



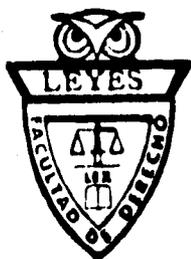
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO
CONSUEUDINARIO INDIGENA, PERSPECTIVAS DE
PLURALISMO JURIDICO EN MEXICO**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
LUIS ALFONSO ORTEGA PELAYO**



MEXICO, D. F. OCTUBRE DE 1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

DR. ING. DIEGO ELVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
UNIVERSITARIA

P R E S E N T E.

Muy señalado Señor Director:

El compañero ORTEGA DELAYO LUIS ALFONSO, inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado un Tesis Profesional intitulada "BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INDIGENA. PERSPECTIVAS DE PLURALISMO JURIDICO EN MEXICO" bajo la dirección del Lic. Felina Rosas Martínez, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Licenciado Rosas Martínez en oficio de fecha 11 de octubre del presente año, me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis; por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 vigente Reglamento de Exámenes Profesionales suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

A T E N T A M E N T E.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
M. Guadalupe, 1.º E. octubre 24 de 1966.



DR. GUADALUPE
DIRECTOR DEL SEMINARIO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Facultad de Derecho
Seminario de Derecho
Constitucional y de Amparo.

Dr. Francisco Venegas Fraijo
Director del Seminario de
Derecho Constitucional
y de Amparo.

P r e s e n t e.

Distinguido doctor:

Con toda atención informo a usted que he dirigido y revisado completa y satisfactoriamente la tesis profesional intitulada "BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA PERSPECTIVAS DE PLURALISMO JURIDICO EN MEXICO", elaborada por el alumno ORTEGA DELAVALLE ELI ALFONSO, la cual desota en mi opinion una inventaja de merito, que reúne los requisitos académicos de conformidad al Reglamento de Exámenes Profesionales.

A T E N T A M E N T E.
POR MI RAZA MARCARA EL ESPERITU
Cd. Universitaria, D.F., octubre 11, 1966.

Felipe Rosas Martínez
LIC. FELIPE ROSAS MARTINEZ,
Profesor Adscrito al Seminario de
Derecho Constitucional y de Amparo.



FM 100

**DEDICATORIAS
Y
AGRADECIMIENTOS**

A mi madre, la Sra. Estela Pelayo, por todo lo que me has dado, por tu paciencia, tu ayuda, tu fe en mí, por ayudarme en todos los momentos. Porque si no fuera por tí, jamás se vería este fruto. Por llevarme por el camino de la honradez y de la franqueza. Mamá, gracias.

Al Sr. Ingeniero Luis Ortega Olascoaga, mi padre. Gracias por tu ejemplo de honradez y de trabajo que siempre guían mis pasos. Papá, a tu memoria. Porque siempre estás conmigo.

A mi hermano, Carlos Ortega Pelayo. Porque sé que darás satisfacciones mayores a las que hoy se miran.

Dedico y agradezco a mis tíos: Javier Ortega Olascoaga y Jesús Ortega Olascoaga, por todo su cariño y ayuda en los momentos más precisos. A su memoria.

Agradezco y dedico el presente trabajo, al Sr. Licenciado Heladio Ramirez López, por su ayuda desinteresada. Porque en el momento en que toqué a su puerta, nunca dudó en brindarme su apoyo. A usted Licenciado Heladio, gracias por siempre.

Agradezco al Licenciado Juan Bosco, por su confianza, su disposición y por su valiosa ayuda.

Al gran humanista mexicano, el Sr. Doctor Raúl Cervantes Ahumada, por su guía, orientación, por sus sabios consejos y su prudente punto de vista. Por su lógica implacable. Por su ética. Por su caballerosidad. Porque como el mar, su sapiencia es ancha, con sabor a sal.

Al Sr. Doctor, José Emilio Ordoñez Cifuentes, por su singular modestia, que nace de la seguridad interna de su valor como ser humano digno y honesto. Por su guía, en la realización de este trabajo, por sus enriquecedores conceptos.

Al Doctor Jorge Alberto González Galván, por su paciencia, orientación, por mostrarme un camino sumamente interesante, que aún luce desierto. Por brindarme un trato de amigo, por considerarlo mi maestro.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por brindarme ésta gran oportunidad. Porque es un privilegio provenir de ésta máxima institución de la cultura en toda la América Latina. A ella, gracias.

Dedico éste humilde tributo a los que en su tierra, cada uno es gran señor: a los indígenas de mi Patria.

Señor, gracias por todo lo que me has brindado; Padre a Tí estoy dedicando lo que de Tu santa mano brotó. Virgen María, a Tí acudí, y nunca salí desairado; me diste más de lo que yo hubiera pedido jamás. Gracias.

ADVERTENCIA

En este trabajo se encontrarán ideas en algunos aspectos contrarias a nuestro presente; el autor de esta investigación, hace patente que será en las primeras décadas del próximo milenio que estos temas a nivel jurídico-constitucional sean eminentemente abordados. Igualmente se deja constancia que toda la estructura de este escrito en toda su forma, y sobre la trascendencia de lo dicho aquí, en todos y cada uno de sus aspectos, son responsabilidad única y exclusiva de este autor.

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Este trabajo, refleja una gran demanda que tienen los pueblos indígenas que han dado origen a la búsqueda de salidas a la desesperante situación de opresión en que viven estos pueblos. Esta tesis es un quehacer lleno de esfuerzo y de compromiso social. La cual quiere ser un impulso que vigorice las tareas en favor de los pueblos indígenas en México. Estas tareas son urgentes y a nuestro juicio, implican una profunda, enorme vocación de servicio.

El panorama que presentamos ante ésta consideración, trata los diversos aspectos que ofrece el derecho consuetudinario indígena, en sus aspectos fundamentales. Son tan interesantes todos y cada uno de ellos, que un sólo tema justificaría no ya un capítulo, sino la redacción de un libro, que al conocimiento del que esto escribe, aún no sea realizado en México, sobre tan importante tema. La ciencia jurídica es infinita en sus alcances y modalidades; cualquiera que sean las formas de abordar este tema implican que con la mente dispuesta, fresca, abierta, se intenten nuevos horizontes para reenter el camino que actualmente luce anquilosado y que tiende a petrificarse. Dar un auge a los nuevos conceptos, que al fin de cuentas lleven como objetivo, en todos implícito, el hacer el bien, evitar el mal.

Existen maneras diversas de entender y concebir al mundo, a la

naturaleza, al hombre, a la cultura, al derecho. A fines de los años ochentas, es que se empieza a hablar del derecho consuetudinario indígena, de la presencia en el mundo jurídico. Reiteramos que son escasas las obras que versen sobre el derecho consuetudinario indígena como tal. Un motivo, que para los estudiosos de la ciencia jurídica, el derecho en cuestión, no es derecho, es decir, esta definición es ajena a los objetos de análisis tradicionales y dogmáticos dentro de los sistemas jurídicos de occidente. Discutible ya que el derecho no es creación exclusiva del Estado. Cada cultura tiene una concepción distinta de crear y aplicar el derecho, con definiciones propias e instituciones con profundo apego y respeto a la naturaleza (cosmovisión). En el marco del derecho constitucional, es casi nulo el estudio de estos temas. La cuestión indígena no puede seguir siendo ignorada por la ciencia jurídica.

Se fundamenta nuestro estudio en la raíces milenarias que permean el presente, y la vida cotidiana de los pueblos indígenas, y que les han permitido sobrevivir contra todos los embates del exterior. Las reflexiones que se presentan a consideración, pretenden abrir una alternativa de análisis jurídico sobre aspectos del derecho consuetudinario indígena y su relación con el derecho nacional, desde la perspectiva de la pluralidad jurídica, del respeto a las diferencias tanto culturales como ideológicas, y al mismo tiempo cuestionar el enfoque exclusivo del positivismo jurídico.

Las discusiones sobre el tema son polémicas, que indudablemente nutren a la concepción jurídico-constitucional sobre el derecho, y haciendo énfasis en el análisis social y humano de estos

problemas. La perspectiva del análisis se encarga de estudiar la interacción y el conflicto entre sistemas jurídicos diversos. La idea y finalidad del estudio, es proponer un nuevo cauce para la comprensión de éste asunto; ampliar horizontes de indagación del derecho enriqueciendo, en lo posible a nuestro saber, la ciencia jurídica. Fincar un orden jurídico con base en el pluralismo jurídico, que trae consigo el reconocimiento de realidades sociales y que coadyuva al enriquecimiento de los diversos sistemas jurídicos. Todo ello genera, sin duda, contradicciones y dificultades para su conceptualización.

Es de interés tratar al través del tiempo la expresión jurídica de las instituciones y dinámicas indígenas al interior del propio pueblo indígena, y su relación con la sociedad nacional y el Estado. Centramos nuestro interés en los pueblos indígenas, en los que se recienten los efectos de la imposición de un modelo normativo homogéneo a una realidad distinta y contrastante jurídica y socialmente. Este trabajo implícitamente da cuenta del vacío constitucional existente en este tema. Se observará el desconocimiento por la parte del derecho nacional de la realidad jurídica de los pueblos indígenas, de su derecho consuetudinario, y las implicaciones que genera tal ignorancia, como lo son en muchas ocasiones, la violación sistemática de los derechos más elementales de estos pueblos. Tratamos de la necesidad impostergable de reconocer el pluralismo jurídico que plantea la nueva relación entre el derecho nacional y el derecho vigente en los pueblos indígena. Ello plantea la discusión en relación a las reformas a la legislación, especialmente a la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, para el reconocimiento de la pluralidad jurídica en nuestro país.

Si del análisis jurídico surgiera la necesidad de trastocar múltiples instituciones y principios generales del derecho, que tenderían a su revisión, el simple planteamiento sería vanguardista, pues replantearían principios de igualdad, de seguridad jurídica, de institucionalidad, de derechos humanos, dándole a lo jurídico un contenido más humano, real, social y justo. Pero en éste presente, nos enfrentamos a una serie de problemas y debates de carácter teórico y metodológico, que finalmente constituyen un aliciente para nuestro análisis. No es lo mismo realizar un estudio tradicional, en que los elementos de análisis están dados por la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, y, en algunas ocasiones, en la costumbre jurídica, la menor de la veces; que adentrarse de elementos tales como cosmovisión, creencias, tradiciones, que le son ajenos. Por desgracia, éste tipo de estudios tiende a menospreciarse por parte de los juristas, abogados, formados en el análisis de un sistema jurídico con instituciones y fuentes jurídicas diferentes, agregando que se enfrenta hasta con las barreras culturales de su propia formación.

No existe una ciencia "ideal" para poder superar los obstáculos para el análisis, estudio y expectativas del derecho consuetudinario indígena. La metodología y teoría están en la mente de cada investigador; no hay unidad de criterios para abordar y comprender el tema, de ahí su importancia y riqueza, una veta inagotable de incógnitas, y como reto teórico y metodológico no es

menos importante. Luego, planteamos que para realizar un análisis jurídico sobre el llamado derecho consuetudinario indígena, es necesario entender que ningún problema se puede comprender y solucionar privilegiando en una sola ciencia, en este caso la jurídica, sino que debemos ampliarnos a un plexo social, en que se utilicen estudios antropológicos, y sociológicos, entre otros, que permitan comprender el problema en todos sus sentidos. El debate es polémico, delicado y complejo, pues México tiene un asunto que resolver y que no han encontrado salida y voluntad desde hace más de quinientos años. Por lo tanto, asumir el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a nivel constitucional, podrá ser factible en la medida en que sea reconocido el pluralismo jurídico, y por consecuencia que impere dentro de los pueblos indígenas su propio sistema jurídico, autónomo y diferente al derecho positivo vigente y nacional. Demostrar cómo el derecho consuetudinario indígena, representa una normativización paralela a la del sistema jurídico nacional.

El método jurídico pluralista, la transdisciplinariedad, y el diálogo intercultural, permean los aspectos esenciales de este trabajo. Sin embargo, muchos aspectos en esta materia, deberán estudiarse con mayor amplitud, y otros requerirán una acumulación de observaciones directas, para mejorar el conocimiento, que hoy se tiene de los fenómenos involucrados. La selección de los trabajos incluidos en el presente trabajo, se han hecho atendiendo principalmente a dos miras: por una parte exhibir los fundamentos y las investigaciones más importantes relacionados con el tema, y por la otra, destacar las diferentes modalidades en el tratamiento de

los problemas que plantea el derecho consuetudinario indígena, ha la construcción teórica del mismo, así como la experiencia ganada al respecto. Ello no es prometedor, reiteramos, por los escasos adelantos en este campo del derecho en la última década, asociados a un pobre desarrollo de bases teóricas suficientemente firmes para abordar los problemas que en general se le plantean al jurista, al abogado y al científico social, sobre éstos aspectos. Hoy en día estos aspectos, tienen un nuevo auge; es propicio el momento para la revalorización de los aspectos jurídicos de los pueblos indígenas como colectividades; rescatar los fenómenos de índole social, agudizados en nuestro país. Se trata de que no permitamos que la indiferencia gane terreno en México, que la conciencia crítica contribuya a la paulatina desaparición de esa negativa característica.

La presente investigación consta de cinco capítulos, agrupados estratégicamente y de acuerdo al enfoque teórico-metodológico que encauza este trabajo. En el primer capítulo, suponemos proporciona el basamento referido, al que se delimitarán los capítulos sucesivos; de hecho se trata de una sucinta exposición de los lineamientos teóricos que hemos considerado para abordar este tema. Luego, será el punto de partida y directriz del trabajo. La justificación del mismo es implícita en éste capítulo. Ofrecemos los fundamentos jurídicos, el marco teórico y conceptual, al igual que reflexiones metodológicas en torno al derecho consuetudinario indígena, mostrando su complejidad y diferencias en la manera de ser abordado.

En el Capítulo Segundo, bajo la óptica del método histórico jurídico, se mostrará el panorama del derecho consuetudinario indígena en diversas épocas, y su relación con el derecho nacional, en el siguiente orden: época prehispánica; el período colonial; el período republicano; y el período revolucionario hasta nuestros días.

En el Capítulo Tercero, con la base del método de derecho comparado, se analizará la relación del derecho consuetudinario indígena en sus aspectos mundiales, y la forma de abordar el tema en los instrumentos internacionales y regionales; las medidas adoptadas por los Organismos especializados de las Naciones Unidas, con respecto al multicitado derecho. Se observará el derecho consuetudinario indígena en relación al orden constitucional a nivel Intercontinental. Entre otros aspectos, trataremos la naturaleza colectiva de éste derecho consuetudinario, explicitando una nueva vertiente de reconocimiento de derechos humanos en el mundo. Hablamos de los movimientos indígenas y de su demanda, entre otras más, sobre el reconocimiento y respeto al derecho consuetudinario indígena por la parte nacional. Por último examinamos los recientes instrumentos internacionales en favor de los derechos de los pueblos indígenas, delimitando para nuestro objeto de estudio al derecho consuetudinario indígena.

En el Capítulo Cuarto, examinaremos el derecho consuetudinario indígena en el contexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el camino que se siguió para la elaboración de una propuesta de reforma constitucional para el reconocimiento de los

derechos culturales de los pueblos indígenas en México, hasta lograr la adición de un nuevo primer párrafo, al Artículo cuarto constitucional, en materia indígena; también de las diversas reformas legales y de la adecuación y tratamiento de las Constituciones Políticas Estatales en materia de pueblos indígenas y la relación existente con el derecho consuetudinario indígena. Haremos un análisis jurídico del Artículo Cuarto Constitucional y el derecho consuetudinario indígena. En éste devenir realizamos algunas reflexiones sobre el citado derecho, así como las repercusiones jurídicas de la adición del párrafo primero del Artículo Cuarto constitucional. Más adelante, exponemos algunas características y ventajas del derecho consuetudinario indígena; igualmente, tratamos de explicar las causas de la vigencia del derecho en cuestión, los procedimientos de administración de justicia indígena en la generalidad de los pueblos indígenas. Tocamos el interesante aspecto de las autoridades tradicionales indígenas y el derecho consuetudinario, así como las principales características de este sistema de autoridades tradicionales y, finalizamos con el estudio del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en el interior de sus colectividades, y por otra parte, la situación de los indígenas ante el derecho nacional, es decir, el conflicto existente entre etnicidad y derecho.

El Capítulo Quinto, se guiará por los principios de la diversidad, del método jurídico pluralista; aspectamos el pluralismo jurídico en perspectiva como eje en el cual girará la esencia del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena en México a nivel constitucional, de esta manera manifestamos la base del

pluralismo jurídico. Analizaremos la constitucionalidad del derecho consuetudinario indígena, y de los problemas inherentes al planteamiento del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a nivel constitucional. En un apartado más del capítulo, se hacen algunas referencias al derecho consuetudinario indígena, como un verdadero Fuero Social. Damos paso para algunas consideraciones para un posible entendimiento entre el derecho consuetudinario indígena y la legislación nacional. Por último se establecen los posibles aportes de la Antropología Jurídica para un mejor estudio y comprensión del fenómeno jurídico en los pueblos indígenas.

Estos capítulos llevan consigo un orden de ideas para que con solvencia se expongan las debidas conclusiones y obligadas consideraciones. La relación de las conclusiones obtenidas del análisis del producto de la investigación constituyen el objeto de la segunda parte de la investigación. Aún cuando falta mucho para mejorar nuestros conocimientos, se cree que los principios aquí desarrollados, aunque de manera breve, permitirán entender con claridad los fundamentos que gobiernan este trabajo recepcional, presentado ante ésta H. designación. La aportación está a la vista. Los pasos importantes están por venir.

CAPITULO I

CAPITULO I

1. FUNDAMENTOS JURIDICOS: MARCO TEORICO Y CONCEPTUAL DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA.

1.1. REFLEXIONES METODOLÓGICAS Y CONCEPTUALES EN TORNO AL ANÁLISIS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA.

Este tema es muy complejo y rico en su reflexión, al igual que debatible. Pero antes de discutir, vamos a definir términos.

Comenzaremos reflexionando brevemente sobre la problemática metodológica y conceptual a la que nos tenemos que enfrentar en éste análisis jurídico al abordar el derecho consuetudinario indígena. Es importante estudiar y conocer el derecho consuetudinario indígena, ya que es integrante de la estructura social y cultural de un pueblo; sirve para tener un mejor conocimiento de las culturas indígenas, especialmente en México. Junto con el idioma, el derecho consuetudinario conforma un elemento básico de la identidad de un pueblo, de una nación. De ahí, la importancia de preservar este derecho tradicional consuetudinario.

Es importante, pues la naturaleza del derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado, influyendo así en la posición de aquellos en el conjunto de la sociedad nacional. Es importante, entre otras situaciones, porque el derecho consuetudinario es considerado un derecho colectivo, un derecho cultural, un derecho de los pueblos indígenas.

El sistema jurídico indígena comprende implícitamente, la existencia de una concepción diferente del mundo, una cultura jurídica distinta y una manera de regular normativamente su existencia. (1)

Estos aspectos se encuentran frecuentemente entre los pueblos indígenas. Al ser considerado el derecho consuetudinario indígena como un sistema jurídico, requerirá de su análisis en su relación con el derecho nacional vigente. El concepto de derecho consuetudinario, se refiere a todos aquellos hábitos, usos y normas aceptadas y practicadas por un grupo social que han adquirido fuerza de ley. El carácter obligatorio de estas normas implica la existencia de un poder público, de una autoridad encargada de su observancia. (2)

(1) Vid. ARAOZ VELASCO, Raúl, "El sistema jurídico y la costumbre. Ideas para un modelo de estudio y elaboración conceptual del sistema jurídico indígena." Ponencia presentada en la mesa redonda sobre Antropología y Derecho, en la Facultad de Antropología de la Universidad Autónoma del Edo. de Méx., Toluca, agosto, 1988.

(2) Cit. Pos. VALDIVIA DOUNCE, Teresa, en: Costumbre Jurídica Indígena (bibliografía comentada). 1a. ed, Ed. INI, México, 1994, p. 10.

"El derecho consuetudinario no debe ser entendido como una suma de costumbres más o menos normativas, sino como una forma específica y significativamente jurídica que se establece para fijar las relaciones deseables en un ámbito intercultural. Tal forma tiende a trascender la normatividad de las costumbres, a producir un tipo de normatividad de las costumbres, a producir un tipo de normatividad mucho más imperativa e independiente del estatus personal de quien dice o recuerda la norma para que se cumpla."(3)

El sistema jurídico, es un conjunto de normas reguladoras de la vida social. (4) Particularmente en México, se observa el desconocimiento por parte de los estudiosos del derecho nacional de la realidad jurídica de los pueblos indígenas: de su derecho consuetudinario. Esto llega a generar una violación sistemática de sus derechos de los pueblos indígenas. Este derecho consuetudinario, constituye una reivindicación de derechos propios de parte de los pueblos indígenas. El estudio del derecho consuetudinario indígena a hecho que nos enfrentemos a nuevos retos teóricos y metodológicos.

Partimos de una definición bastante general del derecho consuetudinario (contrastando con el derecho nacional) entendido como el conjunto de normas y costumbres de carácter obligatorio que regulan el orden social de un grupo. Lo primero es distinguir estas

(3) Cit. Pos. DURAND ALCANTARA, Carlos, "Por una reformulación de la legislación mexicana en materia de poblaciones indias." en: Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Derechos Contemporáneos de los Pueblos Indios. Serie Li: Cuadernos del Instituto, a) Derecho Indígena, núm. 1, la. ed. Ed. IJ/UNAM. México, 1992, p. 97, n. 7.

(4) Cit. Pos. DIAZ MULLER, Luis y CARRASCO, Tania, "El Derecho Indígena." en: Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina. Rodolfo Stavenhagen (Coordinador). la. ed. Ed. El Colegio de México/IIDH. México, 1988, p. 47.

dos concepciones del derecho:

a). El derecho positivo nacional, que representa el sistema oficial codificado y por tanto escrito, y una de cuyas características principales es que parte de la generalidad al hecho; desde la norma jurídica se tipifica el delito que establecen las sanciones.

b). Por otro lado, el derecho consuetudinario que está referido a los usos y costumbres, a normas no codificadas, ni escritas, se trata por lo tanto, de un derecho esencialmente oral, que va de lo particular a lo general; en este sentido es un derecho situacional y sustantivo: existe delito mientras se cometen transgresiones que se tipifican como tales.

Lo anterior revela la oposición entre derechos, que tienen un carácter asimétrico de ésta relación, nos remite a un dualismo; a formas diversas de entender, crear y comprender el derecho.

Por otra parte, la definición de derecho consuetudinario, entiende al derecho como un sistema jurídico con su propia autonomía. (5) Es posible encontrar un conjunto de normas preestablecidas relacionadas y coherentes entre sí que constituyen una estructura y un sistema. Esto lo trataremos de indagar

(5) De ello, a favor se pronuncia SARDI, Chase, "Derecho Consuetudinario Chamacoco", Cit. Pos. CHENAUT, Victoria, y SIERRA, Teresa, "El campo de la investigación de la antropología jurídica", en: Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales. Vol. XIII. Núm. 43. Noviembre 1992. Ed. CONACYT/UAM, Unidad Iztapalapa. México, 1992, p. 104.

considerando la dimensión histórica del cambio legal, tanto en los procesos jurídicos dirigidos a los indígenas, como en el derecho propio de los pueblos indígenas, para tener una visión general que permita comprender a través del tiempo la expresión jurídica de las instituciones y dinámicas indígenas, en relación con la sociedad mayor y el Estado.

Entre los problemas a que hacemos alusión, tenemos el campo fundamental de la homogeneidad normativa de la ley frente a la pluralidad normativa de los pueblos indígenas.

Estas son algunas alternativas que surgen al indagar esta compleja relación entre la antropología, la sociología, la etno-historia, y el derecho en el medio indígena.

Este análisis debe partir de una pregunta: ¿existe un derecho consuetudinario indígena?. En el transcurso de este trabajo recepcional, daremos respuesta a esta interrogante.

Según el principio de igualdad jurídica, todos somos mexicanos, y que estructura nuestro orden constitucional, existe un derecho nacional y no se concibe otro tipo de derechos, por ejemplo, el de los pueblos indígenas. Esto plantea que el derecho consuetudinario indígena se entiende desde una realidad existente, y es la vigencia de normas de control social en los pueblos indígenas al margen de lo contemplado por el orden jurídico nacional. Por ello, los pueblos indígenas al entrar en contacto con las leyes nacionales observan una contradicción u oposición que existe entre

sus valores y los que procura proteger dicho orden jurídico.

Para dar coherencia y significado conceptual al llamado derecho consuetudinario indígena, es preciso tomar en cuenta estudios antropológicos, sociológicos, entre otros, que permitan transitar sobre una serie de obstáculos metodológicos; hablamos aquí de transdisciplinariedad, de ahí el poco interés, entre otros tantos, por el estudio del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Al exponer este tema, requerimos ampliar los horizontes de nuestra formación profesional y cultural para dar paso a una mente abierta y fresca que el tema precisa. Por otra parte el derecho consuetudinario contiene interrogantes de amplio espectro; este aspecto recorrerá todo el sentido de este trabajo recepcional.

Ello nos sitúa en un ambiente propicio para plantear la existencia de un control social indígena, que la reflexión teórica occidental dominante sobre el derecho, que niega el carácter de derecho propio de los indígenas. Teniendo este derecho occidental, el monopolio de lo jurídico. Nos referiremos a algunos elementos principales que explican el objeto de estudio, así como a la concepción que servirán de guía para la presente investigación.

Así, el derecho consuetudinario está fundado en la costumbre y se define en forma amplia como: "El conjunto de reglas que rigen la vida y las relaciones en los pueblos y que la autoridad hace

respetar u observar, basándose en las costumbres jurídicas de los pueblos, para evitar que alguien perturbe el orden público o la vida pacífica de la comunidad o cause perjuicio material, ritual o moral a otro."(6)

Para interpretar los fenómenos jurídicos de los pueblos indígenas de México, existen dos enfoques radicales:

1). El que supone que la vida cotidiana de los pueblos indígenas se regula por preceptos justos y ancestrales que mantienen un orden ajeno al derecho que rige la nación. Se piensa que los mecanismos de control social internos constituyen por sí mismos un sistema de justicia y que, por lo tanto, resulta válido hablar de un derecho indígena propio. Los partidarios de este enfoque adoptan el concepto de derecho consuetudinario para especificar el contenido de sus estudios.

2). Los que consideran que aún entre los indígenas existen los restos de un derecho antiguo o reminiscencias de la justicia impuesta por el régimen colonial; sólo prácticas jurídicas. Además, consideran que el Estado mexicano ha intervenido tanto en este orden local, que terminó por trastocar el poder de las autoridades indígenas. Los asuntos que atienden son tan insignificantes como el robo de gallinas o de novias, de tal manera que el ámbito de lo jurídico entre los indígenas sólo se reduce a

(6) Cit. Pos. CORDERO AVENDAÑO, Carmen, "La justicia en el derecho consuetudinario en las comunidades zapotecas del Valle de Tlacolula.", en: Tradiciones y Costumbres Jurídicas en Comunidades Indígenas de México, Rosa I. Martínez y Gisela González Guerra (Coordinadoras), la. ed. Ed. CNDH, México, 1995, p. 44.

un conjunto de costumbres que pueden englobarse bajo el concepto de costumbre jurídica.

Por ello, para abordar el tema, implica, primero, distinguir el llamado derecho consuetudinario, de la costumbre jurídica de los pueblos indígenas.

Se entiende por derecho consuetudinario "el uso uniformemente practicado por un determinado grupo de personas durante largo tiempo, reconociéndole dicho grupo trascendencia jurídica. En cambio, la costumbre jurídica es generalmente entendida como la repetición de actos de la misma especie referidos a una materia no regulada o sobre aspectos no previstos en las leyes.(7)

A diferencia del derecho positivo nacional, la costumbre, por cuanto derecho consuetudinario, tiene relación con toda la estructura de la legitimidad de los pueblos indígenas como son: sus relaciones de parentesco, concepciones cosmogónicas, principios filosóficos, con centros religiosos, vínculos sociocomunitarios, reglas de comportamiento y de convivencia social. En contraste a la tradición romana (como derecho escrito), y del derecho positivo mexicano, el derecho consuetudinario se ha conformado a través de la oralidad, cuya fuente es la práctica cotidiana de la vida comunitaria, en procura de la mejor regulación

(7) Cit. Pos. CARRASCO, Tania, Et-Al., en: Las costumbres jurídicas de los indígenas en México. Avance de una investigación. Walter Beller Taboada (Coordinador). la. ed. Ed. CNDH. México, 1994, pp. 8-12; Cfr. ESCALANTE BETANCOURT, Yuri, "Panorama de la normatividad interna e instancias jurídicas entre Coras, Huicholes y Tepehuanes", en: Tradiciones y costumbres..., pp. 129 y ss.

y desenvolvimiento de los pueblos indígenas.(8)

"El derecho en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Tratándose imperativo-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades."(9) "El tecnicismo puede usarse para designar tanto un precepto aislado como un conjunto de normas, o incluso todo un sistema jurídico."(10)

Dentro de la Teoría General del Derecho, existen cuatro corrientes ideológicas jurídicas que se destacan en el curso histórico y que pretenden explicar la naturaleza del derecho; a la primera se le denomina "Jus naturalismo"; a la segunda "Jus positivismo"; a la tercera "Jus marxismo"; y a la cuarta "Jus realismo sociológico".(11)

Desde el punto de vista del positivismo jurídico, se entiende por orden jurídico vigente "al conjunto de normas imperativo atributivas que en una cierta época y en un país determinado la autoridad política declara obligatorias."(12)

Esta vigencia se deriva de una serie de supuestos. "Tales supuestos cambian con las diversas legislaciones. En lo que toca a derecho legislado (...) de acuerdo con nuestra Constitución, son preceptos jurídicos, por ende, (...) obligatorios, los aprobados por

(8) Cfr. DURAND ALCANTARA, Carlos, "Por una reformulación..." en: Op. Cit., p. 98.

(9) Cit. Pos. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Principales acepciones de la palabra derecho." en: Introducción al Estudio del Derecho. Pról. Virgilio Domínguez, 40a. ed. Ed. Porrúa, México, 1989, p. 36.

(10) Cit. Pos. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, en: Op. Cit., p. 36.

(11) Cfr. OVILLA MANDUJANO, Manuel, "Tendencias contemporáneas de interpretación del derecho." en: Teoría del Derecho, 5a. ed. Ed. Duero, México, 1985, pp. 82-114.

(12) Cit. Pos. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Principales acepciones de..." en: Op. Cit., p. 37.

ambas Cámaras, sancionados por el Ejecutivo y publicados en el Diario Oficial, desde la fecha que el acto de la publicación o en otra norma se indique."(13) En ese sentido, "derecho vigente es el políticamente reconocido, (...) al que el Estado crea o aplica por medio de sus órganos."(14)

En cuanto al derecho consuetudinario existen otros problemas. Para que surja según la teoría romano-canónica, "es indispensable que una práctica social más o menos constante, se halle unida la convicción de que dicha práctica es obligatoria (Inveterata Consuetudo et Opinio Juris Seu Necessitatis). Pero la presencia de estos elementos no implica lógicamente el reconocimiento, del derecho consuetudinario por la autoridad política."(15) "La inveterata consuetudo puede darse en una práctica colectiva, enlazada en la opinio necessitatis, sin que el hábito en cuestión sea sancionado por la autoridad como fuente de obligaciones y facultades."(16) Esta aseveración plantea que la costumbre, será derecho vigente al reconocerla el Estado, ya sea expresamente, cuando aparece en los textos legales, como preceptos de nuestro derecho;(17) o bien, se produce de forma tácita cuando, los tribunales aplican la regla consuetudinaria a la solución de las

(13) Ibidem.

(14) Vid. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, en: Op. Cit., p. 40.

(15) Ibidem, p. 38.

(16) Ibid.

(17) Por ejemplo, el Art. 10 del Código Civil del D.F. establece que: "contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario." Cfr. Código Civil para el D.F. Leyes y Códigos de México. Colección Porrúa. 59a. ed. Ed. Porrúa. México, 1991, p. 42.

controversias de que conocen.(18)En cuanto a la vigencia,esta es simplemente un atributo formal,es "el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias,jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él."(19)

En tanto que la positividad,es un hecho basado en la observancia,de cualquier precepto,vigente o no vigente."Las costumbres no aceptadas por la autoridad política es derecho positivo,pero carece de validez formal.(20)

Lo anterior se basa en el criterio oficial o estatal acerca de lo jurídico.Para el Estado se reconoce,exclusivamente como derecho:los preceptos elaborados de acuerdo con los requisitos de un proceso legislativo;las normas de la jurisprudencia obligatoria;la costumbre expresa o tácitamente admitidas por los órganos encargados de la formulación o aplicación de la ley;los tratados internacionales en vigor y,las normas jurídicas individualizadas.(21)Para los formalistas,fuera del orden que emana del legislador no hay derecho posible;el derecho se confunde con la ley.(22)

La costumbre no es fuente inmediata en el derecho positivo y

(18) Cfr.GARCIA MAYNEZ,Eduardo,en:Op.Cit.p.38.

(19) Id.

(20) Ibid.

(21) Ibidem,p.45.

(22) Cfr.LEFUR.Les grands problèmes de droit.Paris,1937,p.160.Cit.Pos.GARCIA MAYNEZ,Eduardo,en:Op.Cit.p.40,n.9.

vigente mexicano, sino secundaria, supletoria. El sitio ocupado entonces por el derecho consuetudinario es siempre marginal. Se le relega a un lugar de fuente, o simplemente se le niega toda importancia. Es fuente mediata, en el orden jurídico mexicano. La base de la definición de derecho consuetudinario parte de la definición de costumbre, para la ciencia jurídica.

Para Claude Du Pasquier, (23) la costumbre "es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es derecho nacido consuetudinario, el Jus moribus constitutum." François Géný (24) define a la costumbre como "un uso existente en un grupo social, que expresa un sistema jurídico de los individuos que componen dicho grupo." (25)

De las definiciones citadas, se deduce que el derecho consuetudinario posee dos características:

1) Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo; y

2) Tales reglas se transforman en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, como si se tratara de una ley.

Por lo tanto, la costumbre es entendida como la repetición

(23) DU PASQUIER, Claude, Introducción a la théorie générale et à la philosophie du droit, p. 36. Cit. Pos. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Las fuentes formales del orden jurídico," en: Op. Cit., p. 61, n. 10.

(24) Cit. Pos. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, en: Op. Cit., p. 61, n. 11.

(25) Ibid.

constante y uniforme de una regla de conducta, en el convencimiento que ella obedece a una necesidad jurídica, definición que debe completarse con las dos condiciones indispensables exigidos por el derecho consuetudinario para conceptualizarlo como tal.

Para la teoría romano-canónica, la costumbre tiene dos elementos, objetivo uno, subjetivo el otro. La primera de estas condiciones se refiere a la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder. Es decir, a una serie de usos sociales repetidos en una forma constante durante largo tiempo, lo que en términos jurídicos se designa por la expresión latina: Inveterata Consuetudo. La segunda condición, que es subjetiva, consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y que, por tanto, debe aplicarse; así, esta condición requiere la convicción de obligatoriedad de esos usos, la conciencia común de la validez de las normas consuetudinarias y que en términos técnicos se designa por la expresión latina: Opinio Juris. (26) "La convicción de la obligatoriedad de la costumbre implica la de que el poder público pueda aplicarla inclusive de manera coactiva, como ocurre con los preceptos formulados por el legislador." (27)

Conjuntamente, los dos elementos acotados del derecho consuetudinario, conforman la fórmula: Inveterata Consuetudo et Opinio Juris Seu Necessitatis. De las características del derecho

(26) Vid. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Las fuentes formales del orden jurídico.", en: Op. Cit., p. 62.

(27) Ibid.

consuetudinario enunciadas por la ciencia jurídica, nos llaman particularmente la atención porque constituyen serios obstáculos para la administración de justicia equitativa entre los pueblos indígenas y el resto de la nación: a) la ley nacional no reconoce costumbre o práctica en contrario, y b) la ley nacional sólo convocará a la costumbre cuando expresamente lo autorice. Esta última característica, manifiesta la poca importancia que la ley nacional otorga a la costumbre. En este sentido, el derecho oficial se autoreconoce como el único derecho existente y lo consuetudinario es un pequeño elemento dentro de una concepción completa y general del derecho: positivo, jus natural o marxista. (28) Para la reflexión teórica occidental sobre el derecho, se niega al control social indígena su carácter de derecho pleno. Por lo tanto, el problema a resolver es si, faltando el reconocimiento legal de la obligatoriedad de la costumbre, puede surgir ésta independientemente de su aceptación por los jueces.

Afirmativamente se pronuncia François Gény, (29) y opina que la costumbre jurídica no nace de la práctica de los tribunales, aún cuando reconoce que la aplicación de dicha costumbre por los jueces es manifestación indudable de la opinio necessitatis. "Si los tribunales aplican la costumbre es precisamente porque en su concepto corresponde a una (...) regla de derecho, (...) a un precepto nacido consuetudinariamente y anterior, por tanto a las decisiones

(28) Cfr. BALLON AGUIRRE, Francisco, "Sistema jurídico Aguaruna y positivismo", en: Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (Compiladores). 1a. ed. Eds. IIH/IIH, México, 1990, p. 121.

(29) Cit. Pos. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, en: Op. Cit., p. 64.

que le reconocen validez. La aplicación no constituye un acto de creación, sino de reconocimiento de la norma."(30)

Al hablar de vigencia formal, como un reconocimiento de una norma, o normas por el poder público, paralelamente, hablamos de una vigencia puramente social, entendiendo esta expresión como aquellos preceptos que la sociedad considera jurídicamente obligatorios, encuéntrense o no oficialmente reconocidos.(31)

Desde la oficialidad, las reglas consuetudinarias carecen de significación jurídica si el Estado no las admite. Pero la teoría romano-canónica ha de considerarlas como un verdadero derecho, porque en ellos concurren la inveterata consuetudo y la opinio juris seu necessitatis, como se ha expresado: "El legislador no puede atribuirse el monopolio del derecho, porque su actividad tropieza con una serie de barreras, insuperables, que derivan de la naturaleza misma de las cosas."(32) La conceptualización de que sólo existe un derecho, el nacional, es erróneo en este criterio, pues ha sido fundado en la unicidad cultural y por consiguiente unicidad jurídica.

(30) Id.

(31) Ibidem, p.47.

(32) Vid. GENY, François, Cit. Pos. GARCIA

MAYNEZ, Eduardo, "El método exegético." en: Op. Cit., p.337.

La expresión derecho consuetudinario, vemos que proviene del ámbito de análisis de ciertas teorías jurídicas que, en un enfoque positivista tienden más a describir fenómenos que a promover una explicación que los cuestione. Las perspectivas metodológicas y bases teóricas desde las cuales se realizan los acercamientos al derecho consuetudinario indígena, hacen posible comprender algunas cuestiones que originan diversos tratamientos al derecho en cuestión.

Es nuestra intención desarrollar, aunque brevemente los elementos teóricos del derecho consuetudinario, así, nos basaremos en los postulados del ius realismo sociológico, en lo concerniente a la definición del concepto de derecho consuetudinario desde una perspectiva amplia, que lo enmarca como un derecho social por excelencia, que se apoya en hechos normativos y en la garantía que el cuerpo social otorga al cumplimiento de éstos.

Para la ciencia jurídica, el derecho es simplemente un conjunto de normas; en tanto que para la comprensión de la sociología jurídica, el derecho es un fenómeno social que debe ser explicado en la misma forma en que lo son los demás productos de la vida colectiva. Para el jurista austriaco, Eugén Ehrlich, (33) a la sociología jurídica no le interesa lo que los códigos estimen que debe hacerse en tales o cuales circunstancias, sino el contenido

(33) Cit. Pos. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Disciplinas jurídicas especiales y disciplinas jurídicas auxiliares", en: Op. Cit., p. 159.

real de las relaciones jurídicas entre los hombres, un derecho viviente, lo mismo que el descubrimiento de las causas y factores determinantes de dicho contenido. Y, siguiendo a Ehrlich, "el derecho viviente es el que domina la vida misma, aún cuando no haya sido formulado en proposiciones legales. Las fuentes de nuestro conocimiento de este derecho son, en primer término, los documentos jurídicos modernos; en segundo lugar, la observación directa de la vida, del comercio, de los usos y costumbres, y de todas las asociaciones, no sólo de las reconocidas por la ley, sino también de las que no se han tomado en cuenta o han hecho a un lado, lo mismo que de los de aquellas a las que se ha negado su aprobación". (34)

El jus realismo sociológico pretende resolver, la interacción entre la sociedad y derecho considerando a este último como un hecho de la vida social. (35) Considerando el excesivo formalismo de juristas, referimos que según el pensamiento del jus realismo sociológico, el derecho es algo más que la regla de conducta respaldada por el Estado y que conlleva la amenaza de la sanción o del cumplimiento coercitivo en caso de no acatar dicha regla, por parte del Estado. Por lo tanto, considera que estas reglas de conducta son susceptibles de tener una sanción impuesta por el conglomerado social. Son reglas para el control social, que se basa en el consenso (elemento subjetivo de la costumbre), que da legitimidad a la autoridad y al orden establecido. En este sentido, aunque el carácter imperativo, que es atributo de las normas jurídicas, es un

(34) Idem.

(35) Vid. OVILLA MANDUJANO, Manuel, "Tendencias contemporáneas de...", en: Op.Cit. p. 84.

elemento esencial de su definición; la eficacia de éstas no está supeditada exclusivamente a la posibilidad de ser impuestas por el Estado. Su efectividad se encuentra ligada al consentimiento que se crea en un conjunto social sobre la necesidad de su cumplimiento. Es decir, a la convicción social de que adecuar la costumbre a la norma es lo adecuado, lo correcto, lo legal, lo justo, según sean los diferentes casos. La efectividad de una norma se encuentra en la costumbre o práctica social más que en la sanción o el temor a la misma que sostiene el positivismo jurídico. De ello, se deriva la diferencia entre ley y el derecho. Por tanto, la eficacia de las normas jurídicas será mayor cuanto más enraizadas se encuentren en la sociedad; que se tenga la convicción de que así deben ser las cosas la opinio necessitatis, más se generalizará la repetición de determinada conducta, y mayor será el grado de cumplimiento de la norma.

Por ello, la regla social-establecida en una colectividad-se le considera de carácter jurídico obligatorio. Estos elementos de juicio, nos permiten visualizar con mayor visión, la importancia que posee el derecho consuetudinario indígena, donde la voluntad común es el soporte de su dinámica, ya que, por una parte, expresa los procesos colectivos de creación de normas a través de la tradición y la experiencia y, por la otra, el consenso del pueblo que otorga la vigencia de la norma. La fuerza y eficacia de la vigencia del derecho consuetudinario, emerge del interior de las colectividades, y los individuos que la conforman, aceptan, observan y sancionan por su propio consentimiento, cual es la mejor forma para la preservación y

mantenimiento de los valores que benefician en su colectividad.(36)El derecho consuetudinario en su aspecto normativo,regula el comportamiento público de los miembros del grupo social,definen derechos y obligaciones de los individuos y tienen por objetivo el mantener el orden interno y la cohesión del grupo.Dichas normas operan en el manejo,control y solución de conflictos y disputas entre los miembros del grupo.

La validez de una norma debe ser inseparable de una necesidad y de un interés social.Si entra en contradicción de estas dos,es inoperante y no se justificaría en el marco de una colectividad determinada. Es decir,no se realizará,será nula la capacidad de promover acciones.Es por eso que la garantía social de una norma,es más importante que la garantía estatal,opinión externada por el jurista,Georges Gurvitch(37)de quien obtenemos basamento teórico.El propio Gurvitch,explica el porque de la multitud de normas declaradas ley por el Estado,que sin embargo,no se cumplen y son letra muerta.La garantía social se apoya en la autoridad de los hechos normativos que son impuestos por cuadros sociales que realizan justicia sin necesidad de estar organizados y aún menos de identificarse con el Estado.(38)Este avance teórico tiende a ubicar al derecho en el ámbito de la problemática social global.Esta garantía social no significa que el incumplimiento de una norma sea objeto de una sanción,ya que "el derecho no exige

(36) Cfr.CARRASCO,Tania,Et-Al,en:Las costumbres jurídicas de los indígenas en México...p.9.

(37) Cit.Pos.PADILLA,Luis Alberto,"La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala",en:Entre la Ley...p.263.

(38) Idem.

necesariamente una relación con la imposición, aunque admite la posibilidad de ser sancionado por medio de ella."(39)

Se deriva de lo anterior una definición de derecho consuetudinario, como la norma jurídica que resulta de una práctica general, constante y prolongada concerniente a una verdadera relación de hecho y observada en la convicción de que es jurídicamente obligatoria.(40)

Desde el análisis del positivismo jurídico, el derecho basado en la costumbre puede considerarse como un conjunto sistematizado de preceptos normativos, sin que se encuentren escritos ni codificados. Y, a partir de otras corrientes teóricas, queda claro que: El derecho consuetudinario es el ordenamiento jurídico que nace espontáneamente en el interior de un conglomerado social determinado y se caracteriza por tener un grado de eficacia mayor que el del derecho positivo. Es un derecho social por excelencia.

La positividad del derecho se funda en la validez que éste último tiene en la sociedad; es un fenómeno vivo. Entendemos que al interior de la sociedad se crean normas que regulan la conducta, más aún cuando éstas son diferentes del resto de la sociedad, como en el caso de los pueblos indígenas. El derecho estatal es un sistema jurídico entre otros.(41) En tanto, para la teoría jus positivista, no

(39) Vid. EHRlich, Eugén. Cit. Pos. PADILLA, Luis Alberto. "La investigación sobre..." en: Op. Cit. p. 263.

