



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
ESTUDIOS LATINOAMERICANOS**

**LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA HISTORIA
CONSTITUCIONAL MEXICANA.
UNA PROPUESTA DE ANÁLISIS**

T E S I S

Que para obtener el grado de

Maestro en Estudios Latinoamericanos

presenta

ALEJANDRO SANTIAGO MONZALVO

ASESOR: DR. JORGE CADENA ROA



MÉXICO, D.F.

2008



Universidad Nacional
Autónoma de México



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



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.

Agradecimientos

Escribir suele ser un acto de monstruosa soledad, el presente trabajo no está exento de ello; afortunadamente, también ha sido producto de discusiones, intercambios, de diálogos interminables con amigos, compañeros y profesores del posgrado de Estudios Latinoamericanos. Adviértase en ello el carácter colectivo de esta obra, pues su real desdoble se construyó en la dicha dinámica.

Sin embargo, este trabajo alcanzó su verdadera complejidad, si es que hay una, gracias a los oportunos consejos, al “ojo” crítico, a la disciplina, al método en suma, que el Dr. Jorge Cadena Roa compartió conmigo durante la redacción final. A él todo mi reconocimiento, agradecimiento y admiración.

Por lo que hace a lo más cercano, a la familia, este escrito, visto en retrospectiva, puedo verlo como producto de aquella interacción de los primeros años en el seno familiar, simplemente porque demasiadas imágenes de aquellos tiempos abrevaron en las páginas aquí escritas. A la familia nuclear el agradecimiento por aquellos cimientos que ya nunca olvido.

Agradezco también a Pablo, por su siempre impulso y ejemplo, muy cercanos a los que me compartieron Mariana, Graham, Nayeli, Jesse, Alina, Jean Baptiste, Eric, Liz, Matlaltic y luego toda una lista que se vuelve injusta, pero que seguro que en estos casos se sabe comprender que la memoria comienza abarcando a todos, y termina de la misma manera: ¡a la raza que siempre estuvo cercana le extendo siempre mi agradecimiento!

Luego, mi recuerdo siempre se rehace con los días que pasé con las mujeres y hombres triquis, coras, nahuas, mixtecos, pames, h'ñahñu, huicholes, en las conversaciones cotidianas, en las experiencias de vida, en las tristezas, en la lejanía, en la incomprensión, en el simple vivir, mostrándome con ello, el camino de mi propia identidad, ese acto cotidiano de encuentro que seguido se torna doloroso. Pues gracias a ellos.

Finalmente, a Metz: inextinguible aún en el olvido.

Gracias a ellos, el aislamiento con libros y escrituras, se tornó más humano.

Los Pueblos Indígenas en la Historia Constitucional Mexicana. Una propuesta de análisis.

<i>INTRODUCCIÓN</i>	5
<i>OBJETIVO</i>	19
<i>HIPÓTESIS</i>	19
<i>METODOLOGÍA</i>	21
<i>ESTRUCTURA</i>	22
<i>CAPÍTULO PRIMERO</i> <i>Tres razones cotidianas para emprender este estudio.</i> <i>El México moderno versus el México mágico. Una mirada de la realidad dual mexicana.</i>	25
<i>1.1. El caso Otomí</i>	30
• <i>1.1.1. Hechos</i>	31
• <i>1.1.2. Encuentro con el juez de la comunidad. Reconstrucción de la argumentación por parte del juez:</i>	31
<i>1.2. El caso Triqui</i>	34
<i>1.3. El caso Tepehuano</i>	36
• <i>1.3.1. Hechos</i>	36
• <i>1.3.2. Delaraciones ante la policía del Estado</i>	37
• <i>1.3.3. Consignaciones</i>	37
• <i>1.3.4. Declaración preparatoria</i>	37
• <i>1.3.5. Resolución judicial</i>	39
<i>CAPÍTULO SEGUNDO</i> <i>Sobre el método de la antropología jurídica</i>	40
<i>2.1. Introducción</i>	40
<i>2.2. La antropología jurídica: su carácter y sus campos.</i>	44
<i>2.3. El derecho consuetudinario: sistemas y procesos jurídicos en la comunidad.</i>	47
<i>2.4. El marco internacional y el problema de los derechos humanos.</i>	50
<i>2.5. Conclusión: La relación legalidad y legitimidad.</i>	55

2. 5. 1. <i>El debate actual, sus tendencias.</i>	57
CAPÍTULO TERCERO <i>La cuestión indígena en el sistema de derecho internacional</i>	61
3.1. <i>Evolución histórica del derecho internacional. Contradicción de principios.</i>	61
3.1.1. <i>La organización de las Naciones Unidas. Entramado de documentos. Al inicio del derecho colectivo.</i>	64
3.1.2. <i>La Organización Internacional del Trabajo: el Convenio 169.</i>	68
3. 1. 3. <i>El sistema interamericano de Derechos Humanos.</i>	71
3. 2. <i>Conclusiones</i>	74
CAPÍTULO CUARTO. <i>El sistema de derecho mexicano: Principios constitucionales del Estado mexicano.</i>	76
4.1. <i>La Constitución Política de los Estados-Unidos Mexicanos.</i>	76
4.1.1. <i>Introducción</i>	76
4. 1. 2. <i>Los antecedentes de la Constitución de 1917.</i>	79
4. 1. 3. <i>El estatus de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de México. Una negación histórica.</i>	82
4. 2. <i>Las características jurídico-políticas del constitucionalismo mexicano</i>	85
4. 3. <i>La Declaración de los Derechos del Hombre en la Constitución mexicana de 1917.</i>	87
4. 4. <i>En el umbral del reconocimiento de los derechos indígenas en la Constitución</i>	87
CONCLUSIONES	90
ANEXOS	96
BIBLIOGRAFIA	99

Los Pueblos Indígenas en la Historia Constitucional Mexicana. Una propuesta de análisis.

Constitucionalidad y derechos indígenas centra y sintetiza el asunto.
Una preocupación nueva -la constitucional- para un problema viejo:
la difícil cabida del derecho indígena en el sistema
que llega a imperar en América con la expansión europea.

Bartolomé Clavero

Introducción

La diversidad de culturas existe en todo el planeta, esta pluralidad cultural subyace en nuestras sociedades contemporáneas, comprendidas las así denominadas sociedades modernas. El conjunto de reivindicaciones planteadas desde esta realidad múltiple cuestionan firmemente la conformación actual de los Estados-nación, y en un sentido más amplio, cuestionan los valores y principios desde donde se construyeron las comunidades imaginadas¹ monoculturales, que dieron sustento a dichos Estados-nación.

En efecto, el Estado-nación ha venido siendo cuestionado seriamente en su capacidad política para capturar la complejidad cultural que existe en el seno de la sociedad, -la mexicana por ejemplo-, propiciando con ello, no sólo un potencial de violencia, sino también que esta diversidad cultural que florece al interior del Estado-nación, no sea un factor que favorezca los intercambios de la vida social y de la sociedad política.

En este sentido, los conflictos de una realidad multicultural derivarían, entonces, de la existencia de una estructura estatal y una filosofía social, construidas bajo el espejismo de una homogeneidad social, económica, político-jurídica que jamás ha existido de forma natural. Por lo que hace a lo jurídico, esta homogeneidad se expresó a través de la figura de la ciudadanía, que asignaba una igualdad a los nacidos en la jurisdicción del Estado. Pues bien, esta ficción jurídica ha sido cuestionada por unos derechos diferenciados que se otorgarían a aquellos que formen parte de pueblo indígena o minoría étnica cuya concepción de los órdenes social, económico y político, sea distinta de la sociedad dominante, de la así concebida por las élites de ese Estado-nación. Es por ello que los argumentos que esclarezcan esta nueva configuración, deben ir a confeccionarse desde otro paradigma que

¹Anderson, Benedict. *Comunidades imaginadas*, México, FCE, 1983.

considere sistemáticamente, en su composición política-jurídica, la diversidad cultural.

El *multiculturalismo*, como una corriente de pensamiento político y social,² intenta mostrar que los intercambios políticos y sociales desde una variable cultural, son posibles al interior de un Estado;³ simplemente porque considera que el fenómeno de la diversidad cultural y étnica es una característica de nuestras sociedades contemporáneas que no puede seguirse soslayando.

Si bien es cierto que el multiculturalismo no es una novedad -ya lo han señalado numerosos autores-⁴ sí lo es, en cambio, ser el centro de debate en la filosofía política contemporánea, convirtiéndose en cuestiones principales: *el papel del Estado frente a la diversidad cultural, el establecimiento de una ciudadanía diferenciada o el conflicto entre derechos individuales y derechos culturales*. Temas que, a su vez, nos llevan a replantearnos el significado *de la ciudadanía, de la justicia, de la soberanía, del federalismo, -de la igualdad, de la libertad...del armazón teórico del Estado-nación*. De esta manera se conforma la arista de uno de los debates que nos ocupan a lo largo de estas líneas: la cuestión de problematizar en torno a una organización política en la que se garanticen derechos colectivos a unos pueblos indígenas así reconocidos diferentes.

En este sentido, el debate filosófico-político está renovando conceptos y propuestas frente a los estrechos márgenes de discusión en donde la

² Entre los autores representativos de esta corriente podemos citar para Francia a Touraine, Alain, “¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas”. Revista *Claves de la Razón Práctica*, n° 56, Octubre 1995. En España tenemos a De Lucas, Javier (Director), *La multiculturalidad*, Madrid, CGPJ, 2001 así como a Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México. Siglo XXI. 1994. Para México tenemos a Chacón Rojas, Oswaldo, *Teoría de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Problemas y límites de los paradigmas políticos*. México, UNAM/Universidad Autónoma de Chiapas, 2005. Olivé, León. *Inter-culturalismo y Justicia Social*. México. UNAM. 2006. Así como Villoro, Luis, *Estado plural, pluralidad de culturas*, México. Paidós-FFyL. UNAM, 1998. Gutiérrez Martínez, Daniel, (coordinador), *Multiculturalismo. Desafíos y perspectivas*. México, S. XXI-COLMEX-UNAM, 2006. Para Norteamérica tenemos a Taylor, Charles, “Las fuentes de la identidad moderna” en Revista *Debats*, N°. 68 València, Institució Alfons el Magnànim, 2000. Del mismo autor, *La liberté des modernes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

³ Poca relevancia tiene por ahora el hecho de precisar a que tipo de Estado nos referimos: nacional, liberal...la idea se ubica más bien en el sentido de que esta organización histórica continuará siendo un referente que dominará en un futuro inmediato.

⁴Cf. Chacón Rojas, Oswaldo, *Teoría de los derechos...Op. cit.*

diversidad cultural ha sido relegada, particularmente en la agenda política de los gobiernos. Nos situamos pues en la perspectiva, que nos impone esta nueva era, de superar falacias y abrirnos a la diversidad de culturas que nos rodean para reflexionar sobre un verdadero diálogo intercultural cuyas particularidades sean capturadas, en toda su complejidad político-jurídica, por una tradición constitucional que en Latinoamérica ha sido sistemáticamente ciega a la realidad pluricultural que se vive en este continente.

Al quedarnos en la perspectiva constitucional, las contradicciones producidas por la ausencia de derechos a los pueblos indígenas se han sentido en América Latina desde hace cinco siglos, convirtiéndose en ambigüedades polarizadas que han relegado jurídicamente a etnias (pueblos) cuyos derechos⁵ -cuya existencia-, no ha sido tenido en cuenta para ordenar, constitucionalmente, la pertenencia de unos pueblos, etnias y comunidades en igualdad de circunstancias y oportunidades. El contrato social que la teoría supone encuentra sus límites en esta contradicción. La Rebelión indígena al sur de México en 1994 sintetiza la persistencia e intensificación de estas ambigüedades.

Estas contradicciones encuentran resonancia, por ejemplo, en la oposición dada entre unos derechos colectivos, que algunas etnias privilegian en sus relaciones sociales, y unos derechos individuales, que la Revolución francesa inauguró al valorizar al individuo en detrimento de de aquéllos grupos -y de aquéllos derechos -, con el afán de consolidar al Estado; éstas son las fuentes de la “lógica de la ley” utilizada, en el marco del Estado-nación, contra los pluralismos y las costumbres. He aquí el sueño de Siéyès para atestiguar lo dicho: “Imagino la ley en el centro de un globo inmenso; todos los ciudadanos, sin excepción, están a la misma distancia y no ocupan sino lugares iguales”⁶. Es una lección de la historia: ante la ley, las costumbres deberían ceder, y las diferencias desaparecer.

