

# LA CRÍTICA AL POSITIVISMO LEGALISTA Y AL IMPERATIVISMO NORMATIVO Y EL DERECHO INDÍGENA ZAPATISTA

THE CRITIQUE OF LEGALISTIC POSITIVISM AND OF NORMATIVE IMPERATIVISM AND INDIGENOUS  
ZAPATISTA LAW

María Luisa Soriano González \*

**Resumen:** Los críticos del positivismo legalista en la transición del siglo XIX al XX –Gény, Ehrlich, Kantorowicz– enfrentaron una concepción plural del derecho a la ley como única fuente formal del derecho y al Estado como una única fuente material del derecho. Posteriormente, a mediados del siglo XX, los críticos del imperativismo normativo –Hart, Bobbio– defendieron una pluralidad de fuentes del derecho frente a los imperativistas, que consideraban a las normas que ordenaban conductas como las únicas normas del derecho. La semejanza de estos críticos y el derecho indígena en general –y en particular el derecho indígena zapatista– es asombrosa tanto en lo que respecta a la defensa de una pluralidad de normas como a la génesis y formación histórica de las mismas.

**Abstract:** The critics of legalistic positivism in the transition from the nineteenth to the twentieth centuries –Gény, Ehrlich, Kantorowicz– were opposed to a plural conception of the law to the law as the only formal source and the state as a only material source of law. Later, in mid-twentieth century, the critics of imperativism –Hart, Bobbio– defended a plurality of legal rules against the imperativists who considered the rules ordering conduct to be the only rules of law. The similarity between these critics and indigenous law in general –and indigenous zapatista law in particular– is amazing as much in respect to the defense of a plurality of rules as to their origin and historical development.

**Palabras clave:** Positivismo legal, normas imperativas, derecho indígena, pluralismo jurídico, sociología del Derecho.

**Key words:** Legal positivism, imperative norms, indigenous law, legal pluralism, sociology of law.

**Fecha de recepción:** 16-04-2013

**Fecha de aceptación:** 06-05-2013

## 1. INTRODUCCIÓN

Mientras leía los documentos de la revolución indígena zapatista de Chiapas<sup>1</sup>, que se inicia el 1 de enero de 1994 y llega hasta nuestros días,

---

\* Profesora Ayudante Doctora de la Universidad Pablo de Olavide (España).

<sup>1</sup> Como síntesis, en el proceso histórico de la revolución zapatista me atrevo a establecer las siguientes etapas significativas: a) la etapa de la guerra y la negociación con el Gobierno mexicano, b) la etapa de la ruptura con el Gobierno mexicano y la construcción de la autonomía zapatista de facto, c) la etapa de las relaciones con los sectores progresistas de México para emprender conjuntamente una revolución compartida y deliberativa. En la primera etapa la revolución negocia con el enemigo. En la segunda, rompe con él, que le engaña, y emprende su propio proyecto político de autonomía. En la tercera, la revolución se abre y busca una revolución de todos los sectores progresistas de México y del mundo. La primera etapa va de

escenario de mi tesis doctoral, me venían a la mente algunos párrafos de las obras de los primeros sociólogos del derecho críticos con el positivismo legalista en la transición del siglo XIX a XX –Gény, Ehrlich, Kantorowicz–, y de los filósofos del derecho críticos con el imperativismo normativo de mediados del siglo XX –Hart, Bobbio–. Me prometía que algún día emprendería un análisis comparativo entre estos grandes maestros de la sociología y la filosofía jurídica y los testimonios menos conocidos del derecho indígena zapatista. Tal día no se ha hecho esperar, y procedo a continuación al desarrollo del prometido examen comparativo.

Quizás el lector no avisado se extrañe de que trate de colegir la relación de teóricos del derecho del nivel de Hart y Bobbio con el derecho indígena, pero probablemente no extrañará al lector minucioso y conocedor de la obra de estos autores. Pues es el caso que ellos a la hora de precisar y detallar su tipología de normas jurídicas hacen frecuentes alusiones a la formación de las normas en los pueblos primitivos. Hart dedica extensas páginas de su obra más citada, *El concepto de Derecho*, a explicar su tipología de reglas primarias y secundarias bajando a la evolución de las normas en sociedades primitivas.

El objetivo del trabajo es por lo tanto realizar un análisis comparativo, a cuyo efecto tengo que entresacar textos relevantes y conocidos de los sociólogos y teóricos del derecho y efectuar su comparación con los textos e ideas de las comunidades indígenas zapatistas. Por consiguiente la primera parte del presente trabajo es una sistematización y selección de textos de los citados sociólogos y teóricos europeos. La segunda, más original, intenta entresacar ideas y textos zapatistas en la misma línea de los anteriores textos europeos. Mi dedicación al estudio de la sociología del derecho y el pluralismo jurídico como tema de investigación preferente y la culminación de mi tesis sobre la revolución y el derecho indígena zapatistas me permiten partir de un bagaje de conocimientos adecuado para llevar a cabo la citada comparación y responder a la hipótesis central de este artículo: *¿Es posible establecer un parangón entre los primeros sociólogos del derecho europeos y los críticos del imperativismo normativo – Hart, Bobbio- y el derecho indígena zapatista?* Tras el desarrollo del cuerpo de la investigación encontraremos en las conclusiones una respuesta a la formulación de esta hipótesis.

La estructura de este trabajo es sencilla. Primero: las concepciones jurídicas de los primeros sociólogos del derecho. Segundo: las concepciones jurídicas de los críticos del imperativismo normativo. Tercero: el contraste de las

---

1994 a 1997. La segunda, de 1997 a 2005. La tercera, de 2005 hasta la fecha. Hitos importantes: 1996: firma por los zapatistas y el Gobierno mexicano de los Acuerdos de San Andrés. 2001: reforma de la Constitución mexicana, que incumple los Acuerdos citados. 2003: construcción zapatista de una autonomía política de facto con la creación de las Juntas regionales de Buen Gobierno y repliegue del ejército zapatista de liberación nacional (EZLN) hacia funciones puramente militares. 2005: apertura de la revolución hacia los sectores sociales progresistas para construir y desarrollar una política común.

concepciones jurídicas de los críticos citados con las ideas acerca del derecho presentes en documentos y testimonios de los indígenas zapatistas.

He de advertir que no hay una conexión en un mismo plano y a tres bandas: a) sociólogos del derecho europeos, b) críticos del imperativismo normativo (Hart y Bobbio) y c) derecho indígena, como si se tratara de un planteamiento analógico del que derivara c de la similitud de a y b. Las conexiones se producen a dos bandas: por un lado a con c y por otro b con c.

Quiero destacar también el carácter pionero de este trabajo centrado en un análisis de partes y elementos, que hasta donde llegan mis noticias no ha sido realizado hasta la fecha. Esto dota de originalidad al propósito del trabajo, pero al mismo tiempo le hace perfectible si otros investigadores siguen en el futuro por esta senda. Creo que su valor reside en abrir un camino que quizás otros estudiosos andarán con mejor ritmo y resultados.

## **2. LA ESCUELA SOCIOLOGICA FRANCESA. FRANÇOIS GÉNY (1861-1938): LA DEFENSA DE LA PLURALIDAD DE FUENTES DEL DERECHO FRENTE AL MONOPOLIO DE LA LEY**

La Escuela sociológica francesa pasa por varias etapas cronológicas. Una primera inicial, en la que se va configurando la resistencia al positivismo legalista, representada por Esmein y Saleilles. Una segunda etapa de madurez dominada por la figura de François Géný. Y una última etapa, en la que las concepciones de Géný son complementadas por otros autores, como Duguit y Hauriou.

La escuela presenta ya los dos lados de las teorías sociológicas del derecho: primero, la constatación de la insuficiencia de la ley como fuente única del derecho, y segundo, la necesidad de superar esta insuficiencia reclamando la complementariedad de otras fuentes. Y en este cometido destaca la aportación de F. Géný, al que dedicamos una atención especial.