(40) SOSA, Cit. Pos. PADILLA, Luis Alberto, en: Op. Cit. p. 263.

(41) Ej. El sistema jurídico internacional; el sistema jurídico consuetudinario indígena.

reconoce que los pueblos indígenas puedan crear un derecho propio. Si confrontamos las premisas del derecho occidental con las de otras civilizaciones, hallaremos que lo que no se encuentra definido con iguales premisas y definiciones, concluyen que no cuentan con forma alguna de derecho. Inversamente el derecho occidental desde una visión civilizatoria diferente a la de su creación, consideraría que el derecho de occidente no existe, pues no se ajusta a los modelos indígenas de normatividad y control social "que son los que dan cuenta del derecho (universal), de todo derecho; he aquí un perfecto siopsismo jurídico." (42)

Al ser el derecho consuetudinario un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad, es propio de sociedades que carecen de Estado, u opera sin referencia al mismo. (43) Las normas y reglas se originan con referencia, generalmente, al contexto social en el cual representan una visión de la realidad social.

"En el proceso jurídico no sólo interviene el complejo de reglas y normas jurídicas de que dispone la sociedad, sino también de los valores culturales, así como el mundo de los signos, los símbolos y el lenguaje." (44)

En las sociedades con Estado, el derecho conforma una esfera distinta y específica del resto de la cultura y la sociedad. Los

(42) Vid. BALLÓN AGUIRRE, Francisco, "Sistema Jurídico Aguaruna...", en: Op.Cit., p.122.

(43) Cfr. STAVENHAGEN, Rodolfo, "Introducción al Derecho Indígena." en: Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Derechos humanos de los pueblos indígenas. Año VI. Núm. 17, mayo-agosto. 1ª. ed. Eds. IIJ/UNAM. México, 1991, p. 305.

(44) Cit. Pos. STAVENHAGEN, Rodolfo, "Introducción al estudio..." en: Op.Cit., p. 308.

especialistas pueden ocuparse del derecho con escasa o nula referencia al contenido social o cultural. La mayoría de los tratados jurídicos se caracterizan por eso. En cambio, el derecho consuetudinario en los pueblos indígenas se encuentra imbricado en la estructura social. Por ello para los observadores extraños es difícil trazar los límites de lo propiamente jurídico en estas sociedades, así entendemos el porque la antropología se haya ocupado poco del tema, y la ciencia jurídica prácticamente lo ignore, entre otros factores. Desde el punto de vista etnológico, el derecho consuetudinario indígena y el orden normativo nacional son dos modalidades que responden a análogos procesos de conformación cultural, puesto que el punto de referencia es la cultura, la pluralidad de culturas que confluyen en la nación. El análisis jurídico busca diferenciar las normas en tanto tales, mientras que el análisis etnológico busca incluirlas e interpretarlas en la totalidad del funcionamiento social. La antropología, al respecto, trata de investigar los usos de lo legal en su circunstancia social y cultural. (45)

En el derecho consuetudinario, las expresiones normativas, propias de los pueblos indígenas, son consuetudinarias ya que son producto del uso y la repetición de pautas de conducta, las cuales tienen que ver con el control social al interior del grupo. Se trata de un repertorio de normas generalmente elaboradas y transmitidas por vía oral y compartidas por una colectividad. (46)

(45) Vid. CARRASCO, Tania, en: Las costumbres jurídicas..., p. 12.

(46) Ibid.

Para Rodolfo Stavenhagen,(47)el derecho consuetudinario es:"un conjunto de normas legales de tipo tradicional,no escritos ni codificados distinto del derecho positivo vigente en un país determinado."

En otra definición se entiende por derecho consuetudinario a las normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad,al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos(incluyendo un conjunto de sanciones para quienes violan estas normas),y es la propia sociedad quien les da origen y legitimidad ante la colectividad que las mantiene como un sistema coherente.(48)

En las sociedades indígenas,las normas jurídicas aparecen como preceptos escritos en la memoria colectiva,por no ser derecho escrito,de las cuales,es depositaria la autoridad tradicional o consejo de ancianos;representa ésto último,como un respeto a la gerontocracia.Las normas jurídicas indígenas,generalmente son opuestas con la legislación mexicana,ya que a juicio de los administradores de justicia y legisladores,impiden que el derecho consuetudinario indígena pueda ser reconocido en su conjunto como sistema normativo,ya que dentro de los preceptos del derecho positivo no puede haber ningún caso de costumbre y práctica en contrario.Insistimos que esto se debe al papel subordinado de la

(47) Cfr.STAVENHAGEN,Rodolfo,"Introducción al Derecho Indígena",ponencia presentada en el Ciclo de Conferencias:Los Pueblos Indígenas y el Estado Mexicano,Que tuvo verificativo en el Auditorio "Themis"de la Facultad de Derecho de la UNAM.,del 7 al 11 de noviembre de 1994.

(48) Vid.CARRASCO,Tania,"Derecho Indígena",en:Derecho Indígena y...,p.99.

costumbre indígena frente al derecho nacional, así como a la fuerza que han adquirido los principios generales de los derechos positivos nacionales e internacionalmente reconocidos.

1.2. ASPECTOS DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN LAS CULTURAS JURÍDICAS.

En el aspecto de las culturas jurídicas, entendidas como proyectos y actividades organizativas de un grupo humano en particular, manifestados en un espacio determinado, el derecho es la intuición de todos los seres humanos de imaginar un orden. De tal forma, el hombre concibe su relación con y en la sociedad en relación a lo divino (derecho judío, derecho musulmán, derechos consuetudinarios africanos, asiáticos, europeos, americanos), o sin relación a lo divino (derecho romano-germánico, el common law). Otra forma de imaginar el orden social, se encuentra al carácter no escrito (consuetudinario), o escrito de las reglas que conforman cada sistema jurídico. (49)

Este análisis, comprende la relación del derecho estatal y el derecho consuetudinario como dos manifestaciones contemporáneas de lo jurídico. Esto implica que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho nacional vigente, si entendemos el concepto "coexistir" como adaptación mutua o bien puede representar un conflicto entre sistemas legales o jurídicos.

(49) Cfr. GONZALEZ GALVAN, Jorge A., "El derecho consuetudinario indígena en México." en: Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios. José Emilio R. Ordoñez Cifuentes (Coordinador). Serie Los Cuadernos del Instituto, b) Derecho Indígena, núm. 2. 1.ª ed. Eds. IJ/UNAM. México, 1994, p. 73.

"En los países en los que existe y es reconocido este "pluralismo legal", cada uno de los sistemas jurídicos puede ser aplicado a una población distinta(...), el derecho hindú y el islámico en la India); o bien el derecho positivo puede aplicarse a ciertas esferas legales(...), el ámbito penal), mientras que el consuetudinario se reserva para otras esferas(...), el ámbito familiar o civil)." (50)

Otra cuestión surge de este razonamiento: ¿el derecho social es susceptible de configurar un sistema jurídico? Vemos que desde el punto de vista del *jus realismo sociológico* es afirmativa la respuesta. En la teoría de los sistemas no es suficiente que encontremos normas que funcionan perfectamente en un grupo humano determinado, sino que falta que ellas construyan un armazón completo, es decir un conjunto organizado. En las sociedades que tienen un origen étnico propio, esa identidad se apoya con razón en un control social extendido. Esta respuesta plantea--indudablemente--problemas profundos y latentes.

En opinión de Augusto Williemssen Díaz, (51) el derecho indígena no es derecho basado en la costumbre, tal y como se ha intentado demostrar; considera que no es un derecho desarticulado compuesto de la práctica de algunas normas sobrevivientes, es decir, sin institucionalidad social. Por ello la forma en que los indígenas resuelven sus conflictos, no es prudente llamarla costumbre jurídica, porque éste término segmenta un todo entre los pueblos indígenas. Esta denominación es restringida si se generaliza su

(50) Cit. Pos. STAVENHAGEN, Rodolfo, "Introducción al Derecho..." en: *Op. Cit.*, p. 304.

(51) Cit. Pos. VALDIVIA DOUNCE, Teresa, "Por qué hoy una antropología jurídica en México?" en: Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales. Vol. XIII, núm. 43. Noviembre. Silvia Gómez Tagle (Directora); Esteban Krotz (Coordinador). la. ed. Eds. CONACYT/UAM-Iztapalapa. México. 1992, p. 115.

aplicación para referirse al sistema global de control social, el cual es bastante más amplio. El derecho consuetudinario indígena es un sistema jurídico, un "derecho propio", con sus propios principios morales y filosóficos, con instituciones, códigos, como cualquier otro sistema jurídico mundial.

Williensen, concibe la presencia de otro tipo de sistemas de derecho diferentes al derecho positivo nacional vigente que nos rige y por tanto debe aceptarse la existencia de tantos sistemas jurídicos como sociedades culturalmente distintas existan en el mundo. En este sentido, la coexistencia de sistemas jurídicos mundiales se ha dado desde hace siglos, aún cuando las ciencias jurídicas solo hayan reconocido-hasta ahora-cinco de ellos, a saber: 1) Familia de Derecho romano-germánico; 2) familia de Derecho socialista; 3) familia de Derecho anglosajón; 4) familia oriental; 5) Corriente filosófica-religiosa (musulmanes-judíos). (52)

Del estudio del derecho consuetudinario indígena, se desprenden varias opciones teóricamente realizables y comprobables, según las cuales, estos "derechos indígenas" son:

a) Sistemas jurídicos propios cuya posición implicaría demostrar que existen formas de concepción del derecho, básicamente distintas a las del derecho mexicano, con conceptos e instituciones jurídicas propias;

(52) Vid. MORENO, Gloria. Apuntes de la materia: Introducción al Estudio del Derecho; cátedra impartida en la Facultad de Derecho de la UNAM; 1989-1990.

b) Derechos consuetudinarios por practicar normas culturalmente diferentes. Con esto, se reconoce una práctica cultural o una costumbre propia que explica el por qué estos pueblos actúan jurídicamente de manera distinta y se valida el derecho consuetudinario previsto en el cuerpo del derecho positivo nacional vigente (el cual tiene las siguientes restricciones: ser aceptado sólo como fuente de derecho; ser considerado sólo para los casos civiles y penales; siempre y cuando no contravengan los derechos constitucionales);

c) Derechos colectivos (como pueblos) con fundamento en su diferencia cultural, su desarrollo y permanencia en un espacio determinado, que implica que el Estado reconozca su posición colonialista frente a estos pueblos indígenas.

Estas son algunas de las ideas en las cuales abordaremos el tema en cuestión. Existen, por lo menos, los siguientes puntos de vista para acercarse al fenómeno:

1). El derecho indígena es un sistema jurídico estructurado, basado en una concepción cultural indígena opuesta, o por lo menos diferente, al derecho positivo nacional. No existe un mundo único y homogéneo. Esta afirmación es demostrable de manera lógica y coherente, ya que existen costumbres, historias o idiomas diversos no sólo en México sino en el mundo.

2). El derecho indígena es un conjunto de normas o pautas culturales en donde puede expresarse, a través de cualquiera de las

esferas de la vida social, la concepción y práctica que el pueblo indígena tiene sobre lo que es el derecho, un uso propio, una continuidad y generalización de las normas jurídicas entre los pueblos indígenas; aquí hablamos de derecho consuetudinario. Los pueblos indígenas han estado en interacción con las otredades culturales desde hace por lo menos seiscientos años. Por otra parte, el derecho indígena entendido como derecho consuetudinario, nos da más flexibilidad desde nuestra concepción occidental del derecho, para comprender las diversas manifestaciones indígenas de concepción y aplicación jurídica, así como su relación entre su cultura y su derecho. Es la manifestación cultural de cada pueblo. En esta, la diferencia básica con otros tipos de derecho consuetudinario; este carácter específico que involucra esta costumbre convertida en derecho.

3). El derecho consuetudinario indígena, es compatible con el derecho de los pueblos; legitima ésta posición ya que los pueblos tienen sus propios derechos. (53)

La relación entre diversas manifestaciones de lo jurídico se ha dado en un contexto de dominación, de imposición a un sistema jurídico, en un contexto de aceptación voluntaria, total o parcial, de un sistema jurídico (recepción jurídica). A este último aspecto cabe denominarlo costumbre jurídica indígena. (54)

No podemos tener una idea simple de que es el derecho consuetudinario existe como un conjunto coherente de normas y

(53) Cfr. VALDIVIA DOUNCE, Teresa, "¿Por qué hoy...", en: Op.Cit., pp. 117-122.

(54) Cfr. GONZALEZ GALVAN, Jorge, "El Derecho Consuetudinario...", en: Op.Cit., pp. 73-74; Vid. ITURRALDE, Diego, en: Entre la ley., pp. 54-55.

reglas no escritas, anterior y distinto al derecho vigente estatal, porque, es preciso reconocer, que la relación entre el derecho occidental y el derecho consuetudinario es históricamente una relación de poder entre una sociedad dominante y una sociedad dominada. El Estado nacional en América Latina, y en el caso mexicano, se han dado un conjunto de normas que han permitido la dominación y discriminación en contra de los pueblos indígenas.

Las perspectivas señaladas, revelan que los pueblos indígenas se encuentran subordinados a sociedades nacionales que les han impuesto y les imponen un orden jurídico ajeno al propio autóctono. Al respecto, es importante exponer la opinión de Luis Díaz Müller, (55) en tanto que:

"El sistema jurídico, como un conjunto de normas reguladoras de la vida nacional, (...) ha homogeneizado e impuesto el criterio monoétnico, de escaso respeto al pluralismo jurídico y a la diversidad cultural. El Estado como conjunto de elementos que sintetizan la vida social, ha impuesto su derecho nacional, sin considerar las categorías particulares de las comunidades indígenas. Estado y derecho han asumido una complicidad estructural en el tratamiento y normatividad de la étnias indígenas. El escaso estudio y reconocimiento del derecho consuetudinario así lo demuestra.

Los textos constitucionales o constituciones políticas, como base político-ideológica de una sociedad determinada, son la expresión generalizada de esta realidad nacional."

Para J.H. Merryman (56), el sistema jurídico es un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas

(identificado como un ordenamiento formal o derecho estatal

(55) Cit. Pos. DIAZ MULLER, Luis, en: Derecho indígena y..., p.47.

(56) Cfr. MERRYMAN, John Henry, "Tres tradiciones jurídicas.", en: La tradición jurídica romano canónica. Breviarios del FCE. Tr. Carlos Sierra, 2a. Reimpresión. Ed. FCE. México, 1980, pp.13-15.

o nacional), y en cambio, la tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural. Las tradiciones jurídicas estudiadas, tiene especial interés porque están en vigor en naciones poderosas y desarrolladas tecnológicamente y porque se han exportado ha otros lugares del mundo.

Por ello es importante analizar la capacidad y autoridad de los pueblos indígenas para producir su derecho consuetudinario y contraponerlo a la normatividad estatal en la práctica social y no reducirla a la formalidad; esto implica coexistir. Se observa que el derecho consuetudinario puede asumir diversos principios clasificatorios: desde aquellos provenientes del derecho nacional, hasta los inspirados en las taxonomías propias de los pueblos indígenas.

Estamos en presencia de una situación dicotómica; es decir, formado por dos sectores, generalmente antagónicos; por un lado se encuentra el derecho constitucional oficial, escrito y vigente, cuya característica más notoria es la aplicación de la coerción ante el quebrantamiento de la norma, y cuyos mecanismos de resolución requieren de la formalidad; y por otro lado, un sistema paralelo, basado en las costumbres, cuya eficacia es considerable, y sobre todo, de amplio consenso en aquellos pueblos y sociedades donde existe una particular forma de ordenación y regulación social, donde el organismo sancionador es el propio pueblo. Por tanto, se acepta que un sistema jurídico es "el campo a la vez espacial y temporal en el cual se producen fenómenos de

derecho."(57) Cuando no se trata de resolver conflictos jurídicos, ésta normatividad regula las relaciones sociales de manera implícita.

La etapa histórica en que vivimos, permite afirmar que el derecho consuetudinario es derecho, es decir, un sistema jurídico, porque existe una concepción y prácticas de orden comunitario, características inherentes de cualquier etnos, etnia, pueblo:

"Cada derecho constituye de hecho un sistema; emplea un cierto vocabulario, correspondiente a ciertos conceptos; agrupa reglas de ciertas categorías; comporta el empleo de ciertas técnicas para formular las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; está ligado a una cierta concepción del orden social, que determina el modo de aplicación y función misma del derecho."(58)

Es Consuetudinario porque desde hace más de quinientos años se produce y reproduce de manera orsi, en relación con las fuerzas de la naturaleza. Es Indígena por ser una cultura jurídica milenaria que corresponde a pueblos originarios. Así, se desprende que:

El derecho indígena es un derecho consuetudinario, pues se caracteriza por una concepción de lo jurídico, es decir, la intuición de un orden social, fundado en conductas de reglas prácticas, no escritas, concebidas en relación con las fuerzas de la naturaleza, y transmitidas y reproducidas, esencialmente, de manera oral.(59)

(57) Cit. Pos. PADILLA, Luis Alberto, en: Entre la ley..., p.264.

(58) Vid. DAVID, René y JAUFFRET SPINOSI, Camille, Les grands systèmes de droit contemporains. París, Dalloz, 1988, p.20. Cit. Pos. GONZALEZ GALVAN, "El Derecho Consuetudinario...", en: Op.Cit., p.74.

(59) GONZALEZ GALVAN, Jorge, "Los derechos de los pueblos indígenas.", ponencia presentada en el Aula Magna Jacinto Pallares de la Facultad de Derecho de la UNAM, el 13 de enero de 1994.

Finalizando, estas diferentes maneras de comprender lo que genéricamente denominamos Derecho Consuetudinario Indígena no son excluyentes; se encuentran en la práctica formas combinadas de abordar el tema que en buena medida depende de los usos hacia donde se orienten los trabajos, al igual que las perspectivas teóricas y metodológicas desde las cuales se enfrenta el tratamiento de este interesante, complejo y rico tema. La discusión está abierta para las cuestiones que planteamos enseguida y que puedan servir de parámetros a investigaciones futuras sobre el tema.

Estas alternativas para comprender el fenómeno se empiezan a desarrollar en los medios académicos, así, el desarrollo de los estudios acerca del derecho consuetudinario indígena, son recientes. No hay uniformidad que los caracterice como tendencia; igualmente, son muy escasos-desgraciadamente-los documentos y publicaciones dedicados al asunto en cuestión. Este es un reto teórico y metodológico para realizar este trabajo, cuestión que nos supera para crear en lo posible y no inventar en lo utópico

Antes de proseguir, acotamos las observaciones de Gilberto Jiménez Montiel⁽⁶⁰⁾ sobre el Estatuto Sociológico del Derecho Constitucional, cuando descarta el formalismo jurídico, que considera al derecho como un sistema autosuficiente, susceptible sólo de un análisis inmanente, y del reduccionismo sociológico, que considera al derecho como un epifenómeno de las relaciones sociales ignorando su especificidad y consistencia propia.

(60) Cit. Pos. ORDOÑEZ CIFUENTES, José, "Constitución y derechos étnicos México-Centroamérica.", en: Aspectos nacionales e internacionales sobre Derecho Indígena. Serie B. Estudios Comparativos, b) Estudios Especiales, núm. 24. 1a. ed, Eds. IIJ/UNAM, México, 1991, p. 199.

Es por ello imposible realizar un análisis puramente jurídico de las disposiciones constitucionales, al margen de las variables históricas, socio-políticas, transdisciplinarias, y el método de derecho comparado.

Luego, vamos al encuentro de algunas aleccionadoras realidades indígenas.

CAPITULO 11

CAPITULO II

2. PANORAMA HISTORICO-JURIDICO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA EN MEXICO

2.1. EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA EN LA ÉPOCA PREHISPÁNICA.--

Ya las crónicas indígenas, como los relatos de los primeros misioneros e invasores ofrecen evidencias acerca de las prácticas legales y judiciales que privaban entre las culturas mesoamericanas al momento de la conquista. En un Continente desconocido para los europeos, se asentaron grandes culturas (destacan la Azteca, Maya, Chibcha, Tolteca, Tarasca) que consolidaron cada una de ellas una organización política bajo un régimen de señoríos, religión, situación económica, tradiciones, costumbres, fuerza militar, y conciben cada una su régimen jurídico, traducido en lo que hoy llamamos Derecho Consuetudinario Indígena.

El derecho de las culturas mesoamericanas (complejo), se desarrolló en consonancia con su compleja estructura social. Es decir, en el aspecto de la vida cultural alcanzaron un amplio desarrollo. Es por ello que, "para analizar su derecho tenemos que dejar de lado algunas de las concepciones filosóficas de cuño

occidental, las cuáles, (...) poca utilidad prestan al caso." (61)

Estos pueblos llaman la atención por profunda fe y sinceridad para con los instrumentos de impartición de justicia, así como en la funcionalidad y eficacia de sus métodos de organización jurídica. En diversos códigos pictográficos y otros, como el Mendocino, el Florentino, el de Chimalhuacán; o bien a través de las pinturas de los discursos de los viejos huehuetlatoani, etcétera; se deduce la importante función de los pueblos precolombinos por la impartición de justicia, para lo cual crearon instituciones como el Cihuacóatl (tribunal unitario) o el Tiacotécatl (tribunal colegiado). "Asimismo para ser juzgados se requería ser noble, tener vida moral respetable y haber egresado del Calmécac, en donde se enseñaba, entre otros conocimientos, el relativo al derecho. Había sociedad y en consecuencia había derecho." (62)

El derecho consuetudinario, manejado por los propios pueblos indígenas, era acorde con sus patrones culturales que se basaban en una realidad objetiva: sujetar la utopía del sistema social ideal, así como la realidad de la vida humana, con imaginación y creatividad. Esta vida cotidiana de los pueblos indígenas se regía por la costumbre que se adaptaba a las necesidades humanas y era considerada inviolable, porque respondía siempre a intereses concretos y generales de la colectividad. Las normas y el derecho que surgían de este sistema todos los conocían y respetaban desde la infancia; adquirió tal fuerza y eficacia que se expresaba

(61) Cit. Pos. GONZALEZ, María del Refugio, "Historia del Derecho Mexicano." en: Introducción al Derecho Mexicano. La Gran Enciclopedia de México, t. I. Serie H. Fuentes b) Textos y estudios legislativos, núm. 25. 2a. ed. Ed. IJ-UNAM, México, 1983, p. 15.

(62) Cit. Pos. LARIOS, Enrique, "Jurisdicción y Entidades Indígenas." en: Aspectos nacionales e... p. 22.

espontáneamente y los ideales tradicionales se transformaban en una voluntad colectiva de constante realización. Estas normas surgidas de la propia experiencia de la sociedad, supeditaban a la persona a los intereses permanentes y absolutos de la colectividad; el individuo formaba parte de un todo: las sociedades indígenas prehispánicas. Es por ello que el derecho era más estricto con quienes tenían más poderes (religioso, temporal, etcétera). A estos funcionarios del poder se les exigía que, en todas las acciones relativas a la vida social, se actuara con efectividad y con decisiones inmediatas para su aplicación. Con base en estos sistemas, los pueblos indígenas contruyeron una extensa red de tribunales, los cuales tenían poderes amplios de ejecución. Contaban con una estructura jurisdiccional para la administración de justicia, compuesta por varias salas; una era la criminal:

"El palacio de los señores, o casas reales, tenían muchas salas de la judicatura, donde residían el rey, los señores cónsules, o oidores, y principales nobles, oyendo las cosas criminales como pleitos y peticiones de la gente popular, y también allí se juzgaban a los principales nobles y cónsules(...)." (63)

Tenían establecido para estas faltas (delitos) la pena de muerte por ahorcamiento; con palos y apedreamiento; así como el destierro; el trasquilado y el enjaulamiento; para los nobles la reducción a la calidad de macehuales.

(63) SAHAGUN, L. VIII, cap. XIV. Cit. Pos. GAYOSSO Y NAVARRETE, "La cosmovisión de los Náhuas, punto de partida para una interpretación sistemática de su derecho." en: Critica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, núm. 11. Oscar Correas (Director), 1a. ed. Ed. IJ-UNAM, México, 1993, p. 71.

"Otra sala(...)para los asuntos civiles(tecalli o teccalco),, integradas por senadores y ancianos(jueces y señores)que juzgaban a la "gente popular"; otra cosa era la "de la audiencia para la gente noble", así como la "del consejo de guerra" y otras más. Estos jueces debían reunir los requisitos de ser nobles y ricos, así como "ejercidos en las cosas de la guerra, y experimentados en los trabajos de las conquistas; personas de buenas costumbres que fueran criados en los monasterios de Calmécac, prudentes y sabios(...)." (64)

La selección para desempeñar tal cargo era cuidadosa; acorde a la complejidad de estos fenómenos jurídicos. La historia del México prehispánico se ha escrito interpretando manuscritos pictográficos (imágenes). Ello se relaciona con la aplicación de la escritura pictográfica en la vida judicial. Bernal Díaz del Castillo, (65) menciona que cuando estaban ante el gran Moctezuma, con los ojos bajos y antes de su llegada, hacían tres reverencias diciendo: "Señor, mi señor y mi gran señor"; entonces le mostraban el litigio pintado y dibujado en pañuelos y manteles de henequén, y con pequeñas varas, delgadas y finas, señalaban las causas del litigio. Al terminar la exposición dos hombres ancianos venerables decían a Moctezuma la justicia existente; éste, con pocas palabras, terminaba y señalaba a la persona que debía arreglar el conflicto. Los litigantes salían sin contradecirlo.

La justicia se impartía por jueces dedicados específicamente a tal efecto, quienes generalmente resolvían los diferentes casos

(64) SAHAGUN L. VIII, cap. XVII. 2. Cit. Pos. GAYOSSO Y NAVARRETE, Mercedes, "La cosmovisión de..." en: Op. Cit., pp. 71-72.

(65) Cit. Pos. GONZALEZ GALVAN, Jorge Alberto, en: El Estado y las Etnias Nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario, Serie E: Varios, núm. 65, 1a. ed. Ed. I I J - UNAM, México, 1995, p. 99.

sometidos a su consideración durante el día del mercado y en sitios específicos contruidos y designados para ello. Era un sistema de normas precisas, no escritas y con procedimientos debidamente establecidos para aplicarlas. Como se trataba de sociedades complejas y jerarquizadas, los derechos no eran universales, sino específicos, relativos a la condición de diferentes sectores. (66) Las normas jurídicas se entrelazaban con las religiosas, si se considera que la autoridad misma se consideraba atributo divino; moral religión y derecho formaban un conjunto inseparable, "aunque se puede distinguir lo jurídico por su naturaleza bilateral (el derecho de una parte es correlativo a la obligación de la otra), y también por la existencia de formas específicas de administración de justicia." (67)

"Las leyes de México, Tlacopan y Texcoco, tomadas del Código de 80 leyes promulgado en la corte Chichimeca por el rey Netzahualcóyotl, eran (...) perfectamente adecuadas para la administración de gobierno y de la justicia, de acuerdo con las necesidades sociológicas, psicológicas y jurídicas de estos pueblos." (68)

Este derecho de las civilizaciones indígenas, se explica en relación a la visión cosmogónica que tenían, ya que el orden jurídico descansaba en el orden cósmico, el cual los marcaba como el pueblo elegido. Esta concepción tenía como postulados la unidad de pensamiento, de fines y motivaciones. Y, como la realización de la

(66) Cfr. PORRAS CASTREJON, Gustavo, "Costumbre jurídica indígena y ley nacional." en: Avances de Investigación en Antropología Jurídica. Cuadernos de Antropología Jurídica, 7-1, Teresa Valdivia Dounce (Compiladora). I.a. ed. Ed. INI, México, 1994, pp. 20-21.

(67) Cit. Pos. PORRAS CASTREJON, Gustavo, en: Op. Cit., p. 21.

(68) Cit. Pos. BASAURI, Carlos, en: La población indígena de México, t. I. 2a. ed. Ed. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1990, p. 45.

misión que les había sido encomendada era inmediata, y la permanencia del hombre sobre la tierra era transitoria, su derecho estaba destinado a satisfacer los intereses colectivos inmediatos que descansaban en la realidad cambiante. Su derecho consuetudinario se caracterizaba por su pragmatismo, dado que de no existir un ideal prototípico, cualquier dogmatismo quedaba prácticamente excluido. El individuo formaba parte del cuerpo social que tenía como objetivo alimentar a los dioses. No postularon la igualdad, y dentro del grupo recibían mayores responsabilidades quien tenía mayores méritos y una vida ejemplar. (69) En el derecho consuetudinario mesoamericano, el orden que imagina, no solo toma en cuenta lo que existe, sino también lo desconocido, lo inesperado, el desorden. Tiene relación entre el hombre y la naturaleza. Este orden está fundado en la palabra la que esta estrechamente ligada a la acción. Entre los aztecas, el tlatoani era la persona que poseía la palabra. (70)

Este tlatoani era la más alta autoridad desde el punto de vista jurídico y le correspondía la función de máximo juez y era él quien promulgaba las leyes. Se encontraba acompañado de consejeros con facultades ilimitadas. Los tribunales se dividían en razón de su competencia, cuantía territorio y el lugar que la persona ocupaba dentro del funcionamiento estatal. El clero, entre sus importantes funciones dentro de la sociedad, participaba en la elección del tlatoani. (71)

(69) Cfr. GONZALEZ, María del Refugio, "Historia del Derecho...", en: Op. Cit., p. 17.

(70) Vid. GONZALEZ GALVAN, Jorge A., en: El Estado y..., p. 99.

(71) Vid. GONZALEZ, María del Refugio, en: Op. Cit., p. 18.

Un hecho que revela la profundidad del pensamiento filosófico de estas culturas mesoamericanas, es que en las áreas de los grupos indígenas que establecieron alianza con Tenochtitlan, se conservaba el derecho de mantener y hablar su propio idioma y el de preservar las creencias autóctonas. Las leyes emanadas regionalmente eran respetadas lo cual permitía la capacidad creadora de cada pueblo. Hablamos de una coexistencia de derechos, ya que en caso de guerra, los vencedores respetaban los sistemas jurídicos de los sometidos. (72) La oralidad, la palabra, concentraba aquí toda la fuerza de mando creador o legislativo y la fuerza de aplicación o ejecutiva. Son los huehuetlatolli (la palabra antigua), que son los principios y normas vigentes en el orden social, político y religioso del mundo náhuatl. (73) Aquí, las palabras, el primer huehuetlatolli, que es el corazón del padre que habla al corazón del hijo:

"Hijo mío muy amado: Nota bien las palabras que quiero decir, y ponlas en tu corazón, porque las dejaron nuestros antepasados viejos y viejas, sabios y avisados, que vivieron en este mundo; es lo que nos dijeron y lo que nos avisaron y encomendaron que las guardásemos como el cofre y como oro en paño, porque son piedras preciosas muy resplandecientes y muy pulidas, que son los consejos para bien vivir, y que no hay raza y mancha, dijeronlas los que perfectamente vivieron en este mundo; son como piedras preciosas que se llaman chalchiutesy zafiros, muy resplandecientes delante de nuestro señor, y son como plumas ricas muy finas, muy anchas y muy enteras que están arqueadas; tales son los que las tienen en costumbre (y) llámense persona de buen corazón." (74)

(72) Cfr. GONZALEZ GALVAN, Jorge A., en: El Estado y... p. 44.

(73) Ibidem, p. 100.

(74) Ibid.

Estas palabras antiguas(huehuetlatolli)contenían recomendaciones para una vida sexual moderada,preceptos contra la pereza,para una manera correcta de caminar,hablar,escuchar,vestir y comer,como ejemplos de la tradición oral del derecho consuetudinario precolombino.(75)

Fray Andrés de Alcobiz,(76)en 1543 publicó una recopilación de leyes obtenidas de los códigos,llamada Estas son las leyes que tenían los indios de la Nueva España,Anáhuac o México.En ésta recopilación se dice que la pena de muerte se aplicaba a la mala brujería,a los asaltantes de caminos,a los incestuosos,adúlteros,travéstis,traidores,a los jueces injustos,a los rateros sorprendidos en un mercado público y los que robaban el maíz(salvo los viajeros que los tomaban para alimentarse en su viaje.Cada reino tenía dos consejos judiciales.Uno para resolver los conflictos entre las gentes del pueblo(tlaxitlan);en este lugar se resolvían conflictos penales;en el teccalli o teccalco se resolvían los civiles;para resolver conflictos entre nobles estaba eltecpilcalli.(77)

Fernando Alva Ixtlilóchitl,(78)señaló en su recopilación de las ordenanzas que hizo Netzahualcoyotzin,que la pena de muerte también se aplicaba a prostitutas,homicidas,celestinas,ebrios y chamanes no castos.Dejó testimonio de la organización judicial de estas civilizaciones prehispánicas:

(75) Ibidem;pp.100-106.

(76) Op.Cit.p.107,

(77) Op.Cit.p.108.

(78) Id.

"Los reyes de Tetzcuco, además de los jueces y ministros que se han referido, tenían sus secretarios y relatores que con mucha cuenta y razón juntaban los pleitos y demandas que en las audiencias se ofrecían, y que con cuidado hacían relación de ello a los reyes y sus jueces, de manera que cualquiera pleito se seguían y más siendo grave, con mucho orden hasta la definitiva y aprobación de ella por el rey, y aunque el delito fuese muy grave, no había de pasar de ochenta días, porque los demás se despachaban breve y sumariamente." (79)

Los principios que regían al derecho, respondían más a los procedimientos que a la formulación de leyes, no era importante construir esquemas jurídicos abstractos y deshumanizados, sino que las normas tuvieran frescura y pudieran ser aplicadas y cumplidas. Quienes aplicaban la justicia, lo hacían siempre con flexibilidad y referidas al problema en sí, con la idea de resolver los conflictos en vez de agudizarlos. Los jueces escuchaban a las partes, con parsimonia y tranquilidad, y cuando se difería la sentencia, ésta se respetaba por las partes en conflicto. Esto es lo que caracteriza a los pueblos indígenas: su alto sentido de responsabilidad y moralidad (costumbre). Esta es la razón por la cual el respeto a sus propias normas.

Los propios colonizadores, a través de los cronistas se expresaban favorablemente acerca de la extraordinaria eficacia del derecho de los pueblos indígenas; que seguían fielmente sus tradiciones y costumbres, y como éstas permiten la reproducción de su sistema social. El derecho para los mexicanos era muy rígido, ya que el orden cósmico exigía la obediencia de las leyes, y a los castigos (79) Cit. Pos. Ibid.

por su incumplimiento eran muy severos.(80)Estos son, los rasgos más sobresalientes del derecho consuetudinario indígena en la época prehispánica.

Consideramos que este breve análisis de las estructuras jurídicas describan al derecho tradicional y consuetudinario, que refleja la búsqueda de una armonía en el sistema social y no sólo la aspiración de lograr una sociedad más justa y autogestionaria, sino que tiene una relación profunda con el medio natural. Es por ello, que los analistas del método de derecho comparado establecen que el fenómeno jurídico prehispánico existía una correlación muy estrecha con la religión, las ciencias, la historia y las costumbres, pues este derecho se adaptaba extraordinariamente al hombre y no era el hombre el que se adaptaba a esquemas artificiales contruoidos por quienes concebían las leyes. Falta todavía mucho por investigar y entender acerca de este derecho consuetudinario en estas grandes sociedades de mesoamérica.

Pasemos a analizar que sucedió con el derecho consuetudinario en la época colonial.

(80) Cfr. GONZALEZ, María del Refugio, en: Op. Cit., p. 17.

2.2. EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN LA NUEVA ESPAÑA: EL PERÍODO COLONIAL (1521-1810).

La victoria militar de los invasores españoles, sobre las civilizaciones indígenas, permite a los primeros colonizar las tierras de América.

2.2.1. La colonización jurídica.

El orden jurídico hispano fue impuesto en la mayor parte de los territorios del continente americano; por ende las culturas jurídicas en lo que hoy conocemos como México, se integraron forzosamente al sistema jurídico dominante invasor. A medida que avanzaba la sociedad colonial, los pueblos indígenas sufrieron una feroz embestida en contra de su normatividad. La cruenta situación del indígena en México se vislumbra en un proceso jurídico-institucional en el largo período de tres siglos de opresión. El establecimiento de normas y mecanismos fue el punto de partida del sistema de relaciones entre la sociedad indígena y la no indígena: fue la "colonización jurídica". El problema jurídico fue abordado por el rey, los clérigos, los filósofos y juristas de la época. Se basaban en la "legitimidad de la conquista"; en especial Fernando V e Isabel, los reyes católicos; por las Bulas papales de Alejandro VI - como jefe de la cristiandad - y del Tratado de Tordesillas de 1494, estos tratadistas siguieron polemizando acerca de los títulos que supuestamente daban derecho a la Corona de España "como señores con plena, libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción." Tuvo trascendencia el quedar reservadas al Reino de

Castilla el descubrimiento y colonización de casi todo el continente (con excepción del Brasil que fue colonizado por el Reino de Portugal).

Para el mundo jurídico, la consecuencia de lo enunciado, fue la implantación del derecho castellano en los vastos territorios de las Indias en forma absoluta. (81) Respecto a los indígenas, en cuanto a habitantes diferenciados del territorio novohispano, tuvo la Corona una política de separación de los indígenas, pues en donde habitasen los mismos, en sus pueblos o barrios, no puedan habitar o morar los españoles, negros o mestizos. Esta cláusula prohibitiva, decía proteger a los naturales contra el mal ejemplo y los abusos, porque se "experimento" que algunos españoles que trataban, trajinaban, vivían y andaban entre los indígenas se hacían "hombres de mal vivir"; servían los españoles de ellos y los indígenas les enseñaban "sus malas costumbres" y su ociosidad; aunque realmente se trataba de controlarlos mejor en las reducciones y educarlos según el evangelio. En la realidad, los españoles penetraron rápidamente en los pueblos indígenas, y junto a ellos y mulatos. Cuando la ley quiso remediarlo, era irretroactivo el hecho, pues se habían instalado en Tlaxcala, Cholula, Toluca, Texcoco, y principales pueblos indígenas. (82) En la Nueva España, los religiosos recomendaban las congregaciones o reducciones de indígenas, pues vivían sueltos o en pequeños grupos, alejados y desligados de las grandes comunidades indígenas. Agrupándolos era mejor su control religioso y político. El propio de Vitoria (83) acentó: "los indios

(81) Cfr. GONZALEZ, María del Refugio, en: Introducción al Derecho..., p. 27.

(82) Vid. ZAVALA, Silvio, et al, en: Métodos y Resultados de la Política Indigenista de México. Memorias del INI, Vol. VI. 1.ª ed. Ed. INI. México, 1954, p. 38.

(83) Cit. Pos. STAVENHAGEN, Rodolfo, et al, en: Derecho Indígena y..., p. 15.

aunque infieles antes de la llegada de los españoles eran legítimos señores de sus cosas,pública y privadamente."El mismo fraile admitía el derecho de conquista y la consideraba favorable,pues ellos no sabían gobernarse por sí y debían ser tutelados por los invasores.

Los mismos religiosos españoles,decían que dios quería que los indígenas fueran esclavos y súbditos del invasor por ser los primeros pecadores,que las tierras eran de quien las descubría,en derecho,y si eran habitadas,existía causa para declararles la "guerra justa"para someterlos;que por ser faltos de razón,era preciso sujetarlos por ley natural a los españoles.Esto era un honor;se consideraba que se elevaban a la "vida racional".Por si fuera poco,eran consideradas sus costumbres como "depravadas" y en contra de la ley natural;llamados por el invasor "infieles e idólatras."**(84)**

El Requerimiento de Palacios Rubio,era un documento que se les leyó desde 1513 a los indígenas en la invasión española,en el cual se exponía la autoridad papal,la donación de éste a los reyes católicos y de su obligación de convertirse a la fe de Cristo,pues con ello tendrían privilegios,exenciones y mercedes,y si no lo aceptaban,se les haría la guerra y los matarían,tomarían a sus mujeres e hijos como sirvientes,también a sus bienes y recibirían el más atroz de los males.El rey,escuchando a teólogos y juristas,decidió suprimir el Requerimiento;ahora debía de leerseles

(84) Id.

a los indígenas: "solicitando su amistad y colaboración." (85)

La tradición imperialista romana aconsejaba respetar los derechos locales de las culturas de derecho consuetudinario que les otorgó la calidad de fuero, como en Castilla, y no podía aplicarse si era contrario a las leyes del Estado y/o de la moral cristiana.

"En la península ibérica la Ley del Toro de 1505 reconocía la existencia de los fueros de los reinos conquistados por los castellanos, reservando el derecho a modificarlos y mejorarlos si fueran contrarios a la ley del Estado y de Dios." (86)

Los trabajos de etnología colonial explican las leyes que los indígenas tenían antes de la colonización, pero no de las que se conservaron durante éste período. Era difícil para la autoridad colonial aplicar leyes que desconocían. En este período de dominación, la tradición escrita fue interrumpida; los Calmécac cerraron. La tradición oral, fue entonces, el único refugio del derecho consuetudinario. Los ancianos preservaron la tradición jurídica consuetudinaria durante la Colonia, oculta en los ritos cristianos. De nada sirvió la advertencia de los sacerdotes indígenas a los franciscanos sobre las consecuencias de desconocer sus leyes:

"Cosa de gran desatino y liviandad sería destruir nosotros las antiquísimas leyes y costumbres que dexaron los primeros pobladores desta tierra, que fueron los chichimecas, los tulanos, los de colhua, los tepanecas en la adoración, fe y servicio de los sobre dichos en que hemos nacido y nos hemos criado, y a esto estamos habituados y los tenemos impresos en nuestros coraçones." (87)

(85) Cfr. HANKE, Lewis, en: El prejuicio racial en el Nuevo Mundo. Aristóteles y los Indios de Hispanoamérica. Colección: Sep-Setentas, No. 156. Tr. Marina Orellana. la. ed. Ed. Sep-Setentas. México, 1974, p. 81.

(86) Sic.

(87) Cit. Pos. GONZALEZ GALVAN, Jorge A., en: Cosmovisión y prácticas..., p. 79.

El cronista español, Alfonso de Zorita, (88) preguntó a uno de los principales de Tenochtitlan, después de la Invasión, por la razón de tantos pleitos entre los nativos y por qué "andaban tan viciosos". El principal respondió:

"Porque ni vosotros nos entendéis, ni nosotros os entendemos, no sabemos que queréis. Habeisnos quitado nuestro buen orden y manera de gobierno y la que nos habéis puesto no la entendemos e así anda todo confuso y sin orden y concierto. Los indios hanse dado a pleitos porque los habéis vosotros impuesto en ellos y síguense por lo que me decís, e así nunca alcanzaron lo que pretenden, porque vosotros sois la ley y los jueces y las partes y cortáis en nosotros cuanto queréis y cuándo y cómo se os antoja. Los que están apartados que no tratan con vosotros, no traen pleitos y viven en paz y si en el tiempo de nuestra gentilidad había pleitos, eran muy pocos, y se trataba mucha verdad e se acababan en breven porque no había distancia, no sabían poner las dilaciones y trampas de ahora."

Aquí destaca la posición crítica abierta del Excelentísimo Padre Fray Bartolomé de las Casas, Fray Bartolomé de los indios. El pensamiento de uno de los más grandes humanistas, teólogos y juristas de ésta época. Su pensamiento es claro antecesor de los derechos de los pueblos indígenas. Fue más allá de la admiración y simpatía por los colonizados, y transformó la información en un arma de denuncia. Pidió mejores leyes frente a la realidad del sistema colonial para con los pueblos indígenas. Su pensamiento jurídico, en breve, es el siguiente: a) La racionalidad de los indios; b) el derecho a la vida y a la integridad personal; c) el derecho a la seguridad personal; d) el derecho a la dignidad; e) el derecho a la cultura; f) el

(88) Cit. Pos. GONZALEZ GALVAN, Jorge A. en: El Estado y..., p. 86.

derecho a la reunión; y g) por lo que respecta a nuestro tema, el derecho a ser oídos para decidir su régimen jurídico. Este catálogo precisa lo que hoy denominamos derechos humanos. En 1560, escribe De imperatoria seu regia potestate, obra que lo acreditó como un gran jurista, adelantado a su tiempo, y ahí delimita las atribuciones de los reyes y los derechos de los súbditos. Por su empeño, en 1573 se intentó reglamentar todas las futuras conquistas y leyes tuteladoras de los indígenas. (89)

Entre sus pensamientos políticos tenemos: a) El rey o el gobernante no pueden enajenar la jurisdicción, la propiedad particular de los súbditos, en lo más mínimo; b) los súbditos tienen derecho y deber de resistir a la tiranía, inclusive mediante la guerra; c) la revisión de las leyes han de ser cambiadas cuando las circunstancias lo aconsejen como una obligación grave de los gobernantes; las leyes no son monolíticas, sino un instrumento al servicio de la comunidad. (90)

Dentro de la llamada Utopía Lascasiana tenemos: a) El respeto a la autonomía indígena, lo "indiano", o sea, la realidad de las Indias, debería quedar identificado con lo "indígena", "las Indias para los indígenas"; b) el indígena debería ser protegido contra el materialismo y las doctrinas falsas de Europa, debía ser evangelizado enérgicamente, más no impositivamente; todos estos elementos basados en el cimiento de la razón y la caridad; c) abandonar la idea de la "conquista" de las Indias por

(89) Idem.

