

# Los usos de la costumbre

## Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal\*

DEBORAH POOLE\*\*

### Abstract

**THE USES OF CUSTOM. TOWARDS A JURIDICAL ANTHROPOLOGY OF THE NEOLIBERAL STATE.** *This paper offers some reflections about sovereignty and law in the context of neoliberalism, using ethnographic examples from Mexico and Peru. It suggests that recent judicial reforms have rearticulated both official and popular conceptions of territorial and jurisdictional limits, and of the law and the state. Both anthropologists and indigenous organizations have viewed these reforms as a conquest of political and legal space from the state. Yet without denying that political and social struggles have achieved changes in the law, it is important to ask what kind of vision of a state, and of law, made these openings to local autonomy possible. In this paper I offer theoretical and ethnographic reflections about the discourse of pluralism as used by politicians and neoliberal reformers. I suggest that legal anthropology has much to contribute to theoretical analysis of spaces of state legal decision. On the other hand, the study of the institutional and discursive spaces that constitute "the state" can also help us to rethink how we use concepts such as locality, margin, autonomy and pluralism within anthropology.*

**Key words:** State, custom, neoliberalism, anthropology

### Resumen

*Este artículo ofrece algunas reflexiones sobre la soberanía y la ley en el neoliberalismo, utilizando ejemplos etnográficos de México y Perú. Se sugiere que las reformas judiciales recientes han rearticulado la comprensión tanto oficial como popular de lo que son los límites territoriales, jurisdiccionales y conceptuales de la ley y del Estado. La antropología y las mismas organizaciones indígenas y comunales consideran estas áreas de reforma una conquista del espacio político y jurídico del Estado. Sin negar las luchas políticas y sociales que se han realizado para lograr estos cambios, es importante también preguntarse cuál es la visión del Estado, y de la ley, que anima y posibilita la apertura oficial hacia las autonomías. En este trabajo se ofrecen algunas reflexiones teóricas y etnográficas sobre el discurso del pluralismo manejado por los reformadores y políticos neoliberales. Por un lado, se apunta que la antropología jurídica tiene mucho que aportar al análisis teórico de los espacios estatales de decisión jurídica y, por el otro, que el estudio de estos espacios discursivos e institucionales que constituyen "el Estado" también puede contribuir a repensar el manejo de los conceptos de localidad, margen, autonomía y pluralismo en la antropología.*

**Palabras clave:** Estado, costumbre, neoliberalismo, antropología

**D**e forma similar a lo ocurrido en otras regiones del globo, los años noventa trajeron a América Latina una oleada de demandas para una reforma judicial. Animadas por un discurso moralizante que prometía eliminar la corrupción y la ineficiencia, instituciones como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y el Banco Mundial impulsaron reformas para "hacer más

\* Artículo recibido el 29/11/05 y aceptado el 10/07/06.

\*\* Investigadora y docente del Departamento de Antropología, Johns Hopkins University, Baltimore, MD 21218. dpoole@jhu.edu

eficiente” la administración de justicia y, a la vez, extender la cobertura del Poder Judicial a sectores de la población que no contaban con un adecuado acceso a la justicia estatal.<sup>1</sup> Para hacer frente a este problema, los encargados de la reforma crearon arenas locales o “informales” destinadas a la mediación de conflictos. En las áreas urbanas, por ejemplo, se instauraron centros de conciliación, tomando como modelo el sistema de mediación de disputas (Alternative Dispute Resolution, ADR) desarrollado en los años setenta en Gran Bretaña y Estados Unidos (Harrington, 1985; Hofrichter, 1987; y Nadar, 2005: 17-211).<sup>2</sup> Aunque estos centros se crearon independientes del Poder Judicial, en muchas ocasiones éste podía supervisarlos. Incluso en algunos casos (como en la ciudad de Puebla, en México, o en la de Huamanga, en Perú), las reformas consideraban conformar centros de mediación “anexos” al Poder Judicial Federal, lo cual generó un espacio ambiguo donde toda resolución –por “informal” que fuera– se tomaba bajo la sombra de las leyes del Estado. Por un lado, su carácter “informal” significaba que la reconciliación no implicaría una posible sanción o castigo en caso de su incumplimiento. Por el otro, sin embargo, el hecho de que su relación con el Estado fuera incierta introducía la posibilidad de que trajera *algo* de la “fuerza de la ley”.

Lo que caracteriza en las zonas urbanas al nuevo sistema de resolución de conflictos como un sistema de “derecho informal” es la imposibilidad de saber si las promesas personales (con que sellan las reconciliaciones) tienen o no una relación con la ley del Estado, mientras que en las áreas rurales esta misma relación de ilegibilidad\* se institucionaliza mediante el concepto netamente antropológico de lo consuetudinario. En todas las reformas constitucionales donde los Estados nacionales han reconocido o creado fueros judiciales relativos a las comunidades locales, a las etnicidades o a los grupos indígenas, la figura de la *costumbre* ha jugado un papel importante. Así, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) especifica en su primer artículo que uno de los atributos necesarios

para identificar a los pueblos indígenas o tribales sujetos al convenio es que “estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones, o por una legislación especial”.<sup>3</sup> En esta instancia, las costumbres indígenas parecen gozar de cierta autonomía respecto de las sociedades coloniales o nacionales. Sin embargo, al detallar la relación entre costumbres y ley, el convenio añade la condición de que: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.”<sup>4</sup> Esta misma condición se repite en todas las constituciones nacionales en las que los Estados latinoamericanos reconocen el derecho consuetudinario, el pluriculturalismo y los derechos culturales como elementos propios de la normatividad constitucional y jurídica nacional.<sup>5</sup>

En el presente ensayo me baso en el problema de la relación o frontera entre la costumbre y la ley, para desarrollar algunas reflexiones teóricas sobre el papel que desempeñan los conceptos antropológicos derecho consuetudinario y costumbre en las reformas jurídicas neoliberales. Me interesa sobre todo la ambigüedad inherente a la costumbre: en algunos contextos se refiere a prácticas caracterizadas como jurídicas, y en otros como ilícitas. Lejos de considerar esta ambigüedad una falla o laguna en la ley, sugiero que la figura de lo consuetudinario toma valor o sentido dentro de las reformas neoliberales precisamente por su “ilegibilidad” como concepto jurídico y, por lo tanto, por la flexibilidad que la categoría de lo consuetudinario ofrece al Estado en sus relaciones con poblaciones “marginales”.<sup>6</sup> Como ejemplos de este vínculo entre costumbre, ilegibilidad y soberanía jurídica, tomo los casos de Perú (Ayacucho y Arequipa) y México (Oaxaca). Concluyo con algunas consideraciones relativas al reto que estas reformas judiciales representan para los modelos de Estado, localidad y soberanía empleados por la antropología jurídica en su crítica al Estado neoliberal.

<sup>1</sup> BID, *Perú: Improving Access to the Justice System*, Operation núm. 1061/OC-PE, 15 de noviembre de 1997; sobre las reformas judiciales en América Latina, véase, entre otros, Méndez, O'Donnell y Pinheiro (2002).

<sup>2</sup> Acerca de las reformas en América Latina, véase “USAID Supports Alternative Dispute Resolution in Latin America and the Caribbean”, consultado el 4 de enero de 2006 [disponible en [http://www.usaid.gov/locations/latin\\_america\\_caribbean/dg\\_conflict.pdf](http://www.usaid.gov/locations/latin_america_caribbean/dg_conflict.pdf)].

\* El concepto de ilegibilidad se refiere a la condición de ambigüedad o ambivalencia que caracteriza ciertos dominios creados por el Estado. (N. del E.)