### **2.1. F. Géný: La crítica al positivismo legalista decimonónico y al monopolio de la ley.**

La obra fundamental de Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (*Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*), publicada el último año del siglo XIX, es una obra deconstructiva, que se dedica a verificar la improcedencia de la ley para resolver todos los conflictos del ordenamiento jurídico, y que necesariamente debe ser completada con otras fuentes, como la costumbre, la analogía, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina. Se opone a elementos centrales de la Escuela de la Exégesis: la ley como fuente única del derecho, la técnica de la subsunción lógica como medio de su aplicación y la teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico consistente en la afirmación de que los códigos del ordenamiento jurídico contienen leyes suficientes para resolver todos los casos de la realidad social. Esta labor

deconstructiva le valió a Gény fuertes críticas, porque derribaba un edificio, que después no sustituía por otro nuevo, a las que tuvo que hacer frente con una segunda obra, a la que después me referiré.

El juez debe emprender según Gény una libre investigación científica del derecho con el objeto de completar la insuficiencia de la ley de los códigos, abarcando toda una serie de fuentes del derecho, algunas históricas y otras nuevas, producto de la racionalización del juez. Entre las primeras: la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, la equidad, la analogía.<sup>2</sup> Entre las segundas: la naturaleza abstracta o principios de la justicia y la naturaleza real de las cosas; de ambas naturalezas el juez debe obtener principios y reglas para la aplicación del derecho. Tampoco hay que olvidar según Gény otras ciencias auxiliares -la sociología, la economía, la psicología-, en las que conviene que los jueces estén versados para precisar el contexto de los casos que deben resolver.

## **2.2. F. Gény: La construcción de una nueva técnica jurídica: la pluralidad de fuentes formales del derecho.**

El mismo Gény reconoció las razones de las críticas a su primera obra citada y se afanó en complementarla con una segunda de carácter constructivo titulada *Science et Technique en Droit Privé Positif (Ciencia y Técnica en Derecho Privado Positivo)*, escrita entre 1912 y 1924. Una obra, pues, de largo tiempo. Está montada sobre dos conceptos básicos: *le donné* et *le construit*, lo dado y lo construido.

No se comprende bien a Gény, si no se conoce el significado que presta a los conceptos de ciencia y técnica jurídicas. La ciencia tiene por objeto lo dado y de ahí el examen de toda clase de hechos que configuran el derecho vigente. Y la técnica tiene por objeto lo construido, tras este examen previo fáctico, es decir, la construcción de un plantel de fuentes del derecho idóneas y que permitan una real plenitud del ordenamiento jurídico imposible de alcanzar únicamente por medio de las leyes de los códigos. Lo dado y lo construido sirven así a Gény para distinguir y separar la ciencia y la técnica del derecho.

Lo dado de la ciencia jurídica se concreta en datos plurales: 1) datos *naturales*, tanto de carácter físico como espiritual: desde el clima a los sentimientos (en lo que Gény recuerda a Montesquieu cuando éste investigaba los factores que conforman las leyes de los pueblos); 2) datos *históricos*, que proporciona la historia del derecho y sus instituciones; 3) datos *racionales*, o derivados de la razón humana y 4) datos *ideales*, o relativos a los modelos ideales de las normas y las instituciones.

La importancia que Gény atribuye a los dos últimos tipos de datos, lejos de la realidad de los hechos y de la historia, ha justificado que algunos

---

<sup>2</sup> Gény, F., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid: Reus, 1995, pp. 311 ss.

estudiosos le hayan catalogado dentro de la concepción iusnaturalista,<sup>3</sup> e incluso como un restaurador del derecho natural. Esta clasificación es atrevida a mi manera de ver, y no se ajusta a la perspectiva sociológica en la que la gran mayoría de la doctrina inserta a Géný

La técnica jurídica actúa tras las aportaciones de la ciencia jurídica con la finalidad de organizar los datos obtenidos en su investigación y sobre ellos construir unas instituciones idóneas. De la técnica jurídica forman parte las fuentes formales del derecho, denominadas por el sociólogo: las formas de exteriorización de la regulación jurídica, a las que enuncia así: la ley, la costumbre, la analogía, la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y la tradición.

Como consecuencia la ley ya no aparece sola, como pretendían los exégetas de los códigos a todo lo largo y ancho del siglo XIX, sino que viene acompañada de otras fuentes del derecho. Pero la ley sigue siendo importante. Incluso en la lista geniana de fuentes del derecho es citada en primer lugar. La diferencia reside en que ya no cumple la función por sí sola de completar el ordenamiento jurídico, porque éste no cabe en las leyes de los códigos, de la misma manera que tampoco la realidad social y el cambio social se pueden regular con la ley sin más. Ésta necesita de otras fuentes –las citadas por Géný– para que el ordenamiento jurídico sea pleno. En resumen, la ley es todavía la primera fuente del derecho, pero ya no es la única. Y dicho más lacónicamente: la ley no es el derecho, sino una parte del mismo.

Géný es difícil de clasificar, pues tiende un puente desde el positivismo legalista del XIX a las concepciones sociológicas del XX. Es un pionero, que aún no se ha quitado el viejo traje formalista. Con el tiempo se ha visto que es el iniciador en Francia de una concepción sociológica del derecho, en la medida que esta concepción era posible en su época. El destronamiento del monopolio de la ley y la defensa de una pluralidad de fuentes jurídicas catalogan a Géný como uno de los primeros sociólogos del derecho.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Tal es la opinión de Michel Villey en su artículo “François Géný et la renaissance du droit naturel”, *Archives de Philosophie du Droit*, vol. VIII, 1963, pp. 197-211. G. Fassó en cambio no considera a Géný un iusnaturalista en sentido estricto como partícipe de un derecho natural que trasciende al derecho positivo (Fassó, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. III, 4ª edic., Madrid: Ediciones Pirámide, 1985)

<sup>4</sup>Para ver la pluralidad de opiniones sobre Géný selecciono un párrafo de Ramón Soriano: “Por su posición intermedia entre exégetas y decisionistas le criticaron desde todos los ángulos, y ya en su tiempo fue interpretado de muy diversa manera. A. Tanzi (1980,124,132-133) recoge un elenco de las dispares versiones sobre la obra del jurista, al que han clasificado como ecléctico (G. Maggiore), antiformalista (E. Paresce), antinormativista (Lombardi Villauri), insensible para las ciencias sociales (J. Dabin), de inconsciente apertura hacia la sociología (R. Treves), creador de una propia teoría sociológica del derecho (F. Terré, W. G. Friedmann), etc.” (Ramón Soriano, *Sociología del Derecho*, 3ª edic., Barcelona: Ariel, 2011, pp. 121-122).

### 3. EL MOVIMIENTO DE DERECHO LIBRE. EUGEN EHRLICH (1862-1922) Y HERMANN KANTOROWICZ (1877-1940) LA PLURALIDAD DE DERECHOS

Es más aceptable la denominación de movimiento que la de escuela para referirse a los juristas centroeuropeos de transición del XIX al XX y primera mitad del XX con una perspectiva sociológica del derecho, porque realmente hay tal variedad entre ellos que resulta atrevido encuadrarlos en las siglas de una misma escuela. El movimiento de derecho libre también recibe el nombre de movimiento de libre investigación del derecho. Hay en el movimiento juristas pioneros y avanzados. Hay grandes diferencias entre ellos, como veremos a continuación, lo que justifica cobijarlos en el paraguas de un movimiento amplio y no en la estrechura de una escuela.

#### 3.1. E. Ehrlich: Las etapas de su pensamiento jurídico.

E. Ehrlich es ya un declarado sociólogo del derecho, que pone a la sociología jurídica en el peldaño más alto para comprender toda la realidad del derecho criticando al mismo tiempo el racionalismo estéril y deformador de la dogmática y el formalismo jurídico. Y muestra de ello es que su obra fundamental se titula *Grundlegung der Soziologie des Rechts (Fundamentos de Sociología del Derecho)*, de 1913. La dogmática y el formalismo podrían servir para el estudio del derecho del Estado, pero no para captar y comprender toda la realidad del derecho, el derecho completo, que comprendía junto al derecho estatal otros derechos. Son muchos los estudiosos que consideran a Ehrlich el fundador de la sociología del derecho y hay razones para ello, como se desprende de la explicación de su obra a continuación.<sup>5</sup>

Al igual que señalábamos en Gény, también en Ehrlich podemos distinguir dos etapas: la primera crítica y la segunda constructiva. En la primera se dedica a constatar frecuentes lagunas de ley, y a ello dedica sus primeros escritos, que muestran la insuficiencia de la ley como fuente del derecho y la falsedad del principio de la plenitud del ordenamiento jurídico cifrado exclusivamente en los códigos. Una de estas primeras obras destructivas se titula significativamente: *Über Lücken im Rechte (Sobre las lagunas en el Derecho)*.