(90) CFE. MARQUEZ, PIÑERO, Rafael, "Reflexiones sobre el pensamiento jurídico y político de Fray Bartolomé de las Casas, en: Derechos humanos de..., pp. 203 y ss.

vividores y oportunistas españoles, cesar con el enriquecimiento a costa de las sociedades de indios "aceptablemente civilizados", a los cuales sólo requerían evangelizar; d) Continuidad de la autoridad indígena en las Indias, purificarlos con el cristianismo, y esto último ayudaría a erradicar la poligamia, la esclavización de indios por indios, etcétera, así, la autonomía permitiría a los indígenas preservar en gran parte su propia idiosincracia, y evitar la explotación de gente de afuera. (91)

Oficialmente se declaró que los indígenas no podían ser esclavizados, se planteó el pensamiento del "indio humano", dotado de alma, era un ser racional, no esclavo por estigma y felices en libertad. Pero en realidad, el movimiento legislativo sólo lo mencionó con timidez. (92)

La "línea dura" del antiindianismo, la señala entre otros Gonzalo Fernández de Oviedo, (93) quien los llama sucios y mentirosos, cobardes, individuos que se suicidan por "estar aburridos", por "empobrecer" a los españoles con sus muertes y otras lindezas. Juan Suárez de Peralta, (94) afirmó que a falta de leyes y de justicia, la vergüenza era la norma para dirimir los conflictos entre los aztecas, y los deudores morosos se descuartizaban y repartían cada miembro a todos sus acreedores. El más grande antiindianista fue del siglo XVIII, fue el holandés Cornelius de Paw, (95) y afirma:

(91) F. MARGADANT, Guillermo, "Las Casas y el Filoindianismo." en: Derechos Humanos de..., p. 241.

(92) Vid. HANKE, Lewis, en: Op. Cit., p. 98.

(93) Cfr. DURAN, Leonel, "Las culturas indígenas de México y su proceso de cambio e identidad." en: Indianismo e indigenismo en América, José Alcina Franch (Coordinador). (s.e), Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 242.

(94) Ibid.

(95) Id.

"Apenas merecen ser llamados hombres racionales. ¿No es sorprendente encontrar la mitad del mundo ocupada por hombres sin barba, sin inteligencia, (...) y tan depravados que resulta imposible enseñarles, defecto que va de la mano con la estupidez? La inclinación que los americanos siempre han tenido hacia la vida salvaje prueba que odian las leyes de la sociedad(...)."

Como en muchas otras ocasiones la realidad se imponía sobre los marcos formales: "Un abrumador hacinamiento de ordenanzas reales, a menudo contradictorias, todas empíricas, constituyen la legislación indiana. Ningún sistema preconcebido, ninguna política planificada. Sólo la voluntad brutal de un gobierno claramente fundado en una oprobiosa división de clases. (...) A tal grado quería protegérseles, que eran considerados como menores de edad(...)." (96)

Los indígenas respondían en aquél entonces: "¿Por qué habríamos de abandonar a nuestros dioses, recibidos de nuestros padres y que nos otorgan buenas cosechas? En cuanto a ese gran sacerdote del que habláis, (el Papa) debió de haber estado borracho ya que se puso a repartir lo ajeno(...)." (97) Las Leyes de Indias eran obedecidas pero no cumplidas, según la interpretación práctica.

El rey Carlos V dispuso en 1530 que:

"Los gobernantes, y justicia reconozcan con particular atención la orden, y forma de vivir de los pueblos de las Indias, policía, y disposición en los mantenimientos, y avisen a los Virreyes, o Audiencias y guarden sus buenos usos, costumbres en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión(...)." (98)

(96) Cit. Pos. LOPEZ GALLO, Manuel, en: Economía y Política en la historia de México, 26a. ed. Ed. Ediciones "El caballito". México, 1985, p. 37.

(97) Cit. Pos. LAFAYE, Jacques, "Conquista y Mestizaje", en: Del árbol de la noche triste al Cerro de las Campanas. (Lecturas de historia de México), T. I. 13a. ed. Ed. Pueblo Nuevo, México, 1986, p. 124.

(98) Cit. Pos. GONZALEZ, María del Refugio, en: Introducción al derecho..., p. 30.

Se establecieron tribunales especiales de Indios para canalizar conflictos de jurisdicciones indígenas que afectaban los intereses del Imperio. Estos tribunales se llamaban Juzgado General de Indios. Así, el colonialismo no solo fue económico, sino social y jurídico. El fundamento y objetivo del derecho indiano, fue la evangelización. En los fallos de este Juzgado, los indígenas generalmente perdían. Con el afán de consolidar y extender el colonialismo jurídico sobre tierras americanas:

"El Emperador Don Carlos y la Princesa Doña Juana Gobernadora, en Valladolid, a 6 de agosto de 1555. Ordenamos y mandamos, que las leyes y las buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de éste libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, (...) no perjudicando a los que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y Estatutos suyos." (99)

El derecho consuetudinario perdía, así, su jurisdicción penal, llamada en la época criminal, "porque esta no la han de tener los dichos caciques donde oviere pena de muerte o de mutilación de miembro, quedando siempre para Nos y nuestras Audiencias y gobernadores la jurisdicción suprema, así en la civil como en la criminal, y para hacer justicia donde ellos no la hicieren." (100)

El reino de la Nueva España, consideró a los indígenas como a rústicos y miserables de la metrópoli, y se les sometió también, a un régimen de tutela y protección. En trescientos años de opresión, las normas de protección fueron vastas. Los fuertes intereses que

(99) Cit. Pos. GONZALEZ GALVAN, Jorge A., en: Cosmovisión y prácticas..., p. 79.

(100) Ibidem, p. 80.

representaban el desarrollo imperial ibérico, limitó todo aquél intento de garantizar los derechos de los pueblos indígenas en la Nueva España. La vida jurídica consuetudinaria de los pueblos indígenas se desarrolló al margen, y sólo cuando representaba un peligro para los intereses de la Corona española se le atendió. En este aspecto la justicia con respecto de los indígenas, aplicada por el citado Juzgado General de Indios, se aplicaba a asuntos de poca importancia, se le dejaba a cargo de las propias autoridades de las comunidades indígenas, y por lo regular, de caciques que recaudaban tributos para la Corona. En cada pueblo, el sector jurisdiccional indígena lo encabezaban los alcaldes ordinarios con bastones de mando o vara de justicia. La justicia de mayor monta quedó a cargo de los corregidores de diversas provincias, el Juzgado General de Indios o a la Audiencia y, en el último grado, el Consejo de Indias. Este era el nivel superior de la justicia indígena. (101) Este complejo sistema de justicia daba paso a una irregularidad: la confusión total de competencias. Esto ocasionaba, conflictos entre el Virrey y los tribunales, daños a los indígenas, lo que dio origen a que en este choque de intereses salieran ganadores los hacendados y los encomenderos, que viendo propicio tal contradicción burocrática, engañaban a los indígenas; estos, no veían directamente a su juez, pues primero se entrevistaban con los relatores, escribanos, intérpretes, ministros, ejecutores, etcétera. Estos funcionarios hacían sus escritos y practicaban diligencias en los juzgados. El asesor llevaba un extracto del caso para preparar el dictamen pertinente, y se ratificaban-siempre-por el Virrey. Esta era una sentencia válida. Los indígenas venían a la Capital de la Nueva

(101) Cfr. ZAVALA, Silvio, y MIRANDA, José, en: Instituciones jurídicas en... pp. 64-65.

España, de todas las regiones del país, al Juzgado General de Indios, desde muy lejos, para que fuesen revisados sus juicios de tipo agrario, penal, civil, etcétera. Este Juzgado era excesivamente lento y detenía a los actores interesados mucho tiempo en la capital de la Nueva España, y por la pobreza de los indígenas para sostenerse, el poco dinero que tenían se lo gastaban en el viaje, y poco a poco iban muriendo. (102) Se les consideraba que podían guiarse en materias privadas conforme a sus costumbres, pero sin reconocerles como un derecho propio.

Los encargados de administrar la justicia en el "Nuevo Mundo", podían actuar sumariamente y a su arbitrio, sin atenerse a los procedimientos, ni a los preceptos del derecho, ni a la jurisprudencia, ni a las leyes, ni costumbres, aunque conviniere que se respetasen. Era un estado absoluto y total de desentendimiento y abandono, de discriminación y marginamiento, por parte del derecho dominante tomando como base a la mayor parte de la sociedad colonial y de la metrópoli. Las Leyes de Indias, no eran primicias normativas, no eran en realidad favorables. La Iglesia fue factor en toda la maraña institucional de subordinación y explotación, sobre los pueblos indígenas. El fin de respetar a las autoridades indígenas, eran tener a la mano intermediarios entre los indígenas y los colonizadores. Estos caciques fueron un enlace indispensable entre dos sistemas jurídicos: el derecho consuetudinario indígena y el derecho implantado por España. "La sociedad plural de la Colonia implicaba la desigualdad entre sus componentes y su ordenamiento jerárquico: la pluralidad de la injusticia (...)." (103) El

(102) Idem.

(103) Cit. Pos. WARMAN, Arturo, en: INI 30 años después. Revisión Crítica. Revista México Indígena, Núm. especial de aniversario. la. ed. Ed. INI, México, 1978. p. 141.

establecimiento del conjunto de normas y reglas para encuadrar a los indígenas en un sistema de relaciones jurídicas, mantuvieron subordinados al dominio del colonizador y que conforman todavía, por sus efectos históricos, el sistema de relaciones entre indígenas y no indígenas. Era el colonialismo hispano una forma de robo "legalizado". Si se dictaba la sentencia por parte del Juzgado General de Indios, y en ella afectaban los intereses de los indios, se reclamaban ante la Audiencia y si ésta no resolvía a favor de los mismos, el recurso de apelación se realizaba ante el Consejo de Indias... en España. A fines del siglo XVIII, fue restringido este Consejo paulinamente.

Los indígenas pobres y que desconocían las leyes de los españoles, no podían acceder a la justicia; por ello, hubo necesidad de que los asistieran abogados y procuradores en sus negocios judiciales; peritos graduados en derecho, en juzgados y tribunales. Así se les pretendió defender ante los jueces y la corrupción de estos y otros funcionarios de la Corona. Esto dió por resultado la legitimación de la estructura social impuesta. Estaban dos abogados en asuntos civiles y dos de orden criminal que debían trabajar gratuitamente y acudir al Juzgado General.

En cuanto a las penas, los indígenas al ser sancionados en asuntos civiles o criminales, recibían azotes, trabajos forzosos, la mutilación y privación de la vida. Los trabajos forzosos se pagaban en tocinerías, panaderías, etcétera, a cuyos dueños se vendía el servicio de los reos por el tiempo que durase la condena. (104)

(104) Cfr. ZAVALA, Silvio y MIRANDA, José, en: Métodos y resultados..., p. 67.

La sociedad indígena era más humana en sus valores. Eran los valores que en la sociedad europea habían desaparecido, entre ellos, la solidaridad, la cortesía. Se prohibió la poligamia por parte de la Iglesia y del Estado. En el derecho consuetudinario indígena esto era de lo más normal. (105) Las costumbres en la vida diaria, llegaron a operar contra legem. Formalmente no tenían importancia. (106) En este momento, podemos aseverar, que la justicia (siguiendo a Alf Ross) se le otorgó a cada quien según su rango y condición. (107)

En 1680, el Consejo de Indias sistematizó toda la legislación colonial, en la Recopilación de las Leyes de Indias, que era un todo abigarrado de Cédulas y Ordenanzas; una gran amalgama de disposiciones legales que disponía a las Audiencias de Indias para que no hubiese largas, en procesos ordinarios, "como suele acontecer con la malicia de algunos abogados y procuradores"; (108) que sean sumariamente arreglados sus asuntos guardando sus usos y costumbres que no fueran injustas. Con la Recopilación de Leyes de Indias, culminó en la época colonial la actividad legislativa para los indígenas. Por lo antes expuesto, la opinión de José Ingenieros, (109) reviste particular interés:

"Leyendo el Derecho Indiano y la Política Indiana de Solórzano, o la Recopilación (...), verdaderos monumentos de literatura jurídica, llegué a pensar que en las Indias españolas tuvieron la más sabia

(105) Ibidem, pp. 107-108.

(106) Vid. GONZALEZ, María del Refugio, en: Historia del derecho..., pp. 35 y ss.

(107) Cit. Pos. GONZALEZ, María del Refugio, en: Op. Cit., pp. 42-43.

(108) Cit. Pos. STAVENHAGEN, Rodolfo, en: Derecho Indígena y..., p. 18.

(109) Cit. Pos. COMAS, Juan, en: Ensayos sobre indigenismo. prof. Manuel Gamio. la. ed. Ed. Instituto Indigenista Interamericano. México, 1953, p. 24?

administración política concebible en los siglos XVI y XVII. Frente a esta "historia de papel", que tanto regocija a los juristas, existe otra de hechos reales, basta abrir cualquiera de sus páginas para asombrarse de la discordancia entre ambas. Nunca se ha legislado más, ni cumplido menos; lo que se infiere de las leyes escritas es un poema de esas mentiras con que los funcionarios públicos ocultan las verdades que no pueden confesarse. Desde el Rey hasta el último de regidor (...) violaron lo que mentaban esos doctos papeles, en cuya difícil manufactura se atendía más a la lógica jurídica que a su aplicación efectiva."

En la opinión contraria, los colonizadores afirman que:

"(...)el estado prehispánico era bárbaro y sangriento; la conquista (...) la más maravillosa metamorfosis que hayan conocido los siglos, (...). El verdadero retrato del indio a fines de la colonización (...) es el siguiente: perezoso y lánguido, estúpido por constitución, sin talento inventor ni fuerza de pensamiento, borracho, carnal, insensible a las verdades religiosas, sin discernimiento sobre los deberes de la sociedad, con desamor para todos los prójimos." (110)

Estas son las posturas antagónicas en esta época. Resumiendo, la relación entre los sistemas jurídicos occidentales (castellano) y los consuetudinarios indígenas se desarrolló en un contexto de dominación, es decir, de colonialismo jurídico, puesto que el derecho de la Corona de España, impuesto en América (derecho indiano), siempre conservó y aplicó el monopolio de la jurisdicción suprema. De esta forma el derecho consuetudinario indígena estuvo integrado al derecho estatal español durante tres siglos. A esto se le denominará unidad o control jurídico.

(110) Cit. Pos. ZAVALA, Silvio y MIRANDA, José, en: Métodos y resultados..., pp. 109-110.

2.3. EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE: EL PERÍODO REPUBLICANO (1810-1910).

Las colonias españolas lucharon en el siglo XIX por obtener su independencia del dominio invasor, alentados por el ejemplo de las antiguas colonias inglesas de América. Además, en el siglo XVIII la ideología burguesa representada por el enciclopedismo con raíces previas en Locke desarrollada por Montesquieu, Rousseau, Voltaire, entre otros, atacó desde la base la ideología feudal y absolutista, cuestionando el derecho divino de los reyes, la supremacía clerical, favoreciendo las formas republicanas y democráticas de gobierno, las libertades individuales, la división de poderes, etcétera. En América, éstas ideas inspiraron las mentes criollas y se abrieron paso a pesar de las prohibiciones de la administración española. Aquí se encuentra la justificación teórica de la Independencia. (111)

En este punto del recorrido histórico-jurídico, la legislación en materia de pueblos indígenas prácticamente no existió. (112) Al estallar la guerra de Independencia, los indígenas eran esclavos en campos y minas, criados en las ciudades, regresaron a la escena histórica, descalzos, harapientos. Este período fue trágico para los indígenas. (113) Los medios de perpetuación de la esclavitud son ingeniosos y complicados, creados de la opresión y la rapacidad. La

(111) Cfr. COLMENARES, M., Isabel, "La insurrección de las masas." en: Del árbol de la noche triste al Cerro de las Campanas. (Lecturas de Historia de México), T. II. 12a. ed. Ed. Pueblo Nuevo. México, 1986, pp. 10-16.

(112) Vid. MADRAZO CUELLAR, Jorge, "Problemática Indígena en México." en: Aspectos Nacionales e..., p. 11.

(113) ORTIZ DE AYALA, Tadeo, "La situación del indígena y del campesino." en: Del árbol de..., p. 150.

ruptura del régimen de la Colonia, y la venida del llamado orden jurídico nacional dió paso al propósito liberal de formar una Nación homogénea y un Estado unitario con demarcaciones territoriales y administrativas que con frecuencia eran sobrepuestas a unas sociedades que habían logrado mantener su carácter plural frente a la política y el derecho de la Colonia de la Nueva España. Lo que hoy llamamos México, fue respuesta al ideario liberal de la Revolución Francesa: separación de poderes, igualdad jurídica, supresión de privilegios. La forma jurídica que da forma y sentido, que materializa estos principios fue la Constitución. Esta representaba la cristalización de todas sus aspiraciones; de ellas provenía "la felicidad de los individuos y el progreso y adelanto de la patria": Si el pueblo por medio del legislador la había forjado, sólo él por los propios medios podía reformarla. (114) Se niega el derecho de los indígenas por parte del dominio liberal. Estos tratan de cambiar un derecho colectivo en un derecho individual, universal para todos. Es la exclusión de cualquier otro sistema jurídico, en uno sólo para toda la sociedad. Esto se lograría destruyendo sus costumbres y deshaciendo sus comunidades e integrando al indígena a la civilización. Las propias constituciones en éste período, dieron cabida a la esclavitud, al excluir del campo jurídico los derechos de los pueblos indígenas como tales. Los indígenas ahora tienen "un nuevo derecho", el constitucional que los someterá. Se trató de liquidar todo vestigio jurídico de la Colonia, por parte de este nuevo orden constitucional. La República creó una ficción de tan mencionada igualdad de todos los ciudadanos

(114) DE LA TORRE VILLAR, Ernesto. "Las ideas liberales." en: Del árbol de..., p. 301.

y abolió fueros y legislaciones privativas. La Constitución se conforma más de elementos que corresponden más a modelos de organización política europea y de los Estados Unidos, primordialmente.

La Independencia de México de la Monarquía Española, era una nueva esperanza para los indígenas explotados. Pero, el imperio de la Constitución, no aceptaba distinciones, eran todos ciudadanos, los indígenas en palabra lo fueron, pero no hubo justicia, ni libertad para ellos. Era una Ley hecha por blancos, nunca por indígenas. Ley para gobernar a la naciente sociedad mexicana, y en ella, el indígena no fue tomado en cuenta en el proyecto nacional:

"(...) Los preceptos del Derecho Romano y del Código de Napoleón quedaron convertidos en los vehículos más propicios para la explotación legalizada." (115)

Miguel Hidalgo y Costilla, dicta un Bando en favor de los indios, en Guadalajara, el 5 de diciembre de 1810, en el que manda:

"(...) a los jueces y justicias del distrito de ésta capital, que (...) procederán a la recaudación de las rentas vencidas hasta el día, por el arrendatario de las tierras pertenecientes á las comunidades de los naturales, para que enterándolas en la caja nacional, se entreguen á los referidos naturales las tierras para su cultivo; sin que para lo sucesivo puedan arrendarse, pues es mi voluntad que su goce sea únicamente de los naturales en sus respectivos pueblos." (116)

(115) Cit. Pos. COMAS, Juan, en: Ensayos sobre indigenismo..., p. 176.

(116) Ibidem, p. 145.

El mismo Hidalgo, el 6 de diciembre de 1810, en Guadalajara, dicta otro Bando sobre la libertad de los indios, en que expresa, que "cese para lo sucesivo la contribución de los tributos respecto a las castas que los pagaban y toda exacción que a los indios se les exigía."(117)

La supervivencia de los cuerpos jurídicos españoles, indianos y novohispanos sólo perdieron vigencia en tanto que la nación se iba dando los propios, muchos de los cuales se dictaron en la etapa posterior a la restauración de la República. Por aquél entonces, la nación sobre todo buscaba su constitución. Con Hidalgo, muchos fueron los indígenas que abastecían al ejército de liberación. Hidalgo les prometió terminar con el sistema explotador que los trató como bestias y que los mantenía en situación de inferioridad, que los degradaba. Al caer Hidalgo, también se diluyen las esperanzas de los pueblos sojuzgados. Hidalgo no llegaría más lejos en su reforma social, pues luchaba, fundamentalmente, por los intereses de la clase de los criollos a la cual representaba. En tanto, José María Morelos y Pavón, señalaba en un decreto de 1811:

"(...)que nuestro sistema sólo se encamina a que el gobierno político y militar que reside en los europeos, recaiga en los criollos, quienes guardarán mejor los derechos del señor Don Fernando VII(...) que siendo los blancos los primeros representantes del reino y los que primero tomaron las armas en defensa de los naturales de los pueblos y demás castas, unificándose con ellos, deben ser los blancos, por éste mérito, el objeto de nuestra gratitud y no del odio que requiere formas de

(117) Cit. Pos. HIDALGO Y COSTILLA, Miguel, "Edicto sobre la libertad de los Indios." en: Del árbol de..., p.59.

ellos(...)que no siendo como no es nuestro sistema proceder contra los ricos por razón de tales,ni menos contra los ricos criollos,ninguno se atreverá a echar mano de su bienes por muy rico que sea;por ser contra todo derecho semejante acción,principalmente contra la ley divina,que nos prohíbe hurtar y tomar lo ajeno(...)."(118)

Este hecho pone de manifiesto la supremacía y alcance de la política criolla sobre los pueblos indígenas.El romanticismo y la demagogia liberal,racionalizando en esta forma,sumieron a los indígenas en la miseria más absoluta.Carlos María de Bustamante,(119)al hablar desde la tribuna definió y sintetizó lo expuesto:

"Paréceme que oigo el retintín de que ya no hay indios;de que todos somos mexicanos(...).Valiente ilusión a fe mía para remediar males efectivos y graves.Ya no hay indios,pero sí hay las mismas necesidades que aquejaron a los indios.Que bobería alimentarse con ilusiones y por medio de ellas querer engañar a los pueblos."

Al consumarse la independencia,en 1821,la clase dominante se apodera del país.La expansión del sistema económico capitalista exigió la disolución de los privilegios y derechos otorgados a los indígenas,como la práctica del derecho consuetudinario indígena.Se aspiró a cambiar a los indígenas,destruir sus culturas,comunidades y occidentalizarlos,"asimilarlos".Estos pueblos no se dejaron sojuzgar y fueron duramente reprimidos y casi exterminados por guerras que se declaraban contra ellos."En toda la obra

(118) NAHMAD,Salomón,"Indigenismo oficial y luchas indígenas en México."en:Derecho Indígena y...,p.301.

(119) Cit.Pos.AGUTRRE BELTRAN,Gonzálo,en:Formas de Gobierno Indígena,Obra Antropológica IV,3a,ed,Ed.Universidad Veracruzana,INI,Gobierno del Estado de Veracruz,FCE,México,1991,pp.51 y ss.

constitucional el indígena es ignorado, ni participa, ni la conoce, aunque sí le afecta."(120) La única mención en todo el constitucionalismo mexicano del siglo pasado que existe acerca de indígenas, es en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 4 de octubre de 1824, que en su Artículo 50, fracción XI, destaca:

"XI. Arreglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los diferentes Estados de la Federación y tribus de los indios."(121)

Tal declaración, es una imitación extralógica de la Constitución norteamericana, que el primer constituyente mexicano tuvo como libro de cabecera.(122) Estados Unidos representa para los pensadores del siglo pasado, la encarnación del espíritu liberal, la modernidad y bienestar del individuo sobre todas las cosas.(123) Se pensó en la inmigración europea, que acabaría con la degradación racial en México, pues su cerebro era más grande para comprender las ideas de la libertad republicana, los derechos y las obligaciones, y si eran blancos de "raza pura", mejor. El mestizo era considerado una raza híbrida e irreversible para laborar en la tecnología; era un asno, revoltoso y servil; anárquico y pasivo; ocioso e intrigoso y, por otro lado el indígena era concebido como amilanado y estúpido.(124) Don Guillermo Prieto,(125) exclamó: "La independencia nos convirtió en gachupines de los indios."

(120) Cit. Pos. LARIOS, Enrique, en: Aspectos nacionales e..., p. 25.

(121) Cit. Pos. LOPEZ GALLO, Manuel, en: Economía y política..., p. 87.

(122) Vid. MADRAZO CUELLAR, Jorge, en: Aspectos nacionales e..., p. 11.

(123) Cfr. CARRASCO, Tania, en: Derecho indígena y..., p. 34.

(124) Ibidem, p. 37.

(125) Cit. Pos. GONZALEZ NAVARRO, Moisés, "Instituciones indígenas en México Independiente." en: Métodos y Resultados..., p. 116.

La codificación, reducía el derecho a ley, a lo escrito, y demás factores normativos que excluían a la costumbre. Para los liberales del siglo XIX, el mal llamado "problema indígena", era, ante todo, de corte agrario. El pensamiento individual burgués, suprimió la propiedad colectiva, suprimiendo la inalienabilidad de sus tierras, pasando al dominio público o privado su inmensa reserva. Los indígenas eran "una carga irredimible. Tarada por todos los vicios" (126) Los indígenas y la tenencia de la tierra son calificados como un residuo del pasado que habría que eliminar y por ello, se suceden las matanzas de indígenas en este siglo. (127) El 22 de octubre de 1857, se estableció en Guadalajara, un séptimo juzgado de letras, para conocer exclusivamente de los negocios contenciosos que se hallaran pendientes, o que se iniciaran en lo sucesivo, sobre tierras, en los que tuvieran interés como actores o demandados "los llamados indígenas". Quedaban libres de pago en el juicio por derechos judiciales, y a todos se les recibía como insolventes. Ello tuvo en realidad la "imperiosa necesidad" de evitar el que los indígenas se hicieran justicia por su propio derecho.

Ni siquiera los indígenas que alcanzaron altos puestos de gobierno ayudaron al mejoramiento de sus hermanos. Al contrario, los trataron de aniquilar. (128) Legalmente, carecía de base el gobierno particular de los indígenas: además en los pueblos indígenas, aún a principios de este siglo XX subsistió en su régimen interno la gerontocracia. (129) Vicente Lombardo Toledano, (130) menciona que:

(126) Ibidem, p. 118.

(127) Cfr. GÓMEZ JARA, Francisco A., en: Sociología, 16a. ed. Ed. Porrúa, México, 1987, p. 206.

(128) Vid. BENÍTEZ, Fernando, en: Los Indios de México, 2a. ed. Ed. ERA, México, 1968, p. 22.

(129) Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Moisés, en: Métodos y Resultados..., p. 132.

(130) Cit. Pos. LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, "El problema de las minorías oprimidas." en: INI 30 Años, p. 61.

"(...)A la raza indígena no se le tomo en cuenta(...)pero cuando acabó de recibir su carta de explotación,de acuerdo con el nuevo derecho,es en 1857 con la expedición de la nueva Constitución de la República;individualista(...)liberal(...)en tanto la masa de indígenas seguía siendo nación oprimida por una naciente nación opresora.Y así vivimos los últimos años del siglo pasado."

La Ley de Desamortización de bienes de manos muertas de 1856,estableció la distribución de tierras comunales en forma de propiedad individual entre los propios indígenas.Esto,permitió consolidar el latifundio en el campo mexicano.(131)La idea de desamortizar las tierras de los indígenas fue la de debilitarlos como grupo,pues el indígena aislado era incapaz de resistir la lucha por la vida frente a los hacendados.Se trató de crear "farms",a la forma estadounidense,como una masa de campesinos medios,formando pequeñas granjas.En cuanto a la Constitución,Jesús Terán,(132)escribió a Manuel Doblado que:"no hay nada en ella(...) que indique originalidad,ni siquiera conocimiento de nuestro país o de su historia por parte de los legisladores.Nos hicieron un excelente traje sin habernos tomado las medidas."Al poco tiempo de expedida la Ley se ratificó por el Congreso Constituyente e incorporada al artículo 27 de la Constitución.Con ello la medida se ampliaba,pues algunos bienes que no contemplaba la Ley fueron comprendidos en tal precepto.(133) En el constituyente de 1856-1857,Ignacio Ramírez,(134)opinaba que el federalismo no debe basarse en "la ilusión funesta" de suponer "una población homogénea" cuando existen "pueblos con tradiciones de origen diverso y de una

(131) Vid.NAHMAD,Salomón,en:Derecho indígena y...,p.302.

(132) Cit.Pos.POWELL,T.G.,"Los liberales y el campo sin mexicano",en:Del árbol de...,p.336.

(133) Cfr.GONZALEZ,María del Refugio,en:Op.Cit.,p.75.

(134) Cit.Pos.MADRAZO CUELLAR,Jorge,en:Aspectos nacionales e...,p.12.

nacionalidad independiente "y con diversidad de idiomas, de donde surge de una combinación local basada sobre las exigencias de la naturaleza." Y dice: "¿Queréis formar una división territorial con los elementos que posee la nación? Elevad a los indígenas a la esfera de ciudadanos, dadles una intervención directa en los negocios públicos, pero comenzad dividiéndolos por idiomas; de otro modo no distribuirá vuestra soberanía sino dos millones de hombres libres y seis de esclavos."

Las culturas de los pueblos indígenas, siguieron teniendo existencia al margen del sistema constitucional, con condiciones e interferencias mutuas, pero no sometiéndose la parte indígena a los supuestos excluyentes de la constitución. Se dió una práctica etnocida, definiendo al etnocidio como "el paulatino proceso de destrucción de las culturas indígenas mediante su asimilación forzada a pautas y los modelos de la sociedad dominante." (135) En la época del Imperio de Maximiliano de Habsburgo, el emperador tenía una muy buena opinión de los indígenas y constancias de ello lo avalan, además, dictó algunas leyes para mejorar su suerte, medidas que Justo Sierra calificó como socialismo de Estado. (136) Entre esas leyes se encuentra la del 26 de junio de 1866, sobre terrenos de la comunidad y de repartimiento. Ordenaba se cedieran en propiedad a los naturales y vecinos de los pueblos a que pertenecían. (137) Antecedente de la legislación social de Maximiliano se encuentra en la Junta protectora de la clases menesterosas, del 10 de abril de 1865. Estas acciones, solamente

(135) Cit. Pos. STAVENHAGEN, Rodolfo, "¿Etnocidio o Etnodesarrollo?", en: Testimonios, la. ed. Ed. UNAM, México, 1978, p. 208.

(136) Cfr. GONZALEZ NAVARRO, Moisés, en: Op. Cit., p. 127.

(137) Id.

tutelaban a los indígenas como a menores de edad. Al caer el efímero imperio, con ellas se fue su legislación. (138)

Ya Porfirio Díaz en el poder, con respecto a los indígenas, por poco los extermina. (139) De 1870 a 1910, influenciado por un positivismo mexicano (libertad, orden, progreso), en las acciones de los gobiernos se promovieron los patrones culturales criollo-mestizos y el desprecio hacia los valores étnicos. (140) Durante la dictadura del General Díaz se consolidó definitivamente la penetración imperialista y capitalista en el agro mexicano. "La Ley de Colonización y de Terrenos Baldíos de 1883, dió la posibilidad de denunciar las tierras vírgenes, que pertenecían en realidad a los pueblos indígenas los que no lograron imponer sus derechos, pues carecían de los títulos respectivos." (141) Como colofón a éste período, una frase enmarca la política del dictador Díaz, hacia los indígenas, cuando escribió al General Torres:

"No se pare usted en gastos. No debemos estar tranquilos hasta que veamos a cada indio con su garrocha en la mano, tras su yunta de buyes, roturando los campos." (142)

2.3.1. Un texto legal de 1906 en favor de los Tarahumaras.

Aunque no hubo una legislación indigenista a nivel nacional, a

(138) Ibidem, p. 131.

(139) Cfr. KENNETH TURNER, John, en: México Bárbaro, (Colección: "sepan cuantos...") núm. 591, 3a. ed. Ed. Porrúa, México, 1992, pp. 41 y ss.

(140) Cfr. DURAND, Leonel, en: Op. Cit., pp. 243-244.

(141) Cit. Pos. LARIOS, Enrique, en: Aspectos nacionales e..., p. 26.

(142) Cit. Pos. GONZALEZ NAVARRO, Moisés, en: Op. Cit., p. 162.

principios del siglo XX, se encuentra la primera ley en favor de los grupos indígenas, que crea la Junta para el mejoramiento y protección de la raza Tarahumara, promulgado en Chihuahua el 3 de noviembre de 1906, por el gobernador Enrique C. Creel. En dicha ley se habla de crear una estructura burocrática estatal llamada Junta Central Protectora de Indígenas, que entre varios aspectos reglamentaba el régimen interior de las comunidades, para que conservaran el orden, la moralidad, las buenas costumbres y el amor al trabajo. En cuanto al Derecho Consuetudinario de los Tarahumaras, ésta ley establece en sus artículos 9o. y 10o., señalan que los indígenas, en cuanto a la propiedad, sería transmitida esta a sus herederos en la forma que previenen los artículos relativos a la sucesión legítima. Entendemos la exclusión y menosprecio al señalar la sujeción al Código Civil, sin que se conocieran ni respetaran las formas tradicionales de transmisión de los bienes y del patrimonio familiar de los tarahumaras.

En el artículo 6o. de la ley, en su fracción IX, establece que "se debía estar al tanto de los castigos que imponen los gobernadorcillos y capitanes, cuidar de que no se excedan los límites acostumbrados y de que, cuando acaezca delito de que deban conocer las autoridades judiciales se consigne a estos el caso sin tardanza ninguna." (143) La subordinación del derecho consuetudinario se plasma al imponer las disposiciones de esta ley a las autoridades tradicionales, por parte de las autoridades judiciales. Existe un conflicto entre el Derecho Nacional y el

(143) Cit. Pos. COMAS, Juan, en: Ensayos sobre Indigenismo, pp. 68 y ss.

Derecho Consuetudinario del pueblo Tarahumara, en particular.

Sigamos con el recorrido histórico-jurídico, con una nueva perspectiva que vino a trastocar el pasado de México en esta materia: la Revolución Mexicana de 1910.

2.4. EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN EL MÉXICO DEL SIGLO XX: PERÍODO (1910-1988).

En la Revolución Mexicana de 1910, los indígenas participaron de manera decidida en ésta guerra, no solamente para acabar con la dictadura de Porfirio Díaz y liberar a la nación de la explotación en que se encontraba, sino también con la esperanza de restituir sus espacios territoriales y desarrollar su propia cultura. En 1910, Los pueblos indígenas, vivían en "regiones de refugio", como dijo el Dr. Gonzálo Aguirre Beltrán, (144) "donde la estructura heredada de la Colonia, y la cultura arcaica de (...) contenido pre-industrial, han encontrado abrigo contra los embates de la civilización moderna."

Para Adolfo Gilly, (145) "la cohesión comunal indígena permitió que las formas de organización tradicional se mantuvieron como formas heredadas por los pueblos indígenas de los tiempos ancestrales." La Revolución negó a los pueblos indígenas el derecho de gobernarse conforme a sus patrones tradicionales.

El año de 1910, marcó el inicio de la Revolución
(144) Cit. Pos. LEON PORTILLA, Miguel, "Etnias indígenas y cultura nacional mestiza", en: INI 30 Años... p. lll.

(145) Cfr. GILLY, Adolfo, en: La revolución interrumpida, 24a. ed. Ed. El caballito, México, 1986, p. 49.

Mexicana, expresada claramente en el Plan de San Luis, que tuvo como propósito restituir a los anteriores poseedores, en su mayoría indígena, los terrenos que se les había despojado arbitrariamente: El Plan en comento dice:

"(...)3. Abusando de la Ley de Terrenos Baldíos, numerosos propietarios, en su mayoría indígena, han sido despojados de sus terrenos, ya por acuerdo de la Secretaría de Fomento, o por fallo de los Tribunales de la República, siendo de toda justicia restituir a sus antiguos poseedores, los terrenos de que se les despojó de un modo tan arbitrario, se declaran sujetos a revisión tales disposiciones y fallos, y se exigirá a los que adquirieron de un modo tan inmoral, o a sus herederos, que les restituyan a sus primitivos propietarios, a quienes pagarán también la indemnización por los perjuicios sufridos. Sólo en caso de que esos terrenos hayan pasado a tercera persona antes de la promulgación de este Plan, los antiguos propietarios recibirán indemnización de aquéllos en cuyo beneficio se verificó el despojo(...)"(146)

Madero se olvidó por completo del Artículo Tercero del Plan de San Luis, este punto sólo sirvió para manipular y engañar a los indígenas. Madero, en el periódico "El Imparcial", de 27 de junio de 1912, exponía su política agraria:

"Siempre he abogado por crear la pequeña propiedad; pero eso no quiere decir que se vaya a despojar de sus propiedades a ningún terrateniente(...)"(147)

(146) Cit. Pos. CASASOLA, Agustín V., en: Historia Gráfica de la Revolución Mexicana. 1900-1954. T. I. (s.e.) Archivo Casasola. México. p. 200.

(147) Cit. Pos. GILLY, Adolfo, en: Op. Cit. p. 79.

El General Emiliano Zapata, viéndose engañado, proclama el Plan de Ayala, el 28 de noviembre de 1911. Este Plan proclamado por Emiliano Zapata y Otilio E. Montaña, vino a reiterar específicamente, la necesidad de repartir la tierra en beneficio de la gran masa indígena del país. En uno de los puntos más sobresalientes, el Plan señala:

"(...)7o. En virtud de que la inmensa mayoría de los pueblos y ciudadanos mexicanos no son más dueños que del terreno que pisan, sufriendo los horrores de la miseria sin poder mejorar en nada su condición social, (...) por esta causa se expropiarán previa indemnización de la tercera parte de esos monopolios, a los poderosos propietarios de ellas a fin de que los pueblos y ciudadanos de México obtengan ejidos, colonias, fundos legales para pueblos o campos de sembradura o de labor y se mejore en todo y para todos la falta de prosperidad y bienestar de los mexicanos." (148)

En 1915, Venustiano Carranza, mandó se iniciara una redistribución de la tierra y, con ello dio principio la Reforma Agraria. Esta Ley de 6 de enero 1915, hace una especial mención de las poblaciones indígenas, declarando nulas todas las enajenaciones que pertenecieron a los pueblos y comunidades indias. Esta Ley da base legal a las restituciones, y aboga las leyes de desamortización; así, esta señala:

"(...) que privados los pueblos indígenas de las tierras, aguas y montes que el gobierno colonial les concedió, así como también las congregaciones y comunidades de sus terrenos y concentrada la propiedad rural del resto del país en pocas manos, no ha quedado a la gran masa de la población

(148) Cit. Pos. CASASOLA, Agustín V., en: Op. Cit., pp. 400-401.

de los campos otro recurso para proporcionarse lo necesario a su vida, que alquilar a vil precio, su trabajo a los poderosos terratenientes, trayendo esto como resultado inevitable, el estado de miseria, abyección y esclavitud, de hechos, en que esa enorme cantidad de trabajadores ha vivido y vive todavía."

"(...) Es palpable la necesidad de devolver a los pueblos los terrenos de que han sido despojados como acto de elemental justicia, y como la única forma efectiva de asegurar la paz y de promover el bienestar y mejoramiento de nuestras clases pobres, sin las personas que actualmente posean los predios en cuestión."(149)

De esta forma se trata de garantizar la paz social en el campo, esencialmente en las regiones indígenas. Y, a medida que se ejecutaron estas disposiciones y se les devolvieron sus propiedades a los pueblos indígenas, disminuyeron los levantamientos armados y las rebeliones indígenas. La demanda indígena por la tierra vino a encontrar su formulación definitiva en el artículo 27 de la nueva Constitución Política Federal de 1917; éste artículo no habla propiamente de indios o indígenas, luego, si se reconocen los derechos agrarios de "ejidos" y "comunidades", los que históricamente son identificados con los pueblos indígenas del país. Más adelante, en el área respectiva a los problemas agrarios, estos se agudizan porque los grupos que regionalmente controlaban el poder político y poder económico, obstruyen y dificultan la ejecución de los mandamientos constitucionales. A principios del siglo XX, se propone el indigenismo, que es definición de las políticas estatales y como reflexión intelectual, que se desarrolló en el México posrevolucionario sin la participación directa de los indígenas.(150) Los intelectuales les hallaron

(149) Cit. Pos. NAHMAD, Salomón, en: Derecho Indígena y..., p. 303.

(150) Cfr. WARMAN, Arturo, Et-Al., en: Movimientos Indígenas Contemporáneos en México, (Colección: Actualidad y perspectivas). Arturo Warman y Arturo Argueta (Coordinadores). la. ed. Ed. CIIH/UNAM. Edit. Porrúa, México, 1993, p. 242.

cualidades desconocidas a los indígenas y ya no se creía que el mestizaje era negativo. Considerando que era la incorporación en una sola raza de los mejor de las dos: la indígena y la europea. Transformaron el concepto de Estado Nacional y lo fortalecieron. Es considerado el término "mestizaje", no sólo a la fusión racial, sino también la cultural o aculturación, por el cuál las dos culturas que se enfrentaron en el siglo XVI se transformaron en una única y global cultura emergente, considerada como una "cultura nacional". (151) Para el maestro Antonio Caso, (152) la integración de dos grupos humanos no siempre fue benéfica, e incluso resultó perjudicial, que engendró un pueblo que vive en un gran trastorno permanente y general que no cesa durante siglos. El propio Caso expreso, "(...) Volved los ojos al suelo mexicano, a nuestras costumbres y nuestras tradiciones, a nuestras esperanzas y nuestros anhelos, a lo que somos en verdad." (153) Sin embargo, los pensadores de ésta época sugieren que el indígena olvide sus costumbres, y hasta su idioma propio, y así se solucionarían los problemas formando una gran masa homogénea, una nación verdadera. (154)

La Constitución de 1917, fue la primera en todo el mundo, en consagrar el llamado Derecho Social. "La irrupción del constitucionalismo social tendría inmediatas consecuencias respecto de las comunidades indígenas, aunque no se les reconociera

(151) Cfr. STAVENHAGEN, Rodolfo, "Pensar a los indios, tarea de criollos", en: Derecho Indígena y..., pp. 29-30.

(152) Cfr. CASO, Antonio, "México y sus problemas", en: Latinoamérica. Cuadernos de Cultura Latinoamericana, Núm. 38, 1.ª ed. Ed. Coordinación de Humanidades/UNAM, México, 1979, pp. 3-19.

(153) Cit. Pos. CARRASCO, Tania, "La ideología dominante y los indios" en: Derecho Indígena y..., p. 38.

(154) Vid. CARRASCO, Tania, en: Op. Cit., p. 43.

personalidad jurídica en cuanto tales ni se reivindicaron sus derechos y prerrogativas salvo el aspecto propiamente agrario. De esta manera el artículo 27 constitucional estableció en la fracción VII que:

"Los núcleos de población, que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les hayan restituido o restituyeren."(155)

El Doctor, Jorge Madrazo Cuéllar, expresa:

"Los constituyentes del 17 no pudieron romper con el tabú de referirse expresamente a los indígenas, aunque para todos fue claro que el término comunidades se aplicaba precisamente a las indígenas. En ninguna otra parte de la Constitución hubo mención directa o indirecta respecto de los estos mexicanos(...). Como si los constituyentes de 1917 pudieran, con la estructura jurídica formal, borrar una realidad social y cultural que les era incómoda."(156)

El jurista, Emilio Rabasa, (157) opina en cuanto a las leyes para indígenas que:

"No tenemos noticia de leyes directamente encaminadas al mejoramiento de la casta aborigen, de procedencia federal o de los Estados; pero tampoco hay ninguna, dictada en ningún tiempo, dirigida (...) a vejaria, oprimirla, aislarla, a mantenerla en la ignorancia ni despojarla de sus propiedades. Se ha dicho en honor de los gobiernos y de la sociedad mexicanos, que ni los primeros lo han intentado nunca, ni la segunda lo habría

(155) Cit. Pos. MADRAZO, Jorge, en: Reflexiones Constitucionales, la. ed. Ed. Porrúa/UNAM. México, 1995, p. 334.

(156) Ibid.

(157) Cit. Pos. COMAS, Juan, en: Ensayos sobre Indigenismo, p. 97.

tolerado con su indiferencia ni mucho menos con su aplauso.(...)Las leyes pueden(...)contener disposiciones especiales para los indigentes, los analfabetos, los que no entienden el idioma nacional; así sus disposiciones comprenderán a la mayor parte de la raza indígena; más ni se abarcarán toda ni se excluirán a los individuos de las otras por ser una separación general, pero será "parversa" si sólo se refiere a los indios para ponerlos fuera de la regla común; será inmoral, aunque se proponga beneficiarlos porque los señalará con una diferenciación humillante, los deprimirá negándoles el terreno libre de los iguales, privándolos de la "responsabilidad de su custodia".(158)

Este fue el pensamiento jurídico de esa época y seguida hasta finales del siglo XX. "Incorporar al indio a la civilización mexicana, sumarlo a la nacionalidad(...), ha sido el propósito de los gobiernos revolucionarios."(159) Cuando el indigenismo en México ha planteado el reconocimiento de ciertos valores culturales indígenas ha sido el propio Estado quien define cuales de esos valores son los que deben mantenerse. El indigenismo, en su forma institucional se origina a principios del presente siglo. Los conceptos surgidos como los de "asimilación" de las comunidades étnicas al desarrollo general, en el que aparece como condición suprimir los rasgos originarios; el de "incorporación" que propone la obtención de una mezcla uniforme de razas y culturas; y el de "integración", que preconiza acelerar un proceso inexorable tendiente a borrar las fronteras culturales entre los valores y formas de vida de la sociedad dominante y los que se conservan en las sociedades que se consideran marcados por el atraso. Durante estos decenios de esfuerzos orientados en ese sentido, los pueblos y las culturas

(158) Cit. Pos. COMAS, Juan, en: *Op. Cit.*, p. 98.