<sup>3</sup> OIT Convenio 169, Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes, artículo 1 (a); aprobado por la Organización de Trabajo, junio 1989; consultado el 20 de diciembre de 2005 [disponible en [http://www.unhchr.ch/spansh/html/menu3/b/62\\_sp.html](http://www.unhchr.ch/spansh/html/menu3/b/62_sp.html)].

<sup>4</sup> OIT 169, artículo 8 (2); consultado el 20 de diciembre de 2005 [disponible en [http://www.unhchr.ch/spansh/html/menu3/b/62\\_sp.html](http://www.unhchr.ch/spansh/html/menu3/b/62_sp.html)].

<sup>5</sup> Para un resumen de las reformas constitucionales en la región, véase, entre otros, Barié (2003).

<sup>6</sup> Sobre el concepto de margen del Estado, véase Das y Poole (2004).

## La costumbre y las fuentes del derecho

El concepto antropológico de derecho consuetudinario parte de una oposición entre sociedades con Estado y sin Estado. Las elaboraciones teóricas de Marx, Weber, Durkheim y Maine, consideradas los fundamentos de la antropología jurídica, tenían como objetivo encontrar el origen de la ley en las formaciones sociales más “simples” (por ejemplo la familia y las alianzas interfamiliares). Para Henry Maine, las relaciones de parentesco se fundaban en una lógica netamente jurídica en cuanto que el alcance de la relación familiar dependía no tanto de los lazos biológicos o “de sangre”, sino del reconocimiento del ámbito de poder del padre como patriarca con capacidad de mando y de control sobre los demás miembros de su familia (Maine, 1986 [1861]). Mientras estas relaciones pudieran considerarse “jurídicas” (y por lo tanto no naturales), para Maine, al igual que para Marx, Weber y Durkheim, la “ley”, en cuanto autoridad universal y coercitiva, emergió acompañada de los otros dos atributos definitivos de la “civilización”: la escritura y la propiedad privada.

Hacia principios del siglo xx, los antropólogos empezaron a alejarse de estas teorías evolucionistas que adjudicaban la ley a las sociedades con escritura y propiedad privada, y “la costumbre” a las sociedades preestatales (o premodernas). En su lugar aparecieron el funcionalismo, el particularismo histórico y el concepto de cultura. Dentro de estos nuevos paradigmas dominados por el sincronismo y el holismo, se debatía si era posible extender el concepto de ley hacia las sociedades que no contaban con un Estado. Para algunos (piénsese en Malinowski), la cohesión que hacía posible la supervivencia de una sociedad partía del hecho de que las tradiciones (y, mediante ellas, la *cultura*) tenían una fuerza normativa cuyo carácter “legal” se basaba en la presión o coerción que la tradición ejercía sobre los deseos y comportamientos de las personas (Malinowski, 1930). Para otros (como Gluckman), la designación de “legal” podía extenderse sólo a las sociedades que otorgaban a sus autoridades el poder discrecional para resolver conflictos e imponer castigos o sanciones (Gluckman, 1955). En este sentido, las dos teorías también presentaban distintas perspectivas acerca de la relación entre justicia y ley. Para Malinowski, la *justicia* radicaba en el carácter normativo de la ley. Gluckman, por su parte, compartía la teoría positivista que señalaba que la justicia no necesaria-

mente formaba parte de la ley en cuanto ésta era producto de los arreglos (o pactos) políticos en los cuales se funda una sociedad.<sup>7</sup>

Lo que unía a las dos teorías antropológicas sobre el derecho consuetudinario era el vínculo entre este derecho y la idea de que la normatividad (o fuerza normativa) inherente a las prácticas y tradiciones se debía a su antigüedad o “ancestralidad”. Para estos antropólogos, y para la antropología jurídica actual, la antigüedad es una prueba de que existen precedentes –y, por lo tanto, una supuesta normatividad– que sostienen las reglas, las fallas, los castigos y las otras prácticas jurídicas que reconocemos como el *derecho consuetudinario*. Esta preocupación por el valor probativo de precedente (o antigüedad) refleja la influencia del derecho anglosajón vigente en las colonias en donde estos antropólogos trabajaban. Dentro de esta filosofía legal, los jueces sustentan sus fallos o decisiones en el estudio de los antecedentes jurídicos. Los precedentes legales sirven para dar validez a los fallos jurídicos en tanto que forman parte de una historia jurídica y, al argüir casos con base en esta historia, los jueces sostienen su visión de la *justicia* como una *tradición* consensual heredada del pasado. Estas tradiciones eran consideradas consuetudinarias porque reflejaban las prácticas recibidas o ancestrales y porque constituían un modelo del derecho en el cual la ley no se imaginaba como una regla fija o dada –tal como sucedía, por ejemplo, en el derecho romano y latino– sino como una forma de imponer orden mediante la continua reinterpretación de la historia.<sup>8</sup> De esta manera, mientras el término derecho consuetudinario tenía el mérito de reconocer el carácter legal o jurídico de las sociedades primitivas o *sin Estado*, el hecho de que este mismo término siempre apelara al pasado ancestral o precolonial servía también para revalidar la idea de que las autoridades, las prácticas y los conceptos jurídicos que los antropólogos observaban en las sociedades “primitivas” no tuvieran ninguna relación con los sistemas legales de los *Estados* coloniales y europeos.

En los países latinoamericanos esta distancia se profundizaba aún más por la brecha que separa los conceptos de ley y costumbre en el derecho romano. En esta tradición jurídica el concepto de *la ley* se refiere a “la ordenación de *la razón* dirigida al bien común”, mientras que el proceso legislativo se caracteriza “como un método deliberativo y centralizado para la creación de la ley” (Zamora *et al.*, 2004: 89). Como prácticas o

<sup>7</sup> Para un resumen en español de estos debates dentro de la antropología inglesa y estadounidense, véase Collier (1995 y 2002).

<sup>8</sup> Jenks (1958); y sobre la “fijación en las reglas” en el derecho civil, véase Merryman (1985: cap. 2).

normas que no están sistematizadas por medio de la codificación o la escritura, lo consuetudinario constituye, para el derecho romano, “un proceso espontáneo y descentralizado” que, en consecuencia, “viola los principios de racionalismo y sistematización que dan sustento al derecho romano y al sistema legal mexicano” (Zamora *et al.*, 2004: 89). Entonces, en esta filosofía jurídica, la costumbre, aun cuando se reconoce como tal en algunas constituciones y códigos civiles, difícilmente cabe dentro del orden jurídico establecido, por el mero hecho de que pertenece a la esfera no institucionalizada, no estatalizada y, por lo tanto, menos *lícita* y menos racional; es parte de los hábitos, las costumbres y lo cotidiano. De hecho, su raíz latina –*consuetud*– expresa de forma muy elocuente este doble carácter al referirse, a la vez, a la intimidad asociada con lo habitual y lo aceptado, y a la intimidad menos favorable de una relación ilícita o sexual.<sup>9</sup> Mientras la fuerza coercitiva de la ley se fundaba en la razón, la influencia (o el dominio) que las costumbres ejercían sobre el comportamiento del ser humano siempre apelaba a un campo marcado por su actual o potencial *ilegitimidad*. Como veremos, esta preocupación por deslindar la racionalidad del Estado de la irracionalidad de lo consuetudinario también se hace patente en las nuevas constituciones y reformas legislativas llevadas a cabo en México y en otros países latinoamericanos, donde el derecho consuetudinario se reconoce como una categoría residual “a la que se pued[e] apelar solamente en casos no cubiertos explícitamente por la Constitución, la legislación codificada, los tratados internacionales y su reglamentación” (Zamora *et al.*, 2004: 90).<sup>10</sup>

Lo que el derecho romano comparte con la antropología y el derecho anglosajón es la idea de la *separación* o brecha insuperable entre las distintas lógicas (o “culturas”) jurídicas propias de las sociedades con Estado o universales, y las sociedades primitivas, indígenas o *locales*. En los dos casos, esta brecha tiene connotaciones para la legitimidad moral de las costumbres como fuente de derechos. Dentro de la tradición jurídica anglosajona, la ilegitimidad de lo consuetudinario se relaciona con que las sociedades “ab-originales”

tienen que argüir la validez de sus costumbres como fuente de derecho por el hecho de que descienden de un pasado precolonial y, por ende, preestatal y “prerracional” (McHugh, 2004).<sup>11</sup> Para los legisladores latinoamericanos, el carácter dudoso o ilícito de lo consuetudinario no se asocia tanto con la relación entre la costumbre y el pasado, sino con que lo consuetudinario siempre queda al margen del racionalismo del proceso legislativo.