La segunda etapa se inicia con la aplicación del método que denomina “libre investigación del derecho”,<sup>6</sup> que recuerda al método geniano de la

---

<sup>5</sup> Es común en la doctrina considerar a Ehrlich como el fundador de la sociología del derecho, como puede constatarse leyendo las páginas a él dedicadas en las obras generales de sociología del derecho, muy escasas en lengua castellana. Remito al lector a la lectura de Cotterrell, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1991, pp. 38-45; Treves, R., *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona: Ariel, 1998, pp. 86-89; Robles, G., *Sociología del Derecho*, Madrid: Civitas, 1993, pp. 21-26; Soriano, R., *Sociología del Derecho*, 3ª edic., Barcelona: Madrid, 2011, pp. 123-125.

<sup>6</sup> A principios del siglo XX, en 1903, escribió Ehrlich un escrito-manifiesto en defensa del pluralismo de fuentes del derecho, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft (Libre*

investigación científica del derecho. Esta segunda etapa, de carácter constructivo, contiene ya el despliegue más extenso del pluralismo jurídico hasta entonces, rebasando ampliamente las reservas de Gény. Su obra fundamental, antes citada, *Fundamentos de sociología del derecho*, de 1913, es la obra más atrevida de defensa del pluralismo de fuentes del derecho y también la más fundada hasta su fecha.

### **3.2. E. Ehrlich: La pluralidad de derechos.**

Distingue Ehrlich hechos normativos y derechos.<sup>7</sup> Los primeros producen a los segundos. Hechos normativos son los factores que originan el derecho en sus múltiples manifestaciones. Cita entre estos hechos: el uso, el dominio, la posesión y la declaración de voluntad.<sup>8</sup> Estos hechos normativos dan lugar a una serie de derechos. El derecho inicial y primario es el derecho social creado por la sociedad, que ya contiene una serie de instituciones básicas de origen social: el matrimonio, la familia, las corporaciones, la posesión, el contrato y la sucesión. Estas instituciones no necesitan para existir la ley del Estado. Posteriormente se van formando los otros derechos: el derecho del Estado, el derecho de los jueces, el derecho de la doctrina. Todos ellos constituyen el derecho u ordenamiento jurídico completo.

Viene a continuación del derecho social el derecho de los jueces y de los juristas, que se basan en decisiones, e intentan resolver los conflictos que se generan en el intercambio social. En último lugar, el derecho del Estado, basado en normas que se imponen coactivamente, y que aparece cuando el relieve de los conflictos en la sociedad es tal que es necesaria la norma coactiva del Estado.

Hay así una genética de factores productores de derecho y de derechos producidos, coincidentes, como veremos, con la genética señalada por otros juristas, como Hart o Bobbio. Los derechos se ordenan cronológicamente y jerárquicamente según Ehrlich y aquí es donde reside su impostura respecto a la oficialidad de su época, porque pone en primer lugar al derecho de la sociedad. Este derecho no sólo es el primero que se genera sino el primero en la jerarquía de los derechos. Primero surgió el derecho social, a continuación el derecho de los jueces y juristas, y finalmente el derecho estatal.

---

*indagación y libre ciencia del derecho*) Tuvo una extraordinaria resonancia en los medios intelectuales alemanes.

<sup>7</sup> Ehrlich habla de derechos y no de fuentes de derecho, pero ambas acepciones se identifican, puesto que los derechos -derecho social, derecho judicial, derecho doctrinal, derecho estatal- pueden ser calificados como fuentes jurídicas.

<sup>8</sup> Ehrlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin: Duncker und Humblot, pp. 67 ss. Ehrlich nos dejó en el mismo año de su muerte, en 1922, un compendio de su visión del pluralismo jurídico en un breve artículo, "Sociologia del Diritto", publicado en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1922, pp. 96-110

En la captación de la evolución del derecho y de la formación de los derechos hay que tener en cuenta la influencia en el autor de su formación romanista. Una buena instrucción en el derecho romano era por lo demás una formación exigida a los preclaros juristas de la época del jurista alemán. La conformación y la evolución del *ius privatum* y del *ius publicum*, procedentes de diferentes fuentes jurídicas, a la que él alude en sus escritos, fue abriéndole el camino hacia el pluralismo de derechos.

### **3.3. H. Kantorowicz: la prioridad de la jurisprudencia como fuente del derecho.**

H. Kantorowicz es la “oveja negra” de su época y el grupo de juristas abiertos a la sociología del derecho y el pluralismo jurídico, porque se va al polo opuesto de la ideología del positivismo legalista y la Escuela de la Exégesis. Si éstos no concebían otra fuente del derecho que no fuera la ley, Kantorowicz considera que la fuente prioritaria del derecho es la decisión de los jueces, respecto a la cual la ley es una orientación.<sup>9</sup> Una coincidencia con el realismo jurídico posterior, que definirá a la ley como una predicción de la verdadera norma, la sentencia de los jueces. Pero las posiciones del realismo jurídico son posteriores en el tiempo y contaban ya con el camino desbrozado por Kantorowicz, quien golpeado por una fuerte crítica llegó a retractarse de sus ideas.

En efecto, hasta los escritos de Kantorowicz la ley había sido combatida, pero no a tal punto de sustituirla por las decisiones de los jueces en la pirámide de las normas. Decir, como él argumentaba, que la principal fuente del derecho era la sentencia judicial, suponía un plato muy fuerte para la época

En su obra fundamental *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (La lucha por la ciencia del derecho)*, de 1906, escrita con el seudónimo Gnaeus Flavius para evitar la animosidad de sus colegas, traza un nuevo y revolucionario programa con los siguientes puntos:

a) un sistema de fuentes, en el que la fuente prioritaria es la sentencia judicial, siendo las demás fuentes, inclusive la ley, fuentes de apoyo y orientación de esta fuente prioritaria.

b) como consecuencia los jueces adquieren un primer plano, y por ello su formación debe ser mayor para no equivocarse en la declaración de la solución de los casos, que se someten a su juicio. No basta la formación estrictamente jurídica, pues ya no son meros aplicadores de normas, sino casi legisladores. Y en esta formación no podía faltar el conocimiento de la sociología y la psicología. Tanta importancia tenía para Kantorowicz la formación de los jueces que consideraba que en sus manos estaba la posibilidad de la mejora del

---

<sup>9</sup> Kantorowicz, H., *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heildeberg: Winter, 1906, pp. 15 ss.



derecho y no en los legisladores. Hay una frase paradigmática del autor alemán: “de la cultura de los jueces pende en último término el progreso del derecho”.<sup>10</sup>

c) la sustitución de la dogmática escolástica por una nueva metodología: la libre creación del derecho. Ahora se trata de promover la discrecionalidad judicial en la formulación del derecho. La libre creación del derecho en manos de los jueces vulneraba principios jurídicos tradicionales conquistados en la lucha por el Estado de Derecho: la generalidad de las normas, la certeza jurídica, la seguridad jurídica. Es fácil comprender que Kantorowicz se viera obligado a retractarse.

#### 4. LA CRÍTICA AL IMPEATIVISMO NORMATIVO Y LA DEFENSA DE UNA PLURALIDAD DE NORMAS JURÍDICAS

El objetivo de estas páginas que siguen sobre la crítica al imperativismo normativo y la defensa de un pluralismo de normas jurídicas es, como la de las páginas anteriores dedicadas a la crítica al positivismo legalista, la de establecer al final una conexión entre estas teorías pluridimensionales del derecho y la concepción indígena del derecho, y particularmente del indigenismo zapatista chiapaneco. Un esfuerzo para ver las relaciones entre la teoría general del derecho y el derecho indígena.

He tratado en epígrafes anteriores la crítica contra el monopolio de la ley y la defensa del pluralismo de fuentes del derecho. Una crítica desde finales del siglo XIX a los primeros decenios del siglo XX. Este movimiento contra el positivismo legalista tiene consecuencias en un movimiento posterior que va a defender el pluralismo de normas jurídicas tras la crítica del monopolio de las normas imperativas. Movimiento que desde mediados del XX sigue hasta nuestros días y que tiene, como unos de los principales exponentes a Herbert Hart y Norberto Bobbio.

