplo, señala que: “los individuos, así como las asociaciones ordenadas dentro de un Estado, son objetos del poder de éste, objeto de la soberanía del mismo” (Jellinek, 1980: 318). La relación del Estado con los individuos que se desarrollan bajo su seno, es, pues, una relación de *imperium*, que es la facultad mediante la cual impone su voluntad el primero, ejerciendo el poder soberano. Los individuos que integran un Estado no se limitan a constituir su ámbito de validez personal. También juegan un papel vital en las relaciones del Estado con su territorio.

La mayor controversia, que gira en torno al territorio, radica en la naturaleza de la relación que existe entre éste y el Estado. Al respecto, existen fundamentalmente dos posiciones: la que asegura que se trata de una relación de *dominium* y la que afirma que consiste en una relación de *imperium*. La idea de *dominium* se relaciona con el Derecho Privado, puesto que considera que el Estado cuenta con un derecho real sobre el territorio. En este caso, más que un elemento constitutivo de su ser, el territorio es considerado como un objeto del cual el Estado dispone. El Estado es propietario de su territorio como un particular puede serlo de un bien inmueble, que puede ser enajenado, sin menoscabo de su integridad. La idea de *imperium* se relaciona con una concepción del territorio como parte inseparable del propio Estado. El

territorio es uno de los elementos que configura el ser del Estado, por lo que cualquier menoscabo sufrido por el primero es considerado como un atentado a la integridad del segundo. Con base en estas consideraciones, esta teoría afirma que, si bien el Estado no puede ejercer un dominio directo sobre su territorio (por ser parte constituyente de su ser), sí puede hacerlo a través de las personas.

El elemento humano impacta no sólo en lo que tiene que ver con el dominio del territorio, sino en la forma de gobierno. La noción de democracia, entendida como gobierno de muchos, ha generado en ocasiones actitudes intolerantes y totalitarias. Así, sorprendentemente, el holismo ha adoptado una forma insospechada en las sociedades modernas: la regla de las mayorías. El peligro radica en que, por el desconocimiento del otro y de la importancia de que tenga un lugar igual al nuestro en la sociedad, se ha pretendido que las decisiones impuestas en virtud de la regla de las mayorías son siempre legítimas. De ahí que “el voto de la mayoría ya no significa simplemente el voto del mayor poder dentro del grupo; ahora significa que la voluntad unitaria del grupo se ha decidido en este sentido” (Simmel, 2007: 205). Las decisiones tomadas conforme a la regla de las mayorías son de carácter holista. Dicha regla, que originalmente era para procurar la inclusión, se ha tornado en la más adecuada para lograr la exclusión. En una herramienta del holismo para seleccionar el paradigma, en este caso jurídico, que se habrá de imponer.

El final del siglo XX no sólo atestiguó la caída de muchos Estados transpersonalistas, sino el nacimiento de otra suerte de intolerancia, generada esta vez por la pulverización de los Estados nacionales en un sin fin de entidades que, al ser generalmente minoritarias, adoptaron

actitudes segregacionistas para protegerse de los “otros”. El término balcanización nos recuerda que el Estado no sólo es el Estado holista que devora la personalidad de grupos e individuos, sino el espacio de interacción que Locke y Rousseau propusieron hace más de doscientos años y que es preciso recuperar en aras de la convivencia y de la tolerancia.

La idea de que el Derecho ya no es el espejo del Estado resulta difícil de manejar en el marco de la mayoría de las teorías clásicas sobre aquél. Para muchos juristas, la interlegalidad constituye un problema con el que no habría necesidad de lidiar. La percepción de que la voluntad de las mayorías debe regir para todos sin excepción en atención a la legitimidad con que la inviste la representación popular tiene un arraigo difícil de conciliar con el respeto a los derechos de las minorías. La percepción de que el Estado y el Derecho son uno solo es en parte culpable de las reticencias con que enfrentan la idea de una pluralidad de órdenes jurídicos. Como señala Carbonnier:

Cuando los juristas de un país consideran su sistema jurídico nacional, hacen de él una presentación monista. El derecho es un todo homogéneo, un bloque sin fisuras. Lo identifican con el estado y, claro es, en un territorio concreto, en un momento dado, no parece que pueda haber sitio más que para una sola soberanía (1972: 118).