La antropología jurídica latinoamericana, por supuesto, no comparte esta visión de la costumbre como ilícita y espontánea. Más bien todo antropólogo entiende que, en cuanto normas culturales, la “legitimidad” de las costumbres como fuente del derecho y de la normatividad locales supone una cierta estabilidad respecto a su reproducción e interpretación. Por este motivo, en sus textos sobre la cultura y la organización social de los nativos, los antropólogos se apoyan en un concepto de lo consuetudinario más afín al anglosajón: las prácticas cotidianas se clasifican como “costumbres” debido a la continuidad que parecen demostrar como prácticas ancestrales. Sin embargo, los antropólogos también entienden que las tradiciones son flexibles en el sentido de estar sujetas a la continua reinterpretación. Es mediante esta visión teórica de lo consuetudinario, heredada del derecho anglosajón, que la antropología jurídica pretende defender la legitimidad de las costumbres como prácticas ancestrales que puedan –y deban– servir como fuente del derecho.

Uno de los desafíos más urgentes para la antropología jurídica latinoamericana es desentrañar este concepto de costumbre tal como circula hoy día en el discurso político, indigenista y antropológico (donde se entiende como un ensamblaje de prácticas que existen independientemente de su reconocimiento por el Estado), y que tiene sus orígenes en una tradición jurídica en la cual tanto la cultura como la costumbre sirven para anclar “las identidades” (y los derechos) culturales al pasado. Este tarea se vuelve más apremiante en el contexto actual por dos motivos. En primer lugar, las reformas judiciales y constitucionales promovidas por el neoliberalismo en las últimas décadas del siglo xx

<sup>9</sup> “*Consuetud* (nom. Latin): hábito, costumbre; práctica general o normal; tradición, convención, experiencia; conocimiento empírico; relación sexual o ilícita; intimidad; aventura sexual” (William Whitaker, *Words*, consultado el 26 de noviembre de 2005 [disponible en <http://www.catholic.archives.nd.edu/cgi-bin/words.exe?consuetudo>]); véase también “*Consuetud*”, en Lewis y Short (1879).

<sup>10</sup> Véase al respecto el Código Civil Federal Mexicano, artículos 10, 997, 999, 2751 y 2754, donde se delimitan las circunstancias muy específicas en que se reconoce la costumbre como una fuente de la ley.

<sup>11</sup> La ironía para estos sujetos aborígenes o nativos es doble: por un lado, al asignar múltiples significados a la categoría de *tradición*, el derecho consuetudinario también pone en cuestión la estabilidad y validez de “la cultura” local subyacente. Por otro lado, el pasado que constituía prueba de su existencia como una sociedad con derechos políticos y territoriales apelaba a una época anterior a la del Estado moderno. En otras palabras –y siempre dentro de la racionalidad colonial y jurídica–, los derechos de los aborígenes o nativos se fundamentan en la condición inherentemente ilegítima y sospechosa de pertenecer a culturas y sociedades no civilizadas. Véase al respecto Povinelli (2002).



apelan, entre otros, a los conceptos antropológicos de cultura y costumbre para legitimar una nueva distribución de los recursos estatales.<sup>12</sup> En segundo lugar, y como hemos visto, hay importantes diferencias entre el derecho romano y el anglosajón que dan origen al concepto de derecho consuetudinario manejado por la antropología y por los reformadores neoliberales. Como antropólogos, debemos celebrar las luchas indígenas que han contribuido a la apertura de los Estados latinoamericanos hacia el principio del reconocimiento de los usos y costumbres (e incluso, en algunos casos, la autonomía política y cultural). Por otra parte, es también pertinente preguntarnos por qué los proyectos y las reformas judiciales celebran los mismos valores de localidad y cultura que los antropólogos y las organizaciones indígenas.

Al institucionalizar sistemas de derecho consuetudinario y otros mecanismos comunales para la resolución de conflictos, las reformas neoliberales en América Latina no parten de un deseo humanístico de ayuda a los pueblos indígenas, sino del principio administrativo de la descentralización jurídica.<sup>13</sup> Dentro de este modelo, el principio del derecho consuetudinario funciona para relegar la responsabilidad (y el riesgo) de la administración de justicia a las localidades y, de esta manera, liberar a las judicaturas nacionales y federales de su ya legendaria ineficiencia y alta carga procesal. No obstante, al apelar a un concepto de costumbre, cuya genealogía proviene de otra tradición jurídica, las reformas judiciales y constitucionales latinoamericanas han contribuido a la creación de un concepto de lo consuetudinario inherentemente ilegible en el sentido de que se ubica al mismo tiempo dentro y fuera de la ley. Muchos antropólogos han caracterizado este fenómeno como producto de la brecha filosófica o epistemológica que separa el derecho positivo del derecho consuetudinario.<sup>14</sup> En este acercamiento al problema, se supone que la brecha se debe a las diferencias culturales, y que es a partir del reconocimiento de éstas que las reformas judiciales puedan llegar al pleno reconocimiento de los derechos humanos y culturales de los pueblos indígenas y marginales. Sin negar la importancia de tal enfoque normativo, quisiera concentrarme, sobre todo, en dos aspectos de la realidad actual. Primero, qué contradicciones surgen entre el



concepto de costumbre manejado por los antropólogos y las reformas judiciales, y un contexto jurídico en el que lo consuetudinario siempre lleva la amenaza de estar delegado al dominio de lo ilegítimo e ilícito; y, segundo, cuáles son las nuevas formas de soberanía jurídica asociadas con este reconocimiento del derecho consuetudinario.

Para esclarecer la inherente ambigüedad jurídica de lo consuetudinario, utilizaré dos ejemplos de las nuevas formas del derecho consuetudinario: 1) los departamentos (estados) de Ayacucho y Arequipa, en Perú, en los que realicé investigaciones etnográficas sobre la justicia de paz y las reformas judiciales; y 2) el estado de Oaxaca, en México, donde la Ley de Derechos Indígenas nos ofrece amplio material para una investigación sobre los conceptos neoliberales de comunidad y costumbre.

### Perú: la costumbre como chivo expiatorio

Los orígenes de la antropología jurídica peruana se remontan a las primeras décadas del siglo xx, cuando abogados e intelectuales indigenistas formularon el

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, *Banco Mundial*, sección "Pueblos Indígenas" [disponible en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTSOCIALDEVELOPMENT/EXTINDPEOPLE/0,,menuPK:407808~pagePK:149018~piPK:149093~theSitePK:407802,00.html>].

<sup>13</sup> Este impulso se complica aún más porque el modelo de la descentralización jurídica se originó en Inglaterra y en Estados Unidos, países donde domina el derecho anglosajón. Véase Merryman (1981).