Precisando la idea, teóricamente hablando, no es que estos derechos individuales, *perse*, hayan debilitado las estructuras comunitarias en América Latina, sí lo es, en cambio, la aplicación sistemática -y a pies juntillas-, de este principio teórico –de los derechos individuales, del liberalismo- en la configuración política de estas latitudes, pues se le otorgó a este principio “...un ideal de factibilidad en todas las realidades (universalidad)...”; simplemente porque se partió de que la sociedades

⁵ Villoro, Luis, *Estado plural Op. cit.*

⁶ Siéyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, réed. Francia. PUF, 1982, p. 44

latinoamericanas “...se sustentan en el mismo andamiaje ideológico que las occidentales...(por lo que)...suelen analizarse desde las categorías propias del pensamiento político europeo y norteamericano”.⁷

Sin embargo, presenciamos ahora el cuestionamiento de estos mitos modernos. El papel del Estado es reevaluado, su sustento teórico, sometido a crítica. En fin, las afirmaciones identitarias y la mayor influencia de grupos y etnias en la vida social y jurídica, han venido cuestionando la estructura organizativa del Estado. La idea de búsqueda de la especificidad del pensamiento social latinoamericano, que se desprende de las particularidades de la formación social de la región, y que la filosofía “latinoamericanista” ha inaugurado, esa idea de especificidad en su variante cultural, nos hace incorporar el análisis de la relación entre la concepción estatal y la concepción consuetudinaria del orden del mundo, entre el derecho positivo y la costumbre, entre la oralidad y lo codificado. La organización estatal instaurada en América, desde su independencia política, vista en su conjunto, revela “la difícil cabida del derecho indígena en el sistema que llega a imperar en América con la expansión europea”.⁸

Nos interesa entonces la arista jurídica del tema. Sin embargo, nos es la teoría general del derecho y sus autores representativos⁹ como Hart, Kelsen, Ross la sola guía de nuestra reflexión jurídica, lo es también la historia de un derecho que nació con la implantación en bloque de estructuras jurídicas que le eran ajenas, por una cuestión de poder y de dominación de nuestras sociedades cuando la conquista europea. La cuestión es también cultural. De cómo entender lo jurídico desde la perspectiva de la pluralidad, y de cómo se asegura políticamente. La

⁷Cf. Chacón Rojas, Oswaldo, *Teoría de los Derechos...Op. cit.*, p. 1.

⁸ Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena Op. cit.*

⁹ Véase Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Bosch casa editorial, 1978; Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1986; del mismo autor, *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Máynez, México, 2ª. Ed., UNAM, 1983. También, Heller, Herman, *Soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal*. (Trad. Mario de la Cueva), México, UNAM, 1965. Asimismo, Bachofen J. J., *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*, Madrid, 1978. Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, (Traducción de Vicente Herrero), México, FCE, 1971. Bonnacase, Julien, *Introducción al Derecho* (Traducción Jorge Guerrero), 2ª. reimp., Bogotá, Editorial Temis, 1991. Calsamiglia, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, 3ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1990. Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1989. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, (trad. Genaro Carrió), México, Editora Nacional, 1980, así como Roos, Alf, *El concepto de Validez y otros ensayos*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N°. 7, México, Distribuciones Fontamara, 1991.

historia guió nuestro camino, el método de la antropología jurídica amplió nuestro panorama. Reflexionar sobre los derechos culturales asegurados políticamente dio la pauta de nuestra investigación.

Desde una perspectiva más amplia, la cuestión étnica se revela como una ambigüedad entre proyectos distintos de sobrevivencia, de persistencia en el tiempo; de modernidad versus tradicionalidad. Sin embargo, ¿Se trata entonces de proyectos incompatibles?, ¿es necesaria la aniquilación de un proyecto para imponer otro? ¿Cómo ha sido recogido por la tradición constitucional que ha dominado en América Latina, en particular en México, el derecho de las etnias que existen en este país? Creemos, siguiendo a Clavero, que ha habido una sistemática ceguera constitucional, una cerrazón política, frente al problema de la multiculturalidad de las sociedades modernas.¹⁰

Pensamos que una reflexión jurídica como la que pretendemos deberá arrojarnos ideas, basadas en el establecimiento de una cultura constitucional de derechos, que tornen posible, de inicio un diálogo, y luego una propuesta jurídica que trace lazos jurídicos entre estas aparentes diferencias. Además, ¿Pueden ser revertidos los efectos jurídico-políticos de esta ceguera constitucional?, ¿pueden las leyes escritas, como representación de lo que conocemos como mundo moderno, ayudarnos aún a resolver conflictos de índole étnica?, ¿la defensa de los derechos ciudadanos debe estar en oposición con la diversidad cultural? Es a partir de estos cuestionamientos, de situarnos en esta perspectiva, desde donde construimos la relación teórica entre los derechos ciudadanos y la construcción democrática en América Latina: a partir de incluir el elemento indígena –su variante cultural- en el proceso de construcción de estas democracias. Garantizar autodeterminación y autonomía,¹¹ derechos colectivos en suma, a los pueblos indígenas redundaría en un avance democrático en la región.

En este sentido, los debates desatados entre las corrientes liberal y comunitarista –léase derechos individuales frente a derechos colectivos, individuo frente a comunidad- han pasado de una intransigencia que

¹⁰ Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena Op. cit.*

¹¹ Desde una perspectiva jurídica, esto puede lograrse, por un lado, con la inclusión del grupo de derechos colectivos en el apartado de derechos fundamentales y, por otro lado, con la adopción constitucional de dichos derechos. Eminentemente, en ambos supuestos debería asegurarse que el sistema político-jurídico cuente con las instituciones necesarias para desdoblarse dichos principios normativos. Como hemos apuntado, estamos en perspectiva de observar como ciertas instituciones del Estado-nacional –la ciudadanía por ejemplo- han encontrado sus límites.

excluía todo punto de acuerdo, a la posibilidad de revalorizar la bondad de un análisis conjunto, cuyo eje sería fundar a una verdadera sociedad democrática. Teóricamente, siguiendo a Chacón Rojas, en “el desarrollo del debate teórico sobre los derechos de los pueblos indígenas, encontramos una marcada crítica a lo que el Estado liberal ha representado para dichas minorías, y posteriormente, un denotado esfuerzo por conciliar la defensa teórica de esos grupos con los principios liberal-democrático”.¹²

Lo interesante del tema, en el transcurso de los últimos años, es que comienza a formarse un consenso en torno a la idea del reconocimiento de derechos especiales a los pueblos indígenas; en un inicio esto se debió a la insuficiente respuesta de los derechos liberales-individuales ante las condiciones sociales en que aquéllos se desenvolvían –miseria, marginación, injusticia, etnocidios, exclusión política configuraban el panorama indígena-; en un segundo momento, como condición previa para que los propios derechos liberales funcionen. De esta forma, los derechos autonómicos, los derechos territoriales, el derecho jurisdiccional de las autoridades comunitarias y sus facultades decisorias y participativas, asegurarían el funcionamiento de la no-discriminación por motivo de raza, nacionalidad, sexo o religión, asegurarían la libertad, la libre asociación y la igualdad; es decir, “que los derechos colectivos...(asegurarían)...el despliegue de los derechos individuales”. En este sentido, “Stavenhagen define la orientación normativa de que los derechos colectivos o de grupo deber ser considerados derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio sostienen, por su parte, los derechos individuales de los miembros del grupo.”¹³ Esta parece ser la idea fundamental para, en un primer momento, descender la intensidad y polaridad del debate en torno a la oposición irremediable de unos derechos individuales que se contraponían a unos derechos colectivos. Unos derechos de raigambre liberal, heredados por un pensamiento europeo, que se volvió el dominante en América Latina se enfrentaban a otros derechos concebidos, asegurados y practicados secularmente por unas comunidades de raigambre prehispánica. Pues bien, esta oposición encuentra “soluciones prácticas” en la idea de que unos derechos colectivos asegurados a pueblos históricos, con distintas concepciones sociales, con distintos comportamientos, asegurarían, a su vez, los derechos de los miembros de estos pueblos, pues con esto,

¹² Cf. Chacón Rojas, Oswaldo, *Teoría de los Derechos...Op.cit.* p. 150.

¹³ *Ibidem.* p.152.

la existencia del espacio cultural donde se desarrollan las prácticas jurídicas de estos individuos podría conservarse.

Dicho de otra forma, entendida la cuestión desde la corriente liberal, que considera rebasado el debate -“por estar suficientemente discutido”-. En efecto, no importa tanto sí los derechos de las minorías deben tener la exclusividad comunitarista o liberal, pues lo que importa es conceder que los derechos de las minorías “*pueden ser liberales*”¹⁴, entonces la discusión adquiere nueva dimensión, centrándose ahora en la cuestión de saber si puede existir “(un) acomodo institucional de las minorías con base en los principios de justicia...”, en otras palabras, de abordar otro tipo de problemas, es decir, de imaginar cómo puede ser “...el acomodo de las minorías etnoculturales dentro de las instituciones del Estado liberal”. Expresado en términos de Ibarra Palafox, *¿cómo podemos acomodar a las minorías etnoculturales en el Estado y sus instituciones políticas básicas en términos de justicia?*¹⁵

Si bien todos los elementos escritos anteriormente componen nuestra investigación, no pretendemos dar respuesta a todos estos cuestionamientos; son líneas generales que nutrirán un marco conceptual desde donde reflexionaremos alrededor de la dimensión jurídica de la cuestión étnica. Jurídicamente, esta forma de proceder implica una clara lógica, que consiste en determinar el derecho –en singular- de las etnias en este país, y sobrepasar los límites del simple reconocimiento de derechos –en plural- que hasta ahora el sistema de derecho mexicano ha observado, de acuerdo a los modelos elaborados por el derecho internacional, en especial el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es decir, estamos ante la disyuntiva de continuar respetando los derechos humanos –en lo individual- de los miembros de los pueblos indígenas, o bien, de respetar el ordenamiento jurídico que estos pueblos desarrollan al interior de sus comunidades para asegurar los derechos de sus miembros, y en un sentido más amplio, asegurar los derechos de estas comunidades al interior del Estado-nación. Digámoslo en forma de interrogante: ¿cómo asegurar los derechos de individuos indígenas negando el hecho de que su actuar cotidiano produce relaciones culturales que obedecen a distinta manera de ver al “otro”, produciendo, con ello, lógica distinta de asignar derechos? Estas líneas dan cuenta del razonamiento principal, en su variante jurídica, de este trabajo.

¹⁴ *Subrayado mío*

¹⁵ Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías etnoculturales Op. cit.* p. 26. (subrayado del autor)

Precisemos, con la fijación del significado de conceptos que serán utilizados aquí, portadores de controversia y polémica, algunas de las ideas anteriormente delineadas. Los conceptos normativos de *multiculturalismo o interculturalismo*, y los conceptos descriptivos de *multiculturalidad o sociedad multicultural*¹⁶ los entenderemos, siguiendo a De Lucas, precisando que cuando se habla de multiculturalidad, se hace referencia al hecho empírico, a una realidad. Luego, cuando se propone la construcción de un estado multicultural o se habla de políticas multiculturales se está haciendo referencia a términos normativos, a construcciones filosófico-políticas. La multiculturalidad, por tanto, no debe construirse pues es un hecho que nos acompaña cotidianamente. La multiculturalidad constituye la “presencia en una misma sociedad de grupos con diferentes códigos culturales (identidades culturales propias) como consecuencia de diferencias étnicas, lingüísticas, religiosas o nacionales, que es lo que designamos como sociedades multiétnicas”¹⁷

En lo referente al concepto normativo, Touraine advierte que el multiculturalismo “no consiste en una fragmentación de la sociedad en comunidades encerradas en sí mismas que sólo estarían ligadas entre sí por el mercado o incluso por la segregación y la guerra santa, la guerra de clases, de naciones, de religiones o de sexos; el multiculturalismo sólo tiene sentido si se define como la combinación, en un territorio dado, de una unidad social y de una pluralidad cultural mediante intercambios y comunicaciones entre actores que utilizan diferentes categorías de expresión, análisis e interpretación”.¹⁸

Por lo que respecta al concepto de cultura, León Olivé lo entiende como “una comunidad que tiene una tradición cultivada a lo largo de varias generaciones y que comparte una historia, una lengua, valores, creencias, instituciones y prácticas (educativas, religiosas, tecnológicas, etc.), mantiene expectativas comunes y se propone desarrollar un proyecto común.”¹⁹

Para E. B. Taylor “La cultura o civilización [...] es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes,

¹⁶ Javier de Lucas, “la(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, en De Lucas, Javier (Director), *La multiculturalidad*, *Op. cit.*

¹⁷ *Ibidem*, p. 63-64

¹⁸ Touraine, Alain, “¿Qué es una sociedad multicultural? *Op. cit.* p. 16

¹⁹ Olivé, León, *Multiculturalismo y pluralismo*. Paidós, Facultad de Filosofía y Letras, 1999, p. 40 y ss

las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de una sociedad”

Luis Villoro, por su parte, concibe a la cultura como un conjunto de relaciones posibles entre ciertos sujetos y su mundo circundante, y “está constituida por creencias comunes a una colectividad de hombres y mujeres; valoraciones compartidas por ello; formas de vida semejantes; comportamientos, costumbres y reglas de conducta parecidos. No son exactamente iguales en todos los sujetos, pero presentan rasgos de familia semejantes; son intersubjetivos. Esas disposiciones dan lugar a un mundo propio constituido por una red de objetos (artefactos, obras de consumo o disfrute), de estructuras de relación conforme a reglas (instituciones, rituales, juegos), animado por un sistema significativo común (lengua, mito, formas artísticas). Ese mundo es el correlato colectivo del conjunto de disposiciones ínter subjetivas”²⁰

Además de estas concepciones de la cultura, encontramos en los estudios de Raymon Williams una concepción de la cultura que nos remite a la “percepción que se alcanza de las condiciones de la vida cotidiana”, vislumbrando en la idea de esta vivencia cotidiana la construcción de una “realidad social”, explicando con ello que la idea de cultura implica que “...los sentidos que se le asignan a la palabra cultura son una respuesta a los cambios en las condiciones materiales de las experiencias humanas socialmente compartidas.”²¹

Tenemos entonces que la noción de multiculturalismo ha suscitado en el mundo contemporáneo un movimiento de pensamiento que genera ideas de respeto y tolerancia hacia las diferencias culturales, entendidas éstas como manifestaciones de “estructuras” de relación entre los miembros de una colectividad, pero que no encuentran en dicha lógica su límite, antes bien, explayan su total comprensión en la cotidianeidad de los individuos que integran dicha cultura.