La dificultad para conciliar sistemas jurídicos que exigen igual jerarquía y precedencia en un mismo tiempo y lugar, ha ocasionado que muchos teóricos se pronuncien por otras opciones para poder dar cabida a las manifestaciones de los grupos minoritarios con un esquema jurídico propio, al menos con un estatuto que pudiera generar conflictos con otros sistemas. Antes de evaluar la conveniencia de estas perspectivas, veamos otras concepciones que pretenden resolver problemas similares

a los ya planteados. Un ejemplo de estas posturas es el llamado cosmopolitismo o multiculturalismo, concepto que se ha desarrollado paralelamente a los avances del Derecho internacional. El cosmopolitismo significa, en pocas palabras, la incorporación de normas y principios de varios sistemas nacionales siempre y cuando puedan encajarse de manera armónica (generalmente a través de la interpretación). El cosmopolitismo incluye perspectivas diversas, por lo que puede acoger manifestaciones culturales diversas.

El Derecho constitucional de los países occidentales ha tendido cada vez más a compartir una serie de principios comunes, situación que se debe en buena parte a la adopción de actitudes cosmopolitas. Esta ha sido la base de la integración de una identidad diferenciada, de la famosa “unidad en la diversidad”. La unidad radica en que tanto individuos como grupos son conscientes de que viven en un ámbito social que les permite desarrollarse como tales en su singularidad, sin tener que recurrir a posiciones cerradas y defensivas. Éste no se refiere a la confrontación entre grupos cerrados, sino a la creación de un espacio de convivencia en el cual los grupos minoritarios y mayoritarios puedan interrelacionarse en sus diferencias, pero con la idea común de pertenecer a un espacio multicultural que les acoge:

El multiculturalismo no podría reducirse a un pluralismo sin límites; debe ser definido, al contrario, como la búsqueda de una comunicación y una integración parcial entre conjuntos culturales separados durante mucho tiempo, como lo estuvieron hombres y mujeres, adultos y niños, propietarios y trabajadores dependientes (Touraine, 1996: 187).

Es en esta perspectiva donde es posible incorporar la idea de otredad, que constituye una posición de pensamiento en la que la interacción se dé sin que se pierdan las singularidades. Levinas afirma al respecto que:

“El otro [Autrui] está presente en un conjunto cultural y se ilumina por este conjunto como un texto por su contexto” (2000: 59). El multiculturalismo no radica en la indiferencia al otro, en el simple dejar hacer y ser al otro. El multiculturalismo es un espacio de convivencia con el otro, donde podemos ostentar nuestras identidades colectivas gracias a los que son diferentes, los que a su vez dependen de nosotros para su propia realización. Como afirma Isidro H. Cisneros: “Un espacio de la ‘alteridad’ estaría representado por una concepción de la tolerancia que considera necesaria la existencia del diferente” (2000: 155). Sólo así será posible superar la crisis de la identidad colectiva provocado por el derrumbamiento de procesos de integración holistas derivados del Estado nacional, en el mosaico cultural que representa la globalización y en el peligro latente del universalismo etnocentrista.

Derecho estatal y derecho consuetudinario indígena. La historia oral como opción para validar presupuestos de interacción en un marco de interlegalidad

La convivencia entre identidad de los pueblos originarios y la idea de nacionalidad no tuvieron cabida en la etapa de formación de nuestra joven nación. El Estado mexicano decimonónico no podía aceptar este tipo de manifestaciones sin negarse a sí mismo. Así, las formas de organización que los pueblos originarios habían logrado conservar bajo la colonia, se perdieron, paradójicamente, con la llegada de la independencia y el Estado nacional.

Durante todo el siglo xx, los usos y costumbres de los pueblos indígenas fueron considerados como patrimonio cultural de la nación, pero de ninguna manera como

sistemas normativos que pudieran aplicarse a casos concretos, muchos menos haciendo a un lado al derecho estatal. Ocasionalmente, estados de la República con una mayor presencia indígena le habían procurado a las costumbres una presencia simbólica, pero nada más. Esta situación cambió cuando en 2001 se reformó el artículo segundo constitucional, que afirma la composición pluricultural de la nación mexicana. Ello fue el punto de partida para que los usos y costumbres de los pueblos indígenas convivieran no como una concesión, sino de pleno derecho, con la normatividad estatal.