<sup>14</sup> Por ejemplo Ballon (1990) y De Trazegnies (1993).

primer proyecto de ley para lograr el reconocimiento jurídico de “las comunidades nativas” en su país (Poole, s.f.). La necesidad de esta legislación se justificó mediante las investigaciones sociológicas y antropológicas en las cuales los propios indigenistas denunciaban las condiciones semif feudales y las discriminaciones de corte regional y racista que contribuían a la marginación y miseria de los indígenas peruanos.<sup>15</sup> Sin embargo, en la formulación de los códigos legales en favor de los indígenas, lo que prevaleció no fue tanto la idea de la explotación (y, por ende, de las historias que unían a los indígenas a las economías y políticas del Estado), sino la imagen de la comunidad o *ayllu* andino como una especie de comuna, cuya armonía y sobrevivencia cultural dependían de su capacidad para mantener una cierta *distancia* de las leyes del Estado. Para los indigenistas, la comunidad o *ayllu* se caracterizaba por la armonía, el consenso y su relación espiritual con la naturaleza y el paisaje; sin embargo, se enfrentaron al problema de cómo plasmar esta visión bastante idealizada del mundo indígena en un proyecto legislativo que lograra el reconocimiento jurídico de las comunidades y sujetos indígenas. En la imaginación indigenista, la nobleza natural del indígena dependía de su separación cultural e institucional del mundo criollo de las leyes, los tinterillos y los juicios legales. Más aún, para indigenistas como Hildebrando Castro Pozo y Luis Valcárcel, el mero contacto con la justicia del Estado constituía una fuerza de corrupción que, en última instancia, llevaba a la degradación cultural corrosiva y al fin de la pureza del indio como sujeto cultural.<sup>16</sup>

Desde sus comienzos, el pensamiento indigenista concibió la relación entre el Estado y los indígenas de manera mutuamente excluyente, haciendo imposible considerar sus derechos jurídicos como derechos *culturales*. Para que el indio y su comunidad lograran ser sujetos reconocidos por la ley, tenían que abandonar tanto la cultura como las costumbres que les daban forma. En 1930 se decretó una ley que reconocía por primera vez a “la comunidad indígena” como persona jurídica, y definía “la comunidad” por su adopción de ciertos criterios administrativos. Paradójicamente, la historia, que fuera crucial para la visión indigenista (y antropológica) de la comunidad indígena, no aparece en ningún momento en la legislación o en su reglamenta-

ción. Mientras en los títulos coloniales de las comunidades se citaba la autoridad de “los tiempos inmemoriales” con el fin de sostener los títulos y recomposiciones, para inscribirse en el registro estipulado por la nueva legislación se requería que las comunidades indígenas presentaran un documento generado por el mismo Estado que les ofrecía la posibilidad de registrarse como sujetos jurídicos. Es por este motivo que la reglamentación para el registro excluía explícitamente el uso de títulos coloniales como pruebas de la existencia social y política de las comunidades.

Esta preferencia por el procedimiento sobre la argumentación histórica fue refrendada por la vigente Constitución de 1993, promulgada por el gobierno autoritario y neoliberal de Alberto Fujimori, en la cual se reconoce la pluriculturalidad del Estado-nación peruano. Al igual que en las otras constituciones de la región –incluida la de México–, este derecho a la pluriculturalidad se define como un derecho individual. Así, el artículo 2 de la Constitución peruana estipula que “toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación”. También reconoce la personalidad jurídica de la comunidad y su derecho de ser “autónoma en su organización... dentro del marco que la ley establece”. Por último, en el controvertido artículo 149, se establece como fuero especial el derecho de “ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”. Valga decir que se trata del único artículo donde la Constitución peruana menciona el derecho consuetudinario, y que éste no se le concede a las comunidades como un derecho cultural, sino como un derecho político propio de las rondas campesinas que se formaron y consolidaron durante la guerra interna de los ochenta.<sup>17</sup> En resumen, para la Constitución vigente, la cultura y la identidad étnica son derechos que pertenecen (como si fueran una propiedad) al individuo; por otro lado, el derecho consuetudinario es un derecho político que existe al margen de la afiliación cultural de los miembros de las rondas campesinas; y, por último, la palabra costumbre simplemente no figura en la Carta Magna en la cual se funda el sistema normativo jurídico peruano.

<sup>15</sup> Sobre el indigenismo peruano, véase De la Cadena (2000) y Poole (2001).

<sup>16</sup> Por ejemplo, Castro Pozo (1942: 36-39).

<sup>17</sup> Las rondas se conformaron no sólo para proteger a las comunidades campesinas de las incursiones y abusos del Partido Comunista Peruano “Sendero Luminoso” (PCP-SL), sino también de las fuerzas armadas peruanas. Aunque al principio las comunidades organizaron las rondas independientemente del Estado peruano, su éxito en combatir al PCP-SL motivó a éste a organizar “grupos de autodefensa” parecidos a los que se crearon en Guatemala como parte de la estrategia de contrainsurgencia. Hoy en día, las rondas juegan un papel importante en los nuevos sistemas de derecho consuetudinario, siendo el único “fuero especial” reconocido en la Constitución peruana de 1993. Véase Irigoyen (2000: 272-285; y 2002).

A pesar del silencio de la Constitución y de los códigos sobre los derechos culturales y el derecho consuetudinario, el concepto de lo consuetudinario circula con amplitud en el discurso político nacional y antropológico. El mejor ejemplo de esta situación lo ofrece la controversia sobre la renovación y la reforma de la justicia de paz. Desde la primera Constitución (1823), el Poder Judicial en el Perú ha estado conformado por una Corte Suprema situada en Lima; un número variable de cortes superiores localizadas en las capitales departamentales más importantes; juzgados de primera instancia ubicados también en las capitales provinciales, y, finalmente, los juzgados de paz, cuyos poderes van desde las funciones administrativas regulares (matrimonios y titulación) hasta la resolución de conflictos en el ámbito local y del control discrecional sobre qué casos pasan a las instancias superiores. Los jueces de paz son a todas luces los representantes de “la ley” con quienes la mayoría de los peruanos tienen más contacto.<sup>18</sup>

Dada su trascendencia en el quehacer diario como representante del Estado en la vida local, resulta curioso el estatus del cual gozan los jueces de paz, pues son los únicos representantes del Estado exentos de la obligación de juzgar y actuar dentro del orden legal establecido. Según las constituciones vigentes hasta 1993, los jueces de paz podían actuar basados en su “leal saber y entender” y en su “sentido común”.<sup>19</sup> La Constitución informa, además, que el juez de paz “no tiene la obligación de aplicar totalmente la ley y los procedimientos”, siempre y cuando sus decisiones no “violen el espíritu de la ley”. De esta manera, la Constitución de 1993 –escrita como respaldo a la reformas neoliberales del Estado implantadas por Fujimori– introduce una ambigüedad adicional a las funciones tradicionales del juez de paz, la cual se revela en la expectativa de que el juez de paz no letrado no deba recurrir a los códigos y procedimientos de la justicia nacional, pero que a la vez deba “saber” cuándo “sus decisiones contradicen los valores y las normas establecidas en la Constitución”. Así, en los manuales jurídicos se advierte a los jueces en formación que: 1) “no están obligados a seguir un procedimiento preestablecido” (CAJ, 1999: 11); 2) que el único límite que deben tomar en cuenta en sus resoluciones es su concordancia con los derechos humanos reconocidos en la Consti-

tución peruana (IDL, 2002: 24), y 3), y que deben “basar sus decisiones en su propio criterio de justicia, en los principios generales del derecho o en las normas de la propia comunidad” (IDL, 2002: 10). Una constante de estas recomendaciones sobre la justicia de paz es la ausencia de estipulación alguna sobre qué “tradiciones” deberían ser aplicadas e interpretadas, y cómo hacerlo.