Desde esta perspectiva puede apreciarse con más claridad la potencialidad del concepto para explicar el intercambio de valores, de principios, de ideas, de creencias, de toda una movilidad social que el

²⁰ Cf. Villoro, Luis, *Estado plural...Op. Cit.*, p. 9

²¹ Véase el análisis que hace sobre este concepto en Cassigoli Salamon, Rossana, “Cultivar el territorio: fundamento del espíritu colectivo”, en Cassigoli, Rossana y Jorge Turner (coordinadores), *Tradición y emancipación cultural en América Latina*, Vol. 5, México, UNAM-Siglo XXI, 2005, págs. 80-100. Hemos recuperado las ideas de Raymond Williams del referido estudio.

pensamiento institucional unitario inaugurado por el Estado-nación tendió a negar. En efecto “el viento de las culturas no repara en las barreras ilusorias que tratan de erigirse para proteger a los diversos conformismos del orden establecido. El espíritu del multiculturalismo es (...) por tanto, viento y signo de esta movilidad”²²

Adviértase en este orden de ideas un claro cambio de referente, a saber: el de pasar de concebir a las relaciones humanas (esa diversidad cotidiana generadora de cultura) bajo la tónica de la semejanza e igualdad, a una concepción que dé cabida a la búsqueda de conciliación y cohabitación de las diferencias, e incluso a su potenciación en términos políticos (favorecimiento de los intercambios políticos en una sociedad). En ello vemos el espíritu de nuestros tiempos, de nuestra sociedad moderna: el reflejo que el multiculturalismo conlleva al marcar las exigencias políticas contenidas en un programa político que logre dichos intercambios, que logre ese ideal democrático; pues a decir verdad, el signo claro de nuestras sociedades se abreva en su diversidad.

En términos jurídicos, anotamos que el paradigma de la modernidad, cuyo vértice se levantó sobre las ideologías del crecimiento indefinido y lineal, de la disyuntiva sobre la complementariedad, ha venido dominando la filosofía de donde surge el modelo de Estado-nación. La teoría del contrato social vendría a explicar el nacimiento de este modelo estatal basado en un pacto libre entre individuos iguales ante la ley, entre ciudadanos. Pues bien, esta manera de construir a la sociedad moderna, de imaginarla, impedía que se contemplaran derechos diferenciados, en la armazón del Estado de cuño liberal, para minorías culturales, pues la ciudadanía era la razón de ser para lograr una sociedad igualitaria. Sin embargo, si esta idea de ciudadanía respondía a la necesidad de acabar con las castas, clases, y las etnias, el reconocimiento de derechos diferenciados a ciudadanos culturalmente distintos, ¿no supondría este hecho un regreso a estos privilegios?

En este sentido, para responder a este cuestionamiento, en el debate filosófico se trabaja en torno a las siguientes interrogantes: ¿cómo se gestiona la multiculturalidad existente al interior de nuestros estados? Dicho de otra forma, ¿cómo se puede garantizar la participación política,

²² Cf. Gutiérrez Martínez, Daniel, (coordinador), *Multiculturalismo. Desafíos y perspectivas*. México, S. XXI-COLMEX-UNAM, 2006, p. 9.

la democracia, la justicia sin negar la identidad cultural de las personas y de cada uno de los pueblos que conforman un estado-nación?

Las respuestas más sistematizadas han venido desde la corriente denominada liberal, cuyo exponente más significativo ha sido Kimlicka, quien argumenta que esta cuestión puede avanzarse a partir de asegurar dos condiciones, -eminentemente desde un esquema liberal-: primeramente, que los miembros de estos grupos diversos culturalmente tengan asegurados los mismo derechos que el resto de los ciudadanos, y en segundo lugar, que los integrantes de estos grupos tengan la posibilidad de acceder a puestos públicos en condiciones de igualdad. Así, una vez situado el debate de los derechos de las minorías²³ en términos de justicia, ésta puede ser definida del siguiente modo: “*Primero*. Cada persona tiene igual derecho a gozar de un esquema adecuado de iguales derechos y libertades básicas, siempre que ese esquema sea compatible con un esquema similar para todos; *Segundo*: Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tales desigualdades deben estar dispuestas para el mayor beneficio de los miembros menos privilegiados dentro de la sociedad (...); en segundo lugar, deben estar sujetas a que los puestos públicos y las posiciones se encuentren abiertas a todos bajo condiciones justas de igualdad de oportunidades (...).”²⁴

Sin embargo, habrá que considerar que, en términos generales, dado que la doctrina nacionalista llevó a equiparar a la estructura estatal con la nación, se justificó la primacía del grupo –y de la cultura- dominante en la organización estatal, dejando sin sentido la primera idea liberal, además de que se confeccionó, desde allí, la concepción de las políticas estatales respecto de estos grupos. Lejos de traducirse en igualdad efectiva de todos los ciudadanos, este modelo, dominante en el último siglo, ha colocado en posición, precisamente dominante a una cultura mayoritaria –que se ha apropiado de la estructura estatal- sobre el resto de las minorías existentes al interior de un Estado-nación.

A pesar de ello, los pueblos indígenas y las minorías nacionales continúan reivindicando el respeto a sus culturas frente a la cultura dominante con las que conviven. Estas reivindicaciones dan cuenta de

²³ Siguiendo a Ibarra Palafox, entendemos el término “minorías culturales”, no en función del tamaño del grupo, sino “por el lugar que ocupa una cultura en la esfera pública”, por “el lugar que ocupa la cultura de esa minoría frente a la cultura dominante”. Cf. Ibarra Palafox, Francisco. *Minorías etnoculturales...Op. cit.*

²⁴Cf. *Ibidem.* p. 32.

un proceso etnocida o genocida construido en nombre de la igualdad ciudadana, o simplemente nos advierten que en nombre de ésta se han eliminado y discriminado culturas enteras, y por lo tanto, los Estados latinoamericanos se han alejado del sendero de la construcción de la democracia.

Si a esta explicación agregamos que, debido al proceso de mundialización económica, la estructura y primacía de los Estados-nación se ha visto debilitada en su capacidad de decisión política, pues ahora depende en mayor medida de las directrices establecidas en foros regionales o internacionales, entonces entendemos con más amplitud esta revitalización de las reivindicaciones de los grupos étnicos, quienes han visto agudizadas sus diferencias y desigualdades bajo este proceso homogeneizador que la idea de “progreso” y “modernidad” trajo consigo. En este sentido, las etnias han utilizado como instrumento defensor el refuerzo de sus lazos identitarios infra-nacionales.

Por otro lado, el concepto de “pueblos indígenas” es un concepto de difícil manejo, debido a las reticencias que el reconocimiento de la existencia de “pueblos” implica en el ámbito de la autodeterminación. En efecto, desde la perspectiva del derecho internacional, no puede obviarse el error histórico plasmado en la Carta Universal de los Derechos Humanos, al establecer el derecho a la autodeterminación de los pueblos motivada por el proceso de colonización, pero en realidad pueblo se equiparaba a Estado-nación, negando con ello a los pueblos indígenas la posibilidad de ser sujetos “directos” de derecho internacional, de esta autodeterminación. A efectos de este trabajo asumimos la definición adoptada en el artículo 1 apartado b) del Convenio 169 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes. Según este texto, se considera *pueblo indígena* el “hecho de descender de poblaciones que habitaban el país o una región geográfica a la que pertenece 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”.

Además de estos conceptos, no está de más advertir al lector que aquí, los términos de pueblos indígenas, minorías culturales o comunidades se utilizan de manera indistinta.

Una línea más de cuestionamiento de la construcción actual de los Estados-nación se abre con las demandas de los pueblos indígenas, en

cuanto que representan el “reconocimiento” de “derechos colectivos” que implican repensar nuevamente los principios liberales sobre los que se sustentan la legitimidad y fundamentación de los derechos humanos individuales. Esta arista representa también un reto para la filosofía política y para la teoría general del derecho pues hasta ahora, ante situaciones históricas en donde la estructura estatal ha sido ajena a la identidad comunal y territorial de dichos pueblos, se han concebido mecanismos asimilacionistas y segregacionistas, convertidos en pilares de la práctica jurídica que persiste en los países latinoamericanos.

En México, históricamente ha existido una tensión permanente entre dos proyectos distintos de nación, desde la instauración de una República de indios y otra de españoles, atravesando por la fundación misma del Estado-nación mexicano, las leyes de reforma, y hasta nuestros días. A pesar de ello, la realidad social ha mostrado que la organización social se sustenta más en los intereses locales y en los valores comunales que en un proceso de homogeneización impuesto por la ideología liberal de cada época.²⁵ En estos momentos, la lucha de los pueblos indígenas en nuestro país es por una nación incluyente, que implica la reforma del Estado y de la Constitución que reconozca a la autodeterminación como eje de construcción de dicha nación, concepción distinta de la liberal en lo social, lo cultural, lo político y lo jurídico. Para Villoro esta corriente, marcada por la insurrección del primero de enero de 1994, resurge con nuevas características: “no busca la subversión de la democracia, sino su realización plena; no pretende la disolución del Estado, sino su transformación; no está contra la modernidad, sino contra su injusticia. Por primera vez se abre la posibilidad de unificar las dos corrientes que recorrieron la historia de México en una nueva concepción del Estado y la nación”.²⁶

Pues bien, derivado de lo anterior, y en términos generales, la confección de este trabajo es cercana a la propuesta de superar la oposición frontal entre las posiciones liberales y comunitaristas,

²⁵ Sostenemos que durante el periodo 1855-72 se dio una coyuntura política de lucha de clases (1855-58) en el cual el poder de clase, terrateniente-comercial queda resguardado mediante la llamada Constitución liberal del 57. En dicha coyuntura, se dieron como nunca antes en la historia del país las premisas ideológicas que a lo largo de la mismas y sobre todo en pleno juarismo, se convirtieron en el discurso oficial que formó el crisol a través del cual se dió la espalda a la miseria social en todos los aspectos, generada por el triunfo terrateniente-conservador, disfrazada a partir de allí con el oropel de la *cultura nacional* en donde los pueblos indígenas no sólo fueron despojados de sus territorios, sino que también fueron sometidos al discurso de la cultura nacional.

²⁶ Villoro Luis, *Estado plural...op. cit.* p 47.

aparentemente “irreconciliables y eternas”. Creemos que las corrientes comunitarista y liberal pueden encontrar complemento en torno a la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas. Kymlicka ha apuntado ya la necesidad de superar el “atomismo” liberal y la “tesis social” comunitarista.²⁷

²⁷ Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*. Barcelona, Ariel, 1995, p. 247

Objetivo:

El presente trabajo tiene como objetivo dar cuenta de las principales teorías que han argumentado sobre la diversidad cultural de las sociedades modernas y de su reconocimiento jurídico (pluralismo jurídico). Asimismo, problematizar en torno a la estructura jurídica que ha caracterizado a la cultura constitucional en sociedades como la mexicana, estableciendo algunos símiles con la región latinoamericana, particularmente respecto a la recepción, o no, de la cultura jurídica de raigambre comunitaria practicada por los pueblos indígenas. Ambas ideas nos permitirían avizorar las posibles reformas de los Estados-nación mono-étnicos, analizando las propuestas que permitan conjugar democracia e identidad. Partiendo del debate filosófico y jurídico existente en este sentido, se pretende realizar un análisis concreto de la construcción del estado mexicano, a través de mirar su constitución jurídica, y de sus transformaciones, de modo que a partir de él pueda extraer propuestas de carácter universal.

Concretamente es la construcción de un estado plural lo que interesa, fundamentalmente a partir del reconocimiento jurídico de esta pluralidad. Para decirlo en otras palabras, es el reconocimiento de un pluralismo jurídico la *quintaesencia* de este trabajo, que asegure no sólo el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, sino que capture también la preservación del derecho indígena. Creemos que la fórmula jurídica es la pluralidad jurídica, derivada de la existencia y reconocimiento de una pluriculturalidad de hecho que se da en nuestro continente, y de la cual México puede dar respuestas de vanguardia en torno a esta cuestión.

Sin embargo, hasta ahora la Constitución Mexicana ha ignorado esta circunstancia. Las reformas hechas a la llamada Carta Magna en los últimos años, producto de la insurrección zapatista, no reflejan más que una declaratoria de pluriculturalidad, que no conduce necesariamente al reconocimiento e instrumentación de un pluralismo jurídico, y sí continúan subordinando sistemáticamente el derecho indígena al derecho positivo nacional.