En relación con la naturaleza de la norma jurídica, las teorías *plurales* ven en el ordenamiento jurídico la coexistencia de una pluralidad de normas jurídicas de diversa naturaleza, unas que establecen deberes, como aseguraban los imperativistas, y otras que otorgan poderes y permisos, o sirven en general de apoyo a la identificación y eficacia de las normas de conducta.

Las teorías plurales representan la complementariedad de una serie de normas de diverso signo del ordenamiento jurídico: las normas básicas de comportamiento y otras clases de normas, que sirven de apoyo de estas normas de comportamiento, y que en relación con ellas realizan diversas funciones: de protección, de aplicación, de organización, de excepción, de derogación, de identificación... Son normas, que ayudan a su eficacia en general, y que no tienen una independencia respecto a ellas, sino que no son concebibles sin su previa existencia. Las normas de comportamiento reciben el nombre de normas

---

<sup>10</sup> Kantorowicz, H., ob. cit., p. 48

primarias. Las normas de apoyo a estas normas primarias el nombre de normas secundarias. Estas normas secundarias dan vida a las normas primarias o de comportamiento, proyectándolas sobre las relaciones sociales de una sociedad compleja.

En este entramado de normas todas las normas cumplen su función y son recíprocamente necesarias. Las normas secundarias no tienen razón de ser si no es en relación con las normas primarias, pero éstas serían impotentes e ineficaces sin la colaboración de las normas secundarias. Luego mutuamente se necesitan.

De lo dicho se desprende que las normas no imperativas son auxiliares de las imperativas; existen en función de ellas y no tienen una existencia independiente. Los dos tipos de normas colaboran, a su vez, armónicamente en el objetivo común de la estabilidad y el respeto al ordenamiento jurídico, la garantía de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

Veamos resumidamente las ideas centrales de dos exponentes de la teoría pluralista de las normas jurídicas para preparar su conexión con el derecho indígena

#### **4.1. Herbert Hart: tipología de normas jurídicas y antropología jurídica.**

H. Hart es uno de los juristas más citados como profeso de una concepción plural de las normas jurídicas. De la misma manera que la obra hartiana se configura en discusión permanente con los imperativistas, también ella sirve de punto de referencia para avanzar en la concepción plural de las normas jurídicas. Hart ha sido durante años el autor de cita obligada cuando se hablaba de la naturaleza de la norma jurídica.

Su obra *The concept of Law (El concepto del Derecho)*<sup>11</sup> distingue entre normas primarias, que regulan comportamientos y normas secundarias, que sirven de apoyo de las primeras. Las normas secundarias son de tres clases y sirven para la identificación, el cambio o la eficacia de las normas de conducta:

a) normas de reconocimiento, que facultan a los funcionarios para identificar las normas que pertenecen al sistema de derecho.

b) normas de cambio, que conceden poderes para introducir otras normas primarias que regulan la conducta de la vida del grupo.

c) normas de adjudicación, que atribuyen el poder de declarar la violación o no de una norma primaria.

---

<sup>11</sup> Hart, H., *El concepto de Derecho*, México, D. F. : Editora Nacional, 1980. Véase especialmente el cap. V, pp. 99 a 123.

Veremos a continuación el enunciado de estas clases de normas de Hart cuando entremos en la relación que él hace entre tipología de normas - primarias y secundarias- y evolución del derecho en las sociedades primitivas.

La posición hartiana es claramente plural, pues aunque destaca la importancia de las normas de conducta como normas primarias, a ellas siguen una serie de normas secundarias sin las que las primeras no tendrían virtualidad posible. Y estas normas secundarias son tan normas como las primarias e igualmente importante su funcionalidad. A diferencia de los imperativistas, que sólo encontraban un tipo de normas, las normas de conducta, en tanto lo que otros llamaban normas secundarias no eran otra cosa que fragmentos o partes de las únicas verdaderas normas jurídicas, las normas de conducta. Hart, aparte de considerar como normas sustanciales del ordenamiento jurídico a las normas que regulan la conducta, no por ello deja de calificar como verdaderas normas jurídicas a otras normas del ordenamiento jurídico.

La tipología de normas de Hart supera las estrecheces de las teorías anteriores claramente simplificadoras, porque reducían el derecho a alguno o algunos de sus elementos: el mandato, la predicción, el juicio de valor, la regla técnica, etc., sin llegar a verlo en toda su complejidad y funcionamiento, que es lo mismo que decir en toda su riqueza. Por ello podemos decir que Hart se aproxima a una *sociología funcional de las normas*. Alguna vez él mismo se refirió a su concepción jurídica con términos semejantes.

Las anteriores teorías pretendían la unidad del derecho a costa de la lima de algunos de sus aspectos. El interés de alcanzar el sistema predominaba sobre la realidad multiforme en que consistía a todas luces el derecho. La gran aportación de Hart y demás juristas del pluralismo normativo ha sido no haber sacrificado la pluralidad a la abstracción sistemática. Haber brindado todo el abanico de normas confluyentes en el ordenamiento jurídico, y una vez localizadas y descritas haberlas sometido a un sistema a término o final. Primero la experiencia jurídica y después el sistema, y no al revés.

Hart se vale de la antropología jurídica para explicar en una visión dinámica y evolutiva de las normas jurídicas -y esto es de especial interés para el tema de este trabajo, porque conecta con la idea que los indígenas en general tienen de su derecho-.

Según Hart los pueblos primitivos regulaban su convivencia con normas exclusivas de conducta. El poder establecido dictaba las normas y sancionaba su incumplimiento. Pero la sociedad primitiva fue alcanzando una mayor heterogeneidad de funciones en un proceso de creciente complejidad. La mayor complejidad y diversidad funcional impuso la necesidad de arbitrar nuevas normas, que desarrollaban distintas funciones más allá de las simples normas de conducta de la sociedad primitiva. Las normas crecían en número, y se hacía necesario un medio de identificación de las normas, para saber cuáles

pertenecían al ordenamiento jurídico. Surgen entonces las normas de reconocimiento. Las relaciones sociales aumentaban y con ello el tráfico y comercio entre las personas y grupos, y ello hacía también necesario la existencia de normas para establecer derechos y obligaciones. Surgen así las normas de cambio para la creación y transformación jurídica. Y al aumentar las relaciones de intercambio también crecían las posibilidades de disputas e incumplimiento de las normas, y por lo tanto la necesidad de que órganos determinados decidieran sobre los conflictos. Nacen entonces las normas de adjudicación para resolver las disputas y aplicar el derecho

Las referencias de Hart a la ejemplificación de su tipología de las normas con el proceso evolutivo de las normas en pueblos o sociedades primitivas no son meramente tangenciales. A ello le dedica el tercer epígrafe -Los elementos del derecho- del capítulo quinto -El derecho como unión de reglas primarias y secundarias- de su obra *El concepto de Derecho*. Hart comienza su explicación de la evolución de las normas en sociedades primitivas (por cierto con escaso apoyo documental)<sup>12</sup> aludiendo a “una estructura de reglas primarias de obligación”,<sup>13</sup> que imponen deberes para el mantenimiento de la coexistencia de las personas en comunidad.

Estas reglas tenían el problema de su incertidumbre, inmovilismo e ineficiencia, tres defectos que son examinados por Hart con profusión de detalles. Había que buscar un remedio para subsanar tales defectos que daban lugar a disputas y conflictos en unas comunidades que deseaban crecer y ser más prósperas. Y la solución residía en nuevas normas que acompañaran y trazaran el camino de ese crecimiento. En palabras de Hart: “El remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de estructura social, consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias que son de un tipo diferente”.<sup>14</sup> Y así según él se pasaría de una etapa prejurídica a otra plenamente jurídica, a la conversión de las reglas primarias de obligación en un sistema jurídico. Conforme estas comunidades primitivas van acercándose a la estructura de una sociedad compleja, necesita para su supervivencia y desarrollo otras normas complementarias de las simples normas de obligación, “la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación”.<sup>15</sup>

El remedio a la incertidumbre de las reglas primarias de obligación se soluciona con la regla de reconocimiento -rule of recognition-. “La forma más simple de remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias es la introducción de lo que llamaremos una “regla de reconocimiento”.<sup>16</sup> Esta regla de reconocimiento puede ser variada: un documento escrito, un monumento en

---

<sup>12</sup> En efecto Hart alude a la obra de Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, de Diamond, *Primitive Law* y poco más. (Hart, H., ob. cit., p. 309)

<sup>13</sup> Hart, H., ob. cit., p. 114

<sup>14</sup> Hart, H., ob. cit., p. 116-117.