(159) Cit. Pos. BASAURI, Carlos, en: *La población indígena de México*. T. I. (Colección Presencias). 2a. ed. Ed. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes/INI. México. 1990, p. 101.

indígenas sobrevivieron.(160)

Al respecto, Manuel Gamio, (161) indica:

"Para incorporar al indio no pretendemos "europeizarlo" de golpe; por el contrario, "indianicémoslo" nosotros un tanto, para presentarle, ya diluida con la suya, nuestra civilización, que entonces no encontrará exótica, cruel, amarga e incomprensible. Naturalmente que no debe exagerarse en un extremo ridículo el acercamiento al que no debe exagerarse a un extremo ridículo el acercamiento al indio."

El sistema colonial continuaba para estos pueblos, al ser considerados vencidos y derrotados. El indigenismo sería estandarte del planteamiento "nacionalista"; era una propaganda del Estado monolítico y hegemónico. La nación en su conjunto, oculta las características étnicas de su población e incluso negar su existencia al no ser considerados en el marco político y jurídico. La diversidad de lenguas y culturas, constituían un obstáculo a la integración y la unidad nacional. A los indígenas, se les dió un tratamiento de desvalidos, de incapacitados. (162) Hasta fines de los años setenta se puede confirmar el planteamiento gamiano. (163)

La única legislación federal vigente en materia indígena es la Ley que creó el Instituto Nacional Indigenista, publicada en el Diario Oficial el 4 de diciembre de 1948 (164) "El Instituto Nacional

(160) Cfr. OVALLE FERNANDEZ, Ignacio, "Bases programáticas de la política Indigenista. (Un esquema participativo)", en: INI 30 Años..., p.10.

(161) Cit. Pos. GAMIO, Manuel, "Nuestra Cultura Intelectual", en: INI 30 Años..., p.32.

(162) Vid. MATOS MOCTEZUMA, Eduardo, "Tres momentos en la historia del indio", en: INI 40 Años, 1a. ed. Ed. INI, México, 1988, p.232.

(163) Cfr. BONFIL BATALLA, Guillermo, en: México Profundo. Una Civilización Negada, (Colección: Los Noventa) 1a. ed. Ed. Grijalbo/CONACULTA, México, 1989, p.172.

(164) Cit. Pos. INI, en: INI 40 Años, p.575.

Indigenista de México es el más grande laboratorio de integración concebido jamás."(165)Se planteó el respeto a las culturas indígenas y de la conservación de sus"tradiciones",artes y demás "aspectos positivos"(los"aspectos positivos" pueden ser sus danzas y las artesanías,pero su derecho consuetudinario no los es,por ejemplo).En la realidad nunca se ha respetado su forma específica de ser de los pueblos indígenas en nuestro país.En México,especialmente en el área rural,los pueblos indígenas son pueblos colonizados."Los colonizadores somos nosotros,los habitantes de las ciudades,los alfabetizados,los mestizos,los privilegiados que nos admiramos del sentido artístico y de las artesanías de los indios,de sus colores y de sus formas,y que nos aprovechemos de su miseria."(166)A esto último,se denomina Colonialismo Interno.El derecho consuetudinario indígena es considerado "informal",en relación con el derecho estatal.(167)El maestro Alfonso Caso,(168)afirma:

"(...)Nadie desea volver a las culturas indígenas,definitivamente muertas desde hace cuatro siglos.(...)Nadie desea dividir al país en una multitud de pequeñas naciones indígenas,desintegradas de la nación mexicana,y por supuesto sería no sólo absurdo sino criminal pretender prescindir del perfil occidental de México para desarrollar una cultura de tipo indígena prehispánico,que por otra parte nadie podría realizar."(169)

Otro error fue considerar al campesino y al indígena por igual.Casi todos los indígenas son campesinos,pero no todos los

((165) Cit.Pos.DEL VAL, José Manuel, en: Antropología Breve de México. Lourdes Arizpe (Coordinadora). la. ed. Ed. Academia de la Investigación Científica/Centro Regional de Investigación Multidisciplinaria, UNAM. México. 1993. p.250.

(166) Cit. Pos. STAVENHAGEN, Rodolfo, en: Testimonios... p.201.

(167) Cfr. GONZALEZ GALVAN, Jorge A., en: El Estado y... p.142.

(168) Cit. Pos. CASO, Alfonso, en: La Comunidad Indígena. prolog. Gonzalo Aguirre Beltrán. (Colección: Sep-Setentas) la. ed. Ed. SEP. México. 1971. p.101.

(169) Id.

revolucionario, negó la existencia de la civilización mesoamericana. "De las culturas indias de hoy, pasado el fervor nacionalista de las primeras décadas, queda una visión folclórica y una sensación multiforme de malestar por cuanto significa de atraso y pobreza y, sobre todo, por la percepción no admitida de que ahí, en el México profundo, se niega cotidianamente al México imaginario." (170) La única iniciativa de reforma a nivel constitucional hasta ese entonces la cuenta el Doctor Gonzálo Aguirre Beltrán: (171)

"En 1940, (...) con motivo de la celebración del Primer Congreso Indigenista Interamericano, Darío Cruz Ramírez, con la anuencia del Jefe de Asuntos Indígenas, Luis Chávez Orozco, presenta ante dicho Congreso una ponencia intitulada "Hacia una Legislación Tutelar para las clases Indígenas", donde propone, para México en lo particular, la reforma al artículo 73 constitucional con el fin de que el Congreso sea facultado para dictar la legislación tutelar. Finalmente, la ponencia no pasó a mayores."

Un gran obstáculo para la citada integración de los indígenas a la nación mexicana, ha sido la resistencia generada por los propios pueblos. Esto les ha permitido sobrevivir durante cinco siglos: conservar un conjunto restringido de elementos culturales que consideran propios, formas de organización, códigos de comunicación, derecho consuetudinario, etcétera, respecto a los cuales demandan el derecho exclusivo de tomar decisiones. (172) Los sistemas creados por los indígenas para resistir social y culturalmente durante cerca de quinientos años se encuentran penetradas y sujetos

(170) Cit. Pos. BONFIL BATALLA, Guillermo, en: Op. Cit., p. 186.

(171) Cit. Pos. MADRAZO, Jorge, en: Aspectos nacionales e..., pp. 17-18.

(172) Vid. BONFIL, BATALLA, Guillermo, en: Op. Cit., p. 175.

a presiones para desestabilizar sus estructuras.(173)A fines de los años setenta, las organizaciones indígenas muestran una efervescencia creciente por todo el país, las cuales exigen el reconocimiento y el respeto a la diversidad cultural. "Nada más asfixiante para la creatividad cultural que la monotonía uniformidad de la civilización del plástico, engendro de los últimos estertores de la revolución industrial."(174) Poco a poco se ha tratado de transformar al indígena, simplemente en macheteros, vendedores ambulantes, trabajadores no calificados, campesinos sin tierras, jornaleros migrantes, etcétera.

A tal grado se llegó a considerar al indígena como un demente, que el propio Poder Judicial de la Federación tuvo que aclarar este punto. Ejemplo de ello lo enmarca la siguiente Tesis Jurisprudencial:

PDDER JUDICIAL DE LA FEDERACION
3er. CD-ROM JUNIO DE 1993.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Epoca: 7A

Volúmen: 52

Página: 25

RUBRO: INCAPACITADOS. NO LO SON LAS PERSONAS DE RAZA INDIGENA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS).

(173) Cfr. NAHMAD, SITTON, Salomón, "Reivindicaciones étnicas y política indigenista en México", en: Indianismo e indigenismo..., pp. 256-259.

(174) Cit. Pos. STAVENHAGEN, Rodolfo, en: Testimonios..., p. 209.

TEXTO: Es inexacto que la legislación de Chiapas considere a las personas de raza indígena como incapacitados para los efectos de la ley penal, pues de conformidad con el artículo 129, fracción III, del Código Penal de la entidad, sólo se encuentran incapacitados: "los analfabetas cuya mentalidad sea tan ruda que deben ser considerados como retrasados mentales, con imposibilidad de para discernir sobre la ilicitud del acto cometido.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 4344/72 Salvador Pérez Portillo. 4 de abril de 1973
Unanimidad de votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado.

Señalamos para concluir éste capítulo histórico-jurídico, que, todas las ideologías cambiantes en la mentalidad del colonizador, han tenido como objeto primordial, mantener a los pueblos indígenas y sus culturas como materia inerte, como resultado de manipulaciones externas. La continuidad histórica y jurídica de los pueblos indígenas, legitima su pensamiento y su propio derecho. Se considera que no hubo conquista, sino invasión. Ante ella, los pueblos indígenas han sobrevivido; así pues, no han sido conquistados. Por ello, concluimos con las palabras de Guillermo Bonfil Batalla, (175) en cuanto a que: "La historia ha sido escrita y enseñada por el invasor. Es su historia. (...) Hay otra: la del indio."

(175) Cit. Pos. BONFIL BATALLA, Guillermo, en: Op. Cit., p. 195.

CAPITULO III

CAPITULO III

3. ASPECTOS INTERNACIONALES DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INDIGENA.

3.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y REGIONALES.

En el presente capítulo, será de interés destacar en que medida las disposiciones internacionales han regulado, tratado al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, y cuales han sido los cambios observados en este campo al respecto.

La aceptación histórica del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas está inscrito en un largo proceso político e ideológico que transita del reconocimiento de la igualdad de todos los seres humanos a la aceptación de las diferencias a nivel internacional. A principios del siglo XX, tras la Primera Guerra Mundial y el advenimiento de reconstrucción interestatal, un derecho internacional experimentó por vez primera algún resquicio para introducir en el interior de los estados por considerar a poblaciones culturalmente diferentes, no pertenecientes a la cultura identificada como nacional. Era un tiempo de protección, hacia grupos específicos no dotados de estado propio.

"(...)el sistema de Naciones Unidas se ha ocupado poco de los pueblos indígenas del mundo. Este tema queda comúnmente abarcado en la legislación internacional relativo a los derechos humanos en general, o bien a la que se refiere a los territorios no autónomos y al proceso de descolonización(...). Existen en el sistema internacional algunos elementos que tienen relevancia directa para el problema de los derechos humanos de las poblaciones indígenas(...)." (176)

Se prevé el disciplinamiento del colonialismo, no su desaparición. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, (177) es una declaración de derechos de todos los seres humanos individuales. Tales derechos comienzan a conformarse como un orden sustantivamente constitucional. En el constitucionalismo de los estados latinoamericanos, basaron la idea de que la población indígena era parte integrante de la propia nación y asunto del propio estado. Estos principios constitucionales de derechos humanos, pueden alcanzar, si acaso, al orden indígena en tanto individuo, pero no alcanzan al orden de su colectividad. El tratamiento es de integración en términos de igualdad con el resto de la población en el interior del mismo estado. Protección perpetua como a desvalidos.

3.1.1. Medidas adoptadas por los Organismos especializados de las Naciones Unidas, con respecto al derecho consuetudinario indígena.

3.1.1.1. El Convenio Número 107 de 1957, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

(176) Cit. Pos. STAVENHAGEN, Rodolfo, en: Derecho Indígena y..., p. 119.

(177) Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (ONU, 1948). Comisión Nacional de Derechos Humanos.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), siendo un organismo especializado de Naciones Unidas, ha elaborado instrumentos de carácter jurídico relativos a los derechos de los pueblos indígenas, dicta el Convenio 107 "relativo a la protección e integración de las poblaciones tribales y semitribales en los países independientes". Considera a la cultura de estas poblaciones como factor de atraso. Por ello es menester integrar cultural económica y políticamente a la sociedad nacional a estas poblaciones para el mejoramiento de sus condiciones de vida. Entre otros aspectos, en lo que se refiere al derecho consuetudinario de los indígenas, toma las siguientes medidas:

---En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país, se deberían observar los métodos de control social propios de "las poblaciones" en cuestión en la represión de los delitos. Cuando la utilización de tales métodos de control no fuera posible, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse, deberían tener en cuenta las costumbres de "las poblaciones" indígenas. Al imponerse las penas previstas por la legislación se debería tener en cuenta "el grado de evolución cultural de dichas poblaciones". (178) No está destinado a la preservación de las culturas indígenas ni a la preservación de su derecho consuetudinario.

(178) Cit. Pos. LEYVA LOPEZ, Marco Antonio, Et-Al, en: Instituto Nacional Indigenista, 1989-1994, Cristina Gehmichen Bazán (Coordinadora). 1a. ed. Ed. INI/SEDESOL, México, 1994.

3.1.1.2. La Organización de Estados Americanos. Congresos Indigenistas Interamericanos.

En la OEA, existen tres órganos cuya función está vinculada de manera directa con los pueblos indígenas:

- 1). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- 2). El Instituto Indigenista Interamericano; y
- 3). Los Congresos Indigenistas Interamericanos.

Es importante destacar las propuestas más sobresalientes de algunos Congresos Indigenistas Interamericanos, en relación al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

3.1.1.2.1. El Primer Congreso Indigenista Interamericano. - Celebrado en Michoacán en abril de 1940; se manifestó en relación al derecho indígena, que el principio básico debe ser la igualdad de derechos y oportunidades para todos los grupos de la población americana. El Instituto Indigenista Interamericano crearía una agencia encargada del estudio del derecho indígena en los distintos países; se recomendó la legislación protectora del indígena; la protección de la comunidad dentro de la organización jurídica de cada país.

3.1.1.2.2. El VII Congreso Indigenista Interamericano. - Celebrado en Bolivia en 1972; se introdujeron considerandos sobre el derecho consuetudinario indígena al recomendar que los gobiernos tomen como válidas jurídicamente aquellas costumbres practicadas por los indígenas según los patrones normativos de sus culturas. (179)

(179) Cfr. STAVENHAGEN, Rodolfo, en: Derecho Indígena y..., pp. 107-113.

3.1.1.2.3.El IX Congreso Indigenista Interamericano.-Realizado en Santa Fe,Nuevo México, en 1985; en el se dió un notable avance respecto a las anteriores, por la relevancia en el campo jurídico, con respecto al derecho consuetudinario indígena. Especialmente, es de interes la siguiente:

"Resolución Núm.20.Considerando:Que las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas de América no han sido reconocidas en la medida adecuada en la mayoría de los estados miembros de la Convención Internacional de Pátzcuaro(1940),(...)indispensable para la equidad en la administración de justicia en los países miembros que haya un reconocimiento adecuado a esas normas consuetudinarias,(...)indispensable para la protección adecuada de los derechos humanos de los pueblos indios.

Recomienda:

1.El reconocimiento, en la medida adecuada, de las normas consuetudinarias de los pueblos indios de los países miembros.

2.Que los estados miembros de la Convención Internacional de Pátzcuaro(1940)estudien la posibilidad de adecuar los sistemas penales y civiles vigentes a la especificidad sociocultural de los pueblos indios, tomando en cuenta las normas consuetudinarias de estos pueblos(...)."(180)

(180) Cit.Pos.STAVENHAGEN, Rodolfo, en: Op.Cit., p.113.

3.1.1.2.4. Factores que han determinado el incumplimiento de las resoluciones de dichos Congresos.-Entre los más importantes tenemos:

1. La política general de los gobiernos americanos, las cuales no ven con simpatía los cambios que propugnan, y que van en contra de las oligarquías locales o nacionales;

2. El problema económico;

3. La falta de difusión de las resoluciones de cada Congreso;

4. La falta de técnicas para llevar adelante su cumplimiento;

5. Los obstáculos que los sectores que viven de la explotación del indígena, oponen al cumplimiento de las resoluciones indigenistas;

6. La falta de obligatoriedad de las resoluciones. (181)

Estas resoluciones, muestran la necesidad de dar reconocimiento adecuado a lo diverso dentro de los estados, con un respeto, real y efectivo, a sus propios valores, entre ellos, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

3.2. ASPECTOS CONSTITUCIONALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL CON RELACIÓN AL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA: CONTEXTO JURÍDICO COMPARATIVO.

Los textos constitucionales o Constituciones Políticas, como base política-ideológica de una sociedad determinada, son la expresión generalizada de esta realidad nacional. En cada caso (181) Cfr. STAVENHAGEN, Rodolfo, en: Op. Cit., p. 109.

particular, nación a nación, el tratamiento jurídico de "protección" de los derechos de los pueblos indígenas "asume connotaciones específicas". (182) En varios países del mundo existen disposiciones constitucionales relativas a los pueblos indígenas.

3.2.1. El derecho consuetudinario indígena en el orden constitucional en algunos países euro-asiáticos.

Como ejemplo, tenemos en breve lo siguiente:

3.2.1.1. Pakistán:

Son considerados en la Constitución pakistaní, en la sección 5, los miembros de las castas, tribus y grupos menesterosos. Desde la independencia de Pakistán en 1947, las mismas gozan de un elevado grado de autonomía. Los habitantes de zonas tribales administrados por el gobierno federal, no pagan impuestos directos, ni indirectos y no están sujetos a la legislación nacional, civil o penal sin el consentimiento de los miembros más ancianos. Por ello, toda integración oficial en la sociedad nacional se realiza por negociación y acuerdo, y las autoridades tribales conservan un poder significativo.

3.2.1.2. República Popular China:

El artículo 60. del Capítulo III de la Constitución de 1982 contiene disposiciones sobre regiones autónomas, en virtud de las cuales las autoridades regionales pueden dictar leyes y normas

(182) Cit. Pos. DIAZ MULLER, Luis, en: Análisis comparado de las legislaciones nacionales sobre minorías en América Latina. Ponencia presentada ante el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, noviembre de 1985. Vid. para los casos siguientes GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Derechos Indígenas. Lectura Comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. 2a. ed. Ed. INI. México, 1995, pp. 31-33.

conforme a las características políticas, económicas y culturales de la minoría o minorías nacionales que viven en la región. En 1984 se expidió una ley sobre la autonomía de las minorías regionales. Ahí existen regiones autónomas, con sus propios Congresos y cuyos representantes son elegidos por las minorías de conformidad con sus tradiciones. (183)

3.2.2. El derecho consuetudinario indígena en el orden constitucional latinoamericano.

En algunas constituciones políticas de los países latinoamericanos, se hace mención del derecho consuetudinario indígena hasta fechas muy recientes; sobre este aspecto se encuentran los siguientes casos particulares:

3.2.2.1. Bolivia (1994).

La Constitución boliviana señala en su artículo 171, que las autoridades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con la de los Poderes del Estado.

(183) Cfr. para todos estos casos, y los siguientes, GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Derechos Indígenas. Lectura..., pp. 35 y ss.

3.2.2.2.Colombia (Constitución Vigente desde 1991).

La Constitución Colombiana señala en su Artículo 46:

"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial,de conformidad con sus propias normas y procedimientos,siempre que no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República.La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional."(184)

3.2.2.3.Chile (1993).

En relación al derecho consuetudinario,no existe a nivel de la Constitución Chilena mención al respecto,salvo una Ley Indígena,en la cual el Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener sus manifestaciones culturales,en tanto no se opongan a las buenas costumbres y al orden público.En el mismo tenor,considera a la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia,se constituirá derecho,siempre y cuando no sea contraria a la Constitución Chilena.En materia penal se le considera sólo como antecedente para la aplicación de un eximente o atenuante de responsabilidad.

3.2.2.4.Paraguay (Constitución de 1992).

Con respecto al derecho indígena,señala ésta Constitución:

(184) Cfr.DIAZ MULLER,Luis y CARRASCO,Tania,en:Derecho Indígena y...,pp.73 y ss.Vid,para los casos siguientes GOMEZ RIVERA,Magdalena,en:Derechos Indígenas.Lectura...,pp.32 y ss.

"Parte I: De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías.

"Cap.V. De los pueblos indígenas y grupos étnicos.

"Art.62: Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de culturas anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

"Art.63: De la identidad étnica. Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas, (...) a la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrán en cuenta el derecho consuetudinario indígena." (185)

3.2.2.5. Perú (Constitución de 1993).

La Constitución Política de éste país señala, respecto al derecho consuetudinario indígena, en su Artículo 149, lo siguiente:

"Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden 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. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y las demás instancias del Poder Judicial." (186)

(185) Vid. GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Derechos Indígenas. Lectura..., pp.42-43.

(186) Cfr. para estos casos, GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Op.Cit., p.44; Vid. VARESE, Stefano, "Derechos étnicos en el Perú", en: Derecho Indígena y..., pp.317 y ss.

3.2.3. Consideraciones.

Esta tendencia de incluir derechos de los indígenas en el marco constitucional, se ve matizada por diferencias en cuanto a los alcances de los derechos reconocidos y a la efectiva implementación de los mismos. El análisis comparativo entre las constituciones que se refieren al tratamiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas nos permite destacar lo siguiente:

1). Que las constituciones de los países analizados, la mayoría tienen la característica de que este reconocimiento de derechos están estipulados en un capítulo especial, dedicado al carácter específico de los derechos indígenas.

2). Por lo general, se trata de proteger a los indígenas y eximirlos de algunas obligaciones, para limitar el ejercicio de ciertos derechos hasta que logren alcanzar la "integración", el "desarrollo" o la "civilización", que se estima necesario para colocarse en pie de igualdad con el resto de la población de un país determinado.

3). Se han establecido disposiciones especiales a su favor por considerarlos débiles, enfermos, sometidos dentro de una sociedad nacional.

4). Las Constituciones, tomarán en cuenta la costumbre, siempre que no resulte incompatible con el orden público o con las leyes generales de la nación. Se aprecia un régimen especial para la solución de conflictos penales, de policía, administrativos y civiles dentro de las colectividades indígenas, en tanto que en otras constituciones, establecen que el derecho consuetudinario será

contemplado como atenuante en los delitos en que incurran los indígenas. Así, los países con estatutos especiales con rango constitucional: Paraguay. En tanto los países con tratamiento constitucional de los derechos humanos y régimen jurídico especial sobre comunidades indígenas: Chile, Colombia, Paraguay. (187) "El efecto destructivo para las etnias y la falta de respeto al pluralismo cultural y a la autodeterminación de las comunidades indígenas constituye un factor distintivo de nuestras legislaciones." (188)

5). El reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, propio de la mayoría de nuestras Constituciones, se ve enfrentado al criterio de la diversidad legal ante situaciones desiguales. Aunado a esto, los criterios de inimputabilidad y de responsabilidad atenuada del indígena.

6). La imposición de los valores y de la ideología del "orden nacional", tratan de aniquilar gradualmente, a las culturas indígenas.

7). El tratamiento jurídico dado a los pueblos indígenas, siempre tienen relación con el carácter del sistema político (democrático o dictatorial, a grandes rasgos) y se cristalizan en sus constituciones políticas. (189)

Estas son en general, algunas de las tendencias que destacan respecto a las acciones asumidas por los Estados y sus respectivos sistemas constitucionales en torno al derecho consuetudinario indígena.

(187) Cfr. DIAZ MULLER, Luis, en: Derecho Indígena y..., p.95.

(188) Cit. Pos. DIAZ MULLER, Luis, en: Op.Cit., p.96.

(189) Ibidem.

3.2.3.1.El derecho de los pueblos indígenas:su naturaleza colectiva.

Existe hoy un consenso sobre los derechos humanos universales; más no se da la misma situación en torno al derecho colectivo de los pueblos indígenas, un derecho que les corresponde. El derecho consuetudinario indígena expresa normas cuyo contenido son dispares a las de los ordenamientos jurídicos internacionales. La identidad cultural de dichos pueblos depende en gran parte, de la existencia de mecanismos que aseguren a la continuidad de sus prácticas sociales, y un obstáculo para su preservación lo es la exclusión de los derechos particulares de los pueblos indígenas.

Los derechos humanos, sólo tomaron en cuenta la cultura, la ideología, el pensamiento del pueblo europeo. Es un concepto etnocéntrico, en tanto intentó pensar que lo universal debe ser considerado desde una visión occidental sobre lo que es el derecho específicamente, los derechos humanos, es decir, todo un conjunto, que vemos es un plexo que no abarca sólo derechos individuales, sino también sociales y culturales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, intenta afirmar que el derecho de igualdad excluiría cualquier manifestación de derechos particulares, descartando con ello el derecho a la diferencia. Esta perspectiva plantea una nueva concepción de derechos humanos que recojan todas las aspiraciones de todos los pueblos indígenas en el planeta. (190) Cuando no se respeta el derecho de los pueblos, es muy (190) Cfr. BELLER TABOADA, Walter, Et-Al, en: Las Costumbres Jurídicas..., p.16.

difícil que los derechos humanos de los integrantes de esos pueblos se respeten.(191)Por ende,se afirma que los derechos colectivos de los pueblos indígenas son derechos fundamentales.

Es claro que ante esta "nueva"realidad,la igualdad ante la ley no es suficiente,y son cuestionados por la vivencia cotidiana de los pueblos indígenas.Ai aceptar que el derecho colectivo existe,se tratará de subordinario mediante la visión constitucional del derecho individual.No es concebible una humanidad uniforme y homogénea;deben cambiarse estas ideas que son heredadas de esquemas imperiales y coloniales.(192)Estos proyectos hegemónicos y asimilacionistas rompen con la creatividad indígena y limitan la transformación del mundo.Los derechos de los pueblos indígenas "no son sólo formas superficiales de demandas como consideran los operadores del sistema político y a las cuales hay que dar respuestas también superficiales y demagógicas."(193)

El progreso de la civilización no sería realidad sin darle importancia a la pluralidad de la naturaleza,de la especie humana y de la culturas que de ella emanan.Las teorías integracionistas,el mito en torno al principio formal de la igualdad ante la ley,el conservadurismo y "la estrechez de perspectivas en el gremio de los juristas y,(...)la indiferencia de la clase y grupo dominante sobre la población indígena,(...)han impedido(...)reconocer

(191) Cfr.GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Derechos Indígenas. Lectura..., p.56.

(192) Cfr.NAHMAD, Salomón, en: Nuevos Enfoques para el Estudio de las Etnias Indígenas en México. Arturo Warman y Arturo Argueta (Coordinadores). 1a. ed. Ed. CIIH/UNAM, Miguel Ángel Porrúa (Grupo Editorial). México. 1991, p.309.

(193) Cit. Pos. NAHMAD, Salomón, en: Op.Cit., p.293.

constitucionalmente a estos núcleos de población en cuanto a sus derechos(...)colectivos."(194)"La unidad,al reconocerse jurídicamente y sustentada por la historia,es una meta.La diversidad surge de un reconocimiento de la realidad;es una fuente de enriquecimiento del ser social,Estado o país."(195)

Los pueblos indígenas no constituyen meros complejos de rasgos culturales enraizados en el pasado(costumbre,tradiciones,formas de organización social,cosmovisión,etcétera),sino realidades socioculturales creadas y recreadas constantemente.(196)Contrariamente a lo que afirma la doctrina clásica de que los derechos humanos son individuales,de la persona,no de las colectividades,es decir,no propio de los grupos sociales cualquiera que sean sus características,es de reconocer que ciertos derechos humanos sólo pueden ejercerse plenamente en forma colectiva.Hoy día derivamos que los derechos de las colectividades o derechos grupales deben ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueve a su vez los derechos individuales de sus miembros.(197)

La coherencia interna,la organización social,así como el mantenimiento de las propias tradiciones de los pueblos indígenas,sus leyes y costumbree,han sido factores determinantes para la sobrevivencia de los pueblos indígenas.A contadas

excepciones,en general,los pueblos indígenas que pierden sus

(194) Cit.Pos.MADRAZO,Jorge,en:Aspectos Constitucionales...,p.339.

(195) Cit.Pos.DURAN,Leonel,en:Indianismo e Indigenismo...,p.245.

(196) Cfr.DIAZ POLANCO,Héctor,en:Autonomía Regional.La autodeterminación de los pueblos indios,Pablo González Carrasco(Coordinador).Biblioteca América

Latina:Actualidad y Perspectivas. 1a.ed.Ed.Siglo XXI Editores,CIIH/UNAM,México.1991,pp.107-108.

(197) Cfr.STAVENHAGEN,Rodolfo,en:Nueva Antropología,Revista...,pp.30-33.

instituciones sociales, a largo plazo, perderán su identidad étnica. Algunos gobiernos creen que al existir dichas instituciones, diferentes de los mecanismos constitucionales o legales desarrolladas por el Estado, constituyen una amenaza para la unidad nacional, una forma de separatismo. Los pueblos indígenas han exigido que sus instituciones legales y políticas tradicionales sean reconocidas por el Estado. A todo lo anterior, se ve reforzado y presionado por el movimiento indígena, el cual se extiende y eleva cualitativamente el marco conceptual de sus acciones, y se ubica en la escena política nacional e internacional con papeles protagónicos.

3.3. LOS MOVIMIENTOS INDÍGENAS Y LAS NECESIDADES JURÍDICAS DE LA DIVERSIDAD.

A diferencia de la normatividad internacional, han sido más bien los documentos de las organizaciones no gubernamentales (ONGs), la investigación de los expertos y los planteamientos o reclamos jurídicos de los propios indígenas, los que en forma más precisa han planteado los derechos de los pueblos indígenas. En relación a lo anterior, la aparición y fortalecimiento de una constelación de organizaciones indígenas en los niveles locales, regionales e internacionales, han conquistado espacios participativos mayores cada vez, que han desarrollado y plantean un conjunto de demandas, y para nuestro estudio en particular, es de interés:

- 1). El establecimiento de las condiciones jurídicas y políticas que hagan posibles y seguros el ejercicio y a la ampliación de sus derechos. Legitimar sus propias formas de autoridad, representación y

administración de justicia.Reclamo de fueros y privilegios para las autoridades tradicionales hasta el establecimiento de un régimen jurídico que garantice el cumplimiento y mantenimiento de sus reivindicaciones.(198)

3.3.1.Foros Internacionales sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

3.3.1.1.El primer foro,celebrado en Matías Romero,Oaxaca,en la Relatoria de la Mesa 5,el 2 de octubre de 1989,sobre "Legislación y Derechos Indios."

En cuanto al derecho consuetudinario indígena,se encuentran las siguientes propuestas:

- 1)."Que los indios sean juzgados por autoridades de su misma comunidad india,y en su lengua materna;
- 2)."Que se reconozca personalidad jurídica a los pueblos indios;
- 3)."Que el derecho consuetudinario no se legisle,solo se reconozca constitucionalmente."(199)

3.3.1.2.El II Foro sobre Derechos Humanos de los Pueblos Indios,celebrado en Xochimilco,D.F.,del 9 al 11 de marzo de 1990.

En la mesa 4,se expresó lo siguiente:

(198) Cfr.ITURRALDE,Diego, en: Crítica Jurídica.Revista..., pp.95-96.

(199) Cit.Pos.ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio, en: Reclamos Jurídicos de los Pueblos Indios.la.ed.Ed.IIJ Serie E:Varios,núm.55./UNAM,México.1993,pp.95-102.

EDUCACION Y CULTURA

1) "(...) La cultura debe ser entendida como una forma de relación con la naturaleza, los territorios y el derecho consuetudinario." (200)

3.3.1.3. Principios Básicos sobre los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indios de Centroamérica, México y Panamá.

Para nuestro estudio destaca lo siguiente:

JURISDICCION

"Los pueblos indios tienen derecho a ejercer autoridad y jurisdicción dentro de sus límites territoriales de acuerdo a sus usos y costumbres y al grado y naturaleza de la autonomía establecida respecto del Estado de Pertenencia.

"Todo Estado debe darle vigencia al Derecho Consuetudinario tradicional indio, y reconocer los usos y costumbres de los pueblos indios como fuente legítima de derechos en las instituciones judiciales, administrativas y legislativas y a una justa impartición de justicia." (201)

3.3.1.4. Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios, celebrado en la Ciudad de Quito, Ecuador del 17 al 21 de julio de 1990.

(200) Cit. Pos. ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio R., en: Reclamos Jurídicos de los Pueblos Indios. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E: Varios, núm. 55, 1a. ed. Ed. IIJ/UNAM, México, 1993, pp. 103-126.
 (201) Ibidem, pp. 117-126.

DECLARACION DE QUITO

"1).(...)Buscamos un nuevo orden social que acoja nuestro ejercicio tradicional del derecho consuetudinario,expresión de nuestra cultura y formas de organización.

LEGISLACION NACIONAL

"A pesar del sistema de legislación oficial,se ha venido manteniendo el derecho indígena.Esta incluye:la administración de justicia a través de la estructura organizativa y procedimiento en caso de sanciones o juzgamientos de actos reñidos con la cosmovisión indígena y su accionar interno.Este derecho puede ser concebido como alternativo,que trasciende y rebasa la lógica y funcionalidad de las leyes estatales,por lo que históricamente se ha constituido en una salida para enfrentar los problemas de los indígenas.

"1).Planteamientos:

"a).Por la interrelación con otros sectores sociales,se debe exigir por la diversidad legislativa se refleje en las Constituciones Políticas;exigimos así que el sector indígena oficial acepte el derecho consuetudinario indígena tal,que abra espacios para consolidar la pluralidad cultural y autodeterminación de los pueblos.

"b).Respecto al derecho oficial o estatal,se deberá exigir la aplicación de leyes favorables y la creación de nuevas leyes que acojan la necesidad y la realidad de los pueblos indios,principalizando el carácter plurinacional y pluricultural.

- "c).conocer,codificar y sistematizar el derecho indígena.
- "d).constituir una organización de juristas profesionales indígenas y una comisión internacional conformado por juristas y líderes indígenas,para asesorar,organizar eventos e iniciar estudios sobre el tema.

DERECHOS HUMANOS INDIGENAS

"(...)Desarrollar nuestro propio concepto de derechos humanos y no depender de las definiciones de uso corriente.Los pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos no son adecuados para tratar los derechos de los indígenas."**(202)**

3.4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN RELACIÓN AL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA:EL CONTEXTO RECIENTE.

La "Conmemoración" del V Centenario de la invasión española al Continente Americano,fortaleció entre otros aspectos,la inquietud internacional por legislar en favor de los pueblos indígenas.Al margen de las diferencias en las legislaciones nacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas;existen por lo menos tres esfuerzos principales a nivel internacional:

- 1).En el ámbito de las Naciones Unidas se encuentra el Proyecto que éste organismo elaboró acerca de la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas,desarrollado por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas,formada en 1982;la creación en el mismo ámbito del fondo de contribuciones voluntarias para dichas

(202) Ibidem,pp.137-161.

"poblaciones", destinados a facilitar la participación de representantes de organizaciones indígenas en las deliberaciones del mencionado Grupo de Trabajo.

2). En el contexto de la investigación, la ONU, presentó en 1987 las conclusiones propuestas y recomendaciones del Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas. Este informe fue expuesto por el Relator Especial, José Martínez Cobo, integrante de la Subcomisión de Protección de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la citada organización.

3). Por otra parte, la aprobación en 1989 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del trabajo (OIT).

En general, el proceso de elaboración de normas internacionales sobre pueblos indígenas ha sido lento y desigual. Aunque, como hemos apreciado en este recorrido histórico-jurídico a nivel internacional, a llegado a ser en años recientes el objeto de actividades tendientes al establecimiento de normas internacionales a favor de dichos pueblos. Ahora, examinemos cada uno de estos instrumentos internacionales, y su relación con el derecho consuetudinario indígena.

3.4.1. Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Para nuestro especial interés, lo siguiente:

QUINTA PARTE

"Párrafo 25: Los pueblos indígenas tienen el derecho a (...), que sean debidamente reconocidos y respetadas las leyes, costumbre y

prácticas indígenas.

(...)

"Párrafo 37: Los pueblos indígenas tienen el derecho de preservar y desarrollar su derecho y sistemas jurídicos consuetudinarios cuando éstos no sean incompatibles con los derechos del hombre y las libertades fundamentales consagradas en los instrumentos internacionales relativos a los derechos del hombre." (203)

Finalmente, se puede destacar el Artículo 39, que indica: "Los pueblos indígenas tienen derecho a recursos eficaces para toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En estas decisiones se tomarán en cuenta las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados." (204)

Ahora, pasemos al contexto de la investigación.

3.4.2. Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas.

Este informe, nos da un nuevo enfoque en relación a los pueblos indígenas y su derecho consuetudinario. El relator especial de la ONU escribe al respecto:

"Cuando ese derecho tradicional sigue teniendo vigencia entre
(203) Cit. Pos. GONZALEZ GALVAN, Jorge, en: El derecho consuetudinario de las culturas indígenas de México. Notas de un caso: Los Nayeri. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E: Varios, Núm. 61. 1.ª ed. Ed. IJ/UNAM. México. 1994, pp. 130-133.
(204) Cit. Pos. CARRASCO, Tania, en: Las Costumbres Jurídicas..., p. 30.

las poblaciones indígenas surge la coexistencia de sistemas jurídicos. Mientras en unos países no se reconoce vigencia alguna a las leyes y costumbres jurídicas indígenas ante la innegable realidad de la persistencia de esas normas jurídicas, en otros países se ha reconocido la existencia de estas últimas para ciertos efectos. El no reconocimiento de la ley indígena consuetudinaria por los sistemas legales nacionales establecidos pueden conducir a serias violaciones de los derechos humanos individuales.

Propuestas y Recomendaciones

"Párrafo 374. Su cultura y sus sistemas sociales y jurídicos han estado constantemente siendo objeto de ataques a todos los niveles, a través de los medios de información, de las leyes, y de los sistemas públicos de educación. Nada más natural, (...) que haya una resistencia (...) y un rechazo de la deformación o la negación de su historia y de su cultura (...). Tienen derecho, (...) a mantener y transmitir (...) sus (...) sistemas jurídicos (...), que han sido ilegal y abusivamente atacados.

(...)

"Párrafo 488. Ante la coexistencia de un orden jurídico nacional y otros órdenes jurídicos consuetudinarios que rigen la vida de las poblaciones indígenas, se recomienda que:

"a). Se respeten los órdenes jurídicos indígenas y se admita la existencia de un pluralismo jurídico sin preeminencias injustificadas de parte del sistema jurídico nacional;

"b). Se acepten los criterios de fuero personal y de consideraciones geográficas-demográficas para la aplicación de los

sistemas jurídicos existentes, según corresponda a esas circunstancias;

"c). Se definan los límites del pluralismo jurídico y se delimiten los espacios culturales en los que no debe interferir el orden jurídico nacional; y se definan también aquellos que inevitablemente deben quedar regidos por el orden jurídico nacional, en la medida en que se refieren a la vigencia de valores y derechos considerados internacionalmente en la actualidad como fundamentales e indispensables a la vida contemporánea de la sociedad;

"d). Se facilite la utilización, por las poblaciones indígenas del orden jurídico nacional y de una pronta administración de justicia en condiciones de igualdad para la protección de sus derechos y libertades y sin perjuicio del respeto a sus formas jurídicas propias. Para ello deben difundirse los principios del orden jurídico nacional, proveer asistencia jurídica idónea, y adoptarse medidas económicas y procesales que hagan real y no meramente formal dicho derecho a la civilización." (205)

Pasemos a enunciar el siguiente instrumento intercontinental sobre derechos de los pueblos indígenas.

3.4.3. Convenio Número 169, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Prosiguiendo con los instrumentos internacionales a favor de los
 (205) Cit. Pos. ACADEMIA MEXICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Extracto de las conclusiones, propuestas y recomendaciones del Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas del Comisionado de la ONU: José Martínez Cobo", en: Manual de Documentos para la Defensa de los Derechos Indígenas. 1a. ed. Ed. Vesubio, México, 1989, pp. 119-124.

pueblos indígenas y en especial sobre el respeto y reconocimiento del derecho consuetudinario por parte de los miembros que ratifican dicho Convenio.

"Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

"(...)Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

"(...)Observando(...)que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

"(...)adopta, con fecha 27 de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales 1989:

Parte I. Política General

Artículo 1

"1. El presente Convenio se aplica:

(...)

b) a los pueblos indígenas en países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras

estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

"2. La conciencia de su identidad indígena (...) deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

"3. La utilización del término "pueblos" en éste Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga aplicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional." (206)

Para el interés de este trabajo citamos los siguientes artículos relativos a los indígenas ante el derecho nacional, y del derecho de los indígenas.

Artículo 8

"1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

"2. 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.

Siempre que sea necesario, deberá establecerse procedimientos

(206) Cit. Pos. GOMEZ RIVERA, en: Derechos Indígenas. Lectura..., pp. 65 y ss.; Cfr. ACOSTA, Mariclaire, Et-Al, en: Revista "Justicia y Paz". Información y Análisis sobre Derechos Humanos/México, Centroamérica y el Caribe. Derechos de los Pueblos Indígenas. Julián Cruzalta (Director y Coordinador). Revista trimestral. Núm. 25. Año VII, enero/mayo 1992. Ed. Centro de Derechos Humanos "Fray Francisco de Vitoria, O.P." México. 1992, pp. 220 y ss.

para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de éste principio.

"3.La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

"1.En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos,deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurran tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

"2.Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciar sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

"1.Cuando se imponga sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas,sociales y culturales.

"2.Deberán darse la preferencia a tipos de sanciones distintos de encarcelamientos.

Artículo 11

"La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole,remunerados o no,excepto en los casos previstos

por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

"Los pueblos indígenas deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respecto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario intérpretes u otros medios eficaces." (207)

3.4.4. Consideraciones.

En el Convenio Número 169 de la OIT, apreciamos que ya no se habla de "integración", pero sí de "protección", y con ellos se sigue dando un tratamiento paternalista a los pueblos indígenas. La utilización del término "pueblos" en este Convenio responde a la idea de que no son "poblaciones" sino pueblos con identidad y organización propia. Se aclara que el término "pueblo" no debe interpretarse en relación al Derecho Internacional. Así se "acortó" toda interpretación susceptible que fuera más allá del ámbito de competencia de la OIT y de sus instrumentos. Pueblo como sujeto de derechos y no minorías como objeto de amparo.

El Convenio 169 refuerza las disposiciones que contenía el Convenio 107 respecto a la necesidad de que la legislación nacional y los tribunales tomen en consideración las costumbres y el derecho (207) Cit. Pos. GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Derechos Indígenas, Lectura..., pp. 65-67.

consuetudinario de los pueblos indígenas. Entendemos que a nivel internacional se refuerza el criterio colonialista que condiciona, claramente, el desarrollo de este derecho humano colectivo, social, cosmogónico de los pueblos indígenas. No se les permite ejercer con libertad sus propias concepciones y prácticas del orden, de sus sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas.

Con respecto al Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, establece en su párrafo 37 el derecho de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar sus sistemas jurídicos consuetudinarios siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos del hombre y las libertades fundamentales consagradas en los instrumentos internacionales relativos a los derechos del hombre. Este Proyecto de Declaración no tiene un peso específico, jurídicamente hablando, porque las declaraciones no son instrumentos jurídicos internacionales, más bien, instrumentos de orientación política, de tipo moral.

Sin embargo, esta Declaración va a tener impacto a nivel nacional, como podremos observar más adelante. (208)

Hay limitaciones, lagunas en estos documentos, aunque se debe reconocer, que es por la parte internacional que existe más apertura

(208) Cfr. GONZALEZ GALVAN, Jorge, en: Cuadernos de la Gaceta. Derechos de los Pueblos Indígenas. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Año 1, núm. 1. Noviembre de 1993, p. 39.

en esta materia que por las partes nacionales. En un panorama mundial, se introduce el derecho consuetudinario indígena, sin embargo las limitaciones que señala, por ejemplo, el Convenio 169 para su desarrollo, son que cuando se aplique la legislación nacional a los pueblos indígenas se tomarán en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Más no plantea la posibilidad de que se puedan juzgar con base en su derecho propio, sino solo que se "tomará en cuenta", dejando al arbitrio del juzgador la suerte de los indígenas, con sistemas jurídicos diversos al sistema jurídico nacional.

Es un avance, por lo menos, que se establezca que al juzgar al indígena se "tomará en cuenta" su cultura. Pero, repetimos, ellos mismos no podrán ejercer su justicia interna. En estos aspectos, se establece el derecho a conservar las costumbres e instituciones propias, siempre que estas no fueran en contra de los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Este último toca un tema muy delicado, porque en ocasiones algunas normas del derecho consuetudinario indígena se aplican de tal manera que contradicen o llegan a "violar" el espíritu de las normas universales, es decir, de las que son iguales a cualquier ser humano. Aquí cabe preguntarse ¿hasta que grado se respetarán estas culturas? Podemos hacer un adelantado comentario: Hasta donde el sistema jurídico nacional e internacional lo permitan, sino deberán desaparecer.

Por el lado positivo, el resultado de estos preceptos internacionales, es que se pueden emitir nuevas leyes, y derogar

aquellas que van en contra de su cultura indígena e idiosincrasia de los pueblos indígenas.

Este tema, como podemos deducir y constatar, ante los documentos señalados, es "nuevo" para la generalidad de la población, y para los investigadores.

Decimos que este tema está inédito en su tratamiento internacional y constitucional, aún más.

Lo más interesante en este caso sea, no el derecho que establecen los citados documentos, sino el horizonte que abre. Alcanza vigencia sólo en los Estados que lo ratifican. Por ello el derecho del Convenio resulta en esencia más nacional que internacional. Sin embargo, la idea prevaleciente es la de un imperio de la ley y una supeditación de la costumbre que no encajan con los nuevos términos que conllevan estos tiempos.

Estos instrumentos no plantean que debe revisarse a fondo la constitución, codificación y legislación, de todo un sistema en suma que la novedad requiere. Este tiempo para la parte internacional y nacional, no parece propicio para tal novedad de este derecho que como tal no ha cambiado para la otra parte desde tiempos de la Colonia. En tanto, en el ámbito de la investigación, el profesor José Martínez Cobo, en colaboración con el abogado Augusto Williemsen Díaz, las recomendaciones que exponen, sirven como fuente de orientación para la política, la legislación y las prácticas nacionales, para con estos pueblos indígenas.