Las reformas realizadas al artículo segundo de la Constitución en agosto de 2001 saldaron una deuda histórica del Estado mexicano para con sus pueblos originarios. En este ordenamiento la Constitución los reconoce como una parte integrante, si bien distinguible, de la nación mexicana, que cuenta con una identidad propia, sin perjuicio de la unión de todos los mexicanos. Difícilmente los integrantes de los pueblos indígenas estarán en su totalidad de acuerdo con la posibilidad de tener una doble identidad, que a menudo desafía la lógica común. Además, la redacción del artículo le ha dado un cariz más político que jurídico. Técnicamente, la forma en que se lidia con los problemas de interlegalidad deja mucho que desear. Jürgen Habermas señala: “A la mentalidad de toda una población no puede transferirse sin más la concepción de autenticidad e inautenticidad que la filosofía de la existencia acuñó para el individuo” (1998: 104). Ello no fue considerado por nuestros representantes, que sin dar por sentado que la integración no representaría problemas, trataron de resolverlos con mecanismos propios para la protección de derechos individuales y sociales. Una década de desencuentros en lo que respecta a su aplicación atestiguan las buenas intenciones, a menudo impracticables de los legisladores mexicanos.

La primera situación documentada de interlegalidad en el derecho occidental se dio en el Imperio Romano. En éste convivían de forma más o menos incómoda los textos jurídicos romanos con las costumbres de las naciones conquistadas. La diferencia entre el derecho de las cosas del derecho civil y el Derecho de Gentes no tenía otra función. Siguiendo la división tradicional de la costumbre jurídica de Walter Heinrich, en su *Introducción al estudio del derecho*, obra prácticamente ineludible en la formación de los estudiantes mexicanos durante el siglo pasado, Eduardo García Maynez advierte que nos encontramos ante un derecho consuetudinario delegado cuando “la ley remite a la costumbre [que es el caso que nos ocupa] para la solución de determinadas controversias. En tal hipótesis, la costumbre hállase subordinada al derecho escrito” (1999: 65). Aunque se reconoció el derecho de los pueblos indígenas a apelar a sus costumbres, el derecho consuetudinario sigue teniendo un pobre papel frente al derecho estatal. Existe un vacío legislativo respecto a las formas en que han de validarse dichos usos y costumbres en la mayoría de las entidades federativas.

La costumbre ha sido tradicionalmente definida como un uso que es aceptado por una comunidad determinada, siempre y cuando sea considerado por ésta como jurídicamente obligatorio. De esta definición, la más recurrida en la jurisprudencia, se desprenden dos elementos fundamentales: el primero es su concepción como un uso, lo que implica necesariamente que se trate de una práctica más o menos perfilada y que tenga continuidad en el tiempo. El segundo elemento implica la idea de que la comunidad tiene la conciencia de que dicha práctica es obligatoria y no una mera recomendación u orientación para el comportamiento de sus miembros.

El primer problema con el cual se encuentra el jurista al enfrentarse al derecho consuetudinario, reside en saber a quienes ha de aplicarse. En el caso del derecho estatal, los sujetos a los cuales van dirigidas las normas se identifican por diversas razones, atendiendo al precepto de que se trate y a la condición de la persona a la que estén haciendo referencia. Un mismo individuo puede ser padre de familia, contribuyente, acreedor, deudor, patrón o ciudadano, por mencionar sólo algunas de las circunstancias que pueden vincular a una misma persona con distintas ramas del derecho. El sujeto no elige, sin embargo, asumir estas condiciones, sino que son sus propias circunstancias las que lo colocan en ellas. Los sujetos no eligen, en atención a la heteronomía de las normas, sujetarse al derecho sino que éste los vincula, en términos generales, por razón de su pertenencia a un Estado determinado, que ejerce el *imperium* sobre su territorio precisamente por medio de los individuos que conforman la población.