<sup>15</sup> Hart, H., ob. cit., p. 115.

<sup>16</sup> Hart, H., ob. cit., p. 117.

el que inscribe una lista de reglas de autoridad, etc. Conforme las sociedades evolucionan estas reglas de reconocimiento se hacen más complejas, como las decisiones de determinados órganos revestidos de autoridad.

El remedio para el segundo defecto señalado de las reglas primarias de obligación de las sociedades primitivas, el inmovilismo, es la introducción de reglas que permitan la innovación para atender a las nuevas necesidades, a las que llama Hart reglas de cambio. “El remedio para la cualidad estática del régimen de reglas primarias consiste en la introducción de lo que llamamos “reglas de cambio. La forma más simple de tal regla es aquélla que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas normas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores.<sup>17</sup>

El tercer defecto de las reglas primarias de las sociedades primitivas, la ineficiencia, se solventa sustituyendo la difusa presión social por órganos que apliquen reglas de adjudicación en los casos de violación de las reglas primarias, es decir, “reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones, y llamaremos a las reglas secundarias que conceden potestad de hacerlas “reglas de adjudicación”.<sup>18</sup> Estas reglas identifican a los individuos y órganos que pueden juzgar y a los procedimientos al efecto.

#### **4.2. Norberto Bobbio: tipología de normas jurídicas y antropología jurídica.**

N. Bobbio sigue los pasos de Hart en su concepción plural de las normas jurídicas. Pone en orden y amplía la aportación de Hart, y así establece varios criterios para distinguir las diferencias entre normas primarias y normas secundarias: los criterios de la cronología, la función y la jerarquía

Para N. Bobbio el ordenamiento jurídico está constituido por normas primarias o de primer grado, las que se refieren a las conductas, y normas secundarias o de segundo grado, relativas a las normas anteriores, que a su vez pueden ser:<sup>19</sup>

a) normas sancionatorias (sanciones correspondientes a la infracción de las normas de conducta);

b) normas sobre la producción jurídica (para crear o modificar a las normas de conducta);

---

<sup>17</sup> Hart, H., ob. cit., pp. 118-119.

<sup>18</sup> Hart, H., ob. cit., p. 120.

<sup>19</sup> Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho* (ed. a cargo de A. Ruiz Miguel), Madrid: Debate, 1990, p. 312.

c) normas de identificación de las normas del sistema (que indican los criterios para saber cuándo una norma pertenece al sistema jurídico). Dice expresamente Bobbio que las normas de identificación corresponden a las normas de reconocimiento de Hart.

Bobbio relaciona las normas, que llama de segundo grado, con la sociología o transformación de los sistemas sociales, precisando las funciones que estas normas realizan en el sistema. Las normas sancionatorias son instrumentos para la conservación del sistema, cuando posee un problema de eficacia. Las normas de transformación jurídica tienen por objeto innovar el sistema cuando éste tiene el peligro de anquilosarse.

Estas tres clases de normas secundarias son normas de apoyo y dependen de las normas primarias de conducta. No tienen entidad por sí mismas.

A su vez, las normas de identificación de normas admiten una plural tipología según N. Bobbio, normas secundarias ciertamente, pero de una gran relevancia, pues identifica a las otras normas, es decir, establecen si una norma jurídica es o no válida. En efecto, las normas de identificación pueden desglosarse en: a) normas sobre fuentes: las que indican los hechos o actos productores de normas del sistema, b) normas sobre la validez espacial o temporal de las normas, y c) normas sobre la interpretación y aplicación de las normas del sistema (como los criterios hermenéuticos legales y la analogía)

N. Bobbio es uno de los máximos divulgadores de esta concepción plural, y no solamente por la anterior diversidad de normas jurídicas, siguiendo los pasos de Hart, sino por la distinción de normas en el seno de las dos funciones –represora y promocionadora– del derecho en la sociedad, es decir, en atención a una consideración de las funciones del derecho en la sociedad y del tipo de normas que sirven al cumplimiento de ambas funciones.<sup>20</sup> Existen en el ordenamiento jurídico un tipo de normas que desarrollan una función represora, especialmente en el ámbito del derecho privado, y otro tipo de normas, que realizan una función de promoción, sobre todo en el seno del derecho público. Las primeras imponen una sanción, si no se cumple la norma de conducta. Las segundas otorgan un beneficio, si se cumple la norma de conducta. La norma penal es la clásica norma represora, como, p. e., la norma que prohíbe la comisión de un delito. Las normas que persiguen los fines sociales del Estado social son ejemplos de normas promocionadoras, como, p. e., las normas que otorgan el beneficio de exenciones fiscales a quienes contratan a minusválidos. Esta clasificación bobbiana de normas represoras y normas promocionadoras viene a enriquecer el pluralismo normativo de Hart.

N. Bobbio sigue los pasos de H. Hart en la formación evolutiva de las normas de derecho, separándose poco de la antropología jurídica de aquél.

---

<sup>20</sup> Bobbio, N., ob. cit., pp. 379-385.

Describía Hart el tránsito desde un sistema jurídico primitivo, únicamente regulado por normas de conducta, hacia un sistema jurídico moderno, en el que confluyen normas de todo tipo. N. Bobbio, teniendo presente esta evolución, también nos ofrece un marco histórico evolutivo: el de un sistema que evoluciona y se enriquece con el allegamiento de nuevas normas; en su caso el tránsito va desde un *sistema jurídico simple*, en el que sólo hay normas de conducta y la o las normas de identificación de normas del sistema, a un *sistema jurídico semicomplejo*, que junto a las normas de conducta incorpora una de estas dos clases de normas: normas sancionatorias para la conservación del sistema o normas de producción jurídica para la transformación del sistema, y de aquí a un *sistema jurídico complejo*, que posee ya toda clase de normas jurídicas anteriores, normas de conducta, normas de identificación, normas sancionatorias y normas de producción de normas. “Llamo sistemas simples – dice Bobbio- a aquellos que se componen solamente de normas primarias y de la norma o de las normas para la identificación de normas... Sistemas semicomplejos a los que comprenden, además de las normas primarias, uno u otro tipo de normas relativas a las normas, a las que llamamos normas de segundo grado (es decir, normas sobre la sanción y normas sobre la producción jurídica). Sistemas complejos a los que comprenden los dos tipos (normas primarias y de segundo grado)”<sup>21</sup>.

Me adhiero a esta concepción plural de las normas jurídicas, porque considero que las capta en todas sus dimensiones, y no solamente en algunos de sus aspectos. Las otras concepciones son reductivas, porque captan aspectos concretos de la norma jurídica y no la totalidad de las mismas. No es que esos aspectos no formen parte de las normas jurídicas, sino que las normas jurídicas son algo más que esos aspectos subrayados. Las teorías reduccionistas elevan al plano de la generalidad lo que tan sólo es un aspecto parcial. Y ése es su error. Este reduccionismo les lleva a catalogar todo lo externo no comprendido en el aspecto seleccionado como elemento accesorio y complementario, como fragmento, de la verdadera norma. Y de ello resulta que lo que los pluralistas consideran como normas los reduccionistas lo definan como un antecedente o consecuente de la verdadera norma.

## **5. LA LUCHA CONTRA EL POSITIVISMO LEGALISTA Y EL IMPERATIVISMO NORMATIVO Y EL DERECHO INDÍGENA ZAPATISTA**

1 No parece haya una gran distancia entre los primeros sociólogos de derecho europeos y los defensores del derecho indígena zapatista de Chiapas. Aquéllos proclaman una pluralidad de fuentes del derecho contra la única ley del Estado. Los indígenas zapatistas y sus partidarios también proclaman una pluralidad de fuentes frente a la ley del Estado mexicano. Pluralismo jurídico en unos y otros.

---

<sup>21</sup> Bobbio, N., ob. cit., pp. 315-316.