El derecho consuetudinario indígena no depende de unas normas, de un texto. No lo hace hoy, ni de parte nacional, ni de la parte internacional. Aún con sus lagunas y limitaciones, éstos documentos han sido, hasta hoy, la más acabada manifestación de expresiones al derecho a la diferencia.

A continuación, la exposición en el contexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con relación al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

CAPITULO IV

CAPITULO IV

4. EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDIGENA EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

4.1. ELABORACIÓN DE UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS CULTURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO.

Enfocando nuestro análisis al marco nacional, la profunda crisis interna que se vive a fines del siglo XX ha derivado en un proceso del Estado, al cual no pudo ser ajena la materia indígena. Era insostenible concebir a la nación sobre la base de supresión de las colectividades sociales, portadoras de cultura propia y cuya existencia era anterior a la misma nación. Aunado a ello, la proximidad del "Quinto Centenario" colocaba a México ante la obligación y necesidad de reconocerse pluriétnico, ya que de no hacerlo, sería en 1992, el único país en América Latina, con población indígena considerable, que sostuviera una visión del Estado homogéneo y monolítico. Por otro lado, la movilización indígena y su proceso organizativo, constituyeron factores importantes que determinaron cambios en materia de pueblos indígenas.

"Que las Comisiones Nacionales insten a sus gobiernos a avanzar en la renovación de los ordenamientos constitucionales y legales que garanticen el reconocimiento y la aplicación de los derechos indígenas con la participación de los interesados."(209)

Las prescripciones que ejercen los organismos internacionales son factor para determinar ciertos derroteros en la materia. A nivel internacional existe un antecedente importante: el Convenio 169 de la OIT que se convirtió en el modelo a partir del cual se inició una tendencia de incorporación a las constituciones nacionales de los derechos específicos de los indígenas.

En México, el 7 de abril de 1989, el Presidente de la República, instaló un organismo consultivo dentro del Instituto Nacional Indigenista (INI), denominado Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas de México, encomendándole la elaboración de una propuesta de reforma constitucional para el reconocimiento jurídico de naturaleza pluricultural de la nación y los derechos culturales de los pueblos indígenas.(210) Entre las funciones de la Comisión, y con relación expresa al derecho consuetudinario, se indica:

1). Proponer y promover la realización de los estudios y eventos necesarios para conocer la situación de los pueblos indígenas frente al derecho positivo y el tradicional o consuetudinario, y frente a los derechos humanos individuales y

(209) Cit. Pos. FIPI, "Reforma Constitucional: un nuevo cambio de piel del indigenismo", en: Boletín de Antropología Americana, Luis F. Bate (Coordinador), Revista bianual, la. ed. Ed. Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México, 1991, p. 153.

(210) Cfr. MADRAZO, Jorge, en: Cuadernos de la Gaceta, Derechos de los pueblos indígenas. CNDH, año 1. Núm. 1. noviembre de 1993, p. 5.

colectivos.(211)

La Comisión Nacional para reconocer los derechos de los Pueblos Indígenas de México analizó que dentro del marco jurídico nacional no existía mención alguna del respeto a la lengua, formas de gobierno local, usos, costumbres y tradiciones de los indígenas. Esta reforma constitucional, cita la Comisión, era la primera etapa de una serie de modificaciones a la ley, que podrían ser recogidas tanto en la propia Constitución como en las Leyes Federales, en las Constituciones Estatales, y en otros ordenamientos municipales.

La Comisión Nacional de Justicia analizó las consideraciones en que se fincaría la necesidad de adicionar la Constitución; los elementos que debería contener la reforma constitucional; el articulado en donde se ubicarían tales elementos; y una propuesta preliminar de la probable reforma constitucional. Entre las varias consideraciones que hizo la Comisión Nacional de Justicia para modificar la Constitución, está; la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada fundamentalmente en sus pueblos indígenas. Además consideró lo siguiente en cuanto al derecho consuetudinario indígena:

"1).(...)Acerca del derecho consuetudinario de los pueblos se señala que es una práctica vigente, que no se opone sino que complementa el derecho positivo nacional.

(211) Cfr. COMISION NACIONAL DE JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS INDIGENAS, "Propuesta de Reforma Constitucional para reconocer los derechos culturales de los pueblos indígenas de México". INI. 1989, pp. 3-14.

"2).(....)La desigualdad también se hace patente en el ámbito de las leyes y su aplicación, que ignoran y a veces contradicen las prácticas legales e instituciones indígenas, sin ofrecer en realidad la protección y las garantías establecidas en el derecho positivo nacional.(....)"(212)

De los elementos mínimos que debería contener la adición constitucional, se consideran las declaraciones siguientes:

- 1). De que México es un Estado pluricultural.
- 2). De que el Estado reconoce el derecho específico e inalienable de los grupos y comunidades indígenas a la protección, preservación y desarrollo de sus costumbres, así como sus formas de organización social.
- 3). Que, conforme a la ley reglamentaria que emane de la reforma constitucional, la competencia para legislar en materia indígena corresponde, en parte, a los estados.
- 4). La declaración de que las disposiciones que resulten en materia indígena, serán de orden público e interés social.
- 5). De la necesidad de que existan normas y procedimientos que garanticen el efectivo acceso de los indígenas a la justicia tanto individual como colectivamente.
- 6). El juzgador debe tomar en cuenta las prácticas o costumbres de los indígenas, tanto en lo que concierne al procedimiento como cuando haya que resolver la cuestión de fondo.

(212) Vid. COMISION NACIONAL DE JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS INDIGENAS DE MEXICO. Documento de Trabajo que sintetiza las diversas propuestas hechas, presentadas por el Lic. Jorge Madrazo Cuéllar a la Reunión de 18 de mayo de 1989. Archivo de la Dirección de Procuración de Justicia del INI.

7). De que debe recaer en los estados la obligación de armonizar su legislación local con las prácticas y costumbres jurídicas de los pueblos indígenas en caso de conflicto o de normatividad diferente.

Finalmente, se observó que de promover reformas a múltiples artículos, se correría el riesgo de que la propuesta fuese rechazada por el Congreso de la Unión, y por ello se estimó conveniente sólo reformar a un sólo artículo, y se remitiría a una ley reglamentaria, un conjunto de consideraciones legales vertidos en el proceso de discusión. Para algunos integrantes de la Comisión, la propuesta de reforma constitucional era muy limitada, pero constituía un importante avance de un proceso muy amplio para el reconocimiento cultural de los pueblos indígenas. (213)

4.1.1. Propuesta de reforma constitucional en materia de Pueblos Indígenas.

En agosto de 1989, la Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas de México, acordó por consenso una primera propuesta de reforma constitucional, misma que serviría de base para realizar una consulta pública informal a nivel nacional.

El texto de la propuesta es el siguiente:

TITULO PRIMERO

CAPITULO PRIMERO

De las garantías individuales y sociales.-

(213) Cfr. COMISION NACIONAL DE JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS INDIGENAS DE MEXICO. "Propuesta de Reforma...", p.11.

ARTICULO CUARTO.-

Se propone incluir el siguiente agregado, después del último párrafo vigente.

"El pueblo mexicano tiene una composición étnico plural. Las constituciones y leyes de los estados establecerán las normas, medidas y procedimientos que protejan y preserven las lenguas, culturas, costumbres y usos de las comunidades indígenas asentadas en sus territorios y legalmente reconocidas, así como sus formas específicas de organización social en todo aquello que no contravenga a la presente Constitución. Las referidas disposiciones serán de orden público e interés social.

La ley establecerá los procedimientos que aseguren el efectivo acceso a la jurisdicción del estado. En los juicios del orden federal y local en los que un indígena sea parte, se tomarán en consideración sus prácticas y costumbres jurídicas durante todo el proceso y al resolver el fondo del asunto." (214)

Esta propuesta inicial de reforma se constituyó en un instrumento de consulta pública informal entre organizaciones, líderes indígenas, partidos políticos, colegios de profesionales, líderes de opinión, funcionarios, antropólogos, abogados y otros profesionistas. Cabe apuntar la exclusión de la consulta de los principales interesados: los pueblos indígenas en México.

4.1.1.1. De la Consulta Pública Informal.

El proyecto de reforma constitucional era el primer intento por resolver la contradicción que emanaba entre la Constitución General

(214) Ibidem, p. 12.

de la República y estaba a favor de modificarla para que ésta reconociera una realidad social persistente en nuestro país, reconocimiento que no han querido admitirlo gobernantes, las ideologías dominantes, ni las instituciones jurídicas. Existe para ésta época, un gran desfase entre nuestra realidad social y nuestras leyes. Para ser coherentes con una modificación constitucional efectiva esta debía referirse, entre otros aspectos, al derecho consuetudinario indígena, es decir, a repensar la constitución del Estado y sus estructuras básicas. (215)

La propuesta de marras provocó un sin número de críticas entre los cuales se destacan aquellos que opinaban que la Comisión no se puso de acuerdo acerca de nociones teóricas-políticas y jurídicas fundamentales; se habla indistintamente de "pueblos" de "colectividades" o de "grupos o comunidades". Tal oscilación se refleja en el texto mismo de la propuesta; allí se habla de "pueblos indígenas" al reconocer la composición pluricultural de la nación; pero al calificar a los sujetos beneficiarios de la "protección", preservación y promociones culturales, se les llama "comunidades indígenas". En una propuesta de carácter jurídico esto es inconveniente. (216)

En el párrafo primero de la propuesta, se dice que la norma, medidas y procedimientos que se adopten para el desarrollo cultural de los indígenas se harán "(...) en todo aquello que no

(215) Cfr. HERNANDEZ, Araceli. "Realizan Foro de discusión sobre reforma a la Carta Magna", en: Periódico: El Nacional, de 27 de octubre de 1989, p. 18-A., Cit. Pos. INI. Síntesis Informativa. Archivo Hemerográfico de la Biblioteca "Alfonso Caso" del INI. México. 1989-1995.

(216) Cfr. FIPI, en: Boletín de Antropología..., pp. 154 y ss.

contravenga a la Constitución."(217)¿Cómo entonces se podrán establecer reglamentaciones que impliquen un avance significativo en el ejercicio de los derechos indígenas, sin contradecir una Constitución en la que no se han hecho modificaciones para incluir explícitamente esos derechos?. Esta "aclaración" es una redundancia precautoria, pues es axiomático que ninguna ley adjetiva ni reglamento pueden contravenir a la Ley Suprema de la Unión, y por ello, una vez que se hayan incluido en la Constitución precisamente aquellos derechos de los indígenas que hagan posible la reglamentación sin contravenir la fuente. De otra forma, las prometidas reglamentaciones (aún para los limitados derechos culturales) se tendrán que reducir a cuestiones que no van al fondo del asunto, o incurrirán en anticonstitucionalidad.

La pregunta se traduce de la siguiente manera: ¿Se puede proteger, preservar y promover todo aquello que la lógica de la ley sustantiva precisamente impide?. (218) A opiniones del segundo párrafo de la propuesta de reforma en relación a la consideración que deberá hacerse de las prácticas y costumbres jurídicas de los indígenas cuando se vean involucrados en juicios de orden federal y local. Los miles de indígenas presos, se encuentran en ésta condición principalmente por haber incurrido en delitos que no lo son en sus culturas y que, por lo mismo, son dichos indígenas presos, víctimas de una "injusta impartición de justicia", al no haberse reconocido "sus prácticas y costumbres jurídicas". Esto es simplificar las cosas. (219)

(217) Cfr. COMISION NACIONAL DE JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS INDIGENAS DE MEXICO, en: Op. Cit., p. 12.

(218) Cfr. DIAZ POLANCO, Héctor, en: Autonomía Regional. La..., p. 205.

(219) Vid. FIPI, en: Op. Cit., p. 159.

Los partidos políticos, ponen acento en las implicaciones políticas del derecho consuetudinario, ignorando el amplio rango de manifestaciones que caen bajo su regulación. (220) Un sector que se opuso a la reforma constitucional fue conformado por algunos abogados, notarios, magistrados, jueces, diputados y otros. La mayoría de los mencionados expresaron que los pueblos indígenas requieren mucho más que las leyes; ya que su situación se deriva de un problema social, no legal. Otros opinaron que la reforma era discriminatoria, debido a que pondría a los indígenas en un lugar privilegiado por encima de los mexicanos, lo cual está prohibido por la Constitución. Algunas opiniones en contra de la propuesta de la Comisión, llegaron a cuestionar la propia existencia de los indígenas en México. Otros negaron otorgar derechos específicos a los indígenas; "amestizarlos" obligándolos o "instándolos" a abandonar su identidad cultural. Entre los oponentes a la reforma constitucional destacó un argumento muy esgrimido: reafirmar el precepto constitucional que establece la igualdad de todos los mexicanos ante la ley.

"De un lado un grupo de juristas e intelectuales, todavía adormilados en la contemplación del principio de la igualdad formal ante la Ley, que pensaba que la adición fomentaba la clasificación y el distingo de mexicanos (...). Tales críticos no pudieron o no quisieron darse cuenta, que la referida igualdad formal es un mito que con los años llegó a convertirse en el más refinado instrumento de explotación del indígena; que hizo su miseria más miserable y que generó entre (los indígenas) la más grande de las desconfianzas respecto a la administración de justicia." (221)

(220) Cfr. ESPADAS ANCONA, Uuc-Kib. "Debate. Reforma Constitucional. Sigue la Espera", en: *Revista México-Indígena*. Octubre, núm. 13. 1990, pp. 5-6.

(221) Cit. Pos. MADRAZO, Jorge, en: *Cuadernos de la...*, pp. 5-6.

En cuanto a los alcances de la propuesta, "nunca se pensó en la adición constitucional como el cambio de los principios jurídico-políticos fundamentales del Estado mexicano, ni se pretendió hacer una reforma que nada dijera para que todo siguiera como estaba." (222) Sintetizando, en la propuesta de reconocimiento constitucional, todo parece indicar que serían las normas y costumbres de los sectores dominantes, los que definirían el marco de lo que la cultura, usos y costumbres será admitido. Impondrán su propio código de moralidad y "buenas costumbres", así con y toda la carga de bagaje cultural. Todo indica que la normatividad que emanará de la reforma propuesta tendrá, como referencia fundamental, el cuerpo jurídico positivo, imponiendo sus códigos y valores sociales. (223)

La Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas de México, entregó formalmente al Presidente de la República, la propuesta de reforma el 7 de marzo de 1990. La propuesta original como veremos, fue prácticamente desarticulada. La Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, revisó el texto propuesto por la citada Comisión. Finalmente, la Iniciativa de Decreto que Adiciona el Artículo 4o. constitucional, el 7 de diciembre fue turnada a la Cámara de Diputados.

4.1.2. Iniciativa de Decreto que Adiciona el Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas.

(222) Ibid.

(223) Cfr. FIPI, en: Op. Cit., pp. 159-160.

4.1.2.1. La iniciativa del Ejecutivo: Exposición de Motivos.

La iniciativa del Presidente de la República correspondió exactamente al texto que finalmente fue aprobado por el Poder Revisor de la Constitución. La Cámara de Diputados, en su calidad de Cámara de origen, aprobó la iniciativa hasta el día 3 de julio de 1991. "Este plazo, inusualmente extenso para la aprobación de una iniciativa, indica la intensa discusión que en las Comisiones de la Cámara generó la iniciativa." (224)

Pero, comenzando con la exposición de motivos de dicha iniciativa de Decreto. Entre otras circunstancias. Establece que:

1). La igualdad ante la ley, el principio esencial e indiscutible de nuestra convivencia, no siempre se cumple con los indígenas.

2). Trata también de la existencia de tradiciones que se concretan en formas de organización social e instituciones solidarias características que ordenan, ofrecen protección y norman la vida de sus integrantes.

3). Manifiesta que la ley no se aplica a los indígenas con sentido de justicia y son discriminados. Hablan de los indígenas monolingües, desconocedores de la ley nacional; que deben contar con intérpretes y defensores para ser juzgados adecuadamente por las instancias de procuración y administración de justicia.

4). Expone que la solidaridad entre los pueblos indígenas, mitiga conflictos, y la considera "insuficiente", pues está sustentada en las prácticas jurídicas arraigadas y respetadas entre

(224) Cfr. MADRAZO, Jorge, en: Op.Cit., p.5.

ellos, que en la mayoría de casos no sólo contradicen, sino que podrían complementar las normas de derechos positivo. Esto lograría la armonía entre las tradiciones jurídicas de los indígenas con las normas legales que coinciden en la organización de un Estado de Derecho.

5). Dicha iniciativa, se inscribe en las bases del indigenismo del Estado Mexicano.

"Con base en lo anterior, y (...) en lo dispuesto en la fracción I del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, me he permitido someter a la consideración del (...) Congreso de la Unión la presente iniciativa de:

DECRETO QUE ADICIONA EL ARTICULO 4o. DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Artículo Unico. Se adiciona un primer párrafo al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recorriéndose en su orden los actuales párrafos primero a quinto, para pasar a ser segundo y sexto respectivamente, en los siguientes términos:

Artículo 4o. La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos y costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus

prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley."(225)

El PRI y el PRD hicieron alianza en torno a una iniciativa que había salido del gabinete del ejecutivo.Toda la bancada de la oposición,excepto el PAN se adhirió a la misma.(226)

4.1.2.2.Estudio,debate y dictámenes en la Cámara de Diputados sobre la Iniciativa de Decreto que adiciona el artículo 4o.de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas.

El 3 de julio de 1991 y ante las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Asuntos Indígenas,dió inicio a un debate que se prolongó por más de tres horas y con la intervención de 17 oradores.(227)

El diputado Napoleón Cantú Cerna,consideró la situación de injusticia como centenaria,y para llegar a su fin,era a través de una reforma al texto fundamental ya que establecería "las bases para instrumentar nuevas y sucesivas normas e instituciones jurídicas a través de ordenamientos ordinarios sucesivos.(...)Esa cierto(...)que una reforma constitucional no es suficiente;(...)pero sí es indispensable,para iniciar en serio un

(225) Cfr.Cámara de Diputados,Version Estenográfica de la sesión del 13 de diciembre de 1990,Año III.No.15,pp.7-12.

(226) Cfr.BURGUETE CAL Y MAYOR,Araceli,"Crónica de una Reforma en la Cámara.Los indios en la Constitución", en:Revista México-Indígena,No.23,agosto de 1991,Nueva Epoca.Herman Bellinghausen(Director)Ed.INI.México,pp.38-39.

(227) Ibidem.

movimiento legal, jurídico y constitucional(...) para que los pueblos indígenas reciban ese trato no discriminatorio que han tenido hasta ahora."(228)

Tomó la palabra el diputado Bernardo Bátiz Vázquez, del Partido Acción Nacional. Manifestó que el principio de igualdad de todos los hombres ante la ley, que caracteriza al artículo 10 constitucional, evitando así diferencias étnicas. El artículo 13 constitucional opinó prohíbe las leyes privativas y los tribunales especiales, dispone que ninguna persona o corporación pueda tener fuero, y "fuero significa una jurisdicción especial para una persona o corporación."(229)

Por parte del Partido del Trabajo, habló el diputado Israel Félix Galán Baños. Su comentario es por demás elocuente, y siguiendo las tesis del integracionismo: "(...) el problema no radica en un problema constitucional, jurídico o legal, radica en la atención y en la incorporación que se haga de los núcleos indígenas(...)." (230)

La intervención del diputado Gilberto López y Rivas, del Partido de la Revolución Democrática, toca de raíz la inclusión al artículo 4o. en materia indígena y expuso argumentos por demás sólidos para plantear, entre otros derechos, el consuetudinario indígena. Estuvo en favor de la propuesta, no por ser la mejor, sino por que reconocía una realidad elemental, sociológica, histórica, en que ha vivido la nación mexicana desde su formación. "La realidad

(228) Cit. Pos. CÁMARA DE DIPUTADOS, en: Versión estenográfica de la sesión de 3 de julio de 1991, año III. No. 20, p. 20.

(229) Ibidem, p. 29.

(230) Ibid, p. 32.

de una composición pluricultural, plurilingüística, pluriétnica, que requería de un reconocimiento constitucional. Nos asiste (...) la necesidad de una adecuación constitucional a convenios firmados por el gobierno de México en el nivel internacional, (...) que pasaron por el Senado de la República y que nos lleva a reflexionar sobre la timidez de la iniciativa del Ejecutivo en cuanto a este reconocimiento de derechos históricos."(231) El diputado López y Rivas hacía clara referencia al Convenio 169 de la OIT. En cuanto al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, expone, que "es un elemento fundamental para los juristas"(232) Pidió a los diputados "un voto positivo porque estamos votando por 15 millones de mexicanos, que a su vez mantienen una identidad, mantienen una lengua, mantienen costumbres, mantienen tradiciones y mantiene el derecho de ser respetados en su diferencia y en su diversidad."(233)

El Partido Acción Nacional, en voz del diputado Federico Ruíz López, considero que la propuesta del Ejecutivo no había sufrido modificación "ni siquiera en una coma", y por ello manifestó una subordinación del Legislativo al Ejecutivo al no variar en nada la iniciativa.

Por el Partido Revolucionario Institucional, tuvo la palabra la diputada Cirila Sánchez, cuestionó lo siguiente:

"¿Por qué mencionar a los grupos indígenas en nuestra Constitución?. Simplemente porque los

(231) Ibidem, p. 33.

(232) Id.

(233) Ibidem, p. 34.

indígenas dieron origen a nuestra nación,ellos son los dueños de este país,nos guste o no nos guste señores.

"Son los que han hecho este país y tan es así,(...)que hasta la fecha México vive de los indígenas(...).¿De que tenemos miedo?(...)¿Acaso nos da vergüenza,todavía,a que los indígenas aparezcan en nuestra Constitución?."(234)

Con esta última intervención,se llegó al momento de la votación,y después de la intervención de los 17 oradores,la iniciativa fue aprobada por 270 votos a favor,dos votos en contra,cincuenta abstenciones del Partido Acción Nacional,que dieron un total de 324 votos.(235)

4.1.2.3. Estudio y dictámenes en la Cámara de Senadores sobre la Iniciativa de Decreto que adiciona el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas.

El dictamen de las Comisiones Unidas Segunda de Gobernación,de Puntos Constitucionales de Educación y de Estudios Legislativos,Segunda Sección de la Cámara de Senadores,del Congreso de la Unión de fecha 18 de diciembre de 1991,sobre la reforma del primer párrafo del artículo 4o.constitucional,se señaló que:"el mundo del derecho no puede ser disociado de la realidad cotidiana que aquél se propone regular,ya que,a lo largo del presente dictamen(...)se hace referencia a las acciones administrativas y legislativas necesarias para corregir la injusticia que afecta todavía a nuestros compatriotas indígenas."(236)

(234) Ibidem,pp.43-44.

(235) Id.

(236) Cit.Pos.GONGORA PIMENTEL,Genaro David y ACOSTA ROMERO,Miguel,en:Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,Doctrina-Jurisprudencia.Commemorativa del 75 aniversario de su promulgación.Actualizada hasta febrero de 1992.4a.ed.Ed.Porrúa,México,1992,pp.210-215.

Llegando al estudio de la idoneidad de la ubicación de la reforma multicitada en el artículo 4o. constitucional, se consideró, entre otras opiniones, que la adición propuesta, "incidiría en la vertiente de derechos de grupos específicos: los de los pueblos indígenas. Se trata de un precepto dentro del principio de igualdad ante la ley, confiere derechos adicionales a ciertos grupos o sectores de la población." (237) En este orden de ideas, la esfera de protección jurídica que otorga a dichos grupos sociales, han establecido "excepciones a la función de la igualdad ante la ley, traen como consecuencia el reconocimiento formal de una diversidad social que es realidad cotidiana." (238)

Del estudio jurídico de los elementos conformadores del texto que proponía adicionar al artículo 4o. constitucional, nos interesa destacar la opinión de las Comisiones Unidas en lo relativo al derecho consuetudinario indígena. El comentario es breve, lacónico, al tenor de que el "reconocimiento de las prácticas y costumbres jurídicas de los pueblos indígenas en materia de juicios y procedimientos agrarios, da la oportunidad de revalorizar prácticas de derecho consuetudinario que sean compatibles con la legislación positiva." (239)

El dictamen fue aprobado el 20 de diciembre de 1991, por votación unánime de 54 senadores. Igualmente fue turnado a las legislaturas de los estados donde fue aprobado. El Presidente de la

(237) Ibidem, p. 113.

(238) Id.

(239) Cit. Pos. GONGORA PIMENTEL, Genero; ACOSTA ROMERO, Miguel, en: Op. cit., p. 115.

misma Comisión Permanente, con la facultad que le otorga el artículo 135 constitucional y previa aprobación de las Cámaras de Diputados y de senadores de la Unión, así como la de las legislaturas de los estados, se declaraba reformado el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Era el momento de turnarlo al Ejecutivo para sus efectos constitucionales. (240)

El 27 de enero de 1992, cumpliendo lo dispuesto en la fracción I del artículo 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el titular del Ejecutivo Federal, expidió un:

DECRETO POR EL QUE SE REFORMA EL ARTICULO 4o. DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

ARTICULO UNICO.-Se adiciona un primer párrafo al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recorriéndose en su orden los actuales párrafos primero a quinto, para pasar a ser segundo y sexto respectivamente en los siguientes términos:

ARTICULO 4o.-La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos (240) Cit. Pos. COMISION PERMANENTE DE H. CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, en: Versión estenográfica del Dictámen Proyecto de Declaratoria de 22 de enero de 1992. Año I, No. 5, p. 106.

agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el martes 28 de enero de 1992; entró en vigor al día siguiente de su publicación.

4.1.3. De las diversas reformas legales y adecuación y tratamiento de las Constituciones estatales en materia de pueblos indígenas en México y su relación con el derecho consuetudinario indígena.

La adición al artículo cuarto tardó tres años--dos para procesar políticamente la iniciativa y uno en el Congreso para la fase constitucional--durante los cuales se realizaron diversas reformas legales y a constituciones de los estados de la Federación. "La tendencia descrita no se agota en los proyectos de reforma constitucional. El Estado "parece dispuesto a avanzar en la juridización de los indígenas ante la nación mexicana." (241)

Todos estos análisis, consulta y discusiones sobre los derechos de los pueblos indígenas, dió pauta para la reflexión y participación de varios sectores de la sociedad nacional, que derivaron en la reforma de otros ordenamientos del país.

4.1.3.1. Reformas a las Constituciones Políticas de los Estados en materia indígena.

(241) Cit. Pos. GOMEZ RIVERA, Magdalena, "La juridización de los indígenas ante la Nación Mexicana", en: Revista Justicia y Paz, No. 25..., p. 9

Dos de las entidades federativas con mayor presencia indígena, Oaxaca y Chiapas, reformaron sus constituciones locales para "asumir la existencia" de los pueblos indígenas y normar algunas condiciones especiales, por ejemplo en relación al sistema jurídico indígena.

En diciembre de 1988 y en octubre de 1990, el estado de Chiapas modificó su Constitución, y señala que las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, tomarán en consideración las condiciones culturales, las costumbres, usos y tradiciones indígenas, y en materia procesal, se acudirá a un intérprete en lengua indígena. (242)

Anteriormente a la reforma del artículo 4o, constitucional, se modificó la Constitución del estado de Oaxaca. El Gobernador del Estado, Licenciado Heladio Ramírez López, pedía en su iniciativa como representante del Ejecutivo estatal a la legislatura local, que se respetara el pluralismo étnico, lingüístico y de derechos humanos de los indígenas. Como baluarte del desarrollo y la solidaridad comunitaria, consideró al tequio (ayuda comunitaria, trabajo comunal, llamado también mano vuelta, guelaguetza, etc.), y pidió su consagración constitucional. (243) Fue así como el 29 de octubre de 1990 se establecieron diversas modificaciones, en donde se establece que en los juicios en que los indígenas sean parte, las autoridades asegurarán que de preferencia, los procuradores de justicia y los jueces hablantes de la lengua nativa o en su defecto, cuenten con un

(242) Cfr. GOBIERNO DEL ESTADO DE CHIAPAS, en: Legislación en Materia de Indigenismo, la. ed. Ed. Gobierno del Estado de Chiapas/Consejo Estatal de Fomento a la Investigación y Difusión de la Cultura/DIF Chiapas/Instituto Chiapaneco de Cultura. Chiapas, México, 1990, pp. 11 y ss.

(243) Vid. BELLIGHAUSIN, Herman, "Oaxaca. Antes que el centro", en: Revista México-Indígena. No. 15, pp. 12-13.

traductor. Además, en los conflictos de límites comunales se promoverá la conciliación y la concertación. (244)

Asimismo, la Constitución Política del Estado de Hidalgo, fue modificada en octubre de 1991, con un texto similar al de la iniciativa presidencial (245)

El Estado de Durango, en abril de 1992, modificó su Constitución, en la cual estima que, entre otros aspectos, en los juicios en que los indígenas sean parte, se tomarán en cuenta sus factores culturales. (246)

A este tenor, las constituciones políticas de los estados de la Unión, se unificaron en el criterio de reconocimiento de la existencia "formal" de los pueblos indígenas de México, y siempre quedando claramente establecido que sus costumbres jurídicas serían "tomadas en consideración".

4.1.3.2. El derecho consuetudinario indígena en otros ordenamientos: Códigos de procedimientos penales.

En diciembre de 1992, la CNDH, promovió modificaciones a varios artículos del Código Federal de Procedimientos Penales y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los cuales se aprobaron y publicaron en el Diario Oficial de la Federación del 8

(244) Cfr. CORDERO AVENDAÑO DE DURAND, Carmen, "La justicia indígena en una sociedad pluricultural. El caso Oaxaca". Ponencia presentada en V Jornadas Lascasianas. Etnicidad y Derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales. Celebradas en IIJ de la UNAM, del 17 al 19 de mayo de 1995.

(245) Cfr. GOBIERNO DEL ESTADO DE HIDALGO. PODER EJECUTIVO, en: Periódico Oficial, del 23 de octubre de 1991, pp. 2-3.

(246) Vid. OLVERA, Claudia, Et-A1, en: INI 1989-1994..., p. 56.

de enero de 1991, y en vigor a partir de febrero del mismo año.

Dichas reformas establecieron: en el Código Penal Federal lo siguiente:

1). Que el juez fijaría penas y medidas de seguridad según estime, dependiendo del delito cometido tomando en cuenta entre otros aspectos, la pertenencia del procesado a un grupo étnico indígena, así como sus usos y costumbres (artículo 52).

El Código Federal de Procedimientos Penales establece:

1). Apoyo al indígena en el proceso penal, cuando no entienda suficientemente el castellano. Se nombrará a petición de parte o de oficio a uno o más traductores (artículo 28).

2). En las sentencias se contendrá el grupo étnico indígena al que pertenece, en su caso, el idioma que hable (artículo 95). Lo mismo se asentará en la declaración preparatoria (artículo 95).

3). Cuando se inicie una averiguación previa en contra de personas que no hablen o que no entiendan suficientemente el castellano, se nombrará un traductor desde el primer día de su detención (artículo 124 bis).

4). Se anotará en las actas correspondientes el grupo étnico indígena al cual pertenezca el inculcado (artículo 124).

5). En la instrucción, el juez de la causa, tomará en cuenta, dentro de las circunstancias peculiares del inculcado, si pertenece a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como integrante de dicho grupo, pueda tener (artículo 146).

6). Cuando el inculcado forme parte de un grupo indígena serán

fundamentales los dictámenes periciales antropológicos y sociológicos (artículos 220 bis y 223)

7). Se repondrá el proceso cuando se omita la designación del traductor establecida en el artículo 28 (artículo 388, fracción II bis). (247)

Es un avance, y estas reformas están de acuerdo con lo que señala el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, este artículo es aún más amplio porque no especifica que el intérprete sea sólo para materia penal.

4.1.3.3. De la ratificación del Convenio 169 de la OIT por México.

El hecho político y jurídico más significativo previo a la reforma constitucional, y motivado por la voluntad política presidencial de apuntalar la iniciativa que presentaría cuatro meses después al Congreso de la Unión, fue la ratificación por parte del Senado, a propuesta del Ejecutivo, del Convenio 169 de la OIT el 3 de agosto de 1990, registrada el 4 de septiembre del mismo año, ante el Director General de la OIT en Ginebra, Suiza. Así corrió un año como plazo necesario para que el Convenio de 1989, fuera válido. De esta forma, México en 1989 colocado a la retaguardia, se ubicó un año después a la vanguardia, al ser el primer país en América Latina que ratificó el Convenio 169, y el segundo necesario para que dicho instrumento cobrara vigencia en acuerdo con la Constitución de la OIT. Teníamos así, técnicamente, constitucionalmente, un programa

(247) Cfr. CNDH, en: Tríptico, Materia de Derechos Indígenas, la. ed. Ed. CNDH, México, 1995.

jurídico que conforme al artículo 133 constitucional, "será ley suprema de la Unión." (248)

4.2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL, PÁRRAFO PRIMERO, CON RELACIÓN AL DERECHO CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO.

A partir de lo que ya existe, se abre un abanico de posibilidades jurídicas contenido en el primer párrafo del artículo cuarto en comento. Se trata de normas específicas, reconocimientos generales. Partiendo del 28 de enero de 1992, en la historia de México, se reconoció, formalmente, por parte del bloque hegemónico, la existencia en este discurso jurídico de lo que se denominó "prácticas y costumbres jurídicas" de los "pueblos indígenas". El artículo 4o, primer párrafo, a la letra dice:

TITULO PRIMERO

CAPITULO I

De las Garantías Individuales.

"Artículo 4o.-La Nación Mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la

(248) Cit. Pos. FIPI, Et-Al, en: Garantías Individuales, Los Derechos Humanos en la Constitución. Campaña Nacional de Alfabetización en Derechos Indígenas. la. ed. Ed. FIPI. México, 1994, pp.6-40.

ley."(249)

Al hablar de que "la Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas", la afirmación de "sustentada originalmente", habla de una población minoritaria histórica, como residuos del pasado. No enfrenta el aspecto demográfico y cultural de los pueblos indígenas. Sobre este aspecto, la primera propuesta de reforma al artículo 4o. constitucional, elaborada por el INI, era idónea al afirmar que "se sustentaba fundamentalmente en". El aspecto idiomático es vital en éstos tratamientos.(250)

Acotamos que la primera Constitución Política del Continente Americano en emplear el término "pueblos indígenas" para referirse a los indígenas, fue la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entendiendo el término "pueblo" como fiel reproducción de la definición utilizada en el Convenio 169, signado por México.

El Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección a las Minorías de la ONU, cuyo relator especial, José Martínez Cobo, formuló algunas definiciones, de amplio espectro, adoptadas por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, en relación al término "pueblos":

(249) Cit. Pos. GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Derechos Indígenas. Los Pueblos Indígenas en la Constitución Mexicana. (Artículo Cuarto, párrafo primero), 1a. ed. Ed. INI, México 1995, p. 11.

(250) Cfr. MENDEZ MERCADO, Irene, "Ignorados... por pase automático", en: Derechos Contemporáneos de..., p. 182.

Propuestas y recomendaciones

"369. El derecho de definir que o quien es indígena debe reconocerse a los pueblos indígenas mismos.

"370. Esta facultad, (...) incluye la correlativa de definir o determinar qué o quién es indígena.

"372. En todo caso, deben rechazarse las definiciones artificiales, antojadizas o de manipulación.

(...)

"379. Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que teniendo una continuidad histórica con la sociedad anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalece en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuando como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales." (251)

La utilización del término "pueblo" modifica la idea, el pensamiento de inferioridad, pues no los considera un escalafón inferior en la evolución universal. (252) Este reporte del relator

(251) Cit. Pos. ACADEMIA MEXICANA DE DERECHOS HUMANOS, en: Manual de documentos..., pp. 111-117.

(252) Cfr. ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio, en: Antropología Jurídica, IIJ. Serie L; Cuadernos del Instituto, b) Derecho Indígena, Núm. 3, 1a. ed. Ed. IIJ/UNAN. México, pp. 47-78; Vid. IBARRA, Mario, en: Derecho Indígena y..., pp. 135-139.

especial Martínez Cobo, es un adelanto en la materia. Pueblo, indudablemente, con relación a sus sistemas legales. La Constitución General de la República, recupera la importancia de las "otras identidades" para encuadrarse en un sentido de diversidad. Y, siguiendo con nuestro análisis:

1). Se reconoce la pluriculturalidad y el pluralismo jurídico, en un principio. Esta pluriculturalidad explícita es un reconocimiento implícito a la pluralidad de sistemas jurídicos. Los derechos culturales de los pueblos indígenas, aparte de su lengua, religión, educación, comprende su derecho, su sistema jurídico propio. Si éste artículo 4o. "reconoce" es porque anteriormente el orden jurídico imperante subsumió, ilegítimamente, a los pueblos indígenas en el estado actual de la sociedad dominante. Sería entonces de justicia que dicho artículo no existiera.

Sin embargo, la dominación existente en contra de estos pueblos, ha puesto al estado mexicano en la necesidad de reconocer la pluriculturalidad, es decir, la presencia dentro del territorio mexicano de culturas y sociedades diversas preexistentes.

Así, se reconoce una matriz cultural colonizada, que durante siglos ha permeado en México, por ello este cambio constitucional es inédito en nuestro país.

El Estado mexicano, no da la importancia debida a esta realidad jurídica, ya por razones derivadas de un pensamiento colonial persistente; ya como de la pobre preparación profesional en el campo

del derecho, de los derechos de los pueblos indígenas. Este reconocimiento es oportuno para lograr una reforma profunda que detenga y revierta la historia marcada por el olvido, la indiferencia, la explotación, en un lapso que transcurre ya más de cinco siglos.

Modestas y estrechas son las declaraciones del primer párrafo del artículo 4o. constitucional, pero son el punto de partida para el cuestionamiento de lo ya existente. Nos preguntamos, ¿cómo puede una ley promover y proteger costumbres indígenas que transgredan los derechos Humanos internacionalmente reconocidos? ¿Por qué sólo en materia agraria deben "tomarse en cuenta las prácticas y costumbres jurídicas" de los pueblos indígenas y porque, por más, no reconocer al derecho consuetudinario indígena, no sucede algo similar tocante a los juicios y procedimientos civiles, laborales, administrativos, etcétera.

2). En seguida, tal como si estos pueblos indígenas fueran incapacitados, débiles, desamparados o dementes, asume este párrafo primero del artículo 4o. el deber de protegerlos. Este proteccionismo jurídico explícito del Estado mexicano, reconoce implícitamente el tratamiento tutelar y paternalista del mismo.

3). Tocante al efectivo acceso a la administración de justicia, una garantía real del efectivo acceso a la administración de justicia para los pueblos indígenas, sería respetando el libre ejercicio de su jurisdicción consuetudinaria. Por otro lado la garantía del acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, no debe verse como la única instancia ni como una segunda instancia, sino como una instancia más, necesaria tanto como la

consuetudinaria indígena, para la resolución de conflictos presentados en los pueblos indígenas y en relación con los otros sistemas jurídicos.

La reforma constitucional del artículo 4o., reproduce una visión colonial sobre el derecho consuetudinario indígena, al considerarlo un derecho no válido, reconocido como "costumbres jurídicas", integrado al derecho estatal. Es decir, el derecho consuetudinario no debería de ir contra el derecho dominante.

Los pueblos indígenas al no ser libres para decidir sobre sí mismos, dan origen a oportunistas, "líderes" que hablan en su nombre, sin representarlos, de caciques que velan sólo por intereses propios y de "simuladores" que viven de los pobres. Los tiempos presentes son de profundas transformaciones sociales y los pueblos indígenas enfrentan a una sociedad en la cual, el hombre se devalúa frente a las mercancías. El futuro debe de ser de respeto a la dignidad de estos hombres, de estos pueblos, que tiene amplia conciencia de la dignidad. Esta adición constitucional al artículo 4o., se inscribió dentro de una tendencia descrita en el derecho comprado, en el derecho internacional.

La redacción del artículo 4o. no es ambigua, sin embargo, al aceptar éste artículo cuarto que existe una sociedad pluricultural, luego entonces esta se ha vuelto una preocupación dentro del orden del derecho constitucional.

Se entiende por pluralismo jurídico al "estudio de los sistemas

jurídicos diferentes que coexisten en el mundo."(253)Entonces, existe pluralismo jurídico cuando hay pueblos o culturas diferentes. Luego, no podemos desconocer la existencia de cosmovisiones y prácticas jurídicas, propias, diferenciadas.

Se entiende por cosmovisión la estructura de relaciones simbólicas expresadas mediante la forma de conciencia del papel que tiene el hombre en el mundo y su relación con otros hombres, con la naturaleza, y el conjunto inagotable de incógnitas que la plantea estar aquí, en cualquier tiempo y lugar. Acotamos que las prácticas jurídicas, son el conjunto de reglas que delimitan y sancionan el conjunto de relaciones antes mencionados y que constituyen un sistema con coherencia interna.(254)Por ello, hablar de los pueblos indígenas nos ubica en el lugar y tiempo determinados en una situación histórica compleja y particular.

Tenemos ante nosotros, la multiplicación de los regímenes de derecho en nuestra nación.(255)

Estas "prácticas y costumbres jurídicas", citados por el artículo 4o. constitucional, sólo se toman en consideración en los "juicios y procedimientos agrarios", no trasciende más allá del análisis simplemente agrario; no implica las especificidades de las culturas indígenas, una concepción del mundo que alimenta a la identidad y cohesión de los mismos. Además, dicho artículo

(253) Cit. Pos. GONZALEZ GALVAN, Jorge, "La enseñanza de la Antropología Jurídica", ponencia presentada en: V Jornadas Lascasianas..., 1995.

(254) Cfr. DEL VAL, José, en: Cosmovisión y Prácticas..., p. 111.

(255) Cfr. BONIFAZ NUÑO, Rubén, "¿Quiénes somos los indios?", ponencia presentada en: Ciclo de Conferencias: Los Pueblos Indígenas y..., 1994.

4o. constitucional, supone que por definición ser indígena es ser campesino. El derecho consuetudinario indígena permea toda la sociedad indígena. Esta omisión exhibe una discriminación y demuestra el lugar secundario que para la nación mexicana ocupan los pueblos indígenas.

El problema de fondo, es el de compatibilidad entre el derecho consuetudinario indígena (normas y tradiciones de los pueblos indígenas) y el sistema jurídico nacional y local. El ordenamiento constitucional mexicano descartó soluciones que significaran la creación de un régimen jurídico de excepción para los pueblos indígenas. Al contrario, dispone la expedición de una ley que garantizará a los integrantes de los pueblos indígenas "el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado". En suma la misión de esta ley, es proteger y promover el desarrollo de las tradiciones y costumbres de los pueblos, sin sobrepasar e incluso para consolidar el acceso a los indígenas al orden jurídico nacional. (256)

Un sector de juristas, tuvo un papel fundamental en la suerte de esta voluntad constitucional, al "aceptar la costumbre" siempre que no atente contra el orden jurídico nacional. Conforme a esta ideología, la ley reglamentaria expresará que se aplicarán las costumbres indígenas siempre y cuando no atenten contra el derecho nacional, no admitiendo normas contrarias que promuevan conductas diversas a las que exige el Estado dominante. Al comportarse de esta forma, se negará, una vez más, el pluralismo jurídico. No se plantea

(256) Cfr. ESTRADA MARTINEZ, Rosa, Et-Al, en: Informe sobre expulsiones en los Altos de Chiapas y los Derechos Humanos, 2a. ed. Ed. CNDH, México, 1993, pp. 41-42.

que deba revisarse a fondo la Constitución. (257)

El derecho consuetudinario indígena está vivo. Lo ha estado por siglos con independencia, no sólo del menosprecio colonial, sino también de la negación o del reconocimiento constitucionales. Existe ese derecho propio, porque existe un pueblo propio, una cultura autóctona. Es un derecho surgido de la sociedad indígena, independientemente de los datos cuantitativos. El aspecto es jurídico, también independientemente del problema político que pueda provocar su envergadura.

Hablamos aquí de pluralismo jurídico que constituye el tema toral, pues el problema de su reconocimiento en sentido cultural y constitucional, ya que ambos interesan al derecho. Sin el primero, sería vano el segundo. El derecho se trata doctrinalmente en México, como si el derecho consuetudinario indígena no existiera. En ningún mapa de sistemas jurídicos en el mundo, no encontramos una sola mención al derecho consuetudinario indígena. No existe un reconocimiento a una realidad jurídica.

El pluralismo asume, en esencia, el derecho a la diferencia.

4.2.1. Reflexiones sobre el Derecho Consuetudinario Indígena.

En México, los pueblos indígenas tienen un sentimiento de respeto, veneración y gratitud a esos elevados principios que

(257) Cfr. CLAVERO, Bartolomé, en: Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América, la. ed. Ed. Siglo XXI Editores. México. 1994, p. 102.

regulaban la armonía, belleza y generosidad de todo lo existente.

A la legislación nacional le falta un camino extenso por recorrer en lo referente al reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, pues hoy se le sigue dando a éste un lugar subordinado frente al derecho positivo nacional, el derecho del Estado. El llamado derecho consuetudinario, despierta recelo en los juristas de la escuela de derecho civil, al señalar que se desvirtúa al derecho cuando se eleva a tal rango lo que únicamente es fuente secundaria del citado derecho. Actualmente existe el problema de la falta de comprensión del derecho consuetudinario, y para los indígenas la costumbre es ley, la costumbre interna de cada pueblo y los integrantes del pueblo la aceptan sin más, que conocen el comportamiento de cada individuo, su familia, costumbre, lengua, y consideran que se les juzga mejor que las autoridades "de fuera" que no conocen las normas que los pueblos indígenas tienen. (258)

La ciencia jurídica está por definir el campo y el orden del estatuto jurídico normativo indígena; las posibilidades de un pluralismo jurídico con el derecho formal, sus puntos de conflicto o coexistencia en relación a los poderes constituidos por la sociedad nacional. No sólo pueden existir, sino que de hecho existen contradicciones entre éste y el nacional, pero, en tales casos, la confrontación tiende a salvarse en favor del segundo y no del consuetudinario. De lo que se trata es, en efecto, de reconocer la legalidad del derecho consuetudinario indígena, como posibilidad de ser considerado como derecho. (259)

(258) Cfr. CORDERO AVENDAÑO, Carmen, en: V Jornadas Lascasianas..., 1995.