El derecho consuetudinario es más difuso, ya que las pautas de pertenencia a una comunidad no siempre son claras, en especial cuando la pertenencia a dicha comunidad no se delimita por un perfil geográfico o racial, sino cultural. La propia Constitución señala que el factor clave para determinar si alguien es sujeto del derecho consuetudinario es la conciencia de su identidad indígena. Ello supone varios problemas entre los cuales destacarían, a nuestro parecer, los siguientes: ¿Es suficiente, para que un individuo sea sujeto de derecho consuetudinario, que se asuma como tal de palabra? ¿Debe ser aceptado como tal por la comunidad a la que dice pertenecer? ¿Puede ser considerado como indígena en ciertos casos y no en otros? No apelar a los usos y costumbres en un contexto jurídico concreto, ¿anula sus posibilidades de hacerlo en otros? Estas interrogantes

no pueden responderse fácilmente y constituyen a menudo serios obstáculos para que los miembros de una etnia sean juzgados conforme a los usos y costumbres de su comunidad. Puesto que sólo los indígenas pueden beneficiarse con la aplicación de usos y costumbres (dado que el sentido del artículo es proteger, precisamente, las prácticas propias de una comunidad), la identidad se transforma en un concepto crucial. Aunque la propia Constitución considere como criterio fundamental la conciencia de la identidad indígena para determinar si los sujetos pueden beneficiarse de la aplicación de usos y costumbres, no es el único. A menudo se niega, por su origen urbano o por el desconocimiento de la lengua, la calidad de indígena a sujetos que tratan de reivindicarla. La historia de vida puede ser útil en la determinación y validación de la conciencia de dicha identidad.

El segundo problema reside en las contradicciones que pueden suceder al interior del derecho consuetudinario, ya que generalmente éste no se encuentra fijo en textos que puedan consultarse para determinar si la aplicación o interpretación a un caso concreto es “correcta”, pero paradójicamente suele ser menos maleable que el derecho estatal, dado que se basa en la tradición y no en cuestiones procedimentales en el marco del ejercicio de la función legislativa por los representantes populares. El derecho consuetudinario cambia más lentamente, pero es más difícil de fijar, dado que a menudo el derecho es lo que la autoridad comunitaria dice que es. Por ello muchos jueces dudan cuando se trata de aplicar los usos y costumbres de los pueblos indígenas en la solución de conflictos en el marco de lo dispuesto por el artículo segundo constitucional: la ausencia de mecanismos de validación de los usos y costumbres es determinante para que en los casos concretos no se apele a los sistemas normativos tradicionales.

El tercer problema reside en la ausencia de mecanismos para resolver situaciones y conflictos de procedencia normativa que se presentan en situaciones de interlegalidad, las cuales a menudo no son sencillas de resolver. Para empezar, es imposible aplicar las técnicas de interpretación sistemática y los principios para la solución de antinomias entre normas pertenecientes a diversos sistemas, dado que su fundamento es la sistematicidad. Otro obstáculo reside en que las normas de derecho estatal provienen de una misma fuente de autoridad, la Constitución, gracias a lo cual es posible establecer la prevalencia normativa de una norma frente a otra aunque los autores de las normas no sean los mismos e incluso se muevan en ámbitos de gobierno (y normativos) diferentes, como es propio de un Estado federal. En la actualidad, la mayoría de los sistemas jurídicos en Occidente apelan a un núcleo común, en el cual es posible identificar: los principios generales de la disciplina (dogmática), los derechos humanos (axiológica) y la aplicación de fórmulas democráticas (procedimental) en la conformación de un Estado constitucional de derecho, lo que permite una solución incluso entre normas pertenecientes a distintos sistemas estatales que comparten dicho núcleo. Ésta ha sido la base del derecho internacional contemporáneo y el sustento de las obligaciones internacionales que se concretan en tratados y otros documentos.

El derecho consuetudinario, sobre todo si se desarrolla en un Estado más o menos grande en población y extensión territorial como el nuestro, es posible que no sólo no tenga un trasfondo común que permita consignar, por ejemplo, en una norma federal, pautas generales válidas para la aplicación de los usos y costumbres de la totalidad de nuestros pueblos indígenas. La identidad mexicana mestiza construida durante los siglos XIX y XX, y que es el fundamento de unión en el México con-

temporáneo, avasalló la diversidad de pueblos, lenguas, creencias y sistemas de impartición de justicia autóctonos, reduciéndolos a menudo a una identidad indígena común que nunca ha sido tal para los pueblos originarios y que sólo los ha etiquetado frente al derecho estatal.