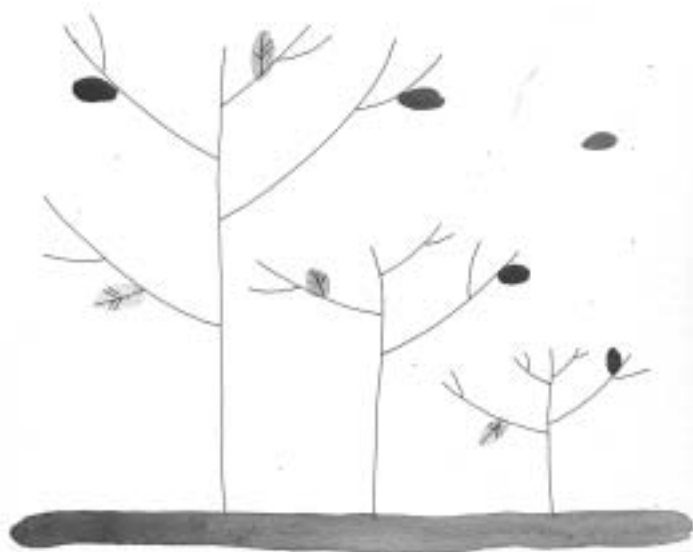
En mi trabajo etnográfico he tratado de entender cómo sienten y perciben los propios jueces esta doble carga. Lo que he aprendido de ellos es que no la consideran un privilegio o derecho, sino más bien una amenaza recurrente. El prevaricato, por ejemplo, designado en los manuales como “delito propio al cargo de juez de paz”, tiene lugar “cuando el juez dicta una resolución que contradice claramente el texto de la ley” (artículo 418). Pero si se supone que el juez no tiene que basarse en “el texto de la ley”, ¿cómo saber cuándo éste contradice la ley y cuándo sus acciones y decisiones han pasado al terreno de la extralegalidad? Según este mandato, al igual que los reyes medievales, y a diferencia de todos los demás rangos de la judicatura, el juez de paz *debe* ocupar dos cuerpos: uno, el del funcionario desinteresado que simboliza el espíritu de la ley y, el otro, el de carne y hueso, que representa el conocimiento personal y la intimidad con su comunidad.

Si los problemas que crean los códigos peruanos al juez de paz son tan notorios, ¿por qué su persistencia en la ambigüedad –o dualidad– del cargo? La respuesta radica en la importancia que los mismos jueces dan a su cargo como símbolo de la integridad y cultura de su comunidad. Esta asociación entre el juzgado de paz y el sistema normativo y cultural local tiene sus raíces en las leyes que apoyan e instruyen a los jueces. Así, según el artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el primer requisito legal es que los jueces sean “naturales del lugar donde ejercen el cargo” y que vivan en la comunidad. Además, deben poseer “cualidades de carácter subjetivo como la honorabilidad, honradez, integridad de conducta y rectitud de sus actos. Estos valores constituyen el signo distintivo del juez de paz”.

¿Pero, en qué sentido se consideran distintivos? Sin lugar a dudas, la honradez y la integridad deberían ser inherentes al desempeño de los jueces en todos los rangos del sistema judicial. Lo que distingue la honradez del juez de paz de otros funcionarios judiciales es

<sup>18</sup> De acuerdo con un censo realizado a finales de los años noventa, los jueces de paz constituían 72% de los magistrados en Perú. Sobre la justicia de paz en ese país, véase Comisión Andina de Juristas (1999), Lovatón *et al.* (1999), Brandt (1990), Lovatón y Ardito (2002) y Pásara (1979).

<sup>19</sup> La instrucción de usar el “leal saber” aparece en la reglamentación que establece los procedimientos para la implementación de la justicia de paz, y el “sentido común” en la Constitución vigente (de 1993), que versa sobre los juzgados de paz.



que su “honradez e integridad” tienen sus raíces en la relación íntima que éste debe mantener, como persona privada, con la comunidad a la que sirve en su condición de funcionario público. Por esto, todos los manuales de capacitación y guías de consulta señalan como primer requisito que la oficina del juez de paz debe establecerse en la comunidad a la cual sirve; segundo, que el juez debe conocer las costumbres del lugar; y tercero, que sus decisiones deben fundamentarse en el conocimiento *personal* de los antecedentes y el carácter de las personas involucradas en el conflicto.

Es aquí precisamente donde el discurso sobre lo que debe ser la justicia de paz apela a los valores de la armonía y la naturalidad que dan sustento a la imagen indigenista de la comunidad indígena o local. Sin embargo, en la práctica, como los testimonios de los jueces nos sugieren, a los pocos días de asumir su cargo, ellos tienen que ajustar esta imagen de comunidad con la realidad de los “arreglos”, los pequeños poderes y las envidias que constituyen las “economías morales” de sus comunidades locales.<sup>20</sup>

Entonces, por un lado, y siempre con la idea de servir como representante “orgánico” y honrado de su comunidad, el juez de paz cumple con el mandato de juzgar según su conocimiento de las personas y sus costumbres, o sea por su “leal saber”. Por otro lado, no obstante, por su calidad de representante del Estado nacional, también debe ser un funcionario “desinteresado”. El choque entre estas dos “caras” de la justicia

de paz –una local e interesada, y la otra judicial y desinteresada– introduce el espectro de la corrupción en el ámbito local que constituye su jurisdicción. Si el interés personal y la intimidad social son rasgos “naturales” de la vida cotidiana y la cultura local, se convierten en ilícitas en el caso de un funcionario del Estado –que además de ser desinteresado, debe aparecer por encima de su localidad y su “cultura”–. En ocasiones, la amenaza de una denuncia por corrupción les imposibilita seguir en el cargo, problema que ha originado la renuncia masiva de jueces de paz en el departamento sureño de Arequipa, y en menor escala en otras regiones provinciales. A veces, los jueces entienden esta condición como una trampa, en la medida en que los expone al peligro de servir como “chivos expiatorios” en un contexto en donde “la corrupción” resulta ser la acusación más conveniente a la cual recurren individuos y comunidades para deshacerse de una autoridad que no les conviene.

### Oaxaca: la ilegibilidad de la costumbre

Quizá lo que más diferencia el concepto de lo consuetudinario, tal como es concebido en la jurisprudencia anglosajona, del derecho civil dominante en América Latina, es el hecho de que en esta región lo consuetudinario no considera necesariamente las prácticas originadas en el pasado precolonial (o preestatal). Esta antipatía hacia el pasado tiene por lo menos dos raíces: la primera es la doctrina liberal de la universalidad de la ciudadanía y la eliminación de la categoría de “indio” de las constituciones republicanas;<sup>21</sup> y, la segunda, que el derecho civil da preferencia a la reglamentación administrativa sobre la documentación histórica en el reconocimiento jurídico de las sociedades, instituciones y colectividades indígenas. Como hemos visto en el caso peruano, los registros administrativos establecidos con el propósito de reconocer la personalidad jurídica de las comunidades andinas hacían caso omiso de los títulos coloniales que ofrecían prueba de la continuidad, la antigüedad y la integridad de las comunidades, sus territorios y sus culturas. En cuanto a México, podemos apreciar un fenómeno similar.<sup>22</sup> En el caso de Oaxaca, por ejemplo, los indígenas lograron preservar la autonomía territorial y política a partir del reconocimiento constitucional de las oficinas y

<sup>20</sup> Para un análisis más detallado de estas economías locales y su percepción por los jueces de paz, léase a Poole (2005).

<sup>21</sup> Para México, véase Ferrer Muñoz y Bono López (1998); para el caso peruano, Basadre (1937).