Los indígenas zapatistas se encuentran en cierta medida próximos a Gény en el tema de la pluralidad de fuentes del derecho, aunque ponen al revés la pirámide normativa del sociólogo jurídico francés. La ley, que en Gény es la primera fuente del derecho, si bien no es la única, en los indígenas zapatistas es una fuente dependiente del derecho consuetudinario. Entendiendo por ley indígena la emanada de las asambleas de las comunidades, donde se practica una democracia directa. No la ley del Estado mexicano, a la que rehúyen los indígenas, porque una de sus grandes reivindicaciones es la del reconocimiento de un sistema jurídico propio y autónomo, que abarque a las normas indígenas y a los órganos que las elaboran y aplican. En estas comunidades actualmente la ley indígena es la ley de las asambleas de las comunidades en la medida que el Estado mexicano, vigilante y hostigante, no obstante deja en cierta medida que los indígenas zapatistas construyan su propia autonomía política y apliquen su propio derecho.

En relación con Kantorowicz el paralelismo del derecho indígena zapatista se sitúa en el hecho de prestar atención y acudir al consejo de los ancianos de las comunidades para la resolución de los casos difíciles e innovadores. Lo que quiero decir es que los indígenas zapatistas valoran mucho las competencias de sus ancianos jueces al igual que hace el jurista alemán otorgando a los jueces y sus sentencias un valor especial. Pero hay otra semejanza más interesante. Kantorowicz señala que los jueces deben ser expertos sociólogos formados en las ciencias sociales y en la práctica social para acertar con la siempre difícil tarea de encontrar la solución más justa para los conflictos. Y precisamente uno de los principios del zapatismo es el aprendizaje social de los indígenas desempeñando temporal y rotativamente todos los cargos públicos<sup>22</sup>.

El parangón con Ehrlich es extraordinario, no solo en la presentación de una pluralidad de derechos, sino en la forma de entrelazarse estos derechos. De la misma manera que el jurista alemán sostiene la prioridad del *derecho social*, generado por la sociedad y concretado en instituciones sociales antes de su reconocimiento por la ley del Estado, así también los indígenas zapatistas refieren la prioridad de su *derecho ancestral o consuetudinario*<sup>23</sup>, *el derecho emanado*

---

<sup>22</sup> “Ahora estamos pasando el trabajo de vigilancia del buen gobierno a las bases de apoyo zapatistas, con cargos temporales que se rotan, de modo que todos y todas aprendan y realicen esa labor” <http://www.nodo50.org/pchiapas/chiapas/documentos/selva-vi/selva-vi.htm> (Consulta: 27/12/2012)

<sup>23</sup> Los indígenas zapatistas se refieren a su propio derecho con varias denominaciones: derecho ancestral, derecho consuetudinario, usos y costumbres. Derecho ancestral es el conjunto de normas transmitidas de generación en generación en el seno de las comunidades indígenas, cuyos orígenes se sitúan en tiempos muy remotos; de ahí que se le dé el nombre de derecho ancestral. También es denominado este derecho ancestral como derecho consuetudinario. Es equivalente a lo que entendemos como derecho consuetudinario en la cultura occidental con la salvedad de que es una fuente primaria del derecho para los indígenas y no supeditada a otra norma superior. También es equivalente a la denominación “usos y costumbres”, que fue establecida por el conquistador hispano. Con esta denominación se le quería quitar relevancia y desconocer su valor como derecho propiamente. Eran simples prácticas de los nativos, faltas de



de sucesivas generaciones durante siglos, transmitido oralmente, que los indígenas asumen con un vínculo obligatorio. Cuando los zapatistas se refieren a su derecho normalmente utilizan la denominación “ancestral” o “consuetudinario”. Es muy frecuente en los textos zapatistas la denominación “derecho consuetudinario” con el alcance de derecho propio de los indígenas<sup>24</sup>. Cuando emplean el término “usos y costumbres” es por concesión a la manera como los otros llaman al derecho indígena.

El que este derecho sea un derecho construido generacionalmente no significa que sea un derecho cosificado e inamovible. Es una visión de este derecho muy extendida que no responde a la realidad. Es un alegato producto de la ignorancia de los críticos del derecho indígena, al que denuncian por su arcaísmo contrario a las necesidades de los nuevos tiempos. Por el contrario, el derecho indígena evoluciona en un doble sentido. Primero, porque nuevas normas sociales vienen a incorporarse a él con el discurrir de los tiempos y las necesidades. Segundo, porque las mismas normas cambian con el tiempo. El derecho indígena está formado por normas e instituciones, que evolucionan, nacen, cambian y desaparecen. La diferencia con el derecho estatal reside en que carece de un acto de promulgación y un acto de derogación, que indiquen expresamente cuándo las normas del derecho indígena comienzan a estar vigentes y cuándo pierden su eficacia al ser derogadas. Pero incluso el derecho del Estado contiene normas que se parecen a las normas del derecho indígena: las costumbres jurídicas que aparecen y desaparecen sin la concurrencia de un acto concreto de promulgación o derogación, sino por la práctica de las mismas por la sociedad o el abandono y desuso.

E igualmente el que este derecho ancestral o consuetudinario se transmita oralmente no quita que en algunos lugares se proceda a su escrituración, que está suscitando graves críticas<sup>25</sup>.

Este derecho de la sociedad es en Ehrlich prioritario en su valor y en el tiempo. Es el primero que se crea y es además el más valioso, como hemos

---

lógica y coherencia, meramente repetitivas, pues generaciones pasadas, presentes y futuras reiteran el mismo comportamiento de una manera irreflexiva. Es una terminología creada por el colonizador con un desconocimiento de los valores del derecho indígena.

<sup>24</sup> Como muestra un texto zapatista de la explicación de los municipios autónomos en el comienzo de la instauración de la autonomía política de facto: “Dejados en abandono total por las instituciones del estado, sin servicios básicos, los indígenas intentaron con el municipio autónomo resolver problemas locales de convivencia, relación e intercambio entre comunidades y atender a delitos menores. En la aplicación de justicia se basaban en el derecho consuetudinario” (EZLN, *Documentos y comunicados*, Vol. 4, Era, México, 2003)

<sup>25</sup> Este proceso de codificación, no obstante su alcance muy limitado, está provocando opiniones variadas en la doctrina: unas a favor y otras en contra. Las críticas más extendidas alegan que la codificación cosifica un derecho evolutivo como el indígena, y que este derecho es tan diverso que sería inalcanzable la codificación. La virtud de la codificación más señalada es que aumentaría el conocimiento del derecho indígena, siendo además un acicate para su propagación, con lo que se convierte en un seguro contra su desaparición debido a la insuficiencia de la transmisión oral y a la deformación, que produce en las señas propias del derecho.

visto. Igual opinión tienen los indígenas zapatistas de su derecho ancestral, el derecho social en términos ehrlichianos: el primero en el tiempo y el primero en valor en comparación con otros derechos.

*En efecto, el derecho ancestral o consuetudinario indígena es anterior en el tiempo y el más relevante. Es anterior porque es el derecho creado espontáneamente, de generación en generación, desde el principio de los tiempos. Y es el más relevante porque es el derecho vinculado a la conciencia de los indígenas, que consideran a la tradición dotada de un valor esencial.*

La relevancia que los indígenas zapatistas conceden a su derecho no se corresponde con la opinión que de él suelen tener los representantes y autoridades del Estado mexicano y un sector doctrinal. Cuando se habla de “armonizar” el derecho indígena con las constituciones estatales, los Gobiernos se refieren a la jurisdicción indígena de delitos menores. No se atreven a emplear una terminología jurídica de mayor entidad. Mucho menos referirse al derecho indígena como “sistema de derecho” o “sistema normativo”. El derecho indígena es como “un derecho para andar por casa” y siempre en la casa de los indígenas. Un derecho para conflictos internos de escasa monta. Para los grandes conflictos está el superior derecho del Estado. Pero cada vez es mayor el número de opiniones en los estudiosos de la cultura occidental, que destacan los valores de la cultura indígena<sup>26</sup>.

La relevancia de este derecho ancestral y consuetudinario indígena se basa en varios argumentos. El primero es el *sentido comunitario* que los indígenas tienen de su derecho y en general de las reglas de comportamiento. El segundo es el carácter de *derecho nativo destruido por los colonizadores con el que mantienen un vínculo esencial desde los orígenes de los tiempos*.