De ahí que lo que es válido en una comunidad tzeltzal, no lo sea en una otomí o en una pima. La diversidad de los pueblos indígenas genera que en una misma entidad federativa (o incluso en un mismo municipio), convivan diversos usos y costumbres. No extraña que los jueces a menudo apelen a la ausencia de la normatividad señalada en la fracción segunda del apartado A del artículo segundo de nuestra Carta Magna para decidir conforme a normas de derecho estatal.

Muchos de los conflictos entre el derecho estatal y los sistemas normativos de los pueblos indígenas se relacionan con el ámbito de lo privado y en concreto con el estatus de las mujeres en la comunidad. Los pueblos originarios conciben de muy distintas formas en sus sistemas normativos el papel de las mujeres en la sociedad, las condiciones de ejercicio de los derechos de propiedad por parte de éstas y la igualdad de derechos con los varones, pero sobre todo de obligaciones (en lo que concierne a la vida matrimonial y familiar) la crianza de los infantes, el trabajo de éstos y su educación, e incluso el acceso a los servicios de salud, que también pueden violentar los sistemas normativos indígenas o bien, pueden ser estos los que pongan en riesgo políticas de salud pública que no sólo atañen a los pueblos originarios y a sus integrantes, sino a la totalidad de la población de país (por ejemplo, la negativa a aplicarse vacunas).

La ausencia de leyes que establezcan mecanismos de validación de los sistemas normativos para la solución de

conflictos y la poca o francamente inexistente tradición en el propio sistema estatal de esquemas para ponderar entre normas mediante la argumentación, ya no digamos de órdenes jurídicos distintos, sino entre preceptos de un mismo sistema, hace más acuciante aún la necesidad de contar con opciones metodológicamente correctas en la validación de hechos que pueden ser resueltos mediante los sistemas normativos de los pueblos indígenas.

A menudo es difícil identificar los hechos-caso que han de encuadrar en los hechos-clase. De ahí que la propia Constitución señale la necesidad de que la ley establezca los casos y procedimientos de validación que permitan la aplicación del derecho consuetudinario. Desafortunadamente, es muy frecuente que no sólo no se encuentren claramente especificados en la ley los criterios para valorar los hechos-clase, sino que ni siquiera existan en el corpus legal. Ese vacío legislativo podría llenarse mediante la aplicación de técnicas relacionadas con la historia oral y la historia de vida, dado que son las vías idóneas para ponderar si ciertas prácticas deben o no ser consideradas como parte de la tradición jurídica de una comunidad determinada.

La historia oral y la historia de vida se insertan en la llamada investigación cualitativa, que se encarga de considerar aspectos que no pueden ser medidos con base en los fenómenos sociales. Su punto de partida no son constantes ni fenómenos necesariamente recurrentes, sino los testimonios de personas sobre un momento histórico determinado, que expresan sus impresiones personales sobre circunstancias que pueden ser objeto de consideración jurídica. La historia oral y la historia de vida permiten evidenciar, por ejemplo, los nexos de identidad entre un grupo y su evolución, la forma en que la aplicación de normas

consuetudinarias han sido recibidas y las condiciones para que un individuo pueda ser considerado como integrante de una comunidad.

La doctora Graciela de Garay afirma que los testimonios recabados con estos métodos “representan fuentes inagotables para conocer las prácticas sociales de una cultura, ya que se pueden leer como textos llenos de significados o como referentes de procesos sociales” (1997: 6).

Una lectura múltiple de los procesos sociales es, precisamente, de lo que adolece el Derecho. Pese a que en todo planteamiento jurídico hay por lo menos dos visiones encontradas de la “verdad” (incluso de la llamada “verdad legal”), oficialmente es posible concebir una, la que prevalece. El problema es cuando esa prevalencia no sólo sirve para dirimir una controversia u otorgar la razón a una de las partes en litigio, sino para silenciar al otro.