<sup>22</sup> Sobre la invalidez o “ilegibilidad” de los títulos coloniales en el sistema judicial republicano, véase, entre otros, Guardino (2005) y Ruiz Medrano (2005).



autoridades municipales que proliferaron después de la Independencia (Velásquez, 1998: 15-114; Recondo, 2001). Aunque estos municipios están estructurados con base en “costumbres” como el tequio y los sistemas de servicio comunitarios (los cargos) con fuertes raíces en las culturas indígenas, las comunidades que formaron nuevos municipios no se reconocieron por la antigüedad o continuidad de su cultura o territorio, sino por el hecho de que sus autoridades cumplieran con la reglamentación necesaria para constituir un municipio libre.

En la década de 1990, y como pieza clave de la política neoliberal de la reforma del Estado, en Oaxaca se introdujo una legislación para conciliar las características culturales que subyacen en los sistemas de gobierno locales y, de paso, para *controlar* mejor el hecho, hasta entonces no constitucionalmente reconocido, de que “en la gran mayoría de los municipios de Oaxaca, los indígenas gobiernan” (Recondo, 2001: 93). Por un lado, esta legislación apareció como una maniobra partidaria para asegurar el control político sobre municipios en el nuevo contexto de elecciones multipartidarias (Recondo, 2001: 97).<sup>23</sup> Por el otro, las reformas legislativas y constitucionales también respondieron al mandato constitucional para implementar el pluriculturalismo.<sup>24</sup> En este sentido, es importante reconocer que la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca –también conocida como ley de “los usos y costumbres”–, aprobada en 1998, formó parte de un paquete de iniciativas neoliberales para la reorganización de la política cultural y la descentralización de las instituciones culturales en Oaxaca.<sup>25</sup>

El texto de la citada ley abarca una amplia gama de garantías sobre los derechos de las comunidades, las lenguas, las mujeres, la educación, los recursos naturales y el desarrollo sostenible en territorios indígenas –dando la impresión (por lo menos en este momento, completamente falsa) de que Oaxaca es poco menos que un paraíso para los grupos indígenas– (Nahmad Sittón, 2001). Sin embargo, al ponerla en práctica, el estado de Oaxaca ha concentrado sus esfuerzos en “garantizar” el derecho a elegir autoridades municipales por los usos y costumbres. La reforma se realizó en dos etapas: en la primera reglamentación, publicada

en 1995, la decisión respecto a los municipios que serían considerados de usos y costumbres no tomaba en cuenta ni sus características culturales ni la autodefinición de los mismos municipios. La segunda reforma a la reglamentación electoral, llevada a cabo en 1997, era más precisa al entender “por comunidades de un municipio de usos y costumbres, aquellas que desde tiempos inmemoriales o cuando menos durante tres años eligen a sus autoridades mediante mecanismos establecidos por su derecho consuetudinario” (Libro Cuarto del Código de Instituciones Políticas y Procesos Electorales del Estado de Oaxaca –CIPPEO–, cit. en Recondo, 2001: 97). En esta definición algo “circular”, la costumbre se define tanto por su continuidad con el pasado, como por la existencia de algo que se puede considerar “el derecho consuetudinario”. El criterio del tiempo de vigencia (que pareciera reflejar el concepto netamente antropológico de la costumbre) desaparece, sin embargo, en la siguiente edición del Libro Cuarto, donde se da un papel central a la decisión de la asamblea comunal que representa el mismo municipio. Las imprecisiones relativas a la definición y reglamentación de los usos y costumbres no fueron casuales. Como lo señalaron en su protesta los partidos de la oposición (Partido Acción Nacional –PAN– y Partido de la Revolución Democrática –PRD–), las ambigüedades de la ley tuvieron el efecto intencional de crear un vacío en beneficio del partido gobernante.

La variedad de los usos y costumbres y su carácter esencialmente flexible y evolutivo fueron, además del principio del respeto a la autonomía de las comunidades, los argumentos que llevaron a quienes elaboraron la reforma, a no reglamentar directamente los usos y costumbres (Recondo, 2001: 97-99).

Así, y en forma muy similar al caso que hemos visto de la justicia de paz peruana, la doble cara del reconocimiento jurídico estatal origina una especie de “zona gris” o “frontera jurídica” en la que la legitimidad de las prácticas (culturales) siempre está en cuestión (Velásquez, 1998: 150). Varios estudios referentes al sistema de usos y costumbres en Oaxaca han concluido que la formalización de esta frontera jurídica se complica por la distancia que separa los principios indígenas de

<sup>23</sup> Sobre la ley de usos y costumbres, véase también Anaya Muñoz (2003), Owolabi (2004) y Martínez (2004).

<sup>24</sup> El pluriculturalismo se reconoce en la Constitución oaxaqueña en 1990, el mismo año en que fue presentada al Congreso Federal la iniciativa presidencial (aprobada en 1992) para enmendar el artículo 4 de la Constitución nacional (Gómez Rivera, 1997).

<sup>25</sup> Sobre la política cultural en los sexenios de Heladio Ramírez López (1986-1992) y Carrasco Altamirano (1993-1998), véase, entre otros, Vasconcelos Beltrán (1993) y Martínez Vásquez (2004).

representación, autoridad y jurisdicción de los criterios utilizados para valorar y reconocer las capacidades y legitimidad de una autoridad en el sistema electoral estatal (y nacional). Así, por ejemplo, Velásquez describe el choque entre la filosofía política liberal, en donde ser elegido implica un suerte de transferencia de poder de la comunidad al representante (o delegado) que habla en su nombre, y la suposición –bastante documentada en la etnografía oaxaqueña– de que “el elegido” es legítimo no tanto por su capacidad de “representar”, sino por su historia de servicio a la comunidad (Velásquez, 1998; véase también Ríos Morales, 2001; Martínez, 2001, y Valdivia Dounce, 2002). De esta manera, la presunción manejada por el Estado (y los partidos) de que los elegidos se reconocen como legítimos (o no) según su capacidad de ser “fieles reproductores de la voluntad de la asamblea” resulta ser un principio ajeno a la comunidad (Velásquez, 1998: 152).

En la legislación oaxaqueña, los usos y costumbres adquieren su valor político precisamente por formar una especie de “puente” entre los fueros locales que corresponden a “la cultura” y el Estado (que se mantiene neutral en cuanto a su identidad cultural). Como prácticas relevantes para elegir autoridades estatales, los usos y costumbres están sujetos a la reglamentación legislativa, pero no a la autoridad del tiempo o de la continuidad que caracteriza la costumbre en el pensamiento antropológico. Este criterio netamente antropológico sí rige para los llamados “sistemas normativos” que el Estado reconoce como “sistemas internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como jurisdicción a las autoridades comunitarias”.

Aquí también es clave notar la distinción que la ley establece entre sistema normativo y jurisdicción. El artículo 28 define al sistema normativo –que en el nivel local corresponde al sistema normativo jurídico que la Constitución determina para el estado entero– como sistemas internos “basados en sus tradiciones ancestrales, que se han transmitido oralmente por generaciones”. Por tanto “en el estado dichos sistemas se consideran actualmente vigentes y en uso”. En el artículo 30 se especifica que el reconocimiento de estos sistemas normativos internos se extiende exclusivamente al interior de estas comunidades. Esta distinción se puede –y se debe– comparar con el uso del término sistema normativo en la antropología jurídica, donde suele emplearse como sinónimo de derecho consuetudinario. Así, puede apreciarse que los dos términos conllevan implicancias distintas para el contenido jurídico de las llamadas costumbres y prácticas culturales.

## Conclusión

Si en la imaginación de los antropólogos la costumbre constituye sinónimo de cultura y localidad, los ejemplos que hemos presentado de Oaxaca y Perú sugieren que, desde el punto de vista del discurso jurídico, la costumbre *siempre* está condicionada por su relación con la ley del Estado. Consideremos por un momento la definición del derecho consuetudinario que aparece en la enciclopedia virtual *Wikipedia*:

Derecho consuetudinario: También llamado usos y costumbres. Es una fuente del derecho. Son normas jurídicas que se desprenden de hechos que se han producido repetidamente en el tiempo en un territorio concreto. Tienen fuerza vinculante y se recurre a él cuando no existe ley (o norma jurídica escrita) aplicable a un hecho.