Veamos ambos argumentos:

---

<sup>26</sup> Valores de la cultura indígena presentados muchas veces en contraste con la cultura occidental u otras culturas. Daniel Oliva y Diego Blázquez opinan que los derechos de los pueblos indígenas están basados en el valor de la libertad, la igualdad y la diversidad, y se conforman como “normas protectoras de la identidad cultural diferenciada que asegura la autonomía y dignidad cultural de las personas indígenas y que pueden así realizar aportaciones significativas al desarrollo compartido y la ética global [...] deben ser contemplados como instrumentos favorecedores del diálogo intercultural, la paz, la convivencia y la solidaridad internacional” (Oliva Martínez, D., y Blázquez Martín, D., *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Valencia : Tirant Lo Blanch, 2007, p. 220) José Luis López Fuentes, después de hacer un estudio de casos jurídicos indígenas, llega a compendiar las notas de derecho indígena de esta manera: integral porque engloba a toda la comunidad, basado en la tradición cultural de la comunidad, dinámico y versátil, adaptándose a la situación del momento, a la propia dinamicidad natural de la práctica comunitaria, promotor de la reinserción del individuo antes que el rechazo o castigo, promotor de la armonía comunitaria, ya que la autoridad debe obedecer a lo que la comunidad establezca en la asamblea (López Fuentes, J. L., *Los derechos de los pueblos indígenas*, Málaga : Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, 2006, p. 82)

A) En las comunidades indígenas zapatistas destaca sobremanera el sentido colectivo y comunitario del derecho y de sus manifestaciones. La propiedad, la tierra, la cultura... todo es colectivo siendo el referente la comunidad y no los individuos que la componen.

Los derechos indígenas son normas de la comunidad y no del individuo como tal. Los derechos liberales occidentales son normas derivadas de la propia naturaleza de la persona y preexistentes a la creación de la comunidad. Aquí, la comunidad, ya sea social o estatal, es posterior a la existencia de estas normas cuyo entramado principal son los derechos de la persona. Los indígenas, en cambio, no tienen este sentido individualista y previo a la comunidad de las normas reguladoras de su convivencia, pues estas normas lo son de la comunidad y del individuo en cuanto forma parte de la comunidad.

No entra en la lógica del derecho indígena zapatista -y en general de los derechos indígenas- la lógica individualista liberal. Pongamos algunos ejemplos. El trabajo familiar para la comunidad no responde al trabajo individual y su individual retribución. La concepción indígena de la tierra y sus productos (persona y tierra en un todo) no responde al derecho individual de la propiedad y su derivado derecho de enajenación; un indígena no puede vender la tierra, porque ésta forma parte de sí mismo. La expoliación del entorno natural tan frecuente en Occidente no responde al sagrado respeto de los indígenas hacia el medio natural donde viven y que los mantienen. Hasta el proceso y el derecho penal tienen este sentido colectivo, pues la mediación<sup>27</sup> es una práctica habitual en el desarrollo del proceso y en la aplicación de las sanciones<sup>28</sup>.

Junto a los textos zapatistas transcritos en las notas anteriores, oigamos el informe de *Paz con Democracia*, asociación surgida del conflicto de Chiapas, que envió una misión de observación, formada por personas de gran prestigio social y talante independiente, a las comunidades indígenas zapatistas para elaborar un informe de la situación y un plantel de propuestas. El informe, tras numerosas entrevistas en las comunidades, concluía en el apartado "Impartición de justicia" de esta manera: "Se prefiere casi siempre la reparación del daño, el trabajo comunal, el convencimiento y la reflexión sobre quienes mantienen conductas o realizan acciones no aprobadas por la

---

<sup>27</sup> Un párrafo de la Treceava Estela, texto básico de la revolución zapatista, dice así: "En el caso de las denuncias que recibe la Comandancia se turnan al Comité de Zona para investigar su veracidad y, en caso positivo, solucionar el problema juntando a las partes para hacer acuerdo" <http://www.nodo50.org/pchiapas/chiapas/documentos/calenda/chiapas2.htm> (Consulta: /15/01/2013)

<sup>28</sup> Hay una frase corta de la Treceava Estela de la revolución zapatista que expresa este sentido comunitario del derecho penal indígena: "El responsable es castigado obligándolo a hacer colectivo y a reponerle a la comunidad lo que tomó indebidamente". <http://www.nodo50.org/pchiapas/chiapas/documentos/calenda/chiapas2.htm> (Consulta: /20/01/2013)

comunidad...En los conflictos entre particulares operan la conciliación, la negociación entre las partes hasta llegar a un acuerdo satisfactorio para ellas”<sup>29</sup> .

El sentido colectivo y comunitario del derecho indígena, que sale de la comunidad y la comunidad lo aplica, nos indica claramente que el derecho ancestral o consuetudinario, transmitido de generación en generación por las comunidades, reviste un especial valor para los indígenas.

B) El valor de este derecho ancestral o consuetudinario indígena resplandece cuando entra en colisión con el derecho del Estado, porque en estos casos de conflicto los indígenas se refieren a su derecho como el derecho nativo, una especie de derecho natural, anterior al derecho estatal y que éste debe asumir y respetar. Un derecho injustamente destruido por el conquistador hispano y sustituido por un derecho imperial que en nada se ajustaba a la cosmovisión y patrimonio de creencias y comportamientos de los indígenas. En la colonización de las Indias la Corona española creó un derecho especial para controlar las poblaciones originarias del “nuevo mundo”. A este orden jurídico especial lo llamó “derecho indiano”. Este derecho está formado por dos elementos básicos: el derecho creado expresamente para las colonias y el derecho castellano que se usaba en caso de no disponer de normas especiales para las colonias. También formaba parte de este derecho en una dimensión muy menor cualitativa y cuantitativamente las normas del derecho indígena aceptado y reconocido por la Corona y sus autoridades<sup>30</sup>.

También fue postergado el derecho indígena en México en el periodo republicano posterior a los reinos hispanos. Con las revoluciones americana y francesa llegaron los aires de la ideología liberal de la época y sobre ella se fundaron los nuevos Estados latinoamericanos, la conversión de los reinos de la Corona de España en nuevas repúblicas. Los nuevos Estados centralizaron el poder que ejercían sobre el territorio y sus habitantes. Crearon un sentimiento

---

<sup>29</sup> <http://www.nodo50.org/pchiapas/chiapas/documentos/jbg.2.htm> ((Consulta: 24/01/2013)

<sup>30</sup> Hay que distinguir entre el derecho indígena practicado por los indígenas y el derecho indígena que el Estado acepta. Una distinción tanto más relevante cuanto más se separa uno de otro derecho: el derecho real de los indígenas y el mínimo derecho indígena aceptado por el Estado, que especialmente acontece en

en fases históricas primarias de relación antagónica del Estado y los pueblos indígenas. Es cuando el mínimo derecho indígena estatal contrasta con el extenso derecho indígena real. La separación es aún mayor cuando el Estado legisla un derecho para los indígenas contradictorio con el derecho que éstos practican. Es ésta una distinción no frecuente en los tratadistas. Creo que en ella entra López Fuentes cuando habla de “derecho indígena” y “derechos indígenas”. El derecho indígena es para él “el derecho propio que se produce desde los mismos pueblos indígenas”, mientras que los derechos indígenas son “todos los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Estado y materializados en la Constitución, las leyes, los reglamentos u otros instrumentos jurídicos” (López Fuentes, J. L., *Los derechos de los pueblos indígenas*, Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, 2006, p. 43).

de pertenencia a la nación, de conciencia nacional, establecieron una lengua oficial, fomentaron valores comunes y crearon un sistema jurídico propio, un Derecho único en el territorio del Estado.

En las Indias del Imperio hispano y en las Repúblicas de los Estados independientes latinoamericanos siempre se vivió una *tensión jurídica* entre el derecho oficial del Estado y los derechos de las culturas indígenas y una *tensión sociológica* entre la realidad social del derecho practicado y la imposición del derecho oficial por las autoridades del Estado.

Después –continuamos con Ehrlich- viene el derecho de los jueces y el derecho de la doctrina. Y también el derecho indígena se surte de las decisiones de los jueces y de la doctrina. Los jueces indígenas aplican y adaptan el derecho ancestral a los nuevos tiempos y sus necesidades. Y los consejos de ancianos son, al mismo tiempo, guardianes del derecho ancestral y órganos que deliberan y resuelven los casos difíciles. Como los altos tribunales de justicia de las democracias parlamentarias, también los consejos de ancianos de las comunidades indígenas zapatistas “sientan jurisprudencia”.