(259) Cfr. ESPADAS ANCONA, Uuc-Kib, en: Revista México-Indígena, octubre no. 13, p. 7.

Cada norma jurídica--que responde al comportamiento vivo y cambiante de la cultura a la que pertenece--se halla estrechamente vinculada a un tipo(o varios)de sanción,a una determinada forma de proceder y una autoridad específica encargada de su observancia.Para preservar su identidad inculcan los indígenas a sus hijos y nietos la importancia de ser indígena,el uso de su idioma y el respeto a su cultura.El respeto a sus mayores es una base para ser fuertes a los mestizos.(260)

Aún existiendo las contradicciones entre ambos ordenamientos,en su conjunto,no han impedido hasta ahora que el derecho consuetudinario indígena se aplique en la mayoría de los casos.La existencia de estas cosmovisiones y prácticas jurídicas llevan consigo enfrentamientos (conflicto de leyes,propriadamente dicho para los juristas),también conflictos de competencia y de jurisdicción.El indígena que por necesidad recurre a los tribunales del Estado, presentan denuncias contra la parte que consideran les infringió un daño,se encuentran con otros más en donde la corrupción y otros males son frecuentes en los tribunales de México,que bastaría un seguimiento hemerográfico y práctico para comprobarlo.(261)

Existe,sin duda,una ignorancia de doble vía.Por un lado,el procesado indígena desconoce el derecho constitucional.Ese problema

(260) VALDIVIA DOUNCE, Teresa, en: Encuentro con Autoridades Tradicionales. Alaquiles Huachinango, 1991. Cuadernos de Antropología Jurídica, Núm. 3. Teresa Valdivia Dounce, (Compiladora y Coordinadora). la. ed. Ed. INI. México, 1994, p. 13.

(261) Cfr. ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio, en: Reclamos Jurídicos de..., p. 69.

es añejo, y lo enfrentan los juristas sobre "la ignorancia de la ley". ¿Hasta que punto los juristas se preguntan, si son los indígenas responsables ante las leyes que desconocen y en ocasiones son totalmente distintas, cuando no es que contrarias, a sus propios modos de vida y formas de organización social? Y por el otro lado, y menos analizado, la ignorancia que la sociedad nacional, y particularmente su aparato estatal y jurídico, esgrimen frente al derecho consuetudinario indígena. De esta forma, un juez, un ministerio público, médico forense, peritos, traductores, sintéticamente, la burocracia jurídica, que desconoce también las normas internacionales que reconocen ciertos derechos indígenas, desconocen la cosmovisión jurídica de un procesado en términos culturales diferenciados. "La visión colonial parroquial de los operadores del derecho, es de verdaderos "colonizadores internos." (262)

El derecho consuetudinario indígena ha atravesado los siglos paralelamente a la justicia oficial y que continúa rigiendo la vida de los pueblos indígenas. Su régimen de control social jurídico indígena, sus normas, están yuxtapuestas, entrelazadas unas con otras, formando una unidad; siguiendo a la par, la vida política, económica, religiosa y familiar de estos pueblos, sin necesidad de hacer separaciones entre lo jurídico civil o penal.

No existe en nuestras universidades, en las Facultades de Derecho, un curso que de nociones a los futuros juristas sobre el

(262) Ibidem, p. 59.

derecho consuetudinario indígena, desde la época prehispánica hasta nuestros días y los cambios y adaptaciones que tuvieron que hacer estos pueblos para conservar su cultura jurídica o derecho tradicional consuetudinario, a la par del derecho escrito venido de fuera. (263)

"(...)Entendemos que para nosotros, el derecho se refiere a algo que nos pertenece, que sale de nuestra cultura, de nuestras costumbres. Cuando alguien está cumpliendo las normas de nuestra comunidad, decimos que allí está entendiendo y poniendo en práctica el derecho." (264)

El pueblo indígena es un todo social que se autorregula; allí están las faltas, pero también está la madurez y la sabiduría para restablecer el equilibrio. Una diferencia importante entre la ley y el derecho consuetudinario indígena reside en que la ley es una norma general que se aplica en el ámbito de todo espacio que se define como Estado--Nación o como Estado de la Federación, sin importarle las diferencias de culturas. En este orden de ideas, todos los individuos son iguales, tanto los indígenas, como aquellos que no lo son. En cambio, el derecho consuetudinario indígena es una norma particular que tiene su aplicación en el interior del pueblo, en la medida que sus miembros se consideran parte de él y comparten los valores fundamentales de su cultura. Fuera de estos límites, los de pertenencia al pueblo, el derecho consuetudinario no tiene vigencia. (265)

El derecho consuetudinario ha quedado rezagado en una serie de

(263) Cfr. CORDERO AVENDAÑO, Carmen, en: Cosmovisión y Prácticas..., p. 41.

(264) Cit. Pos. FUNDACION VICENTE MENCHU, en: Cosmovisión y Prácticas..., p. 69.

(265) Cfr. CHENAUT, Victoria, en: Orden Jurídico y Control Social. Cuadernos de Antropología Jurídica, Núm. 6-II. 1a. ed. Ed. INI, México, 1994, pp. 27-28.

principios que hoy están siendo revisados o que tendrán que hacerlo. La "construcción constitucional" en materia de derechos indígenas todavía aún no termina. Cada cultura tiene su propia lógica, propios procesos de juridización, pero los une un mismo objetivo: la perpetuación de su cultura. (266)

El abogado debe enfrentarse en su formación a un mundo pluricultural. No logrará una aplicación de normas favorables a la identidad de los indígenas sino hay reconocimiento de sus derechos. Todo ello plantea situaciones incomprensibles para nuestra visión etnocéntrica y monocultural. Por más buena fe que exista, estas normas aisladas no ubican la interlocución de los pueblos indígenas donde está su sede histórica. ¿Cómo van aplicar esas normas?. Dicen que hay que hacer especialistas, traductores profesionales, peritos, intermediarios para que hablen en nombre de los pueblos indígenas.

4.2.2. Repercusiones jurídicas de la adición del párrafo primero al artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Conflicto entre el derecho consuetudinario indígena y la legislación nacional.

La reforma del artículo 4o. reconoce que México es un país pluricultural; sin embargo, es vaga; busca proteger y promover sus tradiciones en lugar de sus derechos. Además, es incongruente con las demás garantías constitucionales que plantean la igualdad absoluta. Por esta razón es ineficaz. Pese a la multitud de reformas

(266) Cfr. GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, "La enseñanza de la Antropología Jurídica", ponencia presentada en: V Jornadas Lascasianas..., 1995.

constitucional y legislaciones estatales, no existe congruencia con las necesidades de cada pueblo y adecuados al justiciado indígena, quien tiene que someterse a la jurisdicción de su pueblo y a la desarticulada jurisdicción del general del país y sus complejísimas modalidades. La incompatibilidad de sus normas ancestrales con la legislación propicia interminables conflictos. Es parte medular de una pugna entre dos sistemas culturales con valores, intereses y pensamientos opuestos.

Intentar traducir a derecho positivo el conjunto de normas cambiantes de convivencia de los pueblos indígenas en el nivel comunitario y creer que ello implica el respeto a la diferencia mediante su sanción constitucional significa, ni más ni menos, que la cristalización de la subordinación jurídica de los pueblos indígenas. La negación, ignorancia y la descalificación del derecho consuetudinario indígena, por parte de la sociedad dominante y las autoridades de ella emanado, han provocado la constante e interminable violación a los derechos humanos de los indígenas; la discriminación y hasta el racismo que les niega un derecho propio, traducido en identidad, cultura e idioma propio, que los cohesionan como pueblos y gracias a lo cual han sobrevivido tras siglos de sometimiento. Ello, no quiere decir que las culturas indígenas son parte del pasado lejano; las culturas indígenas son modernas porque se han ido ajustando permanentemente a la situación actual. Ocurre que su ajuste ha sucedido en posición de desigualdad, en la situación de culturas dominadas. (267) La supervivencia de este

(267) Cfr. BONFIL BATALLA, Guillermo, "Diferentes pero iguales", en: Revista México-Indígena, Enero-febrero de 1991, núm. 16-17, p. 61.

derecho consuetudinario, en algunos pueblos es más fuerte que en otros, porque en algunos casos existe la voluntad de los pueblos indígenas de conservar sus creencias y normas, a pesar de estar en contacto directo con los centros urbanos. Así conforme y mientras la costumbre siga promulgando ciertas reglas de la vida en los pueblos indígenas y que este derecho consuetudinario indígena sancione la observancia de aquella, éste continuará existiendo.

Estas cuestiones nos deben hacer reflexionar, para que tratemos de entender sus formas de actuar; porque de hecho dos civilizaciones han vivido largo tiempo paralelamente y ante este hecho, muchos de nosotros, preferimos no profundizar, ni interrogarnos al respecto. La incompatibilidad de sus normas jurídicas con la legislación del país, han propiciado agudos e interminables conflictos generadores de inseguridad jurídica, injusticia, infelicidad, y en suma destrucción de los pueblos indígenas. En verdad son pocas las obras que versen sobre el derecho consuetudinario indígena como tal. Es decir, sobre el análisis de las normas de tipo jurídico que rigen la vida cotidiana de esos pueblos. La razón: dicha normatividad es ajena a los objetos de análisis "tradicionales" dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos. De ello desprendemos que el derecho del Estado mexicano ahoga e invalida las normas del derecho consuetudinario indígena y obstaculiza la producción de sus efectos y aún considerados por el artículo cuarto constitucional como costumbres jurídicas.

Para los juristas ortodoxos y los defensores de la unidad del Estado plantear la existencia de otro derecho, el consuetudinario indígena, resulta francamente aberrante. Por otro lado, al sustentar

la existencia de otro derecho enfatizamos en su reconocimiento, ya que es necesidad inaplazable, en virtud de que hay un proceso creciente de deslegitimación en los pueblos indígenas, resultado de la imposición de leyes y modos de vida ajenos a su cosmovisión, por lo tanto, "no es, pues un mero capricho o posición romántica la reivindicación del derecho indígena, se trata de asegurar la supervivencia de los pueblos indígenas." (268) Para normar la cotidianidad, no son indispensables instituciones complejas ni medidas de represión, las cuales sólo se producen en casos aislados. Si consideramos que el ideal del derecho consiste en alcanzar los fines que pretende con el menor grado de imposición posible, y que por ello la eficacia de la ley es inseparable del consenso existente acerca de la necesidad y conveniencia de su cumplimiento, entonces, más allá de la mayor o menor complejidad formal o conceptual, generalmente, en los pueblos indígenas ha estado vigente un orden jurídico de tipo consuetudinario que se ha mostrado eficaz para alcanzar los objetivos que son su razón de ser en el marco de los pueblos indígenas para cuya complejidad social resulta suficiente y adecuado.

Estas costumbres entrañan ciertas convenciones, prohibiciones y obligaciones que son diferentes entre los diferentes pueblos indígenas. Cada cultura indígena tiene su propio derecho consuetudinario. (269) Existe en los pueblos indígenas, algunas veces, una extensión de la aplicación de la justicia tradicional y se juzgan conflictos mayores y delitos graves como pueden ser

(268) Cit. Pos. GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Tradiciones y costumbres..., p. 200.

(269) Cfr. Beller Taboada, Walter, en: Las Costumbres Jurídicas..., p. 97.

homicidios,heridas graves,violaciones,etcétera.Todo ello de acuerdo a las partes en el caso de conflictos,y en los delitos con el consentimiento del inculpaado y de la parte ofendida.El pueblo lo admite y queda satisfecho de las decisiones tomadas o de las penas impuestas.(270)Cuando se lleva acabo de manera tradicional la aplicación de la norma,no constituye para el gobierno maxicano una decisión de justicia,sino un arreglo interno,y cuando se acude al Tribunal del Distrito,o que actúe la autoridad municipal siguiendo las normas del derecho positivo maxicano,es un asunto legal y oficial.

Quando a los indígenas en México se les somete a los procedimientos de procuración y administración de justicia nacionales,se les está forzando a una integración y una aculturación que difiere del respeto que merece su derecho consuetudinario y a sus formas propias de procuración de justicia.

4.3.CARACTERÍSTICAS Y VENTAJAS DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA.

El derecho consuetudinario indígena,que aplica justicia con base en las costumbres de un pueblo indígena determinado,las cuales adquieren valor jurídico y cuyos legisladores y sancionadores son los miembros del propio pueblo donde se producen los casos,tiene ciertas características y ventajas.

(270) Vid.CORDERO AVENDAÑO,Carmen,en:V Jornadas Lascasianas...,1995.

4.3.1. Características del Derecho Consuetudinario Indígena.

Establecemos algunas características del derecho consuetudinario para la mayoría de los pueblos indígenas en México.

4.3.1.1. Ser eminentemente conciliador.

Usualmente el uso de conciliadores que tienen alguna jerarquía en el interés del pueblo, se caracterizan por utilizar la persuasión; acudiendo a aspectos religiosos, morales, del buen trato, pero, esencialmente requieren de paciencia, ya que juega un papel fundamental en el avenimiento o aveniencia de las partes. El empleo de la lengua materna es un instrumento de uso determinante, sobre todo cuando el acusado se enfrenta al acusador, para resolver los problemas en corto tiempo.

4.3.1.2. Es un derecho oral.

Al momento de plantear al conciliador la controversia hasta la dilucidación de la misma, se hace uso del recurso oral. Una característica y gran ventaja de este radica en que evitan los engorrosos trámites de las citaciones y formalidades escritas que tanto atrasan los procesos por la vía del Derecho Oficial.

4.3.1.3. Derecho que fundamenta su vigencia y positividad en el consenso.

El derecho consuetudinario basa su observancia en el consenso, en el consentimiento colectivo de que acatar la norma es lo mejor para la preservación de la cohesión y convivencia.

4.3.2. Ventajas del Derecho Consuetudinario Indígena.

Al respecto tenemos:

4.3.2.1. Celeridad procesal.

Corolario de la oralidad deviene esta ventaja. Al ser este derecho consuetudinario un derecho informal (no escrito), se eliminan todos aquellos requisitos y formalidades que son escollo en el derecho oficial. Las conciliaciones se acatan generalmente en una audiencia o en dos, cuando mucho. Se evitan expedientes burocráticos y exacciones legales.

4.3.2.2. Exacción.

Los pueblos indígenas que muchas veces están alejados, constituyen un problema para la justicia ordinaria y sus procedimientos; mientras que el uso de citaciones orales en el propio pueblo y el trabajo ad honorem del conciliador, ahorran cantidades significativas de dinero; así, se permite cortar una vía de exacción financiera y extorsiones a las que crecientemente se ven sujetos los indígenas, por parte de las autoridades externas.

4.3.2.3. Se neutraliza el factor idiomático.

En las conciliaciones se usa el idioma propio de los interesados y se evita con ello los problemas de comunicación, de la barrera idiomática, evitándose el riesgo de una interpretación deformada, interesada o parcial.

4.3.2.4. Mayor equidad.

El racismo y el etnocentrismo, entendido éste último, como "la tendencia de una sociedad o grupo a considerar su cultura, sus valores o pautas de conducta como los únicos valederos, desde los cuales se observan e interpretan los de los demás grupos. La propia cultura, su organización social, económica y política, se consideran como superiores a otros." (271) Son fenómenos aún no superados en aquellos países con fuerte concentración de población indígena. Los herederos y portadores de los valores de la cultura occidental, afianzan y justifican su dominación con argumentos muchas veces no científicos, creyéndose poseedores del mejor modelo de ordenación social, despreciando al sistema indígena; por tanto, sus resoluciones, pueden dejar de establecer el concepto de equidad más acorde con el pueblo a que pertenecen los afectados, y estar en clara desventaja por los prejuicios de este tipo.

Es importante comprender lo que para la cultura oficial dominante es delito, no lo es, muchas veces para el pueblo indígena, mientras que muchas cosas que no son delito en la cultura ladina (nacional), si lo son para la cultura indígena. De lo anterior puede colegirse que el indígena, debido a su formación cultural, y escaso conocimiento del idioma español y de las leyes de la cultura oficial, se encuentra en un estado de indefensión jurídica, constituyéndose el derecho consuetudinario como la mejor opción para la pronta y directa aplicación de la justicia en sus pueblos, pues, este sistema colectivo permite un mejor control de la

(271) Cit. Pos. BELLER TABOADA, Walter, en: Las costumbres jurídicas..., p.99.

delincuencia, dado que todos los miembros reconocen a los infractores, y estos mismos están dispuestos a aceptar la sanción derivada de su conducta. (272)

4.3.3. Causas de la vigencia del derecho consuetudinario indígena.

La vigencia de las normas jurídicas indígenas, contrarias o no a la ley nacional, se explica por varias causas:

- 1). Apego a la tradición y la identidad cultural.
- 2). Por ser la justicia indígena más pronta y expedita.
- 3). Por ser la sanción menos gravosa--económicamente, familiar y socialmente--que la nacional.
- 4). Por la dificultad para acceder a la administración de justicia nacional.
- 5). Porque recurrir a la ley nacional implica, para los indígenas, sufrir maltrato, discriminación, gastos onerosos y, finalmente, por ser juzgados con imparcialidad.

Estos elementos justifican la permanencia de una normatividad indígena paralela a la nacional.

El derecho consuetudinario indígena no es en forma alguna un cuerpo estable y eterno de normas y reglas jurídicas formalmente reconocidos, que existen tantos derechos consuetudinarios como pueblos indígenas específicos y diferenciados, que han modificado sus normas para hacer frente a la variedad de intereses y (272) Cfr. ESCALANTE BETANCOURT, Yuri, en: Etnografías jurídicas de Coras y Huicholes. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 8. la. ed. Ed. INI. México. 1994, pp. 63 y ss. Cfr. VALDIVIA DOUNCE, Teresa, "Encuentro de Autoridades Tradicionales. Tlaxiaco, Guachochi, Chenalhó, Zongozotla", en: Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 1. . . , pp. 64 y ss.

contradicciones que se remueven en su interior, y a los impuestos por la sociedad nacional.

Sin pretender agotar la complejidad de lo jurídico en las culturas indígenas, mencionamos algunos grandes apartados a título indicativo, sobre lo que los indígenas sancionan e imponen su derecho consuetudinario.

1). En materia civil, casarse siendo menor de edad; heredar los bienes solo el primogénito varón, o al menor de los hijos; excluir a las mujeres de la herencia; aceptación de la poligamia.

2). En materia penal, someter al inculpado a castigos corporales; imponer prisión a deudores; tener detenida a una persona por más de setenta y dos horas, sin cargos y sentencias; ser exhibido públicamente; considerar el estado de embriaguez como atenuante de delito, sobre todo, en los casos de homicidio por brujería; consumir ciertas especies animales en peligro de extinción, como la caguama y el venado; (273)

Es frecuente que se apliquen la pena de muerte a los brujos y hechiceros, cuando así conviene a la salud pública, y "de que el gobierno tenga que enjuiciar, a su vez, a los ejecutores materiales de estas sentencias." (274) La brujería es aceptada y sancionada como actividad antisocial en numerosos pueblos indígenas, pero no se admite como delito, ni siquiera su existencia es admitida en las legislaciones nacionales. Estos homicidios son sancionados por el (273) Cfr. VALDIVIA DOUNCE, Teresa, en: Costumbre Jurídica Indígena..., p. 12.
(274) Cit. Pos. BASAURI, Carlos, en: La población indígena..., p. 100; Vid. OLVERA SIENRA, Claudia, Et-Al, en: Orden Jurídico y Control Social. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 6-I, pp. 41 y ss.

derecho penal nacional pero admitidos como forma de "hacer justicia" o de legítima defensa personal en el derecho consuetudinario indígena.

En cuanto a delitos contra la salud, nos referimos a la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes. Sin embargo, entre varios pueblos indígenas en México, (huicholes, coras, tepehuanes, tarahumaras, chinantecos, mixes, los zapotecos, entre otros) la producción y consumo del peyote y hongos alucinógenos, forman parte de su cultura y sus prácticas sociales y tradicionales. (275)

3). En materia laboral, imponer penas con trabajos personales no remunerados; éste trabajo recíproco es llamado tequio o faena. Es un trabajo que en la identidad indígena da prestigio a quienes intervienen en él. Es obligatorio. (276)

4.3.4. Procedimientos de administración de justicia indígena.

Los pueblos indígenas recurren a su derecho consuetudinario como "una táctica para sustraerse del impacto del régimen jurídico nacional algunos asuntos que consideran de su competencia exclusiva, o que quedan mejor protegidos al margen de tal régimen." (277)

Los indígenas tienen su propia organización, sus autoridades, sus normas jurídicas, sus sanciones, y sin embargo, lo anterior ha perdido

(275) Cfr. NAHMAD, Salomón, en: Derecho Indígena y..., pp. 309-311.

(276) Ibidem, pp. 312-313.

(277) Cit. Pos. ITURRALDE, Diego, en: Entre la ley..., p. 57.

su fuerza y su aplicación se limita a conflictos menores como riñas, robos, faltas a los padres o a la autoridad, violación de normas comunitarias, prostitución, incesto, violación, entre otros. (278) Los tribunales o juzgados son espacios privilegiados para exponer quejas, dirimir conflictos y exigir justicia, es un producto del Estado de derecho, que generalmente son ajenos a los valores y costumbres de los pueblos indígenas. Aquí, al contrario, funciona la política tradicional (ejemplo: un consejo de ancianos o principales no reconocidos por las leyes nacionales), o intermediarios aceptados por las partes para reconciliar diferencias. (279)

Los indígenas son desconfiados reacios a acudir a los tribunales nacionales. Por ello en caso de disputas existen diferentes niveles de administración de justicia a los que acuden los interesados, de acuerdo a las normas tradicionales de cada pueblo indígena. Los conflictos entre los miembros del mismo pueblo, generalmente, se dirimen conforme a las instituciones propias. Los abusos de que son objeto los indígenas, originan que no acudan a los tribunales y juzgados nacionales. Cabe señalar que cuando los indígenas se involucran en hechos de sangre, las mismas autoridades tradicionales los remiten a la autoridad judicial próxima. Cuando no se trata de estos casos, por lo general, se resuelve mediante una conciliación interna, donde se fincan

(278) Cfr. ROBLES O., J. Ricardo, y VALLEJO N., Carlos, en: Tradiciones y costumbres..., pp. 71-95.

(279) Vid. STÄVENHAGEN, Rodolfo, en: Entre la ley..., p. 41.

responsabilidades de los implicados, determinan formas de sanción y reparación del daño, con el fin de lograr la aveniencia.

4.3.4.1. Mecanismos de sentencia en los pueblos indígenas de acuerdo al derecho consuetudinario.

Los mecanismos de sentencia son múltiples y variables, por ejemplo:

4.3.4.1.1. La persuasión.-En donde los principales o ancianos se limitan a dar consejos, en conflictos entre hermanos, conyugales, pugnas por herencia, etcétera.

4.3.4.1.2. Por negociación y conciliación.-La autoridad tradicional concilia a las partes afectadas hasta lograr consenso en los compromisos adquiridos por el transgresor para reparar el daño causado.

4.3.4.1.3. Por coerción.-Que va desde la humillación pública y las multas, hasta la fuerza pública, la cárcel y la expulsión del pueblo. Por ejemplo: a la mujer infiel se le humilla al hacerla barrer las instituciones públicas del pueblo, o se le desnuda en la plaza. Se cobra multa a quienes no cumplen con el tequio; se emplea la fuerza física para quienes se nieguen a ocupar cargos. (280) Generalmente el concepto de castigo se vincula con el de reparación, pero, por ejemplo, la brujería es un daño y un peligro al interés público, por lo que hace merecedora de la pena de muerte, que es visto por los integrantes del pueblo como un acto legítimo, de defensa propia y de terceros. Así se libran del mal que amenaza a todas, evitando con este hecho, la ruptura del orden

(280) Cfr. PALENCIA PRADO, Tania, en: Avances de Investigación en Antropología Jurídica. Cuadernos de Antropología Jurídica, Núm. 7-II, pp. 16-17.

interno, ya que el brujo, transgrede la normatividad social, los fundamentos morales del pueblo indígena, destruyendo las tradiciones y la vida de los hombres y sus animales de crianza, todo ello justifica, para los miembros del pueblo, ejecutar al brujo, y la complicidad en mantener en secreto ante la justicia mestiza o ante la ley nacional. (281) Así, se expresa el choque, de diversos sistemas jurídicos y culturales.

En cuanto se presenta un conflicto entre indígenas y no indígenas, se usan preferentemente las instituciones nacionales. (282)

Como sistema jurídico, el consuetudinario indígena, contiene su forma coactiva, es decir, el conjunto de disposiciones que procedimentalmente reconocen un posible desequilibrio a la normatividad planteada. En este ámbito, es donde el derecho consuetudinario tiene mayores conflictos, al haber limitado el Estado, el fuero de las autoridades tradicionales. Sin embargo el marco de influencia de los "juzgados indígenas" es reducido a conocer faltas que llamaremos "menores", sin poder intervenir (o por lo menos limitadamente) en diversidad de ilícitos que se efectúan en su pueblo, ya que el Estado monopolizó su intervención en lo que el mismo reconoce de la esfera pública, originada en la época colonial y se mantiene hasta nuestros días. Valga señalar, que si partimos del planteamiento del artículo cuarto constitucional que reconoce la

(281) Ibid.

(282) Cfr. STAVENHAGEN, Rodolfo, en: Entre la ley..., p.42.

diversidad cultural de México, entonces, en un solo sentido, la aplicación de la justicia no puede orientarse.

4.3.4.2. Las autoridades tradicionales indígenas y el derecho consuetudinario.

Las autoridades tradicionales, tienen un poder legítimo, considerándolo éste, como la capacidad para influir en la conducta de otros o en el control de las acciones valoradas en una determinada sociedad. Funcionan de acuerdo al nivel de integración que posean cada uno de los pueblos indígenas al centro de poder mestizo.

4.3.4.2.1. Características del sistema de autoridades tradicionales.

-El sistema de autoridades tradicionales tiene las siguientes características comunes a cualquier modelo y que sin encontrarse codificados o escritos, subsisten en la racionalidad del pueblo indígena de que se trate, a saber:

- 1). Ser un sistema escalonado de servicio público o comunal.
- 2). Estar vinculado con el conjunto de creencias--o con la propia institución--religiosa.
- 3). Resolver asuntos públicos y privados.
- 4). Regirse por valores sociales y culturales propios de quienes le han delegado tal atribución.
- 5). Deliberar y sancionar conforme a la costumbre aprendida por transmisión oral.
- 6). Son elegidas por consenso del propio pueblo indígena.
- 7). Se organizan bajo la propia identidad indígena, prevaleciendo su lenguaje, su cotidianeidad, es decir, su cosmovisión, y con las readecuaciones históricas que se han venido

incorporando.

8). Existen en combinación con el derecho estatal, por cuanto que los pueblos indígenas no constituyen una entidad política independiente, sin embargo, que si procuran su autonomía.

9). En el marco de la identidad indígena son órganos eficaces en la regulación del núcleo social, con lo que es dable su propia organización.

10). Su función es tanto política, como social y religiosa.

11). Mantienen a la oralidad como instrumento de enlace principal y de regulación de la normatividad.

12). Conformados con gente experimentada, que no solamente delibera en el procedimiento jurídico de los pueblos indígenas, sino que además administra y aplica--según su derecho consuetudinario--la justicia inherente al caso concreto.

Deben de cumplir estas autoridades con ciertos requisitos:

- a). Tener experiencia en funciones de autoridad.
- b). Ser honorables.
- c). Ser respetados por el pueblo.
- d). Conocer la costumbre (derecho consuetudinario).
- e). Ser ejemplo para la mayoría. (283)

Por lo anterior, existe una cultura jurídica en los pueblos indígenas, y se conservan espacios de aplicación del derecho

(283) Cfr. VALDIVIA DOUNCE, Teresa, en: Costumbre jurídica indígena..., pp. 13-14. De la misma autora, Encuentro de autoridades tradicionales. Urique, Cuadernos de Antropología Jurídica, Núm. 2, pp. 9 y ss; Cfr. VALDIVIA DOUNCE, en: Cuadernos de Antropología..., no. 1, pp. 9 y ss; Vid. VALDIVIA DOUNCE, en: Cuadernos de Antropología..., pp. 9 y ss.

consuetudinario indígena. Las resoluciones de las autoridades tradicionales son inapelables. Tratándose de la resolución de conflictos según su propio derecho consuetudinario, los pueblos indígenas recienten la carencia de reconocimiento para resolver y juzgar dichos conflictos que se dan al interior. Aquí se da el conflicto y la transacción entre la ley nacional y el derecho consuetudinario indígena. (284)

Por consiguiente a grandes rasgos dos fenómenos:

- 1). La existencia de conceptos y valores contradictorios con las leyes del Estado.
- 2). La necesidad o conveniencia de evitar la intervención de la autoridad del Estado en los asuntos de los pueblos indígenas, puesto que ello históricamente ha significado, sobre todo, perjuicios y arbitrariedades. Ello induce al pueblo a mantener sus propias formas de administración de justicia.

El derecho consuetudinario indígena, es producto de procesos históricos específicos que han tenido lugar en cada pueblo indígena, puesto que aún comparte rasgos comunes también mantienen diferencias importantes entre sí.

4.4. LA JURISDICCIÓN PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

Este es el tema toral de las normas de control social que han operado y cuya aplicación permite que estos pueblos o

(284) Cfr. SIERRA, Teresa, en: Crítica Jurídica. Revista..., núm. 11, pp. 97 y ss.

colectividades funcionen al margen del derecho nacional y en ocasiones en contra.

Existen dos aspectos ha tratar:

- 1).El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas,y
- 2).El caso de los indígenas ante el derecho nacional.

4.4.1.El Derecho Consuetudinario de los pueblos indígenas en México:Aspectos actuales.

A manera sintética,podemos afirmar,con apoyo en lo fundado y motivado en el presente trabajo,que,existe un derecho consuetudinario indígena,esto implica reconocer sus principales componentes:

1).Existen órganos generalmente pluripersonales en cada pueblo con facultades expresas y reconocidas por el propio pueblo.Este es el caso de las autoridades tradicionales,relegado al ámbito aparente religioso,espacio donde se encuentran serias contradicciones.La penetración de las sectas religiosas,que provocan la división de la colectividad,son también causas de debilitamiento de la cohesión de los propios pueblos indígenas.(285)

2).Los pueblos indígenas cuentan con reglas de conducta de cumplimiento obligatorio que ha variado y adoptado,pero aceptados por consenso en los pueblos en su compleja relación con el Estado y

(285) Cfr.ESTRADA MARTINEZ,Rosa,Et-Al,en:Informe sobre el...,pp.5 y ss.

una sociedad que los ha ignorado y considera que el derecho válido, el legítimo es el de afuera, el derecho consuetudinario por consiguiente es "ilegal". Bajo esta visión se han originado numerosos conflictos y crisis en los pueblos; excesos que atentan contra los derechos humanos universales.

3). El derecho consuetudinario indígena cuenta con normas de coacción, un sistema que generalmente reconduce y reintegran a la cohesión interna al individuo transgresor de las normas indígenas.

4). Son normas flexibles dada su naturaleza oral; contiene principios genéricos sobre los que se resuelven conflictos concretos. De este modo, la falta de codificación y su naturaleza de principios generales han permitido acumular una enorme experiencia y habilidad para aplicar y mantener las normas propias.

5). El sistema de administración de justicia puede como base de instancia final en casos menores y de primera instancia jurisdiccional en casos graves dejando a las autoridades externas la aplicación de penas donde incurran "hechos de sangre".

4.4.2. Los indígenas ante el derecho nacional.

La otra faceta del problema es el de la situación de los indígenas, individuos o colectividades en su paso por la administración de justicia oficial. Tratándose del derecho positivo nacional, los indígenas ante la legalidad, sufren violaciones y conflictos; ello, repetimos, por su escaso o nulo conocimiento de la ley mestiza y sobre el ámbito donde se aplique la misma para poder defender así sus derechos, claro, los que tiene como cualquier ciudadano, todos "iguales". De esta manera, observamos en el recorrido por el presente trabajo, la rotunda contradicción entre sus

valores, su cultura y las que han buscado proteger los diversos ordenes jurídicos desde la colonia hasta nuestros días.

Actualmente, los indígenas, con nuevos elementos procesales como la posibilidad de contar con un traductor o de un peritaje cultural, sin embargo, aún no se aplica suficientemente en la práctica judicial. Los procesados indígenas desde el inicio de los juicios se "marca la distancia entre la verdad real y la verdad legal." (286) La verdad real, se da en el pueblo indígena donde se desarrollaron los hechos materia del litigio. A todo el universo de valores culturales de los pueblos. En cambio la verdad judicial, está al margen de la primera o generalmente en su contra; es la interpretación judicial desde la primera declaración y que culmina con una sentencia condenatoria, la mayor de las veces. De lo cual partimos que la declaración del acusado toma rango de confesión absoluta, sin mayor indagación. Si el indígena reconoce, por ejemplo, que mató a alguien, para el juzgador resulta lógico condenarlo, teniendo la convicción de que ejerció su función adecuadamente.

En tanto el proceso, no existe un momento en que el indígena pueda ofrecer su versión y explicación con la confianza de decir su verdad. El principio de comunicación ante el acusado por parte del juzgador no se da. En tanto que el indígena viene de un pueblo donde los conflictos se resuelven en un trato directo entre las partes, ante los respetables ancianos, dotados de autoridad interna por consenso; donde se habla el mismo idioma entre las partes, con

(286) Cfr. GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Orden Jurídico y Control Social. Cuadernos de Antropología Jurídica, Núm. 6-1. Diego Iturralde (Compilador). la. ed. Ed. INI, México, 1994, p. 24.

referencias culturales idénticas, en donde todos conocen los valores que quieren preservar en su pueblo y como pueblo.

Para el indígena, la legalidad nacional es sinónimo de conflicto. No conoce un ámbito donde se aplique la ley para respetar sus derechos. Al abogado lo ven como sinónimo de cárcel. El abogado litigante o postulante, tiene un lenguaje jurídico especializado y hace referencia plena a la legislación expresada en los códigos respectivos. Cabe apuntar que estas observaciones no implican rechazo o desconocimiento de la existencia de la doctrina jurídica en sus diversas tendencias y al necesario lenguaje especializado que al igual que en otras disciplinas tiene un sentido. El problema se plantea cuando se traslada ese lenguaje especializado a las leyes destinadas a su aplicación cotidiana, en donde ya produce otro tipo de efectos.

El abogado, conoce las barreras que la ley se da a sí misma para no ser entendida por el común de las gentes, así como los procedimientos, plazos y formalidades, sin las cuales el proceso no avanza. Por esta razón el juez sólo cree en el escrito del abogado. Entre el indígena y el abogado existe el problema de la comunicación, puesto que el primero no es capaz de explicar al abogado sus razones, y el segundo no lo es para explicar a la autoridad judicial su versión sobre la acusación que le hacen. Al abogado y el indígena los separa una distancia cultural y lingüística. El abogado, formado en la visión de la igualdad ante la ley, está sin posibilidad para entender las argumentaciones del indígena. No utiliza la Verdad real que no puede reconstruir, y por

tanto asume la verdad judicial y con ella litiga, en términos, plazos y procedimientos de un sólo derecho, el oficial.

Con la inclusión del párrafo primero del artículo cuarto constitucional, la labor de abogado estriba en localizar en el procedimiento, para atenuar la carga de su defendido indígena. Así, se niega la verdad real, que debe ser el transfondo de proceso. Partimos de que existe un choque entre sistemas jurídicos, uno explícito y otro reprimido.

"En muchas ocasiones en nombre del legalismo se justifica la arbitrariedad. Aplicar la justicia es favorecer intereses; el que juzga a un indígena lo hace desde una cultura que se pretende superior, que en el mejor de los casos puede ofrecer generosamente su compasión al hombre "primitivo" o "salvaje". (287)

Por lo tanto, la autoridad judicial, juzga sobre unos hechos que sucedieron en un lugar y en un contexto indígena que la misma autoridad no conoce ni le interesa conocer. El peritaje se utiliza como la prueba o constancia de que un sujeto es indígena, o en otros casos sirve como un discurso antropológico (extenso) sobre la historia de un pueblo al que pertenece el acusado. Ello sin hacer referencia a los hechos que se están juzgando. Los jueces siguen sentenciando sin hacer referencia al derecho consuetudinario indígena, y cuando lo hacen, pueden caer en un "folklorismo jurídico" al citar "costumbres" fuera de contexto.

No se asume que un estado de derecho moderno debería incluir, con toda implicación, la posibilidad de otorgar, jurisdicción (287) Cit. Pos. GÓMEZ RIVERA, Magdalena, en: Entre la ley..., p. 378.

a los pueblos indígenas desde la base, desde el nivel comunitario. (288) El reconocimiento a los indígenas es también un problema educativo. (289)

Hay abogados que no comparten estas ideas, pero también hay muchos juristas, que haciendo a un lado intereses personales o de grupo estarían de acuerdo. Esto va a ser un proceso para aprender, para tomar conciencia de este asunto, y revisar nuestras leyes de manera global. Jurídicamente, debe ser a partir de la Constitución.

(288) Cfr. GÓMEZ RIVERA, Magdalena, en: Derechos Indígenas. Lectura..., pp. 11 y ss; Vid. GÓMEZ RIVERA, Magdalena, en: Derechos indígenas. Los..., pp. 11 y ss.
(289) Vid. ALVAREZ DE TESTA, Lillian, "Las culturas indígenas en la educación oficial". Ponencia presentada en: Ciclo de Conferencias: Los Pueblos Indígenas y el Estado Mexicano. Celebradas en el Auditorio "Themis" de la Biblioteca "Antonio Caso", de la Facultad de Derecho de la UNAM; del 7 al 11 de noviembre de 1994.

CAPITULO V

CAPITULO V

5. PERSPECTIVAS DE PLURALISMO JURIDICO EN MEXICO

5.1. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: BASE DEL PLURALISMO JURÍDICO.

Si analizamos el mosaico geográfico de nuestro país, decimos que México es pluricultural, lo que origina la necesidad de reconocer cierta autonomía jurídica a los pueblos indígenas.

"La autonomía jurídica o normativa regula materias de su competencia mediante resoluciones y ordenanzas, con sus propias normas, de obligatorio cumplimiento en los pueblos indígenas." (290)

El reconocimiento del pluralismo jurídico implica no solo el respeto al uso de la lengua, de prácticas religiosas, de la medicina tradicional, sino también el respeto a la concepción y práctica de los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas, es decir, el respeto al pluralismo jurídico. (291) Los indígenas quieren tener su propia forma de vida; seguir siendo

Mayos, Mixtecos, Zoques, Chamulas, Yauquis, Triquis, Tojolobales; tienen ese
 (290) Cit. Pos. CONSEJOS REGIONALES AUTONOMOS RAAN-RAAS, "Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, en: Anteproyecto de Reglamento Ley No. 28, República de Nicaragua, Managua, julio 1993.

(291) Cfr. GONZALEZ GALVAN, Jorge A., en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie. Año XXVII. Núm. 79. IIJ/UNAM. Enero-Abril 1994, pp. 105-111.

derecho y nosotros no somos quienes para negarles este derecho.

Esta preocupación no sólo es de los pueblos indígenas, sino también es preocupación académica y de Estado. Académica, pues en las Facultades de Derecho de América Latina (salvo pocas excepciones), la cuestión indígena en su aspecto jurídico ha sido raras veces abordada, relegada por mucho tiempo. Hace algunos años, en algunas Facultades de Derecho estaba "vedado" el abordar el tema de los pueblos indígenas. No había profesores especializados, y hoy día son contados los que quieren, saben y pueden ayudar a los interesados en abordar un tema que consideran todavía algunos juristas como "intrascendente" y "denigrante", no importante; menos aún, trabajar sobre el derecho consuetudinario indígena.

Y, haciendo conciencia, nacimos para vergüenza de la humanidad y vergüenza nuestra, racistas y despreciadores de una parte del mundo que nosotros tenemos: el mundo indígena. Existe hoy día mucho desprecio por los pobres, particularmente hacia los indígenas. Francamente, en muchas partes del mundo se ve esa discriminación; se siente ese racismo, ese desprecio y humillación hacia los pueblos indígenas, caso especial, México.

Este tema nos es tan cercano para todos los mexicanos, y por ello de la urgente necesidad de quienes son, al fin y al cabo los primeros propietarios, pobladores de esta tierra. Este país es pródigamente bendecido no sólo por la riqueza de su tierra, sino por lo que producen sus hombres, como lo es la cultura, enorme, grande como lo es México.

No solo hay que estudiar el derecho, hay que vivirlo y sentirlo. Así, el papel del abogado será fundamental en los hechos sociales. Este es un reto para los juristas, no para los técnicos del derecho. Juristas, hombres que tienen una visión científica del mundo indígena. Requerimos hoy más que nunca un diálogo intercultural, un diálogo viril, donde no hay terrenos iguales. (292) No es posible hablar de un diálogo intercultural, cuando juristas ven despectivamente que el derecho consuetudinario indígena no es un sistema. (293) La cuestión indígena no puede seguir ignorada por la ciencia jurídica. La coexistencia de sistemas normativos, implica el fenómeno de la pluriculturalidad jurídica, es decir de la coexistencia de diversas culturas jurídicas que hacen posible la sobrevivencia de los diversos sistemas. Estamos ante la mejor oportunidad que durante cinco siglos se nos presenta para lograr una reforma profunda sobre la cuestión indígena. Si se trata de hacer coexistir dos sistemas jurídicos, sin alterar fundamentalmente las piezas angulares de estos distintos ordenamientos, es mediante el respeto a la diferencia: el pluralismo jurídico. Cuando dentro de un pueblo, sus miembros reconocen la validez de su derecho consuetudinario, están de acuerdo con las costumbres y prácticas que inveteradamente han regido su coexistencia. Así, el problema conflictivo entre derecho consuetudinario indígena y ley nacional no tendría porque presentarse.

En las expresiones de lo propiamente jurídico, para lograr revestir toda esta situación, nuestra tesis es la misma. Buscar un

(292) Cfr. NICOLAU COLL, Agustí. "Los derechos fundamentales de los pueblos indios", ponencia presentada en: V Jornadas Lascasianas..., 1995.

(293) Ibid.

reconocimiento a partir de la Constitución General de la República, como punto de partida para una reforma integral en materia indígena. Se trata de legitimar un sistema de justicia indígena; que existe, pero que se niega reconocer. No se trata de que hagamos justicia; sino se trata de reconocer la justicia por sí misma. No se habla de la creación de una justicia indígena, sino al contrario, del reconocimiento de una justicia indígena, de algo que ya existe, desde hace mucho tiempo.

5.1.1. De la constitucionalidad del derecho consuetudinario indígena.

El problema radica en lo siguiente: el reconocimiento efectivo del derecho consuetudinario indígena, por parte de una doctrina constitucional de planteamientos tradicionales que sigue marcando la interpretación de todo éste ordenamiento. De esta manera, la cultura del constitucionalismo terminaría por reconocer la realidad.

El derecho, sigue tratándose doctrinalmente como si tal realidad no existiera. La base constitucional de derechos, no debe mirar estos aspectos con discriminación ni aunque sea en un sentido positivo, favorables a sus principios y objetivos, ya que la diferente concepción del mundo y la incompatibilidad de valores lleva muchas veces a que se cometan arbitrariedades o se produzca el llamado racismo jurídico, término usual para describir la desigualdad de los pueblos ante la aplicación de justicia nacional debido a prejuicios raciales de los encargados de impartirla y ejecutarla. Hoy, esta posición es común entre juristas. La

constitución es el derecho fundamental, que es individual. Aunque la realidad debería ser de derechos. En un país pluricultural como lo es México, lo que puede requerir la igualdad es efectivamente desigualdad.

Lo procedente es que fueran lo propios pueblos indígenas, quienes tengan función jurisdiccional básica para la administración de dicho poder normativo en las materias que les afecten. Quien sino los propios indígenas tiene la disposición de su cultura e identidad. Esto acrecentaría el pluralismo jurídico, obviamente sufriendo la igualdad jurídica, porque ésta igualdad tendría que entenderse para cada pueblo, en su seno, entre sus miembros, antes que para el Estado, entre su ciudadanía. Los individuos indígenas se adhieren cotidianamente y participan activamente en una cultura propia, son ellos quienes legitiman su colectividad. No que las tradiciones y costumbres que diferencian al pueblo sometan al individuo, sino que de dicha adhesión, aceptación de éste a aquellas en el seno de una colectividad que, con la base de libertad, dispone también de sí misma, cuenta con capacidad tanto para mantener costumbres como dotarse de normas nuevas. La base debe ser de libertad. Este supuesto de partida otorgaría el título al derecho consuetudinario indígena, como ordenamiento propio y jurisdicción propia. Sino se reconoce éste derecho colectivo, prevalecerá la desigualdad entre los mismos pueblos que resulta lesivo ante el derecho individual; la nula libertad. Que se tenga la posibilidad de que las normas indígenas sean más que folklor.