Los orígenes del derecho consuetudinario se entierran en los mismos orígenes de lo que entendemos por sociedad. Sin embargo, la doctrina actual ha logrado identificar dos elementos imprescindibles para que una conducta califique como “costumbre” y tenga efectos jurídicos:

a) *Uso repetitivo y generalizado*. Sólo puede considerarse costumbre un comportamiento realizado por todos los miembros de una comunidad [...] Esta conducta debe ser una que se repite a través del tiempo, es decir, que sea parte integrante del común actuar de una comunidad. Difícilmente se puede considerar costumbre una conducta que no tiene antigüedad [...]

b) *Conciencia de obligatoriedad*. Todos los miembros de una comunidad deben considerar que la conducta común a todos ellos tiene una autoridad, de tal manera que no puede obviarse dicha conducta sin que todos consideren que sea violado un principio que regulaba la vida de la comunidad. En ese sentido, es claro que existen conductas cuyo uso es generalizado y muy repetitivo pero que no constituyen costumbre en tanto no tienen emparejado el concepto de obligatoriedad. Eso diferencia al derecho de la moral y la religión.

Sólo con la confluencia de estos dos elementos es que podemos considerar que nos encontramos frente a una costumbre como fuente de derecho, es decir, fuente de derechos y deberes.<sup>26</sup>

Esta definición comparte con el sentido común antropológico una imagen de la costumbre como algo que es producto de un consenso social, que goza de obligatoriedad, que se asocia con un grupo social restringido

<sup>26</sup> [www.Wikipedia.com/Derechoconsuetudinario](http://www.Wikipedia.com/Derechoconsuetudinario); consultado el 25 de noviembre de 2005.

y local, y que se basa en la autoridad del tiempo y del pasado. Sin embargo, este vínculo entre antigüedad y costumbre debe mucho a una genealogía disciplinaria y discursiva en la cual el mero concepto del derecho consuetudinario –tal como lo manejan los antropólogos– se deriva del derecho anglosajón o el *common law* (que también se conoce como “el derecho consuetudinario”).

Esta genealogía disciplinaria es más que una mera curiosidad. Como se ha observado en los ejemplos aquí presentados de la justicia de paz peruana y las reformas constitucionales en Oaxaca, existe una brecha significativa entre el sentido que los antropólogos y los reformadores neoliberales quisiéramos dar a la costumbre, y los límites que el derecho romano impone a los usos y costumbres como fuente de ley. Más específicamente, la antropología jurídica latinoamericana pareciera romper con el discurso jurídico vigente (el derecho romano) al reforzar la idea de que los usos y costumbres derivan su autoridad de la relación genealógica e histórica que demuestran con una cultura ancestral.

Las reformas neoliberales subyacentes tanto en la nueva justicia de paz peruana como en el reconocimiento de los derechos consuetudinarios en Oaxaca han complicado aún más el panorama al institucionalizar la división ya existente, hace por lo menos un siglo, entre el derecho estatal y la localidad como sitio de lo consuetudinario. Parece que lo que las reformas han hecho al diferenciar estas dos esferas de la ley es renunciar a la esperanza de que algún día se pueda superar la brecha entre la justicia y la ley. Si bien el realismo jurídico (o el positivismo) abandonó hace tiempo el pretexto de la equivalencia entre ley y justicia, lo que se nota en las reformas neoliberales es una reconfiguración de la vieja oposición entre la ley (o el derecho) como un procedimiento técnico e imparcial (Weber) y la justicia como una disposición moral. De hecho, podemos decir que esta oposición se ha endurecido porque la ley (como procedimiento) pertenece ahora exclusivamente al Estado, mientras la justicia (como una disposición moral) se ha relegado a las comunidades locales. Al pedir a las comunidades que logren reconciliación y justicia según “costumbres” (o peor, disposiciones personales como el “sentido común” o “la honradez natural”) que carecen de reconocimiento procesal, el Estado concede a las autoridades y comunidades locales el muy peculiar derecho de actualizar una justicia extrajudicial que queda, por lo tanto, siempre al borde de la *ilegalidad*.

Dado este panorama nada alentador, me parece que la tarea de la antropología jurídica no puede restringirse al escrutinio de la autenticidad de las costumbres o el (in)cumplimiento de las leyes que *prometen* el

pleno respeto a los derechos culturales. Como se ha expuesto en los casos de México y Perú, las reformas “pluriculturales” implantadas bajo la bandera del neoliberalismo consideran los derechos culturales como una suerte de frontera para la consolidación de una nueva soberanía jurídica. Al reconocer los “sistemas normativos internos” de las comunidades y municipios indígenas, la legislación pluricultural legitima al Estado como el poder que tiene el derecho de reconocer (y legitimar) lo que es la cultura, las costumbres y lo consuetudinario. Así, mientras las constituciones establecen la existencia paralela de sistemas normativos locales que no amenazan la soberanía jurídica nacional, la reglamentación de las leyes configura la frontera entre estos sistemas normativos (esto es, el “nacional” y el subalterno o “cultural”) como una zona en donde las costumbres aparecen a la vez como prácticas cotidianas (o inocuas) e ilícitas (o peligrosas). En tanto esta *condición* de incertidumbre se puede caracterizar por su *ambigüedad*, prefiero conceptualizarla como un espacio de *ilegibilidad*. Mientras el Estado liberal y modernizante buscaba expandir su dominio con tecnologías estadísticas que hacían más transparente o legible la relación entre el Estado y las poblaciones y comunidades dentro de su territorio, el Estado neoliberal parece buscar lo inverso: crear zonas de indistinción o ilegibilidad donde las poblaciones marginales asumen la responsabilidad de sus vidas (y su futuro), pero siempre con la amenaza de que el Estado los pueda desconocer si sus “costumbres” les resultan inconvenientes o “ilícitas”.

Ante este escenario, propongo que el desafío para los antropólogos del presente es reconocer la ambigüedad inherente a la ley como el concepto filosófico mediante el cual los liberales han intentado reconciliar la soberanía (como un principio excluyente, violento y coercitivo), con el contrato social y sus presunciones de igualdad, armonía e inclusión. Así, mientras el derecho del Estado encarna las propiedades de la coerción, la inscripción (la escritura) y la parcialidad propias de la soberanía, el derecho comunal o indígena se caracteriza por ser consensual, oral y reconciliador. Lo que mi trabajo etnográfico con los jueces de paz me sugiere es que es precisamente a partir de esta ambigüedad, tan bien captada en los textos de filósofos como Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, que “la ley” se experimenta en (y se hace parte de) la vida cotidiana. No obstante, en el caso de la antropología latinoamericana, nuestra capacidad de acomodar estos modos de indistinción inherentes a la ley ha sido obstaculizada por las dicotomías analíticas mediante las cuales el derecho “formal” (o universal) se distingue de los dominios “informales” de lo consuetudinario, lo tradicional y lo

local. Lo que la etnografía puede aportar a este debate es la experiencia local en la que este espacio entre justicia y ley se experimenta como una carga imposible. Frente a esta situación, valga la pregunta: cómo repensar los conceptos de la cultura y la costumbre para que esta separación entre lo consuetudinario y el derecho estatal (o positivo) no se limite a reproducir la dualidad entre localidad y Estado que subyace y anima a la filosofía (neo)liberal.