Hipótesis:

Ante los acontecimientos propiciados por el levantamiento zapatista, las explicaciones de orden social y Estado-nación han perdido sustento teórico pues se ha evidenciado la estructura multicultural del Estado-nación mexicano. Las transformaciones jurídicas requeridas ante esta condición multicultural requieren de una explicación teórica que supere la teoría general del derecho. Es decir, los postulados básicos de dicha

teoría sugieren que es la voluntad de unos individuos, libres e iguales entre sí, lo que lograría acuerdos más o menos estables y razonables para lograr una convivencia social y organizar, además, una estructura “supra individual” que mantendría el orden, o en caso de perturbación de éste, crearía las condiciones necesarias para dirimir el conflicto. ¿Cómo se lograría esto último?: creando principios generales de derecho e instituciones para asignar precisamente unos derechos y unas obligaciones. En este mismo proceso iría contenida la legitimidad de esta estructura supra-individual, el Estado: lograr una convivencia armonizada, civilizada y duradera de sus integrantes, de sus ciudadanos. Hemos mencionado que el resultado de la estructura estatal, a pesar de sus postulados, encumbró a un reducido grupo en detrimento de la diversidad que este país contenía.

Esta configuración de Estado-nación y de asignación de derechos y obligaciones, para sociedades como la mexicana, tiene raíces profundas y definitorias en los procesos revolucionarios originados en occidente, particularmente las sociedades europeas, desde la segunda mitad del siglo XVIII. Podemos decir que las nociones de legitimidad, de voluntad, libertad e igualdad generados a partir de una concepción jurídica occidental, que se supone universal, han definido la historia social en Latinoamérica, inhibiendo con ello, formas de organización social propias a una realidad latinoamericana indígena, y con ello, cancelando una concepción de pensamiento social propia a esta realidad.

Indudablemente la insurrección zapatista de 1994 ha sido un movimiento dinamizador de las demandas de los pueblos indígenas, y de otros sectores excluidos de la sociedad mexicana. Ha generado la conformación de un nuevo movimiento indígena reivindicador de la diversidad cultural y de su derecho de participar en el proyecto nacional. Además de ello, este movimiento tiene un alcance social nacional e internacional. Esto ha propiciado una serie de alianzas de alcance nacional que han dado como resultado los principales cambios políticos y sociales de los últimos años.

En este sentido, creemos que las reformas constitucionales subsiguientes al levantamiento han tenido sólo la intención de reconocer derechos a los pueblos indígenas en la medida en que se reconocen los derechos individuales, los derechos humanos de sus integrantes, pero que estas reformas continúan alejadas, continúan negando la existencia de un derecho indígena, simplemente porque éste no tiene cabida en la resolución de conflictos dentro del aparato jurídico nacional.

Para decirlo esquemáticamente, nuestras hipótesis se apoyan en los siguientes cuestionamientos:

1. ¿La legislación nacional mexicana reconoce la personalidad jurídica-histórica de las poblaciones indígenas? Si este reconocimiento se ha producido, ¿cuál es el alcance jurídico-político de este hecho?, ¿con el reconocimiento de la pluriculturalidad a nivel constitucional se reconoce un pluralismo jurídico en la organización política del Estado mexicano? En este sentido, ¿cómo establecer un punto de comparación, en cuanto a reconocimiento de pluralidad jurídica se refiere, entre los principios del derecho nacional mexicano y los principios del derecho internacional?, ¿en qué medida, y con qué criterios éstos son asimilados en el orden jurídico mexicano?

2. Dado que el derecho indígena constituye un sistema específico de regulación jurídica cuyas particularidades se definen en relación a la cultura y las relaciones sociales de los pueblos indígenas, ¿La complejidad del sistema de derecho indígena puede captarse con el instrumental teórico dado por la Teoría General del Derecho (TGD)?, o bien, ¿Estamos en posibilidades de afirmar que la Teoría General del Derecho ha encontrado, para abordar la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas, sus límites explicativos?

3. Una vez que hemos anotado la lógica de cuestionamiento que han conformado nuestras hipótesis, adviértase un cuestionamiento más: ¿cuáles han sido los aportes del derecho indígena, de sus principios normativos producto de un proceso social que involucra a los miembros de pueblos indígenas,²⁸ en la formación de una cultura constitucional en latitudes latinoamericanas?, ¿Cuáles para la sociedad mexicana?

Metodología:

El presente trabajo es fruto de un largo período de cuestionamiento sobre las características jurídicas el orden social mexicano, que se inicia con estudios de carácter bibliográfico en temas como la identidad étnica, historia de los pueblos indígenas, movimiento zapatista, historia mexicana, teoría general del derecho, derecho constitucional, y que

²⁸ « Según los criterios de hoy en día, que toman como base la consciencia indígena, permiten calcular la existencia de más de 400 grupos indígenas con una población de alrededor de 40 millones. Para México, se han calculado alrededor de 10 millones, que representarían entre el 12 y el 15 por ciento de la población total. » Cf. Stavehagen, Rodolfo, “Las organizaciones indígenas: actores emergentes en América Latina”, en Gutiérrez Estévez, Manuel (comp.), *Identidades étnicas*, Madrid, Casa de América, 1997, serie Diálogos Amerindios, citado por Chacón Rojas, Oswaldo, *Teoría de los derechos...Op. cit.* p. 109 y 110.

termina de tomar forma con la realización de un trabajo de campo en donde las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas pudieron ser constatadas sobre el terreno. En efecto, la participación en la evaluación externa del Programa de Procuración y Promoción de Justicia del Instituto Nacional Indigenista en el año 2000 permitió contrastar y ampliar el panorama de los estudios bibliográficos hecho anteriormente. Todo este período, aunado a la estancia con la etnia Triqui, me ha permitido continuar con los cuestionamientos que de manera bibliográfica había forjado en torno a la concepción jurídica que domina en este país.

Si bien es cierto que aquellos primeros acercamientos de práctica jurídica no estaban orientados a construir investigación académica y sistemática alguna, sí representan los cimientos desde donde la reflexión sobre el análisis de la relación entre la concepción estatal y la concepción consuetudinaria del orden del mundo se ha venido forjando, y que dan un trasfondo y un sustento de trabajo de campo a este escrito. Las conversaciones con personas triquis, mixtecas, h'ñahñu, otomíes, huicholes, coras, mames, chontales, zapotecas, aparecen plasmadas en las reflexiones que ahora elaboramos. No podría dejarse de lado esta circunstancia en nombre de una pretendida objetividad, sobre todo si partimos de una concepción antropológica del derecho.

Además de ello, la participación en foros, marchas, consultas y estancias en algunas comunidades indígenas me permitió conocer las principales consultas existentes alrededor de la cuestión del reconocimiento de los derechos colectivos en México, y me han permitido trazar las líneas hasta ahora propuestas.

En resumen, estos años de trabajo en comunidades indígenas ha dado como resultado la reflexión hecha en estas líneas concerniente en entender la inserción de individuos, comunidades, cultura, derecho, y en general, de prácticas de los grupos indígenas dentro de la Nación como idea y como condición histórica-política. Cultura y derecho serán el hilo conductor de esta investigación. A su vez, esta reflexión está inserta en la cuestión de pensar a Latinoamérica como producto del “encuentro” entre culturas diferentes que ahora le dan forma.

Estructura:

La organización de este trabajo tiene como intención la de enriquecer las visiones globales sobre la temática. En el capítulo primero de esta investigación se presentan los orígenes de ésta, presentando a los “actores” cotidianos –los indígenas-, cuyas prácticas jurídicas y su

organización, confrontadas con las de la sociedad moderna mexicana, con su manera de asignar derecho, son la fuente de cuestionamiento que dio pauta a estas líneas. En el capítulo segundo, se abre una discusión sobre la forma de “acceder” a conocimientos jurídicos a partir de la interdisciplinariedad y el “trabajo de terreno”; en este sentido, analizaremos las razones históricas y teóricas que dieron lugar a la conformación del método de la antropología jurídica, observaremos sus tendencias y exploraremos sus alcances. La finalidad de este proceder es de dar respuesta a la segunda hipótesis planteada aquí, la de fundamentar que la teoría general del derecho ha encontrado sus límites explicativos en torno al derecho indígena, fundamentalmente porque ésta no incorpora sistemáticamente, para su análisis, el elemento cultural para entender las prácticas jurídicas, o bien, sólo admite la existencia de una referencia, excluyendo la complejidad. Esto ha sido así, fundamentalmente porque dicha teoría ha sido concebida y nutrida en experiencias jurídicas occidentales, endógenas a la realidad multicultural y al pluralismo jurídico en sociedades como la mexicana, de esto ya se ha abundado en líneas anteriores.

La cuestión central del capítulo tres es la de analizar la normatividad internacional existente sobre la cuestión étnica, específicamente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los documentos jurídicos más representativos sobre la temática que nos ocupa. Con este análisis, estaremos en posibilidad de exponer la composición del orden jurídico mexicano, en específico, lo relacionado con la jerarquía de normas, la forma en que ambos derechos, el indígena y el estatal –positivo- se complementan uno del otro, se articulan, o bien, se oponen. Esta reflexión se hace extensiva en lo concerniente al derecho internacional. Vistos en conjunto los capítulos tres y cuatro, aunados a los problemas cotidianos descritos en el capítulo primero, nos darán cuenta de las tres dimensiones desde donde se forma el derecho indígena, a saber, la consuetudinaria, en el seno de las comunidades respectivas, la estatal, cuando éstas interaccionan con las estructuras estatales, con su derecho positivo, y la internacional, desde donde se ha legislado sobre la cuestión indígena.

En efecto, el capítulo cuarto aborda la cuestión planteada en nuestra primera hipótesis, y está dirigido a rastrear el tratamiento constitucional que el Estado-nacional mexicano ha dado a los pueblos indígenas que habitan en el territorio así demarcado históricamente, a saber: “el cuerno de la abundancia”. En suma, la historia constitucional de este país da cuenta de una negación sistemática del indígena, de su ensombrecida figura.

En las conclusiones haremos un esfuerzo por ordenar sistemáticamente el resultado obtenido de nuestro análisis alrededor de la cuestión étnica; también será el lugar en donde argumentemos la validez –o no- de nuestras hipótesis, con el fin de abrir perspectivas futuras que permitan continuar con nuestra investigación, que hoy hace un alto para encontrar interlocución que abra un abanico de múltiples reflexiones.

En resumen, este trabajo se conducirá sobre dos ejes principales. Primeramente se discutirá teóricamente sobre el estado actual de la cuestión étnica, de la metodología que la cuestión amerita hoy en día, y de las precisiones conceptuales, para, en una segunda parte del trabajo, darnos a la tarea de analizar la situación jurídica, el derecho y los derechos de dichas etnias, fundamentalmente a partir de la categoría de derecho indígena, para lo cual, hemos compilado y organizado la normatividad en torno a dicha cuestión en dos planos: el derecho internacional/derecho estatal mexicano y derecho indígena.

CAPITULO PRIMERO

Tres razones cotidianas para emprender este estudio. El México moderno y el México *mágico*: una mirada de la realidad dual mexicana.

Y como nadie nos hace caso,
que a todas las autoridades hemos visto
y pos no sabemos dónde andará la justicia,
queremos aquí tomar providencias.

Edmundo Valadés. *La muerte tiene permiso*

I

A decir del historiador Adolfo Gilly, “México es el moderno país occidental de cien millones de habitantes, mayoritariamente urbano y educado –Monterrey, Guadalajara, Ciudad de México, Tijuana-, donde detrás de cada árbol, un poco más allá de cada monte –ahí nomás tras lomita-, en la iglesia de cada pueblo, de cada barrio, en las fiestas de sus santos o en los días de sus Muertos Chiquitos y sus Muertos Grandes, se encuentra todavía el mundo encantado.”²⁹ Lo “encantado” de este mundo, que es contemporáneo al moderno país, se configura a partir de prácticas, costumbres, modos de vida y percepciones diferentes que tienen unas comunidades y unos pueblos indígenas para organizar la vida social. Muchas de esas prácticas y modos de vida entran en franca contradicción con algunos de los principios fundamentales de la moderna sociedad mexicana, con su organización estatal. En lo que se refiere a las prácticas que deben evaluarse de lícitas o prohibidas, benéficas o perjudiciales para las comunidades, es decir, las prácticas jurídicas, encontramos diferencias sustanciales respecto de aquellas prácticas jurídicas de la sociedad moderna, apuntaladas por el Estado mexicano.

En efecto, las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas no son ajenas a la organización social y al conjunto de representaciones colectivas que dan forma a esas sociedades, sino que se construyen a partir de los referentes culturales que la comunidad, pueblo o etnia generan; el ejercicio consciente, prolongado y homogéneo de una práctica legal en una comunidad, tradicionalmente, es considerada una norma

²⁹ Gilly, Adolfo, *Chiapas: la razón ardiente. Ensayo sobre la rebelión del mundo encantado*. México, Ediciones Era, 1997. p. 103

consuetudinaria.³⁰ De igual manera, la sanción y la denuncia están ligadas a dichas representaciones. En conjunto, pues distan de ser ejercicios aislados, estas representaciones devienen una norma cultural que tiende a dirimir el conflicto en términos que frecuentemente están en contradicción con las leyes producidas en el seno del Estado, que además tienen el carácter de leyes nacionales.