Que sean la Constitución General de la República que permita tener sus propios derechos y que no legitime por sí misma la intervención foránea.No ser "consecuentes"con sus normas desde nuestra visión,sino considerarla facultad para dirimir modos de vida,control social.Todo hombre independientemente de su formación cultural,situación socioeconómica,merece respeto y los indígenas de México y del mundo lo merecen,es su derecho.Y aunque para algunos esta postura sea constitucionalmente inviable,no deja de ser jurídicamente sostenible;es la autodeterminación que ni siquiera se concibe.Dejar de aplicar la consideración al respecto de los indígenas,como incapacitados,tutelados;erradicar esta carencia de libertad propia,es decir de la base constitucional del derecho consuetudinario indígena en México.

Falta sensibilidad,capacidad de respuesta por la parte constitucional,y por ende de sus especialistas en nuestro país.No considerar a la cultura indígena como sometida cuyos valores propios son ignorados,subestimados o,en última instancia subordinados por la cultura dominante.Paralelamente a esta,la expansión universal de la idea de los derechos humanos.El estado moderno eliminó los mecanismos tradicionales de control social,con las consecuencias de tal imposición.En esta situación,para nuestro tema,es relevante que también se puede recurrir a la idea de los derechos humanos para reclamar el respeto de instituciones socioculturales ante el potencial destructivo de un estado todopoderoso.(294)"Son los pueblos indígenas quienes reclaman no

(294) Cfr.KUPPE, René;y POTZ, Richard, en: Antropología Jurídica. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Li Cuadernos del Instituto, b) Derecho Indígena, Núm. 3. 1a. ed. Ed. IJ/UNAM. México, 1995, pp. 27 y ss.

solamente sus libertades individuales, sino también(...) la garantía y el reconocimiento de sus instituciones." (295)

Esto nos lleva a analizar que los derechos humanos son un concepto etnocéntrico en tanto intenta pensar que lo universal debe ser considerado únicamente desde la visión occidental. Derechos humanos, es decir, todo el conjunto que vemos es un plexo, que no abarca sólo los derechos individuales, sino también sociales y culturales. Se piensa en una confrontación de éstos derechos citados, es un dilema no resuelto ni por los internacionalistas, ni antropólogos, ni por los juristas este aspecto fundamental. ¿Cómo aplicar los derechos humanos que toman únicamente los derechos individuales y otro, los derechos colectivos que toman como sujeto de derechos a los propios pueblos indígenas?. Esta perspectiva plantea una concepción de derechos humanos que recojan todas las aspiraciones de todos los pueblos, incluidos los indígenas. En esto descansa estas bases de consolidación de un estado nacional, que, quiérase o no, es como se ordena jurídicamente, políticamente toda la sociedad y generalmente es quien le da la armonía a la misma sociedad y así hablaremos de la existencia de culturas paralelas.

Pensemos que el "otro" también puede crear cosas, pues existen. No sólo occidente lo hace, sino todas los pueblos del mundo tiene idea de los derechos humanos y a partir de esto, reentender el concepto universal de los derechos humanos. El problema a resolver es de que el estado mexicano necesita instrumentos jurídicos adicionales que puedan efectivamente garantizar a los indígenas que tengan todos sus derechos. Es una necesidad (295) Cit. Pos. KUPPE, René y POTZ, Richard, en: Op. Cit. p. 40.

histórica, jurídica, cultural, social, en que se recalque frente a la realidad social en que vivimos. Hay que revisar la relación actual del artículo cuarto constitucional que no satisface las necesidades de estos pueblos. Se aprobó sin un conocimiento a fondo de los pueblos indígenas, y se aprobó sin una participación efectiva de estos pueblos indígenas, y eso queda también por hacerse.

Partimos de una división entre la ley y las prácticas sociales, pero no es universal, es un condicionamiento actual del pensamiento jurídico a raíz del positivismo. En ocasiones los abogados no tienen ninguna sensibilidad jurídica, no tienen ningún conocimiento jurídico; saben la técnica y la práctica jurídica y son excelentes abogados. Pero no son en realidad lo que diríamos juristas. Así penetran en una estructura cristalina, delicada como es el derecho. Este derecho consuetudinario debe ser considerado como diferente, que no significa un derecho excepcional, derecho supletorio. Esta conservación en el pueblo indígena de su propio derecho, tendría un valor de identidad, de su cultura, de su resistencia frente a una modernización salvaje, un elemento básico, fundamental.

Es ambicioso el proyecto. Utilizar el derecho como medio para articular la justicia. Con ello podríamos evitar situaciones de conflicto social, para contribuir a la estabilidad y el derecho de los pueblos indígenas, especialmente en México. Entendamos que a pesar del peso del sistema jurídico positivo nacional, en México existe un sistema de derecho consuetudinario, que si bien no es reconocido legalmente (hasta hoy día), influye en las formas de

control y vida social al interior de los pueblos indígenas. Entendemos que a este planteamiento de reconocimiento del derecho consuetudinario indígena se le pueden oponer y se le oponen objeciones innumerables en cuanto a doctrina y de teórica jurídica. Sin embargo, dicho reconocimiento conducirá y contribuirá al surgimiento de una constitucionalidad más justa.

Tal reconocimiento y entendimiento del derecho consuetudinario indígena, colocaría la situación de ser exigido como algo irrenunciable, como algo propio y garantizado por la nación. Y reformar la Constitución es apuntar en esta dirección.

"Mientras la reforma no llega, (...) los indios de México seguirán (...) creciendo con su propio esfuerzo y sin esperar de la nación mucho más de lo que han venido recibiendo a lo largo de siglos de explotación." (296)

Pilar fundamental en el advenimiento de esta nueva legislación lo representa el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas de México. Este tipo de problemas requieren tiempo, información y análisis jurídico, éste último tiende a menospreciarse. Partamos de fijar y delimitar las bases constitucionales de lo que tendría que ser el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

Los estudiosos del derecho se han ocupado muy poco de este asunto, y han observado sobre todo los aspectos que incumben al derecho penal. La agresión directa que practican los estados contra los sistemas de orden social de los pueblos indígenas, que (296) Cit. Pos. ESPADAS ANCONA, Uuc-Kib, en: Op. Cit., p. 10.

consideran todo como algo irrenunciable el seguir viviendo bajo sus propias formas e instituciones jurídicas, sino que incluso aspiran a poder seguir desarrollándose dinámicamente. (297)

El impacto en el orden constitucional sería la base para que los pueblos indígenas "sean autorizados" no solamente a aplicar sus propias sustancias normativas, sino que se legitima también al mantenimiento del control social por sus propias características institucionales y por sus principios procesales. No existiendo, a nuestro saber, tratado alguno sobre derecho consuetudinario indígena en México; es necesario buscar la información en la literatura etnográfica, que sí abunda sobre los distintos pueblos indígenas. Una literatura dispersa, en la que se presta poca atención sistemática a las cuestiones jurídicas. Vivimos momentos de cambio. La discusión constitucional y jurídica es importante, porque la ley puede prefigurar el futuro y consolidar la realidad vivida dentro de un país. Esta realidad no suficientemente reconocida por nuestras leyes y que ha creado problemas fundamentales. Por ello, existe el reto para la construcción jurídica a futuro. Estamos insatisfechos y queremos otro México.

Para los pueblos indígenas el reconocimiento a sus derechos colectivos es la forma idónea de garantizar el ejercicio de sus derechos individuales, los que también consideran irrenunciables y de los que han sido privados históricamente. La pluralidad jurídica que deviene de la cultural. Luego, el pluralismo jurídico es un principio que debería reflejarse en nuevas normas constitucionales (297) Cfr. KUPPE, René y POTZ, Richard, en: Op. Cit., p. 41.

o legales.No pretendamos reducirlo a la tarea de conciliación cotidiana tocante al robo de gallinas.Un reconocimiento como tal,permite,a pesar del predominio universal de estructuras políticas de tipo estatal-occidental,la supervivencia histórica y el desarrollo de las formas de organización socio-cultural de las sociedades indígenas.Los mecanismos de control social indígena,por consiguiente,constituidos como parte de la estructura jurídica oficial.Así,el orden constitucional del estado permite que en lugar de aplicarse normas derivadas de la legislación del estado,se continúe aplicando el derecho y las instituciones indígenas.

"Las instituciones jurídicas de los pueblos indígenas no tienen necesidad de ser interpretadas a través de lentes positivistas,para ser reconocidos como "verdaderos y legítimos órdenes jurídicos".El reconocimiento del derecho indígena corresponde a un fenómeno de gran desprestigio del derecho oficial y las instituciones del Estado."(298)

Estos últimos,contada "su elaboración y razonamiento convencional positivista,han mostrado su ineficacia para establecer un ordenamiento justo de las relaciones sociales en el continente latinoamericano."(299)

La demanda indígena se dirige al reconocimiento de sus propias instituciones,no a recibir autoridades delegadas del Estado.Recordemos que estos pueblos indígenas funcionaron antes de que los sistemas jurídicos de tipo occidental se establecieron sobre sus territorios,llevando sus poderes consigo.El reconocimiento de sus instituciones no será una transferencia de

(298) Cit.Pos.KUPPE, René y POTZ, Richard, en: Op.Cit., p.44.
 (299) Id.

poderes estatales a nuevas unidades de "autogobierno" indígena.(300) Detrás de estos reconocimientos es la suposición básica de que las instituciones indígenas existen como una realidad de hecho, que obtiene relevancia jurídica desde el punto de vista del derecho oficial. El derecho estatal no "crearía" dichas instituciones, luego entonces, no son emanación de aquel, sino de la realidad vivida en los pueblos indígenas.

Esta tarea requiere a la vez de pasión y perspectiva. El hombre no hubiera obtenido lo posible sino hubiese pugnado una y otra vez por alcanzar lo imposible. Todo ello implica una revisión y reforma a fondo de la constitución misma, en un proceso de corto y mediano plazo a fin de que los pueblos indígenas ejerzan el derecho a desarrollarse y transmitir su propia cultura de manera plena y no de forma subrepticia. Tomemos en consideración la pluralidad de opiniones acerca del cómo y con qué extensión deben realizarse los cambios. Estos cambios constitucionales, en sí mismos, no son garantía de transformaciones de los procesos de la realidad política y social. Son indispensables, es cierto, pero requieren de combinarse con otros elementos que promuevan el cambio de las condiciones a fin de que las normas efectivamente se adecúen a la realidad. No establecer decisiones constitucionales declarativas, que solo contribuyan a la nominalidad de la ley fundamental del Estado.

La sociedad nacional necesita, también de modificaciones, de enfoques, aproximaciones hacia la realidad indígena, por que sino fuera así, cualquier esfuerzo gubernamental se perdería. Se requiere (300) Cfr. KUPPE, René, en: Cosmovisión y prácticas..., p. 52.

alejarse el egoísmo y los falsos sentimientos de supremacía y paternalismo. Un aspecto importante consiste en abordar el tema con una mentalidad absolutamente abierta.

Un República Federal no es otra cosa que la existencia de un ámbito jurídico que abarca a toda la nación con otros ámbitos jurídicos particulares que responden a las necesidades específicas de cada colectividad. Estamos obligados a pensar en resoluciones y propuestas. Es quizá un análisis para establecer algunas bases teóricas que nos permitan conceptualizar el término "derecho alternativo", dentro de lo que se llama pluralismo jurídico, sin recurrir en todo a la referencia positivista del derecho establecido o estatal. Tratar de comprender la presencia de una "doble"juridicidad; de la existencia simultánea (en relación de pugna o armonía) de ordenamientos legales y sociales dentro del territorio de un Estado. Por ello, la constitución reflejaría efectivamente, "los sentimientos de la nación", del ser y el deber ser de un pueblo.

El conocimiento íntegro de las culturas indígenas, contribuirá a aminorar la discriminación existente en esta materia. No se trata de codificar el derecho consuetudinario indígena, porque resultaría ser una tarea extensa, prolongada, imposible, dada la flexibilidad cambiante de la norma indígena; esto es, debido al carácter vivo y dinámico de las culturas indígenas.

5.1.2. Problemas inherentes al planteamiento del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a nivel constitucional.

Como se puede observar hasta este punto, la relación entre el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y la ley nacional plantea tres grandes problemas:

- 1). Sistemas normativos diferentes, y a veces opuestos.
- 2). Desconocimiento del derecho consuetudinario indígena y formas discriminatorias de abordarlo.
- 3). Creer que el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena disminuye el poder del Estado.

En relación a este último aspecto, todavía hoy se opina lo siguiente:

"Podemos estar de acuerdo en que ellos vivan como quieran, que se les respete su autonomía; nada más que el Estado no los puede dejar así como así, tiene que vigilar constantemente porque a lo mejor regresan a sus prácticas antropófagas y eso no lo podemos permitir(...)." (301)

Por ello, de la realidad de establecer una nueva crítica al derecho, lo cual permitiría comprender que el derecho consuetudinario indígena es un ordenamiento propio que es un sistema jurídico dentro de un Estado-nación, en el marco de la unidad constitucional. Esto también es pluralismo jurídico. En este sentido, es necesario precisar lo siguiente:

- 1). Se debe definir con claridad que se trata de un derecho autónomo en su esfera de acción y competencia, y no subordinado como lo ha sido durante siglos. Entendiendo la autonomía, como

(301) Esta fue una opinión de un doctor en derecho, Cit. Pos. VALDIVIA DOUNCE, Teresa, en: Usos y costumbres de la Población Indígena de México. Fuentes para el Estudio de la Normatividad (ANTOLOGIA). Teresa Valdivia Dounce (Coordinadora y Editora). I.a. ed. Ed. INI. México, 1994, pp. 32-33.

"reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Contrario a heteronomía que es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa."(302) En otra opinión:

"En estricto sentido, la geografía política de la República no está compuesta de estados libres y soberanos, como declara el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son entidades con autonomía, pues la noción de soberanía es indisoluble y el único en quien recae la calidad de soberanía es el estado mexicano."(303)

Reconocer la autonomía como un derecho colectivo de rango constitucional cuyo sujeto es el pueblo indígena, requiere una noción flexible de territorialidad que no implique la creación de instancias diferentes a las que regula el pacto federal, ni presuponga la noción de territorio y soberanía cuyo dominio eminente corresponde a la Nación. Entender que la autonomía se establece en el marco del Estado mexicano; el régimen de autonomía "es un sistema instituido a fin de que grupos determinados, con tradición histórica común y características socioculturales propias (costumbres, creencias, lengua, etcétera), puedan desarrollar libremente sus modos de vida, ejercer los derechos que les asisten como comunidades étnicas (...) y manejar sus asuntos por sí mismos (...) y (...) que a estas por ser tales, les corresponde un conjunto de derechos que deben cobrar vida en el marco del Estado. (...) Ello supone definir un rango constitucional de la autonomía."(304)

(302) Cit. Pos. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, en: Introducción al Estudio..., p. 22.

(303) Cit. Pos. LARIOS, Enrique, en: Aspectos Nacionales e..., p. 30.

(304) Cit. Pos. DIAZ POLANCO, Héctor, en: Nuevos Enfoques para..., p. 208.

"Se trataría de reconocer el pacto social para,dejando a salvo las garantías y derechos individuales que constituyen evidentes conquistas de nuestros pueblos,solventar las omisiones que en este terreno,y en de los derechos colectivos,han afectado a los pueblos indios."(305)

El temor de reconocer la pluralidad jurídica basado en el desmembramiento del Estado,o mejor dicho del poder del Estado,un temor infundado.

"Un gobierno que actúa despóticamente con la sociedad a la que es mucho más vulnerable a los conflictos internos y externos así como a la constante pérdida de poder.Este temor es,(...)miedo a lo desconocido(diferencia cultural),a la desestabilización del estado de cosas(ideología y poder)y,(...)producto de ignorancia o falta de imaginación para diseñar nuevas estrategias de coexistencia múltiple(cultura,religión,política)."(306)

2).Especificar que no es un derecho "nuevo"creado y otorgado por el Estado como una concesión,o es un derecho inherente,histórico y por lo cual se le reconoce en atención a que es anterior a la creación del estado actual.

3).Se establecerán,los límites para respetar y reconocer el derecho consuetudinario indígena,manteniéndose dentro del Estado nacional.

Precisando estos aspectos permitirá sustentar el derecho y ejercicio de la autonomía para los pueblos indígenas,en el marco del estado de la pluriculturalidad.La autonomía es la capacidad de decidir los asuntos torales de conformidad a su cultura y bajo unas reglas pactadas con el Estado,contrario a la asimilación a una

(305) Cit.Pos.DIAZ POLANCO,Héctor, en: Autonomía Regional..., p.226.

(306) Cit.Pos.VALDIVIA DOUNCE, Teresa, en: Usos y costumbres..., p.33.

sociedad, un derecho, una cultura que los niega, discrimina. Autonomía es, en suma, respeto, que no decidan por ellos. Se trata de respetar y fortalecer las diversas culturas entendidas en el sentido más amplio: derecho, cosmovisión, relación de la naturaleza, organización social. Fortalecer a los pueblos indígenas es, reconocerles derechos que les han sido conculcados; reconocerles autoridad para que desde ahí decidan con libertad de sus asuntos internos.

4). Participación directa en el proceso de toma de decisiones en sus asuntos esenciales, según lo establece el artículo 60., del Convenio 169 de la OIT:

"1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas susceptibles de afectarles directamente; (...)." (307)

5). En la pluriculturalidad, la situación de los pueblos indígenas es muy diversa, por ello habrá que precisar el carácter de las disposiciones. Las normas que se emitan deberán ser de ejecución directa con procedimientos claros, que permitan a los pueblos indígenas, vivir los hechos después del reconocimiento constitucional.

Poner fin a más de cinco siglos de colonialismo jurídico
(307) Cit. Pos. GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Derechos Indígenas. Lectura..., p. 60.

implica, entre otros aspectos:

1). Revisar los criterios de unidad nacional, basada en la homogeneidad jurídica.

2). Revisar el principio de igualdad jurídica tomando en cuenta las diferencias económicas y culturales. (308)

Estas ideas de pluralismo jurídico descansan así, en tres postulados principales:

1). El reconocimiento de la existencia de colectividades no estatales creadoras de derecho.

2). El análisis de producción y aplicación, sobre todo, del derecho consuetudinario y sus relaciones con el derecho estatal.

3). Su objetivo es mostrar la complejidad del fenómeno jurídico humano, oponiéndose a la ideología etnocéntrica que sobrevaloraba los derechos occidentales.

Y, podemos agregar un cuarto postulado esencial:

4). Antes de legislar, es necesario estudiar más a fondo sus realidades y diferencias regionales.

Somos de la opinión de que sea a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ser la estructura jurídica fundamental, en la cual descansará el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, porque "las normas

(308) Cfr. GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge, en: El derecho consuetudinario..., p. 20.

supremas son la síntesis histórica de un pueblo, apuntan a la meta hacia donde se dirige, y configuran la definición misma de la Constitución que es la norma por la que corren la realidad y la vida. Y la vida sólo se entiende por definiciones y decisiones. (309)

Ya que de la misma Constitución "depende la validez de todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico." (310) Es posible impedir la discriminación, garantizar la autonomía, reconocer derechos específicos, hacer a los indígenas verdaderamente justiciables. Los indígenas requieren cambios de las relaciones hoy existentes. (311)

De lo dicho hasta aquí, las probables reformas a la Constitución General de la República serían considerados como bases a desarrollar por las particulares constituciones de los Estados de la Federación adecuables y de acuerdo con la realidad de los pueblos indígenas asentados en cada entidad. Por ello una reforma constitucional viene en "cascada" impactando toda la estructura jurídica.

Conforme a estas ideas, en el orden que deberá de readecuarse la situación de los pueblos indígenas es el siguiente:

(309) Cit. Pos. CARPIZO, Jorge, "Derecho Constitucional", en: Introducción al derecho..., p. 125.

(310) Opinión de KELSEN, Cit. Pos. SILLS, David L., Et-Al., "Constitución y Constitucionalismo", en: Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales, Vol. 3.2a. Reimpresión. Ed. Ediciones Aguilar, Madrid, España, 1979, p. 78.

(311) Cfr. Versión estenográfica de la reunión de trabajo del Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, licenciado Jorge Madrazo Cuéllar y el Comité Organizador de la Consulta Nacional sobre Derechos Humanos y Participación Indígena, celebrado en el Patio Central de la H. Cámara de Senadores, el día 5 de Enero de 1996.

- a).Adición Constitucional.
- b).Ley Reglamentaria(especializada en pueblos indígenas).
- c).Constituciones estatales.
- d).Leyes estatales(código civiles y penales--adjetivas y sustantivas.
- e).Aplicación de las leyes ya existentes en la materia de pueblos indígenas.

Ahora el problema a dilucidar es en donde termina el derecho consuetudinario indígena a reconocer, y donde empiezan las normas de legislación federal y estatal, y viceversa:

1).Tenemos que hablar de, por lo menos, 56 derechos consuetudinarios indígenas, uno por cada uno de estos grandes pueblos.

2).En segundo lugar, comprender lo poco que sabemos sobre los distintos derechos consuetudinarios existentes, pues a la fecha no encontramos un catálogo de normas consuetudinarias indígenas que con facilidad permitiera detectar los casos de identificación, complementariedad o contradicción con las leyes federales o estatales, (reconociendo los brillantes estudios antropológicos que sobre algunos pueblos indígenas se han escrito); esto es algo que todavía está por hacerse por parte de los estudiosos de la ciencia jurídica, junto con otros especialistas en diversas áreas del conocimiento; dicho estudio debe ser con la participación de los sujetos sociales, como lo son los pueblos indígenas, en un marco de respeto.

3).En tercer lugar, los procesos de aculturación son diferentes

en los pueblos indígenas. Unos conservan fielmente sus tradiciones, y en otras se han degradado, mezclado o son de aplicación eventual. De ahí se desprenden que dentro de dichos pueblos sus miembros valoren desigualmente la obligatoriedad y validez de sus derechos consuetudinarios. Por consiguiente, de la urgente necesidad del reconocimiento al derecho consuetudinario para preservar y retomar fuerza dicha cultura jurídica, a la vez que producirá arraigo de los integrantes de los pueblos indígenas a la colectividad de origen.

Hace falta, y aunque no se pueda conseguir a plazo breve, se debe comenzar de inmediato. La prudencia no debe ser sinónimo de indiferencia. Son problemas prácticos que requieren solución. Las ideas plasmadas, están inspiradas en los esfuerzos a nivel internacional, en las tesis vanguardistas que se manejan en la Subcomisión contra la discriminación sobre poblaciones indígenas, y que a algunos les podrá infundar preocupación, temor o reflexión, por este exceso de heterodoxia. Se comprende, pues lo mismo se ha presentado en el seno de esa Subcomisión de las Naciones Unidas; son pasos que obedecen a una reforma gradual. Entre las proposiciones de dicha Subcomisión, (informe del profesor Martínez Cobo, en colaboración con el jurista Augusto Williemsen Díaz, entre otros, que consideran que:

"(...) es necesario reconocer y proteger el derecho de las poblaciones indígenas a mantener, desarrollar y perpetuar su cultura y sus instituciones culturales, sociales y legales, mediante su transmisión a las generaciones futuras, cuando así lo deseen y hayan manifestado claramente aquellas poblaciones.

(...)

"Cuando este derecho tradicional sigue teniendo vigencia entre las poblaciones indígenas, surge la coexistencia de sistemas jurídicos. Mientras en unos países no se reconoce vigencia alguna a las leyes y costumbres jurídicas indígenas ante la innegable realidad de la persistencia de esas normas jurídicas, en otros países sí se ha reconocido la existencia de éstos últimos para ciertos efectos. Entre los países que reconocen vigencia al sistema jurídico consuetudinario tradicional indígena, se dan dos tipos de enfoque al respecto: en algunos se procede a base de ideas de fuero personal atendiendo a las personas que se vean envueltas en fenómenos de aplicación de esas normas. Si se trata de relaciones entre indígenas, se aplicará el derecho tradicional común a las partes; en cambio, si el negocio jurídico envuelve a indígenas y no indígenas, se determinan criterios para la aplicación del derecho consuetudinario tradicional indígena o derecho de aplicación general en el país. En otros, simplemente siguiendo un criterio hegemónico puro, se reconoce vigencia a las normas consuetudinarias que "no sean contrarias a la ley nacional." (312)

Este último aspecto identifica plenamente al caso mexicano, el cual debe abandonar esta idea de "no contravenir" el orden jurídico homogéneo nacional. Debe comprenderse que el derecho consuetudinario tiene un sentido, una justificación, pero se debe tratar de entenderlo mejor, para evitar malos entendidos, incomprensiones y fricciones. Asumamos que, además de tener derechos como ciudadanos mexicanos, tienen estos pueblos (312) Cit. Pos. STAVENHAGEN, Rodolfo, e ITURRALDE, Diego, en: Entre la Ley..., p. 16.

indígenas, derechos relacionados con su característica histórica y su pensamiento colectivo.

4.1.3. El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena: un verdadero Fuero Social.

Entre los grandes problemas que agobian a los pueblos indígenas está la imposición cultural de instituciones políticas, sociales y jurídicas propios de la sociedad mayoritaria de México, distantes de su concepción del mundo. Tal imposición implica un grave conflicto no solo entre la ley y el derecho consuetudinario indígena, sino que es parte esencial de una pugna entre dos sistemas jurídicos con valores, intereses y pensamientos opuestos.

En este aspecto, el primer párrafo del artículo 4o. constitucional establece como garantía social el "efectivo acceso a la jurisdicción del Estado." (313) Derecho humano específico que trasciende la garantía de seguridad jurídica en el artículo 17 constitucional, en su párrafo segundo, establece:

"Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia prohibidas las costas judiciales." (314)

(313) Cit. Pos. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Título Primero, Capítulo I, De las Garantías Individuales, Artículo 4o., primer párrafo, en: Legislación Universitaria. Normas Fundamentales, 2a. ed. Ed. UNAM, México, 1992, p. 11.

(314) Cit. Pos. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, en: Op. Cit., p. 15.

Esta garantía, nunca se ha aplicado de manera cabal y sistemática. Los tribunales ordinarios del país no están en condiciones de administrar justicia a millones de indígenas que existen en México.

"Los sistemas procesales impulsados por la CNDH en materia de traductores, intérpretes y conocimiento de los jueces de los derechos consuetudinarios indígenas no pueden cumplirse ni siquiera modestamente." (315)

A lo que agruparíamos que en todo el mundo existe un movimiento hacia el arbitraje privado como una fórmula ágil de solución de los conflictos de intereses entre particulares, acción que desahoga, en mucho, el trabajo de los saturados tribunales. En el mismo tenor, el Artículo 21 de la misma Constitución Política Federal, siendo garantía de seguridad, establece en su primera parte:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial(...)." (316)

Y, siguiendo con este orden de ideas, el Artículo 13 de la Constitución General de la República, que contiene garantía de igualdad jurídica, precisa:

"Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, (...). Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenecen al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden

(315) Cit. Pos. MADRAZO, Jorge, en: Versión estenográfica de...

(316) Cit. Pos. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, en: Op. Cit., p. 18.

militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda."(317)

Desde la particular concepción del mundo, entre los pueblos indígenas, existe un valor de justicia, con instituciones encargadas de administrar la justicia indígena, y que sólo se aplica por indígenas. Así, existen en la República variadas, diferentes jurisdicciones indígenas. Aplicarle a los pueblos indígenas un sistema jurídico diferente, atenta contra su identidad. Un sistema nacional que lo haga es autocrático.

El problema resulta complejo para la sociedad mexicana, pues posee elementos autoritarios en su composición y por contar con la unificación de todos los valores culturales. Hablamos entonces del método de la adjudicación, utilizado por los países anglosajones para armonizar sistemas jurídicos contrarios y diversos. El juez aplicaría en cada caso las costumbres, leyes y demás factores que intervienen para llegar a una decisión justa, más no el legislador. El fin es particularizar la pena, y no hacer declaraciones generales que perjudicaran a la población, si se equivocaran, como sería el caso de una ley.(318)

En México, en los pueblos indígenas operan jueces naturales que imparten justicia de acuerdo a los valores y costumbres, según su cultura (derecho consuetudinario), propio de cada pueblo, y logrando un efectivo control social en los mismos pueblos. Por tales

(317) Ibidem, p. 13.

(318) Cfr. GONZALEZ OROPEZA, Manuel, en: Antropología Jurídica. Cuadernos..., p. 125.

razones, es menester reconocer este sistema natural de administración de justicia y conformar lo que el derecho nacional entiende por fuero, para articular un fuero indígena, para que las autoridades tradicionales indígenas participen directamente en dicha administración, haciéndola más eficiente para los pueblos indígenas.

Las diferencias entre grupos han sido reconocidos en México desde la implantación de su derecho social, tan trastocado y vilipendiado tanto por los gobiernos neoliberales, tecnócratas y las organizaciones sociales, sumamente viciadas.

Fuero es un término de gran tradición para significar jurisdicción, no privilegio. La deformación del término no puede precavernos sobre su uso correcto. El fuero indígena utiliza y respeta la normas del derecho consuetudinario local, como forma de aplicación de justicia. Solamente las autoridades indígenas son capaces de conocer y aplicar el derecho consuetudinario propio, que, para las autoridades ladinas, sería difícil de conocer de antemano. El derecho consuetudinario indígena no se aplica a ladinos, a extraños; tiene concepciones propias sobre el derecho familiar, penal, laboral, derechos humanos, es decir, tiene principios jurídicos propios. Por ello, en los acotados artículos constitucionales, deben ser consideradas las originalidades indígenas, su concepción jurídica particular. Es decir, del análisis jurídico, hasta aquí presentado, surge la necesidad del reconocimiento del fuero indígena, para dirimir conflictos indígenas.

Estos planteamientos son de vanguardia en lo jurídico ya que trastocan múltiples instituciones y principios generales del derecho, que desde otra perspectiva nunca tenderán a su revisión. Esto es, replantear principios tales como la igualdad, la seguridad jurídica y la institucionalidad, brindándole de esta manera a lo jurídico un contenido más humano, real y social. El fundamento principal que posibilita la subsistencia de estos órganos aplicadores del derecho consuetudinario es el pleno reconocimiento del fuero que les corresponde en el ejercicio de sus funciones.

Reconozcamos que no somos tan iguales. Reconocer de una vez el derecho a la diferencia. Mientras que la autoridad indígena sea comprendida como una mera reliquia del pasado, transportado al Museo de Antropología e Historia, como el más grande monumento al "indio muerto", o como una imagen decorativa del "colorido" o "folklor indio", la observancia de su normatividad jurídica, no tendrá ninguna validez. Hoy la reforma del Estado en la América Latina y, en México especialmente para este estudio, de ser auténtica, requiere de reconocer a dichas autoridades indígenas, operando la fuerza legal de sus propio sistema de derecho.

La justicia entre los pueblos indígenas, se respetaría, si se tratara de entender sus valores y tradiciones; se reconocerían sus propias concepciones de penas y sanciones, de trabajo comunitario, entre otras que marcan diferencia notable, que contrastan con los valores cambiantes de la sociedad mexicana. Cuando un indígena comete un ilícito y no se permite que

sean sus propias autoridades, con su propio sistema de derecho quienes diriman la controversia, nos encontramos ante una flagrante violación de sus derechos humanos, al haberlo ubicado en un contexto cultural extraño. Afirmación que de nueva cuenta nos lleva al terreno del fuero y a la necesidad de que el Estado abandone políticas indigenistas, en las que los pueblos indígenas--reiteramos--aparecen como "menores", "discapacitados", "enfermos", a los que hay que proteger, cuidar, tutelar, etcétera.

El fuero indígena y la ley nacional que lo limitase en su alcance, deberá definir, si se permitiría la pena de muerte, ha manera de no ser incompatible con el derecho nacional.

"El fuero indígena es compatible con el espíritu del constituyente mexicano que permitió el fuero militar para garantizar imparcialidad en la justicia y, en el caso de los militares, aplicar penas ejemplares para conservar el honor y la disciplina en el ejército."(319)

Al tomar estas decisiones se tendrán que hacer cambios "necesarios en una reforma progresiva y no prometer más autonomía jurídica de la que se esté dispuesto a reconocer."(320) Las autoridades tradicionales, formas de administración de justicia conforme al derecho consuetudinario indígena, deben contar con pleno reconocimiento del Estado. Debe reconocerse la jurisdicción indígena, para que la realidad rebase la omisión del Constituyente Permanente. Además, lograr el objetivo de imparcialidad en la justicia, también así se lograría el anhelo de hacer respetar un derecho social, surgido del interior de los pueblos indígenas, sin la

(319) Ibidem, p. 127.

(320) Cit. Pos. CORDERO AVENDAÑO, Carmen, en: Cosmovisión y prácticas..., p. 42.

aprobación de los órganos estatales para la creación, según lo explicara teóricamente el autor del término, Georges Gurvich. (321)

El fuero social requiere que los miembros de un pueblo sean juzgados por sus jueces de acuerdo con su derecho consuetudinario y no por extraños que apliquen ideas y valores ajenos. El derecho consuetudinario indígena, si se reconoce oficialmente, seguirá existiendo en paralelo con el derecho positivo nacional, como siempre lo han ejercido los indígenas, pero sin presión. Es necesario que las decisiones asumidas por las autoridades tradicionales, las autoridades judiciales acepten, reconozcan la legalidad de estas decisiones como cosa juzgada y no sólo como un arreglo interno, en diversas materias; esto se justificaría en razón de que la autorregulación no sólo refiere conflictos internos, sino todo el espacio comunitario. En este mismo sentido, se debe reivindicar desde el punto de vista legal el concepto de comunidad para que no se relacione solamente con el concepto de tierra, sino como un concepto que denote la preservación de la identidad y especificidad de los indígenas que la conforman, de ahí nuestra insistencia desde el principio de este trabajo de utilizar el término pueblos indígenas.

El reconocimiento constitucional otorgaría-insistimos-validez jurídica a las decisiones de los pueblos indígenas y jerarquía de derecho público, quedando de esta forma entendido que, la justicia indígena no es justicia solamente entre los particulares como se ha señalado. Las adecuaciones constitucionales, se apoyan en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece (321) Vid. Supra, notas 36-37, p. 20.

en:

Título Primero

Capítulo I

de las Garantías Individuales

***ARTICULO 1o.-**En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."(322)

Si ella misma precisa que no podrá restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la propia Constitución General de la República establece, son factibles tales reformas. No se dotará de jurisdicción ilimitada a pueblos indígenas con diverso grado de cohesión y con diferente nivel de legitimidad en la práctica de normas consuetudinarias. Llevar estos reconocimientos a nivel constitucional, hablaría de una verdadera constitucionalidad de derechos. Por ende, sólo mediante un mecanismo de control constitucional y de la legalidad se pueden suprimir los casos de violación de los derechos individuales y colectivos que no han sido históricamente reconocidos y respetados a los pueblos indígenas, y que han sido resultado de la ausencia de regulación jurídica. Es decir, los ha generado el propio vacío constitucional.

(322) Cfr. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, en: Op.Cit., p.9.

5.2. POR UN NUEVO ENTENDIMIENTO ENTRE EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL: CONSIDERACIONES.

Considerando estos y otros tantos argumentos que han quedado orientados, delimitamos, que el acierto de reconocer plenamente los derechos de estos pueblos, sólo será factible si se está en contra de lo siguiente:

1). De un proteccionismo jurídico estatal. Es decir, un derecho que no es válido (el consuetudinario indígena), sino integrado al derecho estatal, hecho ocurrido durante siglos en México. "La tradición jurídica consuetudinaria es diferente a la tradición jurídica estatal dominante. La dominación que ésta ejerce es ahora mental." (323) Esta descolonización intelectual significa la aceptación de un sistema de conducta diferente del estatal, esto es, una expresión más de la existencia del pluralismo jurídico.

El efectivo acceso a la justicia para los pueblos indígenas, se dará respetando el libre ejercicio de su jurisdicción consuetudinaria. Y, la garantía que ofrece el Estado al efectivo acceso a su jurisdicción, debe verse como una instancia más, necesaria como la consuetudinaria indígena, para la resolución de los conflictos que se presenten en ellas y entre ellas. (324)

Las culturas indígenas no deben ser "protegidas", si
(323) Cit. Pos. GONZALEZ GALVAN, Jorge, en: El Estado y..., p. 155.
(324) Cfr. GONZALEZ GALVAN, Jorge, en: Boletín Mexicano de..., p. 106.

respetadas. El existir una jurisdicción estatal y una consuetudinaria no las haría incompatibles, ya que persiguen, por medios diferentes el mismo fin: mantener el equilibrio social. (325) Deben ponerse de acuerdo tomando en cuenta sus complementariedades, contradicciones y originalidades. La aceptación del derecho consuetudinario y de su autonomía como unas realidades jurídicas, constatan, evidentemente, unas realidades sociológicas.

5.2.1. Posibles aportes de la Antropología Jurídica.

Otro problema es, que ningún problema social se puede manejar solamente con el plexo del derecho, y en cambio si se lograría con la idea de un plexo social en donde el derecho forma parte; el diálogo transdisciplinario nos hace falta para entender esos problemas. Se requiere del trabajo de antropólogos, sociólogos, juristas, historiadores, entre otros.

En especial, la antropología y la ciencia jurídica, tienen orígenes epistemológicos muy distantes y porque sus prácticas han sido hasta ahora muy diversas; cada tradición tiene su propio sentido. La idea de interdisciplina y multidisciplina, tienden a subordinar, o privilegiar, una sola alternativa analítica, de ahí que retomemos el término transdisciplina, que no privilegia y sirve como medio de diálogo en el proceso de una investigación. (326)

Para resolver los problemas planteados en este trabajo recepcional, ni los juristas, ni los antropólogos tienen una respuesta

(325) Ibidem, p. 111.

(326) Cfr. LARTIGUE, François e ITURRALDE, Diego, en Orden jurídico y Control Social. Cuadernos de Antropología Jurídica, 6-II. Diego

Iturralde (Compilador), la. ed. Ed. INI. México, 1994, pp. 37-45.

conjunta idónea. Algunos juristas proponen la elaboración de una nueva teoría general del derecho que rompa con el esquema de unicidad jurídica ofrezca una explicación que asuma y reconozca la existencia de grupos sociales diversos como son los indígenas, con sus propios sistemas jurídicos, o "subsistemas", como se le denomina, discriminando su esencia y origen. También se habla de crear una Teoría General de los Sistemas Jurídicos, que desprendería, opinamos, de una Teoría General del Derecho Consuetudinario Indígena. El antropólogo, da cuenta de la necesidad de explicar como operan esas normas de control social en la cotidianidad de los pueblos indígenas. (327)

El curso de estos análisis teóricos deben orientarse, esencialmente en la dirección que los pueblos indígenas decidan. Al recibir el reconocimiento en la Constitución General de la República, el Derecho Indígena será objeto de estudio de una orientación jurídica dogmática. Aquí encontramos el aporte de la Antropología del Derecho, ya que analizará y documentará este Derecho Indígena, alcanzando una función paralela a la de las disciplinas dogmáticas jurídicas convencionales. Por lo tanto, la Antropología del Derecho se convertirá, en México, en una disciplina jurídica práctica, que describirá y analizará a futuro un Derecho Indígena "oficial y reconocido"; debe cumplir esta materia con la tarea crítica de demostrar que el mismo Derecho Indígena sigue su propia lógica y desarrollo.

El campo de la Antropología Jurídica será uno de los más (327) Cfr. GOMEZ RIVERA, Magdalena, en: Usos y Costumbres..., p. 42.

desarrollados al final del siglo XX y principios del siglo XXI, la reformulación de los contextos nacionales en todo el mundo obliga a nuevas reflexiones que coadyuven a los cambios sociales que hoy día están en marcha. Debencoexistir las sociedades, implica todo ello, una revisión profunda pluricultural en el sistema constitucional mexicano. No planteamos una relación meramente jurídica a estos aspectos; debemos allegarnos de las condiciones históricas, políticas y sociales que les dan origen. Nos vemos en la necesidad de exponer, para futuros planteamientos sobre estos apasionantes aspectos, y para los interesados en abordarlos, que, para entender el problema y una posible solución integral, se plantean cuatro grandes bloques a saber:

1). Un primer gran bloque abocado a la problemática económica social. Expresamos que mientras la política económica siga subsistiendo para enriquecer a unos cuantos mexicanos, no podemos llegar a un acuerdo para solucionar el asunto en comento; el "problema" no se resuelve con estrategias aisladas, la extrema pobreza de indígenas y no indígenas es resultado de un modelo económico que mientras no cambie su rumbo para un verdadero beneficio social, lo demás seguirá siendo simples declaraciones y demagogia.

2). Un segundo bloque, encaminado a la preocupación en torno a la regulación jurídica (juridización) de los derechos de los pueblos indígenas.

3). Un tercer gran bloque, sobre el derecho propiamente llamado: Derecho Consuetudinario Indígena.

4). Y, un cuarto bloque: análisis mediante el método de derecho

comparado.

En el ámbito que estudiamos, implica todo ello, una revisión profunda de la Constitución General de la República. Los juristas, abogados, y, especialmente, los constitucionalistas, tienen mucho que aportar en el tránsito hacia la revolución jurídica, necesaria para que en México se refleje, en la arquitectura jurídica fundamental del Estado, como lo es la Constitución, la pluriculturalidad, como piedra de toque del pluralismo jurídico; del reconocimiento a un verdadero derecho social: El Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas en México.

El debate es polémico, delicado y complejo, y México tiene una realidad que resolver; que después de quinientos años de subordinación, el derecho de los pueblos indígenas en México sea respetado.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

CONCLUSIONES

Basados en la información disponible hasta lo aquí expuesto y fundamentado, se deducen las siguientes conclusiones:

1a. Se entiende que no solo las normas expedidas por el Estado a través de su Poder Legislativo son derecho, con el fin de reconocer que al interior de las sociedades indígenas se crean y recrean normas diferentes a las de la sociedad nacional como es el caso de los pueblos indígenas. Es reveladora la oposición de derechos, que tienen un carácter asimétrico en su relación; nos remite este dualismo a formas diversas de entender, crear y comprender el derecho. En las situaciones interculturales, la relación se ha presentado, durante más de medio milenio, momentos de imposición mas o menos coercitiva de un cuerpo jurídico sobre otro u otros; momentos de confusión entre derecho y costumbre; momentos de formulación de un cuerpo jurídico que se presenta y precisa como propio, autóctono, adecuado al momento histórico determinado, de ahí que sea un derecho vivo, dinámico, que se aplica de forma sabia y respetuosa de todo lo que existe, coherente con una tradición ancestral, enorme, que comprende un camino de autonomía considerable.

2a. El derecho consuetudinario indígena, desde la época prehispánica

hasta nuestros días se ha adaptado extraordinariamente al hombre y no el hombre es quien se adapta a esquemas artificiales construidas por quienes conciben las leyes en el mundo occidental.

3a. Desde la invasión europea, el bloque hegemónico ha impuesto modelos jurídicos contrarios a los de los pueblos indígenas. El derecho castellano, de tiempos de la Colonia, impuso su dominio sobre los derechos consuetudinarios en América, estableciendo que se reconocerían las leyes y buenas costumbres de los "indios", siempre y cuando estas acataran y respetaran las leyes castellanas y no fueran contrarias a la religión católica. Conforme avanzó el dominio colonial en la Nueva España, los pueblos indígenas sufrieron una feroz embestida en contra de su normatividad. A este hecho se le llama colonización jurídica.

4a. El Estado-nación y su correspondiente orden constitucional, estructuró una nación homogénea y un Estado unitario que giró en base a un propósito liberal, como lo es el principio de igualdad jurídica que ignora el reconocimiento de lo diverso. La aplicación de este principio, hacia los indígenas, fue causa de una de las más grandes injusticias sociales de éste sistema republicano mexicano; seguida de este principio jurídico-constitucional, la política del Estado promovió la integración o asimilación de los pueblos indígenas a la nación mexicana.

5a. Durante más de quinientos años, los pueblos indígenas han sufrido la dominación, el embate de una imposición cultural, y en todos los campos de sus expresiones como pueblos, en especial de la imposición

jurídica, que les ha impedido desarrollarse con libertad como sujetos colectivos con sus propios sistemas jurídicos.

6a. Los derechos humanos sólo tomaron en cuenta la cultura, la ideología, el pensamiento del pueblo europeo; un concepto etnocéntrico, al considerarlo universal, desde una visión occidental que descarta el derecho a la diferencia porque esta perspectiva plantea una nueva concepción de derechos humanos que recojan todas las aspiraciones de todos los pueblos indígenas del planeta. Existe un consenso sobre los derechos universales, más no se da la misma situación en torno al derecho colectivo de los pueblos indígenas.

7a. El derecho consuetudinario indígena es considerado un derecho humano colectivo, en virtud de que el derecho consuetudinario indígena contiene un amplio espectro de normas que son diversas a las del ordenamiento jurídico nacional, por lo tanto, en una sociedad asimétrica, no basta reconocer derechos sustentados en el principio de igualdad formal.

8a. La Constitución General de la República, en su Artículo 4o., párrafo primero, señala que la Ley garantizará a los indígenas el efectivo acceso a la jurisdicción suprema del Estado, no a la tradicional consuetudinaria indígena, lo cual denota un integracionismo jurídico, un colonialismo jurídico, una homogeneidad normativa, que ha controlado e impedido el desarrollo de su derecho humano colectivo de estos pueblos indígenas a ejercer con libertad sus propios sistemas jurídicos consuetudinarios. Las prácticas y costumbres jurídicas citadas en el Artículo 4o. constitucional, sólo

se tomarán en consideración en los juicios y procedimientos agrarios, no trasciende más allá del análisis agrario, no implica las especificidades de las culturas indígenas, con una concepción del mundo que alimenta a la identidad y cohesión de los mismos. Además dicho artículo, supone que por definición ser indígena es ser campesino. Esta omisión intencional, exhibe la discriminación, demuestra el lugar secundario que para la nación mexicana ocupan los pueblos indígenas. Es una reforma declarativa; es otra garantía que queda en letra muerta en la Constitución y que por eso hay que precisar sus sentidos y sus alcances, a fin de avanzar realmente en favor de los derechos de estos pueblos en México.