Una de las enormes ventajas que ofrece la historia oral y la historia de vida al Derecho, es que se trata de métodos rigurosos que permiten encontrar lo que en una comunidad se considera como jurídicamente obligatorio. A menudo los jueces no cuentan con elementos para determinar si los criterios que han de validarse son, efectivamente, usos y costumbres auténticos. De ahí que a menudo se deje a un lado aduciendo la falta de normatividad que permita su legitimación. Esto ha sido denunciado repetidamente en nuestro país por investigadores en la materia, sobre todo en los estados con mayor presencia de grupos indígenas organizados como Oaxaca, Guerrero y Chiapas. Katia Salazar afirma que pese a que el artículo 8 inciso I del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo señala que “deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario”, ello ha sido atendido como un

compromiso legislativo en diversos ordenamientos, mas no por ello ha producido resultados prácticos:

aunque todos reconocen la importancia de este derecho, en la práctica resulta muy difícil establecer sus alcances, límites y mecanismos para hacerlo efectivo. El informe elaborado por Naciones Unidas confirma las dificultades que existen para hacer efectivo este derecho: de la revisión de 562 expedientes de indígenas en prisión, procesados o sentenciados por un delito común, solo en 3 casos fueron presentados peritajes antropológicos, culturales o lingüísticos durante la instrucción, y en ningún caso estos instrumentos fueron tomados en cuenta por el juzgador o tuvieron algún impacto en las resoluciones judiciales. Si bien en algunos casos se considera la calidad de indígena como una razón para atenuar la pena, en ninguno de los casos analizados en el marco del diagnóstico ha ocurrido que el juez haya explícitamente razonado y tomado en cuenta los usos, costumbres o normas indígenas para así negar algún elemento del delito y atenuar o eximir de pena al inculpaado. Esta contestación confirma la información recogida por DPLF [Fundación para el debido proceso legal, DPLF por sus siglas en inglés] en el marco de su trabajo con autoridades oaxaqueñas, quien han manifestado en diversos espacios que es frecuente que no se abran investigaciones o sean sobreseídos procesos penales contra personas indígenas por la realización de alguna actividad ancestral que ahora es considerada delito –como la caza de iguanas o el consumo de huevos de tortuga (considerados actualmente delitos ambientales)– pero sin utilizar ningún razonamiento técnico-jurídico para ello (2006: 11).

Si bien resulta positiva la sensibilización de las autoridades judiciales respecto de la práctica de tradiciones que pueden ser, en virtud de la legislación positiva, constitutivas de delitos como en los ejemplos narrados anteriormente, ignorar en el proceso las tradiciones, usos y costumbres no promueve precisamente la apelación a razonamientos jurídicamente válidos para su procedencia en los procesos judiciales. Es inaceptable, asimismo, que se hagan a un lado, por muy buenas intenciones que se tengan, las normas estatales, sin que se establezca un mecanismo de ponderación, el cual es viable dentro del propio derecho constitucional respecto de los usos y costumbres, pero que precisa de una

argumentación que necesita basarse en hechos que perfilen y definan los casos en los que los usos y costumbres pueden proceder. La historia oral y la historia de vida permiten establecer la diferencias y los vínculos entre los “otros” y “nosotros”, no conforme a tipologías arbitrarias impuestas desde el exterior, sino a criterios emanados del núcleo mismo de la comunidad, que se han repetido a lo largo del tiempo y que permiten determinar si los usos y costumbres se aplican a un caso concreto respetando el elemento de temporalidad de la propia costumbre jurídica.

Por otra parte, el uso de la historia oral y de la historia de vida en la validación hechos y procesos sociales, que en contextos jurídicos concretos se transforman en hechos judiciales, resolvería numerosos problemas que tienen que ver, por ejemplo, con las formas para fijar la identidad como condición para vincular a los sujetos con la aplicación de ciertas normas (como es el caso del derecho consuetudinario indígena) y para validar costumbres y usos tradicionales que generalmente se transmiten por vía oral de generación en generación.

En el contexto anterior cabe preguntarse: ¿es posible tener parámetros para decidir en un contexto de subjetividades tan complejo? Por increíble que parezca, lo es. El criterio por excelencia para decidir en estos asuntos es el que atienda al respeto de los derechos humanos, ponderando en su caso la procedencia de uno u otro en contextos concretos, argumentando y razonando las decisiones y considerando, en primer término, si la práctica de los usos lejos de respetar la identidad cultural de los involucrados lesiona el disfrute de los derechos humanos de la persona.