Dicho de otra forma, las decisiones que se toman al interior de unas comunidades indígenas con apego a una norma cultural, suelen estar confrontadas a leyes y principios generales que las censuran. ¿Cómo ha sido explicada teóricamente esta contradicción?, ¿cuáles han sido las referencias metodológicas para elaborar esas teorías?, ¿qué debe entenderse por derecho indígena?, ¿qué acuerdos existen, tanto en el nivel estatal como en el internacional, para hacer dialogar la concepción jurídica moderna y la indígena? Si bien éstas son cuestionamientos cuya respuesta complejiza el entendimiento de la cuestión, no se pasan por alto interrogantes que han servido de base para iniciar un estudio como este: ¿cuáles han sido algunas de las implicaciones prácticas para las pueblos indígenas y sus integrantes?, ¿cómo afecta sus vidas?, ¿puede un indígena que ha pasado un tiempo de su vida en prisión –un año, dos digamos-, sin entender del todo el porqué de su estancia en ese lugar, pensarse como parte de una comunidad política amplia, dígase la mexicana?, ¿es válida la aplicación de un código moral propio de un grupo cultural a uno distinto al que dicho código le es ajeno?, ¿pueden sostener las instituciones del Estado mexicano, sobre todo las relacionadas con la impartición de justicia, que han procurado la justicia del Estado cuando se juzga un acto que para el orden jurídico estatal tiene las características de delito –ruptura del orden social- mientras que para determinados pueblos, comunidades indígenas y etnias no implica ese delito?, antes bien, ¿cómo actuar cuando ese acto –supuesto delito- representa el regreso al orden comunitario?

De las discordancias que generan la coexistencia de concepciones jurídicas varias en países como México –pluralismo jurídico-, que incluso amenazan la existencia de determinadas etnias –y de los derechos de sus integrantes al extinguirse ésta- los movimientos

³⁰ Véase por ejemplo, Durand Alcántara Carlos Humberto, *Derecho nacional, derechos indios y derecho consuetudinario indígena. Los triquis de Oaxaca, un estudio de caso*. México. Universidad Autónoma Chapingo/Universidad Autónoma Metropolitana. También, Galván, González, Jorge Alberto. *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*. México, UNAM/IIJ, 1995. Asimismo, STAVENHAGEN, Rodolfo. *Entre la ley y la costumbre*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989.

sociales indígenas han encontrado su razón de ser, presentándose la cuestión ante nosotros, como movimiento social que busca reivindicaciones precisas: reconocimiento de sus autoridades, respeto a su jurisdicción, reconocimiento de los derechos de autodeterminación y autonomía, derechos territoriales, derechos lingüísticos, respeto a la identidad indígena, reconocimiento de la diversidad cultural, y por tanto, de la diversidad jurídica. Respeto de sus derechos colectivos en suma.

Pues bien, las líneas anteriores permiten vislumbrar la diversidad cultural y social de los “muchos mundos” –al menos por 60 pueblos indígenas,³¹ la sociedad mestiza y otros grupos- que configuran a este país, en donde la dualidad modernidad-tradición se mezcla permanentemente para conformar la historia que ha venido definiendo por siglos a la nación mexicana, y que cíclicamente vocifera en cada rebelión indígena.

Sin embargo, dicha dualidad ha sido aceptada y venerada por la ideología que cohesiona a la nación mexicana, y por su Estado: a la par que se rescata el legado de las culturas prehispánicas –sea sus obras arquitectónicas, sea sus técnicas de agricultura, sea sus juegos de pelota-, bajo la categoría de “indio”³² se ha sometido a esos prehispánicos a políticas segregacionistas, asimilacionistas, integracionistas, etnocidas, genocidas cuyo resultado ha sido analfabetismo, marginación, miseria, y negación de participación política en igualdad de oportunidades frente a la cultura “mestiza” mayoritaria. En efecto, con el tiempo se han reificado las civilizaciones indígenas del pasado mientras que se ha negado a los indígenas del presente. Aquí comienza la paradoja que da identidad a la nación mexicana. Por ahora, para dar cuenta de esta dualidad que configura al México moderno, es necesario asomarnos a sus entrañas, ver cómo funciona. Carlos Montemayor, respecto de la identidad mexicana sostiene que,

Abrimos un gran abismo entre la población indígena actual y la prehispánica. Aplaudimos la figura abstracta del pasado y nos avergonzamos del presente. Exaltamos la memoria prehispánica

³¹ Cf. González Galván, Jorge Alberto, *Derecho indígena*, México, Mac Graw-Hill/UNAM, 1997, p. 51 y ss.

³² “La categoría de indio...es una categoría supraétnica que no denota ningún contenido específico de los grupos que abarca, sino una particular relación entre ello y otros sectores del sistema social global del que los indios forman parte. La categoría de indio denota la condición de colonizado y hace referencia necesaria a la relación colonial” Bonfil Batalla, Guillermo, “El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial”, *Anales de antropología*, vol. VII. México, UNAM, 1972. pp. 105-124.

como mestizaje, pero nuestro racismo se pone al descubierto frente al indio real. Celebramos el mundo prehispánico, pero discriminamos a los indios de carne y sangre.³³

Pues bien, son justamente a estos indios de carne, sangre y hueso a los que queremos conocer, presentar su radiografía explícita para entender, desde ahí, la mencionada dualidad que, desde su variante indígena-no indígena, configura a la sociedad mexicana, su historia.

II

He aquí tres ejemplos cotidianos que se convierten en razones, tomados de la experiencia directa que tuvimos un grupo de colaboradores que participamos en la evaluación externa del Programa de Procuración y Promoción de Justicia que llevaba a cabo el Instituto Nacional Indigenista en el año 2000,³⁴ justo encontrándome en las postrimerías de mis estudios de derecho y al inicio de la aplicación práctica de éstos. Este tránsito en lo académico tuvo su origen en la participación en el seno del grupo de Derechos Humanos y Grupos Vulnerables del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana en el que un grupo de estudiantes visitábamos comunidades indígenas –sobre todo el pueblo Triqui- con la finalidad de ampliar nuestra perspectiva del derecho. Muy pronto esta práctica mostró las limitaciones de la teoría, de la teoría jurídica precisamente; ahí donde abstractamente pensamos *ciudadanos libres e iguales*, cuya *voluntad* era la base para desarrollar relaciones sociales, encontramos sujetos dependientes, comunidades enteras ajenas a toda idea de igualdad y de justicia basada en principios de estado de derecho, lejanas del progreso que la nación mexicana se empeñaba en difundir y fortalecer como referentes –entre otros- de modernidad. Nada más alejado de la realidad cuando se atravesaba el umbral de la modernidad, “ahí nomás tras lomita”. De ahí que esta investigación surja en ese contexto, de esas primeras “no correspondencias” entre el estudio en abstracto y la realidad.³⁵

³³ Montemayor, Carlos, *Los pueblos indígenas de México hoy*, México, Planeta, 2000, p. 64.

³⁴ Véase el anexo I.

³⁵ En este sentido, la reflexión de Ambrosio Velasco, si bien hecha en otro contexto, bien vale para nuestra fundamentación desde la perspectiva jurídica, así: “...las teorías políticas y éticas, al trascender las situaciones históricas concretas, adoptan una validez universal y un carácter normativo que pretende adecuar los órdenes políticos realmente existentes al modelo postulado por la teoría. En este sentido, la pretensión de universalidad de las teorías políticas otorga a éstas un cierto carácter imperialista en el ámbito de la acción política, o en el mejor de los casos convierte a la teoría política en prédica idealista ineficaz frente al realismo político.” Pues bien, la teoría jurídica encontraba su ocaso ante la realidad de un país que se

Los casos que se presentan a continuación, como ya se advirtió, han dado pie a las interrogantes que conforman esta investigación. Estas situaciones reales contienen hechos controvertidos, pues van desde el simple robo o abigeato, hasta casos más complicados para discernir, como la brujería o el ostracismo. Sin embargo, la exposición de estos hechos intenta ser lo más precisa a como hemos visto las cosas, no podría ser de otra manera en aras de lo científico, o de un conocimiento objetivo. Lo cierto es que, una vez vistos en el conjunto de este trabajo, dejamos al lector la tarea de pronunciarse –si así lo desea- sobre la validez y consistencia de los hechos registrados. Por nuestra parte, no pretendemos ubicarnos en posiciones extremas respecto de la apreciación –moral o jurídica- que estos hechos suponen. Como se verá, si alguna posición defendemos, es la de que estos mundos –el indígena y el de la sociedad no indígena, para decirlo en términos generales- se contraponen debido a la incompreensión mutua, basada en el desconocimiento de unos y otros, en este caso, en el desconocimiento de las costumbres que conforman los sistemas de derecho que surgen en el seno de ambas sociedades.³⁶ El lector apreciará entonces que en algunos casos es insostenible la idea de “dejar hacer” a las comunidades, en aras del respeto de su autodeterminación y de sus jurisdicciones. Dejar hacer no implica desentendimiento y mucho menos un abandono. ¿qué hacer cuando una comunidad indígena que ha vivido al margen de la historia de Occidente decide castigar conforme a sus parámetros y penas al infractor de sus leyes? He ahí la cuestión, sobre todo si, para el caso de la brujería, no nos encontramos frente a una banda de delincuentes, sino ante una comunidad creyente de la brujería, sobre todo si esta creencia es resultado de la lejanía de dicha comunidad con la sociedad moderna.

Una posición que intente una comprensión real debe contener el elemento de la integridad, que no sólo rescate el aspecto del folclore y la artesanía interesantes para el observador externo. A pesar de la postura que se asuma, las comunidades indígenas son, hoy por hoy, un mundo aparte, y bien valdría preguntarnos si las peculiaridades de las decisiones que una comunidad considera válidas, sea cual fuera su

construía a partir de referentes distintos de los que la teoría consideraba como universales, piénsese en los derechos liberales.

³⁶ A pesar de esta creencia, no soslayamos el hecho de que estas relaciones se basan también en relaciones de poder de una sociedad sobre otra, de unos integrantes sobre otros. Es decir, no dejamos de lado que en este desconocimiento mutuo interviene el poder, el sometimiento de un grupo sobre otro.

magnitud, ¿no exigiría de las autoridades estatales tratarán el asunto como un caso de excepción?, ¿no se exigiría del lector la misma sensatez?

Incluyo entonces los relatos que dan cuenta de los hechos que han dado origen a nuestra investigación, además de los materiales recuperados de aquella evaluación externa al Programa de Procuración y Promoción de Justicia. Asimismo, recorro a la literatura especializada para dar al lector otros registros que implican la confrontación de los derechos consuetudinario comunitario y el positivo o nacional estatal. Los materiales han sido recuperados de la obra de Magdalena Gómez y Beatriz Escalante,³⁷ asiduas pensadoras del derecho indígena.

Unas últimas líneas para evitar posibles equívocos: los casos aquí referidos han sido incluidos en este estudio justamente por marcar un claro contraste con las estructuras jurídicas del orden jurídico mexicano, sin embargo, no encuentran allí su agotamiento, antes bien, nos permiten avizorar una vertiente mayor, que sobrepasa lo jurídico; en efecto, vemos en estos casos los contrastes cotidianos que se dan en las relaciones sociales que se entretajan en nuestra sociedad, léanse sobre todo dichos ejemplos desde la amplia gama de contradicciones culturales que dichas relaciones sociales producen. Desde esta perspectiva, dicha casuística es consistente, no así como intento de reducir un abanico más amplio de manifestaciones culturales, en donde la variante jurídica resulta apenas una arista para su comprensión.

1.1. El Caso Otomí.³⁸

En noviembre del año 2000, Enrique Cabrera Zamora, con domicilio conocido, en la localidad de la Jornada, Municipio del Oro, Estado de México, perteneciente a la etnia Otomí, se encontraba preso en los separos de la cárcel del municipio. Hacía dos años que se encontraba allí y, a decir de él mismo, poco sabía sobre el por qué de su estancia en dicho separo. Tenía poco conocimiento del español y se mostraba desconfiado con sus interlocutores. La prisión municipal era un espacio reducido –apenas un patio central en escuadra que no iba más allá de

³⁷ Cf. Beatriz Escalante y Magdalena Gómez, “Homicidio por brujería: los casos tepehuano, tarahumara y zapoteco”, en Valdivia Dounce, Teresa (coordinadora y editora), *Usos y costumbres de la población indígena de México. Fuentes para el estudio de la normatividad*. México, Instituto Nacional Indigenista. 1994. pp. 335-348.

³⁸ Esta reconstrucción de hechos y actuar del juez de la comunidad se logró, en parte, a lo que quedó asentado en el expediente del juzgado del Municipio del Oro, además de algunos testimonios recogidos en la comunidad, principalmente por gente cercana a los implicados.

12 metros de largo y 4 metros de ancho-, flanqueado por un par de construcciones someras que servían de dormitorio (generalmente dormían de ocho a diez reclusos en una habitación, la población de la prisión se calculaba entre 80 y 100 reclusos, la mayoría indígenas otomíes y mazahuas)

1.1.1. Hechos

Un vecino de la comunidad la Jornada, Felipe Sánchez Monroy acusó a Enrique Cabrera Zamora de haber golpeado e incapacitar para trabajar, por un cierto tiempo, a su hermano Humberto Sánchez Monroy. El hermano del herido argumenta ante las autoridades comunitarias de la Jornada que, según la costumbre de la comunidad, cuando alguien es golpeado merece que se le paguen sus gastos de curación y sus días de trabajo.