9a. La tendencia de incluir derechos de los indígenas en el marco constitucional, se ve matizada por diferencias en cuanto a los alcances de los derechos reconocidos y a la implementación de los mismos.

10a. Al someter a los indígenas a los procedimientos de procuración y administración de justicia nacionales, se les está forzando a una integración jurídica, a una aculturación que difiere del respeto que merecen sus derechos consuetudinarios y a sus formas propias de procuración de justicia.

11a. Las culturas de los pueblos indígenas, siguen existiendo al margen del derecho constitucional, con condiciones e interferencias mutuas, pero no sometiéndose la parte indígena a los supuestos excluyentes de la Constitución.

12a. El reconocimiento de carácter constitucional del derecho consuetudinario indígena y de sus respectivas jurisdicciones indígenas, tendrán, entre otros beneficios, la recuperación de las funciones tradicionales y coadyuvarán a que se realicen como pueblos, con una nueva dinámica.

13a. Si se trata de hacer coexistir diversos sistemas jurídicos, sin alterar fundamentalmente las piezas angulares de estos distintos ordenamientos, es mediante el respeto a la diferencia, al pluralismo jurídico.

14a. La tesis expuesta sostiene que existe un conjunto de normas y de prácticas jurídico-culturales, que son anteriores y distintos al derecho nacional; que estando ajustadas a las necesidades de la vida social, provienen de ella, y de su acumulación y depuración histórica, y que son más apropiadas para la regulación del comportamiento de los pueblos indígenas y para la defensa de su ser como pueblos diversos. El derecho consuetudinario indígena, es una reivindicación histórica, pero también, un anhelo de respeto actual y futuro a su propio derecho a ser pueblos, que ha sido negado, y se les ha impuesto patrones culturales diferentes a su forma particular de entender el mundo y su relación con la naturaleza (cosmovisión). La realidad expuesta respalda la hipótesis de que el derecho consuetudinario indígena existe, se aplica, es vigente, tiene fuerza y coexiste con el derecho nacional mexicano. Por lo tanto, mientras que el derecho consuetudinario continúe promulgando ciertas reglas de la vida en los pueblos indígenas y que este derecho consuetudinario sancione la

observancia de éste, existirá como hasta ahora en muchos pueblos indígenas se aceptará y aplicará, paralelamente con las leyes del derecho positivo nacional.

15a. El pluralismo jurídico humano, se basa en dos postulados esenciales: el reconocimiento de la existencia de pueblos no estatales, creadores de derecho, y el análisis de la producción y aplicación del derecho consuetudinario y sus relaciones con el derecho estatal. Este método pluralista se opone a la ideología etnocentrista que sobrevalora los derechos occidentales.

16a. Desde la óptica del positivismo, se ha pretendido homogeneizar a los pueblos indígenas, sin reconocerles sus derechos sociales y culturales, y de hecho los ha negado; imponiéndoseles patrones racistas con lo que se pretende que dichos pueblos se aparten de una vez y para siempre de sus orígenes, historia, identidad, cultura y en general de su cosmovisión.

17a. Concluimos, que todas las doctrinas y prácticas de superioridad racial o cultural son jurídicamente falsas, moralmente condenables, y socialmente injustas.

PROPUESTAS

Por las conclusiones expuestas y el análisis realizado, se presentan a consideración, las propuestas siguientes:

1a. Se propone que éste derecho consuetudinario indígena, como factor de resistencia, permanencia, y de cohesión como pueblos con

cultura, deje de estar en permanente estado de confrontación con el orden jurídico nacional, que hasta hoy, se resiste a considerarlo en su exacta dimensión social y colectiva; por ello debe ser reconocido como un derecho paralelo al sistema jurídico nacional. Debe legislarse este derecho consuetudinario indígena en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconociéndolo como un derecho indígena. Para ser viable este reconocimiento y que no sea contrario a los postulados establecidos en la misma Constitución, se consideran algunas reformas para ser consideradas como bases a desarrollar por las Constituciones Políticas de los Estados de la Federación, en que habiten dichos pueblos con sus particulares características:

1). El Artículo 13 Constitucional, debe incluir un nuevo párrafo en materia de justicia para los pueblos indígenas:

Se reconoce al fuero indígena, como un sistema natural de administración de justicia, basado en el respeto y reconocimiento de las formas de justicia que se tienen al interior de los pueblos indígenas. Se permite regirse por su propio derecho consuetudinario indígena, así como administrar justicia a los integrantes de dichos pueblos por sus propias autoridades tradicionales indígenas.

2). Una reforma al Artículo 21 Constitucional, cuya excepción sería la siguiente:

Artículo 21: La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, con la sola excepción de las decisiones tomadas por las autoridades tradicionales indígenas, regidas

conforme a su propio derecho consuetudinario indígena, las cuales serán reconocidas y respetadas por las autoridades judiciales.

3). Se propone modificar el párrafo primero, del Artículo 4o. constitucional, en lo siguiente:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

TITULO PRIMERO

CAPITULO I

De las Garantías Individuales y Colectivas.

Artículo 4o.-La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada fundamentalmente en los pueblos indígenas que habitan en ella. La Ley reconocerá y respetará el desarrollo de sus idiomas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, tomando en cuenta su derecho consuetudinario indígena. Las normas consuetudinarias tradicionales de los pueblos indígenas serán obligatorias y deberán ser respetadas por las autoridades federales, por las entidades federativas y por los municipios.

En los juicios y procedimientos en que aquellos sean parte se reconocerán y respetarán sus derechos consuetudinarios indígenas en los términos que establezca la Ley Reglamentaria sobre derechos de los Pueblos Indígenas, así como administrar e impartir la justicia interna en aquellas materias que la citada Ley determine, de acuerdo con las instituciones y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

2a. Con las sólidas bases puestas en vigor, y para evitar vacíos jurídicos, y quedar plenamente respetadas y reconocidas las garantías constitucionales y los derechos de los pueblos indígenas, estos deben contar con una reglamentación que enmarque sus particulares prerrogativas y aspiraciones, tomando como punto de partida a los mismos pueblos, como verdaderos sujetos de derechos colectivos. La siguiente es una propuesta de Ley Reglamentaria en que se privilegia el contenido jurídico:

Propuesta de Ley Reglamentaria en Materia de Derechos de los
Pueblos Indígenas.

TITULO PRIMERO

Art. 1o. La presente Ley es reglamentaria en materia de derechos de los Pueblos Indígenas, y es de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos.

TITULO SEGUNDO

Del Derecho Consuetudinario Indígena.

Capítulo I

Art. 2o. El Estado reconoce que los pueblos indígenas tienen un derecho consuetudinario propio que aplican internamente en la resolución de sus conflictos con instituciones y autoridades propias encargadas de ejecutarlas.

Art. 3o. Los ordenamientos jurídicos de los pueblos indígenas son reconocidos por la ley mexicana como aplicables a las relaciones surgidas en los propios pueblos. Cuando las relaciones

tengan derechos intersubjetivos fuera del ámbito indígena y hubiere controversia, en el fondo se aplicará el derecho indígena y en el procedimiento el derecho estatal, sin que pueda aplicarse formalidades contrarias al derecho indígena que afecten a sujetos indígenas.

Art.4o. Las instituciones fundamentales de la convivencia entre los miembros de los pueblos, como son el matrimonio, el régimen hereditario y los problemas penales que sólo a los miembros del pueblo afecten, se regirán conforme al derecho indígena.

Art.5o. Se reconoce la capacidad de las propias autoridades tradicionales indígenas para resolver conflictos de intereses en materia civil, penal, laboral, etcétera, y que sus juicios y decisiones, sean respetadas por las autoridades jurisdiccionales del Estado, para que los indígenas tengan un margen de autonomía en materia jurisdiccional.

Art.6o. Las autoridades estatales prestarán auxilio a las autoridades tradicionales indígenas para la ejecución de sus determinaciones, cuando sean requeridos por ellas.

Art.7o. Los pueblos indígenas que acepten y apliquen su propio derecho consuetudinario y las decisiones tomadas por las autoridades tradicionales, deben ser reconocidas; que las autoridades judiciales acepten la legalidad de éstas decisiones como cosa juzgada y no como un simple arreglo interno.

Art.8o. En la deliberación sobre proyectos de la ley que afecten a los pueblos, el cuerpo legislativo deliberante irá a los respectivos pueblos directamente para ser escuchados.

CAPITULO SEGUNDO

De la jurisdicción indígena.

Disposiciones Generales

Art.9o.La jurisdicción de carácter indígena tendrá que estar sujeta a determinadas reglas,entre otras:

a).Que las partes en el litigio o en el conflicto de intereses pertenezcan al mismo pueblo indígena.

b).Que los efectos y consecuencias que generen la jurisdicción indígena se produzcan exclusivamente dentro del propio pueblo indígena,tanto en los términos espaciales como temporales.

c).Que ambos litigantes o conjuntos de litigantes acepten voluntariamente la jurisdicción indígena.

d).En los casos en que un indígena sea procesado y éste no haya tenido una adecuada traducción o interpretación,o el juez no se allegue de los elementos para conocer el derecho indígena del pueblo de donde provenga el indígena,las actuaciones estarán viciadas de nulidad absoluta.

CAPITULO TERCERO

Del desarrollo de las culturas indígenas.

Art.10o.El Ejecutivo Federal,los gobiernos de los Estados y de los Municipios,en el ámbito de sus atribuciones,promoverán el estudio,enseñanza y difusión del derecho consuetudinario indígena.

Art.11o.Las autoridades en materia educativa,deberán incorporar en sus planes y programas,así como en los libros de texto obligatorios,el estudio y conocimiento de la historia y de la

situación actual de los pueblos indígenas, reconociéndoles sus derechos e inculcando el respeto hacia ellos; valorando la importancia de la convivencia en la diversidad cultural, y el desarrollo específico de los pueblos indígenas como condición y fortaleza de los mismos en un marco de respeto mutuo.

Art.12o. Para garantizar a los indígenas el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, el Congreso de la Unión y los correspondientes de las Entidades Federativas, realizarán, de manera directa o a través de instituciones especializadas, investigaciones y estudios acerca del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Art.13o. Esta Ley una vez publicada en el Diario Oficial, se traducirá a todos los idiomas de los pueblos indígenas, y en español, para su amplia difusión masiva y debido conocimiento.

3a. La reforma indígena no debe expresarse solamente en la creación de órganos, que lo único que hacen es incrementar la burocracia, sino a partir de lo que ya existe, exigir que esos instrumentos resulten en la realidad eficaces. Las reformas progresivas, como las que se proponen, permitirán por igual, luchar contra los intermediarios, los caciques que desafortunadamente no han desaparecido de México, así como sus nefastas consecuencias, que resultan en constantes violaciones a los derechos de los indígenas y que frenan el desarrollo integral de sus pueblos.

4a. El integracionismo jurídico estatal, nacional e internacional, debe terminar, como cualquier forma aberrante de

integracionismo en los albores del siglo XXI. Debe superarse con el pleno y efectivo reconocimiento del derecho humano colectivo de los pueblos indígenas a ejercer con libertad, la autonomía de sus sistemas jurídicos consuetudinarios. Los derechos humanos, deben, por ende, ampliarse en el mapa mundial, con respeto y buena voluntad, ello contrarrestaría la imposición de leyes y modos de vida ajenos a la cosmovisión de los pueblos indígenas.

5a. Considerando que las propuestas señaladas, al ser reconocidas por la Constitución General de la República, señalaría la improcedencia de cualquier medida estatal que vaya en contra, o en detrimento de alguno de los puntos señalados, misma que deberá ser invocable por cualquier pueblo indígena y que para evitar que dichas reformas constitucionales queden en letra muerta, o caigan en el campo de la declaración y del incumplimiento en la práctica, se abre la posibilidad de tramitar juicios de amparo, amparos en materia indígena. Esto serviría como un mecanismo de protección contra violaciones a sus derechos por parte de las autoridades nacionales; ejemplo, cuando no se respete el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, de sus formas tradicionales de administrar justicia, de sus idiomas, etcétera.

6a. Ningún problema social se puede manejar solamente con el plexo del derecho, y en cambio si se logra con la idea de un plexo social en donde el derecho forma parte; el diálogo transdisciplinario, intercultural, pluralista, se requiere para entender esos problemas. Por ello, se proponen, para entender el problema y su posible solución integral, cinco grandes bloques a

saber:

1).Un primer bloque abocado a la problemática económico-social.

2).Un segundo bloque dedicado a la preocupación en torno a la regularización jurídica de los derechos de los pueblos indígenas(juridización).

3).Un tercer gran bloque,sobre el derecho propiamente llamado derecho consuetudinario indígena.

4).Un cuarto bloque sobre el método de derecho comparado;y

5).Un quinto gran bloque,que presentamos a consideración,con un sentido común de lo diverso,el método jurídico pluralista.Aclarando que pueden ser entendidas como guías de estudio a nivel general,que sin duda ,hansido de gran utilidad para la realización de este trabajo recepcional.

7a.En el aspecto académico,se considera que en las Facultades de Derecho,especialmente en la principal Facultad de Derecho de Latinoamérica,como lo es la Facultad de Derecho de la UNAM,deberá formar abogados,juristas con una visión del orden jurídico pluricultural,que respeten los órdenes jurídicos indígenas y se admita la existencia de un pluralismo jurídico,el cual requiere de estudios en nuestro país;igualmente,se debe valorar y aprender del profundo pensamiento jurídico de los pueblos indígenas.Deben formarse abogados sensibles;forjar hombre de derecho crítico;juristas que busquen que las normas sirvan de medio para impulsar cambios sociales,que en perspectiva transformen al derecho mismo.El país requiere con urgencia,de abogados comprometidos con la sociedad,honestos,jamás ajenos a la injusticia,y a los

acontecimientos que afecten a sus semejantes; que sientan de lleno las realidades sociales.

8a. El propio Estado debe promover la capacitación de egresados de las Facultades y Escuelas de derecho para la comprensión del derecho consuetudinario indígena, igualmente, debe impulsarse el debate sobre el tema de derechos indígenas entre juristas, cuya actualidad estamos ciertos, es innegable e impostergable, ya que el abogado, el jurista, el constitucionalista, debe ir a la vanguardia en todos los temas humanísticos y sociales.

9a. La división temática del derecho y su clasificación es una visión occidental de los sistemas jurídicos de occidente, ajenos a los derechos consuetudinarios indígenas. Por lo concluido se podrá adelantar en la creación de una Teoría General del Derecho Consuetudinario Indígena, o una Teoría General de los Sistemas Jurídicos, en la que no se privilegie ningún sistema; de su estudio se entiende a nivel teórico, como novedoso e inédito en nuestro país. Con ello, México aportará al mundo su ciencia e irá a la vanguardia en tan complejo y humano tema.

10a. No debe seguir introduciéndose el derecho indígena en la Facultad de Derecho "clandestinamente". Por ello, proponemos incluir en el programa de estudios de la propia Facultad, una materia de Antropología Jurídica, ya sea como materia optativa u obligatoria; también se puede entrar al estudio del derecho consuetudinario indígena, en cada área que corresponda (Derecho penal, civil, Teoría General del Proceso, etcétera), o estudiarse en el

curso de Introducción al Estudio del Derecho; otra más sería una materia optativa de sistemas jurídicos mundiales, que incluyan no sólo las tradiciones jurídicas de occidente, sino también a los derechos consuetudinarios indígenas.

11a. Abandonar la idea contenida en las Leyes de Indias, de que las normas indígenas se apliquen en aquello que no contravenga al Estado nacional, por ello, debe replantearse la concepción positivista sobre el derecho.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE BELTRAN, Gonzálo, Formas de Gobierno Indígena. Obra Antropológica IV. 3a. ed. Edit. Universidad Veracruzana/INI/Gobierno del Estado de Veracruz/FCE. México, 1991.

BASAURI, Carlos, La Población Indígena de México. T. I. (Colecc. Presencias). 2a. ed. Edit. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes/INI. México, 1990.

BENITEZ, Fernando, Los Indios de México. T. I. 2a. ed. Edit. ERA. México, 1968.

BONFIL BATALLA, Guillermo, México Profundo. Una Civilización Negada. (Colecc. Los Noventa). 1a. ed. Edit. Grijalbo/CONACULTA. México, 1989.

CARRASCO, Tania, Et-Al., Las Costumbres Jurídicas de los Indígenas en México. Avance de una Investigación. Walter Bellier Taboada (Coordinador). 1a. ed. Edit. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1994.

CASO, Alfonso, La Comunidad Indígena. Prol. Gonzalo Aguirre Beltrán. (Colecc. SEP-Setentas). 1a. ed. Edit. SEP. México, 1971.

CLAVERO, Bartolomé, Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América. 1a. ed. Edit. Siglo XXI. Editores. México, 1994.

COLMENARES, M. Isabel, Et-Al., Del árbol de la Noche Triste al Cerro de las Campanas. (Lecturas de Historia de México). T. II. 12a. ed. Ed. Pueblo Nuevo. México, 1986.

COMAS, Juan, Ensayos sobre Indigenismo, Prol. Manuel Gamio. 1a. ed. Edit. Instituto Indigenista Interamericano. México, 1953.

CORDERO AVENDAÑO, Carmen, Et-Al., Tradiciones y Costumbres Jurídicas en Comunidades Indígenas de México. Rosa I. Martínez y Gisela González Guerra (Coordinadoras). 1a. ed. Ed. CNDH. México, 1995.

DEL VAL, José Manuel Et-Al., Antropología Breve de México. Lourdes Arizpe (Coordinadora) 1a. ed. Edit. Academia Mexicana de la Investigación Científica/Centro Regional de Investigación Multidisciplinaria/UNAM. México, 1993.

DIAZ POLANCO, Héctor, Autonomía Regional. La Autodeterminación de los Pueblos Indios. Pablo González (Coordinador). Biblioteca América Latina: Actualidad y Perspectivas. 1a. ed. Edit. Siglo XXI Editores/CIIH/UNAM. México, 1991.

DURAND ALCANTARA, Carlos, Et-Al., Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Derechos Contemporáneos de los Pueblos Indios. Serie L: Cuadernos del Instituto, a) Derecho Indígena, núm. 1. 1a. ed. Edit. IJ/UNAM. México, 1992.

DURAND, Leonel, Et-Al., Indianismo e Indigenismo en América. José Alcina Franch (Coordinador) (s.e). Ed. Alianza Editorial, Madrid, España, 1990.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho. Prol. Virgilio Domínguez. 40a. ed. Edit. Porrúa, México, 1989.

GILLY, Adolfo, La Revolución Interrumpida. 24a. ed. Edit. "El Caballito". México, 1986.

GOMEZ JARA, Francisco A., Sociología. 16a. ed. Edit. Porrúa, México, 1987.

GONZALEZ GALVAN, Jorge Alberto, Et-Al., Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cosmovisión y Prácticas Jurídicas de los Pueblos Indios. José E. Ordoñez Cifuentes (Coordinador). Serie Los Cuadernos del Instituto, b) Derecho Indígena, núm. 2. 1a. ed. Edit. IIJ/UNAM., México, 1994.

-----, El derecho Consuetudinario de las Culturas Indígenas de México. Notas de un caso: los Nayerij. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E. Varios, núm. 61. 1a. ed. Edit. IIJ/UNAM. México. 1994.

-----, El Estado y las Etnias Nacionales en México. La Relación entre el Derecho Estatal y el Derecho Consuetudinario. Serie E. Varios, núm. 65. 1a. ed. Edit. IIJ/UNAM. México, 1995.

HANKE, Lewis, El Perjuicio Racial en el Nuevo Mundo. Aristóteles y los Indios de Hispanoamérica. Tr. María Orellana. (Colecc. Sep-Setentas, 156) México, 1974.

KENNETH TURNER, John, México Bárbaro. (Col. Sépan Cuántos...). Núm. 591, 3a. ed. Edit. Porrúa, México, 1992.

LAFAYE, Jacques, Et-Al., Del árbol de la noche Triste al Cerro de las Campanas. (Lecturas de Historia de México). T. I. 13a. ed. Edit. Pueblo Nuevo, México, 1986.

LOPEZ GALLO, Manuel, Economía y Política en la Historia de México. 26a. ed. Edit. Ediciones "El Caballito". México, 1985.

MADRAZO, Jorge, Reflexiones Constitucionales. 1a. ed. Edit. Porrúa. México, 1995.

MERRYMAN, John Henry, La Tradición Jurídica Romano Canónica. Tr. Carlos Sierra. Breviarios del FCE. 2a. reimpresión. Edit. Fondo de Cultura Económica (FCE). México, 1980.

ORDÓÑEZ CIFUENTES, José E. Rolando, Antropología Jurídica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie L: Cuadernos del Instituto, b) Derecho Indígena. Núm. 3. 1a. ed. Edit. IIJ/UNAM. México, 1995.

-----, Et-Al., Aspectos Nacionales e internacionales sobre Derecho Indígena. Serie B. Estudios Comparativos, b) Estudios Especiales, núm. 24. 1a. ed. Edit. IIJ/UNAM. México, 1991.

-----, Reclamos Jurídicos de los Pueblos Indios. Instituto de investigaciones Jurídicas. Serie E: Varios, núm. 55. 1a. ed. Edit. IIJ/UNAM. México, 1993.

OVILLA MANDUJANO, Manuel, Teoría del Derecho. 5a. ed. Edit. Duero. México, 1985.

STAVENHAGEN, Rodolfo, Et-Al., Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Año VI, núm. 17. Mayo-Agosto. 1a. ed. Edit. IIJ/UNAM, 1991.

-----, Et-Al., Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina. Rodolfo Stavenhagen (Coordinador). 1a. ed. Edit. El Colegio de México/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1988.

-----, Et-Al., Entre la Ley y la Costumbre. El derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (Compiladores). 1a. ed. Edit. Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990.

-----, Testimonios. 1a. ed. Edit. UNAM. México, 1978.

VALDIVIA DOUNCE, Teresa, Costumbre Jurídica Indígena. (Bibliografía Comentada). 1a. ed. Edit. INI. México, 1994.

-----, Et-Al., Usos y Costumbres de la Población Indígena de México. Fuentes para el Estudio de la Normatividad

(ANTOLOGIA).Teresa Valdivia(Coordinadora y Editora).1a.ed.Edit.INI.México,1994.

WARMAN,Arturo,Et-Al.,Movimientos Indígenas Contemporáneos en México.(Colecc.Actualidad y Perspectivas).Arturo Warman y Arturo Argueta(Coordinadores).1a.ed.Edit.CIIH/UNAM/Editorial Porrúa.México,1993.

-----,Et-Al.,Nuevos Enfoques para el Estudio de las Etnias Indígenas en México.Arturo Warman y Arturo Argueta(Coordinadores).1a.ed.Edit.CIIH/UNAM/Miguel Angel Porrúa(Grupo Editorial).México,1991.

ZAVALA,Silvio,Et-Al.,Métodos y Resultados de la Política Indigenista de México.Memorias del INI.Vol.VI.1a.ed.Edit.INI.México,1954.

REVISTAS

BOLETIN DE ANTROPOLOGIA AMERICANA.Revista bianual.Núm.21.Luis Bate(Coordinador).Edit.Instituto Panamericano de Geografía e Historia.México,1991.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO.Nueva Serie.Año XXVII.Núm.79.IIJ/UNAM.Enero-Abril,1994.

CRITICA JURIDICA.Revista Latinoamericana de Política,Filosofía y Derecho.Núm.11.Oscar Corréas(Director).Edit.IIJ/UNAM.México,1993.

LATINOAMERICA. Cuadernos de Cultura Latinoamericana. México y sus problemas. Antonio Caso. Núm. 38. 1a. ed. Coordinación de Humanidades/UNAM. México, 1979.

NUEVA ANTROPOLOGIA. Revista de Ciencias Sociales. Vol. XIII, núm. 43. noviembre. Silvia Gómez Tagle (Directora); Esteban Krotz (Coordinador). Edit. CONACYT/UAM, Iztapalapa. México, 1992.

REVISTA "JUSTICIA Y PAZ". Información y Análisis sobre Derechos Humanos/México, Centroamérica y el Caribe. Derechos de los Pueblos Indígenas. Julián Cruzalta (Director y Coordinador). Revista trimestral. Núm. 25. Año VII. Enero-Mayo, 1992. Edit. Centro de Derechos Humanos "Fray Francisco de Vitoria. O.P.". México, 1992.

REVISTA MEXICO-INDIGENA. INI 30 AÑOS DESPUES. REVISION CRITICA. Número Especial de Aniversario. Nueva Epoca. Herman Bellinghausen (Director). 1a. ed. Edit. INI. México, 1978.

-----Octubre, núm. 13. Nueva Epoca. Herman Bellinghausen (Director). Edit. INI. México, 1991.

-----Núm. 16-17. Enero-Febrero de 1991.

-----Núm. 23. Agosto, 1991.

HEMEROGRÁFICA

INI. Síntesis Informativa. Archivo Hemerográfico de la Biblioteca "Alfonso Caso" del INI. México. 1989-1995.

DOCUMENTOS

ACADEMIA MEXICANA DE DERECHOS HUMANOS. Manual de Documentos para la Defensa de los Derechos Indígenas. 1a. ed. Edit. Vesubio. México, 1989.

ALVAREZ DE TESTA, Lilián, Ponencia: La Cultura indígena en la Educación Oficial. Presentada en el Ciclo de Conferencias: Los Pueblos Indígenas y el Estado Mexicano; celebradas en el Auditorio "Themis" de la Biblioteca "Antonio Caso" de la Facultad de Derecho de la UNAM, del 7 al 11 de noviembre de 1994.

ARAOZ VELASCO, Raúl, Ponencia: El sistema jurídico y la Costumbre. Ideas para un modelo de estudio y elaboración conceptual del sistema jurídico indígena. Presentada en la Mesa Redonda sobre Antropología y Derecho, en la Facultad de Antropología de la Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, agosto, 1988.

BONIFAZ NUÑO, Rubén, Ponencia: ¿Quiénes somos los indios?. Presentada en el Ciclo de Conferencias: Los Pueblos Indígenas y el Estado Mexicano; celebradas en el Auditorio "Themis" de la Biblioteca "Antonio Caso" de la Facultad de Derecho de la UNAM, del 7 al 11 de noviembre de 1994.

CAMARA DE DIPUTADOS. Versión Estenográfica de la Sesión de 3 de julio de 1991, año III. No. 20.

CAMARA DE SENADORES. Versión Estenográfica de la Reunión de Trabajo del Presidente de la Comisión Nacional de Derechos

Humanos, licenciado Jorge Madrazo Cuéllar y el Comité Organizador de la Consulta Nacional sobre Derechos Humanos y Participación Indígena, celebrado en el Patio Central de la H. Cámara de senadores, el día 5 de enero de 1996.

CASASOLA, Agustín V., Historia Gráfica de la Revolución Mexicana. 1900-1954. T. I. (s.e). Archivo Casasola. México.

CHENAUT, Victoria, Et-Al., Orden Jurídico y Control Social. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 3. Teresa Valdivia Dounce (Compiladora y Coordinadora). 1a. ed. Edit. INI. México, 1994.

COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Tríptico. Materia de Derechos Indígenas. 1a. ed. Edit. CNDH. México, 1995.

COMISION NACIONAL DE JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS INDIGENAS DE MEXICO. Documento de Trabajo que sintetiza las diversas propuestas hechas, presentadas por el Lic. Jorge Madrazo Cuéllar a la Reunión de 18 de mayo de 1989. Archivo de la Dirección de Procuración de Justicia del INI.

COMISION NACIONAL DE JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS INDIGENAS DE MEXICO. Propuesta de Reforma Constitucional para reconocer los Derechos Culturales de los Pueblos Indígenas de México. INI. México, 1989.

COMISION PERMANENTE DEL H. CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Versión Estenográfica del Dictámen Proyecto de

Declaratoria de 22 de enero de 1992. Año I. No. 5.

CONSEJOS REGIONALES AUTONOMOS RAAN-RAAS. Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua. Anteproyecto de Reglamento Ley No. 28. República de Nicaragua, Managua, julio de 1993.

CORDERO AVENDAÑO, Carmen. Ponencia: La justicia indígena en una sociedad pluricultural. El caso Oaxaca. Presentada en las V Jornadas Lascasianas. Etnicidad y Derecho. Un diálogo postergado entre los Científicos Sociales. Celebradas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., del 17 al 19 de mayo de 1995.

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. (ONU. 1948). Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.

DIAZ MULLER, Luis. Ponencia: Análisis Comparado de las Legislaciones Nacionales sobre Minorías en América Latina. Presentada ante el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de investigaciones Jurídicas/UNAM. México, noviembre de 1985.

ESCALANTE BETANCOURT, Yuri. Etnografías Jurídicas de Coras y Huicholes. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 8. 1a. ed. Edit. INI. México, 1994.

GOMEZ RIVERA, María Magdalena. Derechos Indígenas. Lectura Comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo. 2a. ed. Edit. INI. México, 1995.

-----, Derechos Indígenas. Los Pueblos Indígenas en la Constitución Mexicana. (Artículo cuarto, párrafo primero). 1a. ed. Edit. INI. México, 1995.

GONZALEZ GALVAN, Jorge, Ponencia: La enseñanza de la Antropología Jurídica. Presentada en las y Jornadas Lascasianas. Etnicidad y Derecho. Un diálogo postergado entre los Científicos Sociales. Celebradas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., del 17 al 19 de mayo de 1995.

-----, Ponencia: Los derechos de los Pueblos Indígenas. Presentada en el Aula Magna "Jacinto Pallares" de la Facultad de Derecho de la UNAM., el 13 de enero de 1994.

INI 40 ANOS. 1a. ed. Edit. INI. México, 1988.

INSTITUTO NACIONAL INDIGENISTA 1989-1994. Cristina Oehmichen Bazán (Coordinadora). 1a. ed. Edit. INI/SEDESOL. México, 1994.

LARTIGUE, François, Et-Al., Orden Jurídico y Control Social. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 6-II. Diego Iturralde (Compilador). 1a. ed. Edit. INI, México, 1994.

MADRAZO CUELLAR, Jorge, Et-Al., Cuadernos de la Gaceta. Derechos de los Pueblos Indígenas. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Año 1. Núm. 1. Noviembre de 1993.

MORENO, Gloria, Apuntes de la Materia Introducción al Estudio del Derecho. Cátedra impartida en la Facultad de Derecho de la UNAM, 1989-1990.

NICOLAU COLL, Agustí, Ponencia: Los derechos fundamentales de los Pueblos indios. Presentada en las V Jornadas Lascasianas. Etnicidad y Derecho. Un diálogo Postergado entre los Científicos Sociales. Celebradas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del 17 al 19 de mayo de 1995.

OLVERA SIERRA, Claudia, Et-Al., Orden Jurídico y Control Social. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 6-I. Diego Iturralde (Compilador). 1a. ed. Edit. INI. México, 1994.

PALENCIA PRADO, Tania, Avances de Investigación en Antropología Jurídica. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 7-II. Teresa Valdivia (Compiladora). 1a. ed. Edit. INI. México, 1994.

PORRAS CASTREJON, Gustavo, Et-Al., Avances de Investigación en Antropología Jurídica. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 7-I. Teresa Valdivia Dounce (Compiladora). 1a. ed. Edit. INI. México, 1994.

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO. Directrices para la Elaboración de Tesis Profesionales de Licenciatura. Facultad de Derecho de la UNAM. México, 1996.

STAVENHAGEN, Rodolfo, Ponencia: Introducción al Derecho

Indígena. Presentada en el Ciclo de Conferencias Los Pueblos Indígenas y el Estado Mexicano. Que tuvo verificativo en el Auditorio "Themis" de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNAM, del 7 al 11 de noviembre de 1994.

VALDIVIA DOUNCE, Teresa, Encuentro con Autoridades Tradicionales. Alaquiles, Huachinango, 1991. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 3. Teresa Valdivia Dounce (Compiladora y Coordinadora). 1a. ed. Edit. INI. México, 1994.

-----, Encuentro de Autoridades Tradicionales. Tlaxiaco, Guachochi, Chenalhó, Zongozotla. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 1. Teresa Valdivia Dounce (Compiladora y Editora). 1a. ed. Edit. INI. México, 1994.

-----, Encuentro de Autoridades Tradicionales. Urique. Cuadernos de Antropología Jurídica. Núm. 2. Teresa Valdivia Dounce (Compiladora y Editora). 1a. ed. Edit. INI. México, 1994.

ENCICLOPEDIAS

ENCICLOPEDIA INTERNACIONAL DE CIENCIAS SOCIALES. Vol. 3. 2a. reimpresión. Edit. Ediciones Aguilar, Madrid, España, 1979.

INTRODUCCION AL DERECHO MEXICANO. LA GRAN ENCICLOPEDIA DE MEXICO. T. I. Serie H. Fuentes, b) Textos y Estudios Legislativos, núm. 25. 2a. ed. Edit. IIJ/UNAM. México, 1983.

LEGISLACIÓN

CODIGO CIVIL PARA EL D.F., Leyes y Códigos de México. Colecc. Porrúa. 59a. ed. Ed. Porrúa, México, 1991.

GOBIERNO DEL ESTADO DE CHIAPAS. Legislación en Materia de Indigenismo. 1a. ed. Edit. Gobierno del Estado de Chiapas/Consejo Estatal de Fomento a la Investigación y Difusión de la Cultura/DIF Chiapas/Instituto Chiapaneco de Cultura. Chiapas, México, 1990.

GOBIERNO DEL ESTADO DE HIDALGO. PODER EJECUTIVO. Periódico Oficial, del 23 de octubre de 1991.

GONGORA PIMENTEL, Genaro David y ACOSTA ROMERO, Miguel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Doctrina-Jurisprudencia, Conmemorativa del 75 aniversario de su promulgación. Actualizada hasta febrero de 1992. 4a. ed. Edit. Porrúa, México, 1992.

LEGISLACION UNIVERSITARIA. NORMAS FUNDAMENTALES. 2a. ed. Edit. UNAM. México, 1992.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

BAENA, Guillermina. Instrumentos de Investigación .Tesis Profesionales y Trabajos Académicos. 13a. ed. Edit. Editores Unidos Mexicanos, México, 1986.

ECO, Umberto, Como se hace una tesis. Técnicas y Procedimientos de Estudio, investigación y Escritura. Tr. del italiano al castellano, Lucia Baranda y Alberto Ciavería Ibañez (Colecc. Libertad

y Cambio. Serie Práctica), (s.e.). Edit. GEDISA.

GOMEZ RIVERA, Magdalena, Et-Al., Donde no hay Abogado. Magdalena Gómez Rivera y Claudia Olivera (Coordinación y Edición). 1a. ed. Edit. INI. México, 1990.

HERREJON, Carlos. Información en Derecho del Licenciado Vasco de Quiroga sobre algunas provisiones del Real Consejo de Indias. 1a. ed. Edit. SEP. México, 1985.

REVISTAS

EL COTIDIANO. Revista de la realidad mexicana actual. Chiapas y la Cuestión Indígena, núm. 62. mayo-junio 1994, año 10. Augusto Bolívar (Director). Edit. UAM-Azcapotzalco/Grupo Editorial León. México. 1994.

REVISTA CARAVELLE. Cahiers du Monde Hispanique et Luso-Bresilien. Extrait. Núm. 63. Institut pluridisciplinaire pour les Etudes Sur L'Amérique Latine a Toulouse. 1a. ed. Edit. Centre National des Lettres Université de Toulouse/Le Mirail Presses Universitaires de Mirail. Toulouse, France, 1994. Tr. del francés al español, Luis Alfonso Ortega Pelayo.

DOCUMENTOS

COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Gaceta Grupos Indígenas en el D.F. Núm. 46. Mayo 1994. Publicación Mensual.

-----, Gaceta Núm. 50, septiembre de 1994.

-----, Gaceta. Núm. 51, octubre de 1994.

-----, Gaceta. Núm. 52, noviembre de 1994.

CONSEJO GUERRERENSE 500 AÑOS DE RESISTENCIA
INDIGENA. Ponencia: Derecho de los Pueblos Indios. Presentada ante el
Primer Congreso Nacional de Derechos Humanos (AMDH) y la
Coordinación de Humanidades de la UNAM, el 8 de diciembre de 1994, en
el Auditorio "Alfonso Caso" de la Torre II de
Humanidades, C.U. México.

LATINOAMERICA. Cuadernos de Cultura Latinoamericana. Núm. 58. Quejas de
los Americanos. Servando Teresa de Mier. Coordinación de
Humanidades/Centro de Estudios Latinoamericanos/Facultad de
Filosofía y Letras/Unión de Universidades de América
Latina/UNAM. México, 1979.

DICCIONARIOS

GARCIA PELAYO Y GROSS, Ramón, Pequeño Larousse
Ilustrado. 16. ed. 4a. reimpresión. Edit. Ediciones Larousse. México, 1992.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua
Española. T. I. 20a. ed. Edit. Espasa-Calpe, (s.n). 1984.

INDICE

**BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO CONSUEUDINARIO INDIGENA.
PERSPECTIVAS DE PLURALISMO JURIDICO EN MEXICO**

Pág.

INTRODUCCION..... II

CAPITULO I

**FUNDAMENTOS JURIDICOS: MARCO TEORICO Y CONCEPTUAL DEL DERECHO
CONSUEUDINARIO INDIGENA**

1.1. REFLEXIONES METODOLÓGICAS Y CONCEPTUALES EN TORNO AL ANÁLISIS
DEL DERECHO CONSUEUDINARIO INDÍGENA..... 2

1.2. ASPECTOS DEL DERECHO CONSUEUDINARIO INDÍGENA EN LAS
CULTURAS JURÍDICAS..... 25

CAPITULO II

**PANORAMA HISTORICO JURIDICO DEL DERECHO CONSUEUDINARIO INDIGENA EN
MEXICO**

2.1. EL DERECHO CONSUEUDINARIO INDÍGENA EN LA ÉPOCA

	Pág.
PREHISPÁNICA.....	36
2.2.EL ORDEN CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN LA NUEVA ESPAÑA:EL PERÍODO COLONIAL (1521-1810).....	46
2.2.1.La Colonización Jurídica.....	46
2.3.EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE: EL PERÍODO REPUBLICANO (1810-1910).....	60
2.3.1.Un texto legal en favor de los Tarahumaras.....	69
2.4.EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN MÉXICO DEL SIGLO XX: PERÍODO (1910-1988).....	71

CAPITULO III

ASPECTOS INTERNACIONALES DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA

3.1.INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y REGIONALES.....	84
3.1.1.Medidas adoptadas por los organismos especializados de las Naciones Unidas, con respecto al derecho consuecudinario indígena.....	85
<u>3.1.1.1.El Convenio Número 107 de 1957, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).....</u>	<u>85</u>
<u>3.1.1.2.La Organización de Estados Americanos. Congresos Indigenistas Interamericanos.....</u>	<u>87</u>
<u>3.1.1.2.1.El primer Congreso Indigenista Interamericano.....</u>	<u>87</u>
<u>3.1.1.2.2.El VII Congreso Indigenista Interamericano.....</u>	<u>87</u>
<u>3.1.1.2.3.El IX Congreso Indigenista Interamericano.....</u>	<u>88</u>

<u>3.1.1.2.4. Factores que han determinado el incumplimiento de las resoluciones de dichos Congresos.</u>	89
3.2. ASPECTOS CONSTITUCIONALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL CON RELACIÓN AL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA: CONTEXTO JURÍDICO COMPARATIVO.	89
3.2.1. El derecho consuetudinario indígena en el orden constitucional en algunos países euro-asiáticos.	90
<u>3.2.1.1. Pakistán.</u>	90
<u>3.2.1.2. República Popular China.</u>	90
3.2.2. El derecho consuetudinario indígena en el orden constitucional latinoamericano.	91
<u>3.2.2.1. Bolivia. (1994).</u>	91
<u>3.2.2.2. Colombia. (Constitución Vigente desde 1991).</u>	92
<u>3.2.2.3. Chile (1993).</u>	92
<u>3.2.2.4. Paraguay. (Constitución de 1992).</u>	92
<u>3.2.2.5. Perú (Constitución de 1993).</u>	93
3.2.3. Consideraciones.	94
<u>3.2.3.1. El derecho de los pueblos indígenas: su naturaleza colectiva.</u>	96
3.3. LOS MOVIMIENTOS INDÍGENAS Y LAS NECESIDADES JURÍDICAS DE LA DIVERSIDAD.	99
3.3.1. Foros Internacionales sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.	100
<u>3.3.1.1. El primer foro celebrado en Matías Romero, Oaxaca, en la Relatoría de la Mesa 5, el 2 de octubre de 1989 sobre "Legislación y Derechos Indios".</u>	100

Pág.

<u>3.3.1.2.El II Foro sobre Derechos Humanos de los Pueblos Indios,celebrado en Xochimilco,D.F.,del 9 al 11 de marzo de 1990.</u>	100
<u>3.3.1.3.Principios Básicos sobre los Derechos Humanos Fundamentales de los Pueblos Indios de Centroamérica, México y Panamá.....</u>	101
<u>3.3.1.4.Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios, celebrado en la Ciudad de Quito,Ecuador,del 17 al 21 de julio de 1990.....</u>	101
3.4.INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN RELACIÓN AL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA;EL CONTEXTO RECIENTE.....	103
3.4.1.Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.....	104
3.4.2.Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas.....	105
3.4.3.Convenio Número 169,de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):<u>Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales en Países Independientes.....</u>	107
3.4.4.Consideraciones.....	111

CAPITULO IV

EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDIGENA EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

4.1.UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS CULTURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO....	117
4.1.1.Propuesta de reforma constitucional en materia de Pueblos Indígenas.....	121
<u>4.1.1.1.De la Consulta Pública Informal.....</u>	122

Pág.

4.1.2. Iniciativa de decreto que adiciona el Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas.....	126
<u>4.1.2.1. La Iniciativa del Ejecutivo: Exposición de Motivos.....</u>	127
<u>4.1.2.2. Estudio, debates y dictámenes en la Cámara de Diputados sobre la Iniciativa de Decreto que adiciona el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas.....</u>	129
<u>4.1.2.3. Estudio y dictámenes en la Cámara de Senadores sobre la Iniciativa de Decreto que adiciona el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas.....</u>	132
4.1.3. De las diversas reformas legales y adecuación y tratamiento de las Constituciones estatales en materia de pueblos indígenas en México, y su relación con el derecho consuetudinario indígena.....	135
<u>4.1.3.1. Reformas a las Constituciones Políticas de los Estados en materia indígena.....</u>	135
<u>4.1.3.2. El derecho consuetudinario indígena en otros ordenamientos: Códigos de Procedimientos Penales.....</u>	137
<u>4.1.3.3. De la ratificación del Convenio 169 de la OIT por México.....</u>	139
4.2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL, PÁRRAFO PRIMERO, EN RELACIÓN AL DERECHO CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS	

	Pág.
INDÍGENAS EN MÉXICO.....	140
4.2.1. Reflexiones sobre el Derecho Consuetudinario Indígena.....	148
4.2.2. Repercusiones jurídicas de la adición del párrafo primero al artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Conflicto entre el derecho consuetudinario indígena y la legislación nacional.....	153
4.3. CARACTERÍSTICAS Y VENTAJAS DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA.....	157
4.3.1. Características del Derecho Consuetudinario indígena.....	158
<u>4.3.1.1. Ser eminentemente conciliador.....</u>	158
<u>4.3.1.2. Es un derecho oral.....</u>	158
<u>4.3.1.3. Derecho que fundamenta su vigencia y positividad en el consenso.....</u>	158
4.3.2. Ventajas del Derecho Consuetudinario Indígena.....	159
<u>4.3.2.1. Celeridad procesal.....</u>	159
<u>4.3.2.2. Economía.....</u>	159
<u>4.3.2.3. Se neutraliza el factor idiomático.....</u>	159
<u>4.3.2.4. Mayor equidad.....</u>	160
4.3.3. Causas de la vigencia del derecho consuetudinario indígena.....	161
4.3.4. Procedimientos de administración de justicia indígena.....	163
<u>4.3.4.1. Mecanismos de sentencia en los pueblos indígenas de acuerdo al derecho consuetudinario.....</u>	165
4.3.4.1.1. La persuasión.....	165
4.3.4.1.2. Por negociación y conciliación.....	165

	Pág.
4.3.4.1.3. <u>Por coerción</u>	165
4.3.4.2. <u>Las autoridades tradicionales indígenas y el derecho consuetudinario</u>	167
4.3.4.2.1. <u>Características del sistema de autoridades tradicionales</u>	167
4.4. LA JURISDICCIÓN PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	169
4.4.1. El Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas en México: Aspectos actuales	170
4.4.2. Los indígenas ante el derecho nacional	171

CAPITULO V

PERSPECTIVAS DE PLURALISMO JURIDICO EN MEXICO

5.1. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUEUDINARIO INDÍGENA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: BASE DEL PLURALISMO JURÍDICO.....	177
5.1.1. De la constitucionalidad del derecho consuetudinario indígena	180
5.1.2. Problemas inherentes al planteamiento del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a nivel constitucional	189
5.1.3. El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena: un verdadero Fuero Social	199
5.2. POR UN NUEVO ENTENDIMIENTO ENTRE EL DERECHO CONSUEUDINARIO INDÍGENA Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL: CONSIDERACIONES.....	207
5.2.1. Posibles aportes de la Antropología Jurídica	208
CONCLUSIONES.....	213
PROPUESTAS.....	218

	253
	Pág.
BIBLIOGRAFTA.....	230
INDICE.....	246