## Bibliografía

- ANAYA MUÑOZ, ALEJANDRO  
2003 "La política del reconocimiento en Oaxaca: la preservación de una gobernabilidad priista y el desarrollo del proyecto de autonomía indígena en el estado", en *Relaciones*, núm. 96, pp. 267-304 [El Colegio de Michoacán].
- BALLON, FRANCISCO  
1990 "Sistema jurídico Aguaruna y positivismo", en R. Stavenhagen y D. Iturralde (eds.), *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, pp. 117-139.
- BARIÉ, CLETUS GREGOR  
2003 *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano (México)/Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (México)/Abya-Yala (Ecuador), La Paz, Bolivia, 2ª ed.
- BASADRE, JORGE  
1937 *La historia del derecho peruano*, Edigraf, Lima.
- BRANDT, JURGEN  
1990 *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*, Fundación Friedrich Naumann/Corte Suprema de Justicia, Lima.
- CADENA, MARISOL DE LA  
2000 *Indigenous Mestizos: The Politics of Race and Culture in Cuzco, Peru, 1919-1980*, Duke University Press, Durham.
- CASTRO POZO, HILDEBRANDO  
1942 *Nuestra comunidad indígena*, Amauta, Lima.
- COLLIER, JANE  
1995 "Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica", en Victoria Chenaut y María Teresa Sierra (comps.), *Pueblos indígenas ante el derecho*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS)/Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, México, pp. 45-76.  
2002 *Antropología jurídica*, Anthropos, México.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS  
1999 *Gente que hace justicia: la justicia de paz*, Comisión Andina de Juristas, Lima.
- DAS, VEENA Y DEBORAH POOLE (COMPS.)  
2004 *Anthropology in the Margins of the State*, School of American Research Press, Santa Fe, Nuevo México.
- FERRER MUÑOZ, MANUEL Y MARÍA BONO LÓPEZ  
1998 *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.
- GLUCKMAN, MAX  
1955 *The Judicial Process Among the Barotse*, University of Manchester Press, Manchester.
- GÓMEZ RIVERA, MARÍA MAGDALENA  
1997 "El derecho indígena frente al espejo de América Latina", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. XXVI, pp. 47-79.
- GUARDINO, PETER  
2005 *The Time of Liberty: Popular Political Culture in Oaxaca, 1750-1850*, Duke University Press, Durham y Londres.
- HARRINGTON, C.  
1985 *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Greenwood Press, Westport.
- HOFRICHTER, R.  
1987 *Neighborhood Justice in Capitalist Society: The Expansion of the Informal State*, Greenwood Press, Westport.
- INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL (IDL)  
2002 *Manual de capacitación para la justicia de paz*, Instituto de Defensa Legal, Lima.
- IRIGOYEN, RAQUEL  
2000 "Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú", XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Universidad de Chile/Universidad de Tarapacá, Arica.  
2002 "Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y pluralismo legal", en *Allpanchis*, núms. 59-60, pp. 31-81.
- JENKS, C. WILFRED  
1958 *The Common Law of Mankind*, Praeger, Nueva York.
- LEWIS, CHARLTON T. Y CHARLES SHORT  
1879 *A Latin Dictionary*, Clarendon Press, Oxford.
- LOVATÓN, DAVID Y WILFREDO ARDITO  
2002 *Justicia de paz: nuevas tendencias y tareas pendientes*, Instituto de Defensa Legal, Lima.
- LOVATÓN, DAVID, ET AL.  
1999 *Justicia de paz: el otro Poder Judicial*, Instituto de Defensa Legal, Lima.
- MAINE, HENRY S.  
1986 *Ancient Society*, University of Arizona Press, Tucson [Londres, 1861].
- MALINOWSKI, BRONISLAW  
1930 *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Ariel, Barcelona.
- MARTÍNEZ, JUAN CARLOS  
2001 *Derechos indígenas en los juzgados: un análisis del campo jurídico en la región mixe*, CIESAS, Guadalajara.  
2004 "El proceso de reforma constitucional en materia indígena y la posición del estado de Oaxaca. Una aproximación sociojurídica", en Rosalía Aída Hernández, Sarela Paz y María Teresa Sierra (eds.), *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN: neoindigenismo, legalidad e identidad*, CIESAS, México, pp. 233-260.
- MARTÍNEZ VÁSQUEZ, VÍCTOR RAÚL  
2004 *La educación en Oaxaca*, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, Oaxaca.
- McHUGH, P. G.  
2004 *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status and Self-Determination*, Oxford University Press, Oxford.



- MÉNDEZ, JUAN, GUILLERMO O'DONNELL  
Y PAULO SERGIO PINHEIRO (COMPS.)  
2002 *La ineffectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires.
- MERRYMAN, J. H.  
1981 "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law", en *Stanford Law Review*, núm. 17, pp. 357-388.  
1985 *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, Stanford [1969].
- NADAR, LAURA  
2005 *The Life of the Law*, University of California Press, Berkeley.
- NAHMAD SITTÓN, SALOMÓN  
2001 "Autonomía indígena y la soberanía nacional: el caso de la Ley Indígena de Oaxaca", en Lourdes de León Pasquel (comp.), *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, México, pp. 19-47.
- OWOLABI, KUNLE  
2004 "¿La legalización de los usos y costumbres ha contribuido a la permanencia del gobierno priista en Oaxaca? Análisis de las elecciones para diputados y gobernadores de 1992 a 2001", en *Foro Internacional*, vol. 177, núm. 3, pp. 474-508.
- PÁSARA, LUIS  
1979 "La justicia de paz", en Luis Pásara, *Derecho y sociedad*, DESCO, Lima, pp. 219-231.
- POOLE, DEBORAH  
2001 *Visión, raza y modernidad*, SUR, Lima.  
2005 "Los dos cuerpos del juez: comunidad, justicia y corrupción en el Perú de los neoliberales", en Óscar Ugarteche (comp.), *Vicios públicos. Poder y corrupción*, SUR/Casa de Estudios del Socialismo/Fondo de Cultura Económica, Lima, pp. 57-80.  
en prensa "La Ley y la posibilidad de la diferencia. La antropología jurídica peruana entre la justicia y la ley", en Carlos Iván Degregori, *No hay país más diverso: la antropología peruana*, t. II, Instituto de Estudios Peruanos, Lima.
- POVINELLI, ELIZABETH  
2002 *The Cunning of Recognition*, University of California Press, Berkeley.
- RECONDO, DAVID  
2001 "Usos y costumbres, procesos electorales y autonomía indígena en Oaxaca", en Lourdes de León Pasquel (comp.), *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, México, pp. 91-114.
- RÍOS MORALES, MANUEL  
2001 "Usos, costumbres e identidad entre los zapotecos de la sierra norte de Oaxaca", en Lourdes de León Pasquel (comp.), *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, México, pp. 71-89.
- RUIZ MEDRANO, ETHELIA  
2005 "Ejemplos de argumentos históricos presentados por los pueblos indios con la finalidad de preservar sus tierras, siglos XVII al XXI", Dirección de Estudios Históricos del Instituto Nacional de Antropología e Historia, México (inédito).
- TRAZEGNIES, FERNANDO DE  
1993 *Posmodernidad y pluralismo jurídico*, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Arequipa.
- VALDIVIA DOUNCE, MARÍA TERESA  
2002 "Normas jurídicas y sistemas de cargos mixtes", en *Anales de Antropología*, núm. 36, pp. 93-116 [UNAM].
- VASCONCELOS BELTRÁN, RUBÉN  
1993 *Con el alma en la tierra*, Gobierno del Estado de Oaxaca, Oaxaca, 2 ts.
- VELÁSQUEZ, MARÍA CRISTINA  
1998 *El nombramiento: las elecciones por usos y costumbres en Oaxaca*, Instituto Estatal Electoral de Oaxaca, Oaxaca de Juárez.
- ZAMORA, STEPHEN, ET AL.  
2004 *Mexican Law*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York.