A su vez, Enrique Cabrera Zamora sostiene que agredió a su vecino en defensa propia y de su familia, pues Humberto Sánchez Monroy había entrado de noche a su casa, sin avisar, con un objeto en la mano (se estableció que era un martillo). Además, Humberto Sánchez Monroy había entrado en casa de Enrique Cabrera cuando solamente estaban presentes sus hijos (una muchacha y dos niños). Por otras fuentes, se sabe que el herido tenía la intención de “robarse a la muchacha”. De ahí que, al enterarse de lo ocurrido, Enrique Cabrera Zamora se dirigió a buscar a Humberto Sánchez Monroy, a quien golpeó incesantemente hasta sangrarle. El médico determinó que las lesiones tardarían de sanar más de quince días y que dejarían marcas en el rostro de Humberto Sánchez, además de que su nariz estaba rota.

1.1.2. Encuentro con el juez de la comunidad

*Reconstrucción de la argumentación por parte del juez:*³⁹

Según los acusadores, Enrique Cabrera debería pagar los gastos de curación por haber roto la nariz de Humberto Sánchez, además de imposibilitarlo para trabajar. La parte acusadora fundaba su reclamo en la costumbre según la cual quien golpea debe reparar el daño causado; costumbre que en términos legales podría nombrarse derecho a la integridad física.

³⁹ Las conciliaciones son instancias jurídicas de carácter legal a través de las cuales se ejerce el control social en el interior de los pueblos. Ahí, lo moral, lo económico, lo político y lo familiar se entretajan para formar una complejidad normativa que funciona como referencia en los actos jurídicos específicos...es decir, da cuenta de una normatividad existente, cristalizada en la experiencia social; y que refuerza la realización de la vida local.

El acusado, a su vez, considera el hecho de que fue Humberto Sánchez quien provocó la agresión al interrumpir de esa forma en su casa; esa misma opinión la comparte el juez de la localidad. Esta conclusión resulta ser la base del argumento principal del juez: concluye que Humberto Sánchez violó las reglas de las visitas, lo cual dió lugar a una agresión. En todo momento el juez mantiene una actitud conciliadora entre las partes.⁴⁰

2. A decir del acusado, los hechos que apoyan este argumento se refieren a que Humberto Sánchez entró en su casa sin avisar, que iba en estado de ebriedad, de noche y, además, con un instrumento en la mano, lo que probaría que tenía malas intenciones, y que no tuvo en cuenta los horarios ni las formas de visita.

3. Esta misma conclusión le permite al juez constatar que, al romper las reglas de las visitas (hechos) infringe la privacidad del hogar y, por tanto, tiene que asumir las consecuencias.

Con este proceso argumentativo el juez pretende probar que la acusación no procede. El desarrollo lógico del argumento permite al juez jerarquizar las normas y principios vigentes en el pueblo como fundamentos para calificar el delito.

El juez de la comunidad concilió los intereses del acusado y acusador, lográndose un acuerdo inicial que consistía en dar la razón a Enrique Cabrera por el hecho de que Humberto Sánchez violó las “reglas de las visitas”, de ahí que no debería pagar curación alguna ni gastos de otra índole a este último.

Sin embargo, Humberto Sánchez Monroy decidió no acatar la decisión del juez comunitario, recurriendo a las autoridades municipales, es decir, a las autoridades del Estado mexicano, acusando a Enrique Cabrera Zamora de infringirle lesiones, que según el código penal mexiquense, ameritaban una sanción consistente en dos a cinco años de prisión, además de una multa pecuniaria. Según el expediente, por la gravedad de las lesiones, se había sentenciado a Enrique Cabrera Zamora a cuatro años de prisión, de los cuales, ya había pasado dos en

⁴⁰ Por usos y costumbres de la comunidad la Jornada –otomí-, el juez se basa, de manera general, en los siguientes pasos para la conciliación de conflictos: a) Inicio de la conciliación: saludos, antecedentes..., b) Exposición de hechos por los involucrados, c) Evaluación por el juez, d) Negociación a través de discursos y contra argumentaciones, y e) Acuerdos o sanciones.

la prisión del Oro. Enrique Cabrera Zamora se declaró indígena otomí, con poco dominio del español, y había sido sentenciado por lo que constituía el delito de lesiones para el código penal mexiquense, si bien en su comunidad de origen, las autoridades locales habían decidido darle la razón pues se habían roto las “reglas de las visitas”, dando razón a su actuar según la costumbre del lugar. Esto no se tomó en cuenta por las autoridades estatales.

El Instituto Nacional Indigenista había iniciado gestiones para procurar la excarcelación de Enrique Cabrera Zamora, logrando que se le dejara en libertad condicional, después de dos años de prisión. Enrique estaba obligado a ir a firmar a las oficinas del INI una vez al mes, además de pagar a este Instituto los gastos “operativos” derivados de su excarcelación.

Una serie de cuestionamientos complementan este relato: ¿se habría juzgado de igual manera a Enrique Cabrera Zamora si la autoridad jurisdiccional del Estado, mediante derecho constitucional – reconocimiento de pluralismo jurídico, y por tanto de usos y costumbres en materia penal para los pueblos indígenas- estuviese obligada a hacer cumplir la decisión del juez comunitario?, ¿cómo asegurar el derecho de Humberto Sánchez Monroy de acudir a la jurisdicción del Estado para hacer valer los principios de justo proceso y de protección personal que tenía?, ¿se trata de una contraposición insuperable?, ¿la posición del juez comunitario se vería debilitada al interior de la comunidad por no haberse acatado su decisión?, ¿sería viable pensar que, en caso de no conformidad con la decisión de las autoridades comunitarias, un individuo perteneciente a ésta acuda a la jurisdicción del Estado mexicano para buscar hacer valer lo que éste considera sus derechos?, ¿podría el sistema jurídico mexicano conocer de estos asuntos?, ¿cómo podrían articularse las jurisdicciones indígena y estatal para procurar justicia?, ¿se trataría de una coordinación entre autoridades cuya función jurisdiccional es mutuamente reconocida, en donde una, la comunitaria, conoce del asunto y se pronuncia, mientras la otra, la estatal, -sólo en los casos en que el individuo implicado no acepte las decisiones de la primera autoridad y recurra a ésta-, pueda conocer el asunto y vigilar que el procedimiento se haya cumplido, y se pronuncie sólo en ese sentido?; en otras palabras, ¿podrían tratarse este tipo de asuntos con carácter excepcional?, ¿podemos pensar en un sistema en donde la autoridad indígena conozca, para decirlo en términos jurídicos, el “fondo” del asunto, la sustancia, dejando a la autoridad estatal –sólo en el supuesto de que alguno de los implicados no esté de acuerdo con esta decisión-, el conocimiento de la “forma” del asunto, su

procedimiento? En este supuesto, si el procedimiento que la comunidad define, contenido, por ejemplo, en un Manual de usos y costumbres de la etnia en cuestión, se asegura al individuo indígena, ¿entonces la autoridad estatal –y el querellante- deberían acatar la decisión elaborada por la autoridad comunitaria?, ¿se trataría de una primera instancia –la indígena-, que debe ser revisada por una segunda instancia –la estatal-?, ¿estaríamos entonces frente a la institucionalización del pluralismo jurídico?

1.2. El Caso Triqui

La Laguna Chicahuaxtla es una de las más importantes comunidades triquis, se sitúa entre los municipios de Putla y Tlaxiaco, en la Sierra de Oaxaca. En noviembre de 2000 sostuve una plática con las autoridades de la localidad, en la cual se conversó sobre los derechos que tenían como pueblos indígenas y como mexicanos. Sin embargo, el motivo de aquella reunión en el edificio de la presidencia de la comunidad, un inmueble austero que controla, desde un punto relativamente alto, el caserío que se extiende, entero, en el horizonte montañoso. El motivo de la reunión se debía a que las autoridades deberían discutir la expulsión de una mujer de la comunidad. Esto me lo dijo una persona triqui que hablaba completamente el español y a quien el representante del INI en el municipio de Tlaxiaco me había presentado para que me ayudara en mi estancia en aquella comunidad Triqui (falto como estaba de la lengua triqui, aquella ayuda era fundamental). La expulsión de Susana Alvarado Díaz, la mujer en cuestión, había pasado por alto las costumbres de la comunidad al negarse a participar en los preparativos de las fiestas que se celebraban al inicio de la primavera.

Susana Alvarado Díaz, una joven que vivía con sus padres a la orilla de la carretera había emigrado a trabajar, a los estados del norte de México, primero, y después había decidido ir a Estados Unidos. En términos generales, Susana había cambiado sus patrones de conducta respecto de la condición de la mujer en dicha comunidad, convirtiéndose en crítica de la situación femenina en el lugar, según ella –tuve un par de conversaciones con ella en mi visita a la comunidad, hablaba correctamente el español- las condiciones de no participación en los asuntos de la comunidad, las largas jornadas de trabajo en casa (a las mujeres les estaban reservadas las tareas de tejido, elaboración de artesanías, el hogar, el cuidado de los hijos, procurar los alimentos, -la práctica de la poligamia era costumbre en la comunidad) eran factores con los cuales ya no estaba de acuerdo, después de su estancia de tres años fuera de su comunidad. A su regreso, inició una ardua labor de

organización de pláticas con mujeres de su comunidad, donde narraba las experiencias vividas en los lugares que visitó, la forma en cómo se organizaban las mujeres en otros lugares. En suma, invitaba a las mujeres a exhortar a los hombres del pueblo a dar más participación a las mujeres, a cambiar “algunos esquemas de vida”, tal cual los llamaba ella.

Ante esta situación, Susana había sido encerrada en la cárcel comunitaria, un cuarto reducido y oscuro situado a un costado de la presidencia comunitaria bajo el argumento de contrariar dichas costumbres, además de negarse a ser parte de los preparativos de las fiestas que pronto darían comienzo.

La comunidad (para ser más preciso, la Asamblea comunitaria compuesta de todos los varones mayores de edad del lugar) decidió expulsarla. Esto lo supe días después, pues las decisiones de dicha Asamblea fueron dadas en triqui y no fue sino hasta mi segunda visita al lugar (enero de 2001) en que me enteré de ello.

Sin embargo, Susana Alvarado Díaz decidió acudir ante las autoridades del Municipio de Tlaxiaco, denunciando privación ilegal de la libertad (por su estancia en la cárcel comunitaria) y exigiendo se le dejara vivir con sus padres en su comunidad. (La madre estaba de acuerdo en que volviera, aunque siempre “al pendiente” de la resistencia de su marido – el padre- quien consideraba que Susana debería de irse de la comunidad. Las autoridades del municipio de Tlaxiaco aprehendieron a las autoridades locales por el delito antes citado. Por ello, la comunidad en su conjunto encontró motivos aún más patentes para exigir la expulsión de Susana.

Véase el asunto, una comunidad que para mantener el orden interno, en Asamblea comunitaria (de varones) decide expulsar a una mujer que intenta organizar la participación femenina bajo otros parámetros. Derivado de esto, la mujer (Susana) ha dejado de pertenecer a la comunidad, teniendo que ir a radicar a otro sitio en que sus derechos como mujer Triqui no tendrían sentido (incluso podemos pensar que fuera de ese contexto sus esfuerzos organizativos “quedarían sin sentido). Con ello, además, las autoridades de la comunidad han sido aprehendidas, desorganizando entonces a la comunidad en su conjunto. ¿Quién tiene la razón, la comunidad con la expulsión o la autoridad estatal por evitar lo que Susana consideraba una injusticia?, ¿es suficiente motivo la denuncia de un individuo Triqui para que la autoridad de la comunidad sea cuestionada en sus decisiones?, ¿cómo

lograr que los derechos comunitarios de los individuos Triquis –para este caso- no se contrapongan con los derechos que la jurisdicción del Estado mexicano confiere a todo individuo, independiente de su adscripción cultural? Privación ilegal de la libertad *versus* contravención de costumbres comunitarias. Dos maneras distintas de organizar el mundo.

Poco tiempo después el INI tramitó amparo contra los líderes comunitarios (el presidente y su asistente), que quedaron en libertad condicional. Susana no pudo volver a su comunidad.

1.3. El Caso Tepehuano

Santa María de Taxicaringa, Durango (Expediente 210/84)

Un poblado que, al no tener contacto con la sociedad mestiza, ni cultural ni ideológicamente ha sido influenciado, por lo que podría decirse que dicho poblado vive de acuerdo con su propia idea del mundo.

1.3.1. Hechos

El 16 de diciembre de 1984, mediante asamblea convocada por el señor Florentino Díaz Rangel, gobernador tradicional de Santa María Taxicaringa, se acordó ahorcar y quemar con leña verde a Alejandro Barraza Sosa y Matilde Díaz Rangel, a quienes se les acusaba de practicar la brujería. La decisión de la asamblea buscaba liberar de la hechicería a la comunidad tepehuana. A su vez, el Tribunal Supremo de Justicia del estado de Durango dictó auto de formal prisión contra las autoridades tradicionales de la comunidad por lo que desde su perspectiva configuró el delito de doble homicidio.