2. Herbert Hart describe la génesis y configuración histórica de las normas del derecho primitivo coincidente con los testimonios y los documentos del derecho indígena zapatista. Hart nos dice que se produce una evolución en los pueblos primitivos que va desde las primeras y simples normas de conducta a las normas de reconocimiento, cambio y adjudicación, es decir, a las normas para identificar cuáles son las normas jurídicas vigentes, las normas para regular nuevas situaciones y las normas para resolver los conflictos de derecho. Por lo tanto una evolución que va desde las simples normas primarias de conducta a las tres clases de normas secundarias indicadas. La razón de ser de esta evolución es el crecimiento de las relaciones sociales y de los conflictos producidos en este proceso de crecimiento. Este crecimiento provoca la insuficiencia de las simples y primitivas normas de conducta, que durante un tiempo no necesitaron otros apoyos para su eficacia debido al sentido comunitario de los indígenas tan radicalmente opuesto al sentido individualista del derecho de la cultura occidental.

Esta misma evolución de las normas podemos percibir en el derecho indígena zapatista, del que los textos y opiniones predicen su carácter dinámico en el sentido de que nuevas normas vienen a engrosar el patrimonio del derecho ancestral cuando éste es insuficiente para dar una solución justa a los nuevos conflictos sociales. Y así junto al derecho ancestral, sagrado para los zapatistas, aparecen como complemento normas que regulan las nuevas necesidades y problemas (las normas de cambio hartiana) y normas que resuelven los casos de conflicto (normas de adjudicación hartiana)

3. Norberto Bobbio describe una antropología de las normas jurídicas coincidente con la trayectoria del derecho indígena. Un tránsito desde los sistemas jurídicos simples a los semicomplejos y de éstos a los complejos, como

he indicado antes. En las sociedades primitivas imperan únicamente las normas de conducta. Posteriormente para asegurar la eficacia de las normas acompañan a las normas de conducta las normas sancionatorias. Y más adelante la complejidad de la sociedad exigirá la confluencia de todas las clases de normas, uniéndose a las normas sancionatorias las normas de producción jurídica. “El paso desde un sistema social primitivo al ordenamiento jurídico –asegura Bobbio– se ha producido en un primer momento con la institución del juez y sólo en un segundo momento con la del legislador. El juez, una vez instituido, asume habitualmente también la función de la producción normativa para la conservación e incluso la modificación de un derecho consuetudinario propio de un sistema primitivo. De tal manera reúne en sí las dos funciones de la conservación y de la transformación del sistema. Sólo cuando, a través de un proceso posterior de división del trabajo, se formen en sociedades más evolucionadas órganos a los que se atribuye la competencia específica de la producción normativa, el juez pasa a ser el órgano específico de la conservación del sistema”<sup>31</sup>

Éste es el esquema de Bobbio y es también el esquema de las comunidades indígenas zapatistas, que vienen a corroborar la justeza de la opinión del filósofo del derecho de Turín. En efecto, en los textos zapatistas, como ya he dicho, aparece en primer término un derecho indígena formado por usos y costumbres de la tradición, concretado en normas de conducta, transmitidas de generación en generación. Este conjunto de usos y costumbres son normas de conducta, que se imponen por sí mismas, por el sentido comunitario de los indígenas y su respeto a sus tradiciones y antepasados. Son normas evolutivas y no cosificadas. No hacían falta otros apoyos para la observancia de las normas. Pero las comunidades indígenas fueron creciendo y con ello aumentaron las posibilidades de incumplimiento de las normas y la necesidad de atender al cambio inevitable y a las nuevas necesidades. Y para cumplir la función de conservación del orden surgió la figura del juez, el guardián del derecho. Y para atender a la función de cambio e innovación la del legislador recaída en asamblea de la comunidad, aunque a veces la asamblea hacía las veces de legislador y juez. Esta asamblea desarrolló la importante función de producción normativa, cuando tenía que acomodar los usos y costumbres a los nuevos tiempos, y crear desde cero nuevas normas para nuevas necesidades.

A destacar la función legisladora de la asamblea de las comunidades indígenas zapatistas haciendo uso de una democracia directa. Las asambleas, de la que forman parte todos los hombres y mujeres indígenas mayores de edad, debaten y toman las decisiones políticas más importantes. Son una pieza fundamental de la forma de concebir la democracia de los indígenas zapatistas, junto con el carácter rotativo, temporal y movable de los cargos públicos, que

---

<sup>31</sup> Norberto Bobbio, ob. cit., p. 320.

todos los indígenas deben asumir en una etapa de su vida y aprender en el ejercicio de los mismos<sup>32</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

La conclusión de este artículo es la respuesta afirmativa a la hipótesis formulada en la introducción. Efectivamente podemos establecer un claro parangón entre los sociólogos y teóricos del derecho europeos, cuyas concepciones jurídicas hemos examinado en la primera parte de este trabajo, y las concepciones acerca del derecho de los zapatistas chiapanecos.

Como Gény los zapatistas presentan una pluralidad de fuentes del derecho, aun cuando el derecho ancestral y consuetudinario es anterior a la ley o disposición salida de las asambleas indígenas. Se asemejan a Kantorowicz en la importancia que conceden a los jueces y consejos de ancianos indígenas, expertos, experimentados y concedores de la realidad social, como quería el sociólogo del derecho alemán, pues el sistema político zapatista, basado en la rotación de los cargos públicos, era un instrumento adecuado para la formación en la experiencia y el ejercicio de responsabilidades. Y sobre todo se parece el derecho indígena zapatista al derecho plural de Ehrlich, con el que coincide en dos puntos: la diversidad de fuentes del derecho en primer término y el carácter prioritario en el tiempo y en el valor del derecho ancestral y consuetudinario indígena, equivalente al derecho social ehrlichiano, respecto a los otros derechos.

En relación con los teóricos del derecho Hart y Bobbio el parangón se sitúa en el ámbito de la antropología jurídica, pues la explicación cronológica de la aparición y sucesión de las normas jurídicas en ambos teóricos se corresponde con la evolución de las normas en las comunidades indígenas zapatistas. En efecto, las normas consuetudinarias o ancestrales o nativas (que estas tres denominaciones reciben) del derecho indígena zapatista coinciden con las simples normas de conducta de los orígenes de los pueblos primitivos, a las que llama Hart más concretamente “reglas primarias de obligaciones” y Bobbio “normas de los sistemas jurídicos simples”. Ya me he referido a ellas en el cuerpo del trabajo con citas textuales concretas de ambos autores. Pero la coincidencia no queda en este punto. Ambos autores siguen desgranando la aparición de nuevas normas en el desarrollo de los pueblos primitivos, porque la complejidad de la vida social les aboca a unos conflictos para los que es

---

<sup>32</sup> “que se le reconozca validez jurídica y jurisdicción, legalidad a las formas de gobierno de la comunidad. En las comunidades indígenas es muy común que la máxima autoridad sea la asamblea de la comunidad, la asamblea ejidal o la asamblea de paraje: es un colectivo que se reúne cada tanto, toma una serie de decisiones y nombra a alguien a quien le entrega el mando, es el que ellos deciden ... te entrego el mando, tienes que obedecer mi voluntad y entonces con esa voluntad que yo te entrego tú mandas para que se cumpla lo que estamos diciendo; en el momento en que no cumples te destituyen y ponen a otro, porque el que manda sigue siendo el colectivo” (Conferencia de prensa del EZLN, 23 de febrero de 1994, en EZLN, *Documentos y comunicados*, Vol. 1, México: Era, 1994)

necesaria la creación de nuevas normas, con un sentido conservador del ordenamiento establecido (“normas de adjudicación” de Hart, “normas sancionatorias” de Bobbio) y un sentido innovador para atender a las nuevas necesidades sociales (“normas de cambio” de Hart, “normas de producción jurídica” de Bobbio). Precisamente en la evolución del derecho de las comunidades indígenas zapatistas también las insuficientes normas ancestrales exigen con la creciente complejidad de la sociedad órganos que dicten nuevas normas para adaptar el derecho ancestral a las nuevas necesidades, cometido de las asambleas de las comunidades indígenas, y normas para la solución de los conflictos obra de jueces delegados de las asambleas (en primera instancia) y las mismas asambleas o los consejos de ancianos (en segunda instancia o para resolver asuntos de especial relevancia).