En estos casos, no hay soluciones fáciles. Como hemos señalado, son especialmente problemáticas las relacio-

nadas con el papel de las mujeres y los menores en la sociedad, que no pueden resolverse como a menudo se ha tratado en el derecho estatal mediante la prohibición de prácticas de forma general, pero tampoco concediendo carta blanca a los usos y costumbres. Tanto el sistema normativo estatal, como los propios de cada uno de los pueblos indígenas, deben ser lo suficientemente flexibles para convivir en un espacio de interlegalidad y lo suficientemente perfilados para no disolverse el uno en el otro. Esta difícil situación tiene, como hemos señalado y por extraordinario que parezca, un fiel que le permite equilibrar múltiples sistemas, estableciendo límites en algunos casos, extendiendo la aplicación de las normas en otros y no son otra cosa que los derechos humanos. En todo caso y al tratarse de una situación en la que la identidad es la que vincula jurídicamente al individuo con un sistema jurídico concreto en el caso de los pueblos indígenas, es preciso considerar lo que para ese individuo ha significado la pertenencia a la comunidad y el apego a sus usos y costumbres. De ahí la utilidad de las metodologías cualitativas como la historia de vida y la historia oral en este tipo de casos.

El respeto a los derechos humanos, previstos en la Constitución, por los sistemas normativos indígenas y, por otra parte, el respeto del sistema estatal a las formas especiales de concreción de la dignidad de la persona en cada uno de aquellos sistemas, es el principal reto de la interlegalidad como concepto heredero del pluralismo jurídico de los años noventa. En los albores del siglo XXI, la cultura de la mediación se ha impuesto en todos los ámbitos, demostrando que hay pocos imponderables en el mundo jurídico. Si uno de ellos es el respeto irrestricto a los derechos humanos, las formas en que su disfrute se concreta no lo son. Respetar la elección de regirse por sus usos y costumbres, siempre y cuando sea libre y razonada, es la

mejor forma de respeto a la dignidad ya no de los indígenas, sino de las personas que conviven en este espacio de interlegalidad que es el México contemporáneo.

Bibliografía

Beriain, Josetxo (1999), *La integración en las sociedades modernas*, Barcelona: Anthropos.

Buber, Martín (1999), *¿Qué es el hombre?*, México: Fondo de Cultura Económica.

Bubnova, Tatiana (2000), *Yo también soy. Fragmentos sobre el otro*, selección, traducción, comentarios y prólogo de Tatiana Bubnova, México: Taurus.

Carbonnier, Jean (1972), *Sociología jurídica*, Madrid: Tecnos.

Cisneros, Isidro H. (2000), *Los recorridos de la tolerancia*, México: Océano.

Chinoy, Ely (1992), *La sociedad. Una introducción a la sociología*, México: Fondo de Cultura Económica.

García Maynez, Eduardo (1999), *Introducción al estudio del derecho*, México: Porrúa.

Habermas, Jürgen (1998), *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid: Tecnos.

Hobbes, Thomas (1980), *Leviatán*, México: Fondo de Cultura Económica.

Jellinek, Georg (1980), *Teoría general del Estado*, versión castellana de Fernando de los Ríos, Buenos Aires: Albatros.

Kymlicka, Will (2003), *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona: Paidós.

Levinas, Emmanuel (2000), *La huella del otro*, México: Taurus.

Locke, John (1995), *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, México: Gernika.

Ortega y Gasset, José (2001), *El hombre y la gente*, México: Porrúa.

Paz, Octavio (2000), *El laberinto de la soledad*, Posdata, “Vuelta a El laberinto de la soledad”, México: FCE.

Rousseau, Jean Jacques (1962), *El contrato social*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Salazar Luzula, Katia (2006), *El acceso a la justicia de los pueblos indígenas en Oaxaca: Retos y posibilidades*, Organización de estados Americanos, en <http://www.dplf.org/uploads/1207931890.pdf>.

Simmel, George (1971), *Sociología*, Madrid: Revista de Occidente.

Touraine, Alain (1997), *¿Podremos vivir juntos?*, México: Fondo de Cultura Económica.