La resolución de las autoridades tradicionales se tomó luego de hacer un recuento de varias muertes que en los últimos meses habían ocurrido. Todas presentaban síntomas similares: tienen temperatura, no comen, se enflacan, se ponen amarillos y luego mueren. Los médicos no encontraban explicación coherente. Además de los difuntos, la señora Matilde Padilla –enfermera de la comunidad- tenía los mismos síntomas, ella había tomado días antes un café que le ofreció Matilde Díaz.

El 19 de diciembre de 1984 se ejecutó la sentencia comunitaria en los términos acordados, con la participación de una docena de miembros de la comunidad. Previamente se había encerrado a Matilde Díaz en la cárcel comunitaria, un cuarto aislado y reducido situado en el aserradero; horas antes se le había llevado con la María Padilla, a quien

Matilde reconoció haber embrujado, afirmando que el único que podía curar era el señor Alejandro Barraza. Esto apresuró la ejecución de la decisión tomada previamente.

Los hechos fueron denunciados en la capital del Estado de Durango, y se enviaron policías para detener a los involucrados, aprehendiéndose a catorce miembros de la comunidad, entre ellos al gobernador tradicional, Florentino Díaz Rangel.

1.3.2. Declaraciones ante la policía del estado.

El gobernador tradicional declaró ser gobernador de Taxicaringa desde hacía un año, que sus suplentes eran Salvador Peña y Nicolás de la Cruz, quien a su vez era juez del pueblo. Que en el último año habían muerto varios vecinos con síntomas de enfermedad. Aclaró que Matilde hacía gala de ser bruja, que también ofrecía curar; que ella se juntaba con Alejandro Barraza para hacer brujería, pero que no eran esposos.

El 19 de diciembre la gente estaba desesperada de tanta brujería, por lo que entre él y otros detenidos (vecinos detenidos) acordaron, con la aprobación de muchas gentes de la comunidad, acabar con la brujería, y para ello, decidieron ahorcar y quemar con leña verde a los occisos. Dos días antes se había trasladado a Matilde a la cárcel de la comunidad y el mismo día 19 detuvieron a Alejandro Barraza muy temprano, y luego procedieron al ahorcamiento. El declarante y sus segundos dieron las órdenes; Florentino cree que él, Nicolás de la Cruz y Fernando Barraza son los responsables, pues los demás sólo recibieron órdenes.

1.3.3. Consignaciones

Fueron consignados Florentino Díaz (gobernador), Salvador Peña y Nicolás de la Cruz (suplentes del gobernador), Fernando Barraza (quien ejercía el cargo de “pasar las órdenes del gobernador a los comuneros”) y Placido Díaz Hernández (hijo del gobernador)

1.3.4. Declaración preparatoria

A. Florentino Díaz expreso que:

(...) no ratifica la declaración porque sus compañeros de detención le pidieron que se echara la culpa por ser el gobernador, y procede a dar una versión distinta: que el día 19 él andaba en estado de ebriedad y que fue a casa de un hermano; que al salir pasó por la cárcel y vio que había mucha gente y dos

cuerpos en el piso, que él no se dio cuenta quiénes dieron muerte (*sic*) a estas personas; que los cadáveres fueron llevados al panteón por órdenes de Nicolás de la Cruz, que tenía el cargo de juez de la comunidad, que Arnulfo Padilla, familiar de María Padilla, fue quien armó el relajo al incitar a la gente contra Matilde; que él no dio ninguna orden para que fueran detenidos los ahora occisos, tampoco para que se les diera muerte ni para que sus cadáveres fueran quemados. Que se responsabilizó de los hechos en unión de Salvador Peña, Nicolás de la Cruz y Fernando Barraza, pero esto se debió a que los demás detenidos le dijeron que era más conveniente que asumieran la responsabilidad unas cuantas personas, que al cabo los demás intervendrían para arreglarles su libertad. También hizo constar que fue torturado por la policía judicial. Dijo que él supo que Alejandro y Matilde fueron detenidos pero no sabía por qué...Allí mismo aclaró que quien dicta las órdenes es la comunidad, y el gobernador sólo cumple acuerdos.

B. Salvador Peña ratificó su primera declaración y la amplió diciendo que “el día de los hechos estaba completamente ebrio, que empezó a tomar desde el domingo al igual que los otros miembros del gobierno de la comunidad, que el acuerdo fue tomado por todos los miembros de la comunidad de Taxicaringa”

C. Nicolás de la Cruz “niega haber tomado participación en la comisión del delito de homicidio, por lo cual no ratifica la declaración del 21. (Véase declaración ante la policía del estado) Fue obligado a firmar por agentes de la policía, quienes lo golpearon. Que supo lo ocurrido por pláticas de otras gentes, pues el día de los hechos él se encontraba en el consultorio”.

D. Fernando Barraza negó la acusación y declaró que “su intervención obedeció al temor de que, en caso de no obedecer, se le causara algún mal por tratarse de un acuerdo de la comunidad”.

E. Placido Díaz negó la acusación y declaró que “su padre le ordenó que jalara la reata, y como se negó a obedecer a su padre, éste le dió una patada, y por obedecer a su padre jaló la reata por una vez, donde estaba colgado Alejandro, que después de él jalaron la reata Cirilo y Fernando.”

1.3.5. Resolución judicial

Se dictó sentencia condenando a los cinco tepehuanos a trece años de cárcel (20 de junio de 1986). Fue apelada y ratificada en segunda instancia (5 de enero de 1987). Por gestiones del INI se obtuvieron dos indultos a favor de los indígenas sentenciados, se redujo la pena y se hicieron trámites para que obtuvieran su pre-liberación (ésta se logró a principios de 1988), acudieron mensualmente a firmar al distrito de El Mezquital, cercano a su comunidad.

Según las autoras, el caso no ofrecía mayores posibilidades para la defensa, por lo que se optó por hacer una campaña extrajudicial, a través de mesas redondas en la que especialistas en el conocimiento de la cultura de los tepehuanos explicaron los hechos a la opinión pública.

III

En conjunto, estos expedientes dan cuenta de lo complejo que resulta el estudio de las prácticas jurídicas de las comunidades indígenas, más aún cuando estas prácticas involucran, en un momento determinado, la confrontación con las normas de carácter nacional, creadas por el Estado, propiciando la intervención de las autoridades estatales en detrimento de las autoridades comunitarias. Hemos dicho, a este respecto, que en estos casos, mientras no se asegure políticamente un pluralismo jurídico, la justicia del Estado debe tratar estas situaciones como excepcionales. En suma, todos estos casos dan cuenta de la justicia, de la relación entre indios y sociedad dominante, de la dualidad de autoridad, de las visiones consuetudinaria y positiva del mundo.

Pero, ¿cómo ha explicado la teoría esta realidad?, ¿cuáles han sido las corrientes de pensamiento que se han ocupado del estudio de estos casos específicos?, ¿cómo ha explicado la teoría la situación jurídica de las llamadas minorías en los Estados-nacionales?, ¿cuáles han sido los argumentos que han dominado el pensamiento social para describir este tipo de hechos?, ¿qué métodos se han implementado para argumentar el tema? Además, ¿cómo pueden estudiarse las prácticas jurídicas sustancialmente distintas a las producidas por el Estado, que a su vez se fundamentan en la razón de raigambre occidental?

En las últimas décadas ha surgido una corriente de pensadores que han insistido en la conformación de la antropología jurídica como método de estudio que amplíe, critique y complemente el estudio de los fenómenos jurídicos. En el capítulo siguiente argumentaremos al respecto.

CAPITULO SEGUNDO

Sobre el método de la antropología jurídica

Y resolviéndome a no buscar más ciencia
que la que pudiese hallarse
en mí mismo...

Descartes

2.1. Introducción

¿Cómo es posible tratar de una manera antropológica los fenómenos jurídicos?

Una nueva visión de la relación entre el derecho y la antropología surge con las observaciones de Esteban Krotz quien sugiere que “una antropología del derecho no tiene por qué limitarse a ser una subdisciplina que se ocupa únicamente de un reducido campo de fenómenos particulares -los estrictamente jurídicos- sino que se le podría comprender como un enfoque a través del cual los estudiosos se acercan al análisis de la sociedad en su conjunto; es decir, que se usa el estudio de los fenómenos jurídicos -normas, instituciones, sanciones, procesos judiciales, mecanismos para crear y hacer efectivas las decisiones jurídicas y los universos simbólicos asociados a estas prácticas y estructuras- como un acercamiento específico al todo social”.⁴¹

Este acercamiento nos aporta una pista para establecer una línea cultural de estudio de los sistemas jurídicos: "la organización de un sistema jurídico se fundamenta en la concepción básica que de tal sistema tiene del ser humano. La correspondiente imagen del ser humano es el secreto regulador de cada sistema de derecho",⁴² una posición que es más cercana a la antropología, o bien, puede verse en esta idea el germen de una antropología del derecho, en el sentido más amplio de esta expresión. Establezcamos en este momento, en primer plano, la idea de que la antropología jurídica, en tanto método, nos permite acercarnos con pasos más estables a la relación que se da entre derecho y la cultura, pues a final de cuentas, ésta es la idea de fondo de nuestra investigación.⁴³

⁴¹ Krotz, Esteban, "Antropología y derecho", en *México Indígena*, Año IV, No. 25, 1988, p. 8.

⁴² *Idem*.

⁴³ En torno a esta idea, hemos consultado sobre todo bibliografía producida en Francia, en el Laboratoire d'Anthropologie Juridique, dirigido por Michel Alliot y Etienne Le Roy, así como los trabajos producidos en el Centre de Droit et Cultures a cargo de Raymond Verdier. Tenemos entonces los trabajos: *L'anthropologie juridique et le droit des manuels*,

Intentemos vislumbrar teóricamente la intención de este capítulo. Si consideramos el carácter interdisciplinario de las ciencias sociales, se ha planteado que la especialización se lleva a cabo en dos pasos: “en primer lugar, la especialización científica, implica la fragmentación de disciplinas completas en subdisciplinas; en segundo, cuando esta especialización llega a sus límites naturales, los investigadores innovadores recombina los fragmentos en dominios híbridos; (...) al desplazarse desde el centro hacia la periferia de una disciplina, al transgredir sus fronteras y al penetrar en el dominio de otra especialidad, el científico dispone de mayores oportunidades para ser creativo”, de manera que “la innovación en las ciencias sociales aparece con mayor frecuencia, y produce resultados más importantes, en la intersección de las disciplinas”.⁴⁴

En este sentido, los objetos de estudio de una antropología jurídica serían, partiendo de los planteamientos de Esteban Krotz y de la urdimbre elaborada por la escuela francesa, principalmente tres: los sistemas legales desde la alteridad y en una perspectiva comparativa, la coexistencia de diferentes sistemas legales con la tensión que inevitablemente surge de esta coexistencia, y la tensión entre los miembros de una cultura y su sistema legal y otro sistema legal con el cual están forzados a interactuar, y de estos objetos de estudio surge un problema central en la antropología jurídica: la relación entre la legalidad y la legitimidad.

Desde una perspectiva histórica, la antropología nace en y con la modernidad, tiene sus raíces en el Renacimiento, pero se desarrolla con el mundo moderno y con el capitalismo. Antes del nacimiento del mundo

Anthropologie et juridique, de Michel Alliot (1983) ; Introduction à l'ethnologie de l'appareil juridique, de Jean Poitier (1968) ; Pour une anthropologie du droit, de Etienne Le Roy (1978) ; Anthropologie juridique et droit à venir, de Pierre Braun (1985) ; así como las obras de Norbert Rouland, Anthropologie Juridique. Paris, PUF, 1988. Jaques Vanderlinden, Anthropologie Juridique, Paris, Dalloz, 1996. René David, Les grands systèmes de droit contemporain, la edición actualizada por Camille Jauffret-Spinozi, Paris, Dalloz, 1988. Jean Carbonier, Sociologie Juridique, Paris, PUF, 1978. Davy Georges, La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat. La formation du lien contractuel, Paris, Alcan, 1922. Bourdieu Pierre, “La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* n° 64, septembre, Paris, 1986. pp. 3-19. Favre, Henri, *L'indigénisme*, Paris, PUF, 1996. Habrá que precisar que esta amplia bibliografía, si bien ha abierto referentes de pensamiento, así como líneas generales controversia, no ocupa una parte sustancial en la confección de los argumentos que ahora presentamos. Habrá de entender el lector, entonces, que el estudio detallado de estos materiales está por hacerse.

⁴⁴Dogan, Mate & Robert Pahre, *Las nuevas ciencias sociales. La marginalidad creadora*, México, Grijalbo, 1993, p. 11.

moderno -y de la antropología- el método de investigación era en el centro la escolástica, el esfuerzo por llegar a la verdad confrontando los fenómenos con las escrituras sagradas que eran consideradas como una especie de enciclopedias de las cosas existentes, creadas por Dios y susceptibles a entregar sus secretos por la intervención de Dios. Una cadena de eventos y desarrollos hicieron que el método escolástico ya no tuviera la misma aceptación y efectividad y sería sustituido por el método científico: "el conocimiento científico es conocimiento probado; las teorías científicas se derivan, de algún modo riguroso, de los hechos de la experiencia adquiridos mediante la observación y la experimentación; la ciencia se basa en lo que podemos ver, oír, tocar; las opiniones y preferencias personales y las imaginaciones especulativas no tienen cabida en la ciencia; la ciencia es objetiva; el conocimiento científico es conocimiento fiable porque es conocimiento objetivamente probado".⁴⁵

Sin embargo esta manera de explicarse la realidad encuentra un franco enfrentamiento con la confrontación con un Nuevo Mundo, lleno de cosas nunca antes vistas que no se prestan a ser interpretadas o explicadas a través de esta forma de proceder. En este mundo moderno nace la antropología para estudiar, desde su privilegiado mirador y con este nuevo vicio, el etnocentrismo, al exótico mundo tradicional, el mundo que posteriormente será el Tercer Mundo -un mundo que también llega a contribuir significativamente a la riqueza del Primer Mundo, el capitalismo central.

Y luego se presentó un problema práctico: la coexistencia con una sociedad ajena, y surgió una solución sistemática, aunque todavía en forma embrionaria: los precursores de la antropología moderna. He aquí dos conclusiones.

La primera es que la antropología es, desde el momento de su nacimiento, una solución práctica a problemas interculturales, de las cuales la ley consuetudinaria (coexistiendo con la ley positiva y nacional) es un excelente ejemplo. La segunda es que la antropología nació de la necesidad de "comprender" la sociedad "primitiva". El capitalismo es el primer modo de producción global, no solamente en el sentido de que logró cubrir todo el globo, sino también en el sentido de que puede absorber a los demás modos de producción sin aniquilarlos, es decir que puede integrar a los modos de producción dominados para la

⁴⁵Chalmers, Alan F, "*¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*", México, Siglo XXI, 1982, p. 11.

reproducción y expansión del propio modo de producción capitalista sin liquidar sus rasgos “precapitalistas”. La implicación de eso es que es el primer modo de producción que tiene necesidad de crear una ciencia que “comprenda” a los modos de producción subyugados es el capitalismo, ni el esclavismo ni el feudalismo tienen esta necesidad.

Lo negativo de esa conclusión es que la antropología nació “subordinada” al colonialismo, con el afán nada noble de comprender a los “salvajes” para subyugar y explotarlos, mientras que lo positivo es que es la única ciencia que está preparada para investigar cuáles son las condiciones para crear una democracia plural, que tome en cuenta la visión de los mismos indígenas. Y eso es exactamente lo que se necesita en la actual situación de aceptación.

Así, la antropología reformula el espacio entre la propia cultura y la ajena en la alteridad, que opera en un ambiente de heterogeneidad cultural, en realidad es la única ciencia diseñada explícitamente al estudio de las situaciones que producen los encuentros entre dos (o más) diferentes culturas.⁴⁶

Mientras que el capitalismo central cuenta con instituciones claramente económicas, políticas y religiosas -el mercado, el parlamento y la iglesia son los ejemplos clásicos- las instituciones en las comunidades primitivas que se encuentran en el capitalismo periférico son multifacéticas y multifuncionales; el sistema de cargos es un excelente ejemplo: tiene al mismo tiempo un aspecto económico, uno político y uno religioso. En este sentido, las posiciones de autoridad son vistas como servicio que se presta a la autoridad, en tiempos relativamente cortos, -que van de un o dos años-, según un principio de igualdad de responsabilidades.⁴⁷

Finalmente hay que mencionar que la antropología, que nació como disciplina científica exactamente en el auge del positivismo clásico y ortodoxo, sufrió un fuerte desmembramiento en un sinnúmero de subdisciplinas que en su turno se pueden resumir en una pocas direcciones.

⁴⁶ Todas las demás ciencias sociales se pueden acomodar al espacio intercultural, pero al hacerlo sencillamente se convierten en una especie de antropologías parciales: el estudio de las economías “primitivas”, el estudio de las religiones “primitivas”, y de los sistemas de derecho “primitivo”, etc.

⁴⁷ Cf. Durand Alcántara, Carlos Humbeto, *Derecho nacional*, *Op. cit.*

2.2. La antropología jurídica: su carácter y sus campos.

Partiendo de la anterior concepción de la antropología, que *grosso modo* define la teoría y el método de esta disciplina, entonces aceptaremos que la creación de una antropología jurídica será una empresa interdisciplinaria, fundir el estudio antropológico y el estudio de la ley y definir el campo de la antropología jurídica y su objeto de estudio, con lo que nacieron varias propuestas de una antropología jurídica.

Es pertinente recordar que la antropología no es la única entrada al estudio de lo jurídico, tenemos también a nuestra disposición una serie de disciplinas. La jurisprudencia estudia los fenómenos partiendo de la ley, deduciéndolos de ésta con el fin de decidir su legalidad o ilegalidad. La filosofía jurídica confronta la ley con sus propios presupuestos y axiomas, tanto en lo ontológico como en lo epistemológico y lo ético. La sociología jurídica estudia la ley como un fenómeno inscrito en un marco más amplio, el marco de la sociedad, para llegar a entender la dinámica de la ley como un elemento de la dinámica de la sociedad de la cual forma parte. La antropología jurídica está próxima a la sociología jurídica, solamente que tiende a operar en un espacio de heterogeneidad y alteridad, con la cultura como variable y no como constante, y donde no existe un sistema legal separado de otros sistemas (o subsistemas) de la sociedad, sino se encuentra encapsulado en el conjunto de costumbres. Tenemos que plantear la pregunta: para estudiar la costumbre y la ley, ¿qué campos se tienen que cubrir? ¿y qué métodos se tienen a la disposición?

Con el inicio del trabajo de campo se empezaron a presentar las condiciones de una antropología jurídica menos especulativa. De los años 1920 en adelante empezaron a salir trabajos que al mismo tiempo que protestaron contra la línea de los evolucionistas, introdujeron un nuevo estilo de trabajo antropológico, y desarrollaron aspectos del derecho comparativo desarrollado por los mismos evolucionistas. Al principio del siglo XX surgió una reacción unida contra las especulaciones y exageraciones de los evolucionistas, ejemplificada en "Franz Boas, Bronislaw Malinowski o Schmidt; a estos tres influyentes autores de la antropología estadounidense, británica y austríaca de la primera mitad del siglo XX les unió, a pesar de todas sus diferentes

inclinaciones científicas, un rasgo común importante: su orientación anti-evolucionista".⁴⁸

En el mundo anglosajón podemos decir que el iniciador (por lo menos moderno) es Malinowski quien en su libro "Crimen y costumbre en la sociedad salvaje" intenta tratar exactamente el problema de la ley, desde su particular perspectiva de etnografía y funcionalismo biológico de corte positivista. Malinowski reseña en su introducción dos concepciones extremas de la ley y su lugar en las sociedades estudiadas por los antropólogos, que hasta entonces habían dominado el horizonte de la antropología. La ley es para él "la totalidad de las costumbres de la tribu", así que se encuentra "lindado por ambos lados por las costumbres de su pueblo, amarrado por las cadenas de una tradición inmemorable...".

Por otro lado, por aquellos años Radcliffe-Brown protestaba contra los excesos de los antropólogos de gabinete que promovían el evolucionismo. Mientras que Malinowski aplicaba sus especulaciones jurídicas a los indígenas de las Islas Trobriandesas, discutiendo la posible distinción en su sistema legal entre una ley civil y una ley penal, Radcliffe-Brown aplicó su talento analítico a una serie de cuestiones abstractas y conceptuales, como por ejemplo la definición de sanción, ley primitiva y puso algunas piedras teóricas, pero útiles para la construcción de una nueva disciplina al margen de la antropología política: la antropología jurídica. Radcliffe-Brown hizo una gran labor para la precisión de los conceptos utilizados en la antropología y Malinowski contribuyó mucho hacia la introducción de un sano sentido común en la disciplina a través de su trabajo de campo.

En la antropología británica estas dos vetas fueron desarrolladas por un grupo de antropólogos alrededor de Max Gluckman que había nacido en África del Sur, de padres judíos inmigrados de Rusia, y temprano inició sus estudios de antropología en la Universidad de *Wittwatersrand* en la Ciudad del Cabo. Gran parte del trabajo de Gluckman y su grupo se llevaría a cabo en África, y una de las contribuciones de esta escuela fue una sólida discusión de qué es realmente una ley, partiendo de las experiencias cosechadas por la discusión del método comparativo. Hasta hace pocos años la mejor introducción a la materia era todavía el capítulo de un libro de Max Gluckman con el título "¿Qué es la ley?"

⁴⁸Kuppe, René & Richard Potz, "La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro", en "Antropología Jurídica", Cuaderno No. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1995, p. 14.

Problema de terminología", y vale la pena reseñar algunas de las definiciones que allí discute Gluckman.⁴⁹

El capítulo empieza con algunas quejas acerca de la falta de estudios de la ley indígena, y sobre todo de los procedimientos prácticos al respecto, señalando las pocas honrosas excepciones, -pero la principal queja en el apartado en cuestión es la falta de precisión de cualquier lengua vernácula: "puesto que nuestras palabras para designar la ley y fenómenos parecidos están ya cargadas de significado -y por cierto ambiguos- los estudiosos de las sociedades tribales tropiezan con dificultades tan pronto como tratan de aplicar estas palabras a las actividades de otras culturas",⁵⁰ y una de las palabras que más particularmente es plagada de imprecisión semántica es ley.

Un rasgo más que hace a la antropología apta para tratar el derecho consuetudinario: estudiando comunidades eminentemente colectivistas la antropología siempre mira al individuo como parte de su colectividad. No existe la aguda separación entre el individuo en la sociedad moderna -la materia prima de las diferentes variedades del contrato social- y su colectividad.

Dado que en la antropología hay posiciones agudamente delineadas, y "por lo menos dos importantes estudios sobre la ley tribal levantan la cuestión de si podemos traducir adecuadamente los conceptos, procedimientos y reglas de una cultura a conceptos de otra. Bohannan arguye que nuestro vocabulario de jurisprudencia es lo que él llama un *folk system* y que es ilegítimo elevar un *folk system* a la categoría de un sistema analítico"; Gluckman no está de acuerdo con Bohannan: "si él estuviera en lo cierto, tendríamos que ser solipcistas culturales, incapaces de comparar y generalizar con amplitud, a no ser que

⁴⁹ Gluckman, Max, *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*, Barcelona, Akal, 1978.

⁵⁰ En este sentido, tenemos las ideas desarrolladas por Lenkersdorf con los Tojolobales, y que pueden resumirse de la siguiente manera: a) que la lengua permite acceder a la globalidad de la cosmovisión tojolobal (o de manera general, a la cosmovisión del pueblo en cuestión), esto porque, b) mediante la lengua se nombra a la realidad, y a su vez, c) se nombra a la realidad según la percibimos, además de que d) al pertenecer a diferentes culturas y naciones, no todos tenemos la misma percepción de la realidad. Por ello, e) nos relacionamos de modos diferentes con la misma realidad. Estos estudios lingüísticos nos ayudarían a encontrar los fundamentos para capturar las raíces de las distintas culturas de los pueblos. Véase, Lenkersdorf, Carlos, *Los hombres verdaderos. Voces y testimonios tojolobales*. México, Siglo XXI-Instituto de Investigaciones Filológicas, 1996.

desarrollásemos todo un nuevo lenguaje independiente al margen de toda nacionalidad".⁵¹

En el contexto mexicano, específicamente una fecha importante es el año de 1987, cuando Rodolfo Stavenhagen reunió a un equipo de estudiosos que se propusieron estudiar la problemática del derecho consuetudinario indígena.⁵²

Esteban Krotz llama la atención a tres campos de estudio específicos de la antropología jurídica: el campo del derecho comparado como campo de conflictos y de luchas", "el derecho como mecanismo de control social" y "derecho e ideología".⁵³

Partiendo de lo anterior, la antropología jurídica tiene que estudiar, entre otras cosas:

- El derecho consuetudinario.
- El proceso jurídico
- Los derechos humanos en el marco internacional.
- El problema de la autonomía
- Las fricciones entre los sistemas legales

2.3. El derecho consuetudinario: sistemas y procesos jurídicos en la comunidad.

A América Latina la distingue la heterogeneidad en lo económico, un sin número de diferentes tipos de relaciones de producción, de propiedad y de mecanismos de circulación; en lo político, es una multitud de tipos de dominación política, el regionalismo que se expresa en el caciquismo y el caudillismo, y en lo cultural, donde se manifiesta en una acentuada distancia entre lo que solemos llamar "la cultura nacional" y la cultura de los grupos étnicos en Latinoamérica con diferentes lenguas que gozan de distintos reconocimientos dentro del continente.

Cada uno de estos muchos grupos cuenta con sus propias normas culturales y su propio sistema social, así como de su propia historia e identidad étnica, y uno de los elementos que subraya y constituye la heterogeneidad es la existencia en cada grupo de un sistema de "derecho consuetudinario" o, como se llama también, "derecho

⁵¹ Gluckman, Max, *Op. cit.*, p. 220.

⁵² Se trata de Diego Iturralde, Victoria Chenaut, Francois Lartigue, Teresa Sierra, Magdalena Gómez, Claudia Olvera, Ari Rajsbaum y Teresa Valdivia.

⁵³ Krotz, "Antropología y derecho"...*Op. cit.*

tradicional" o "derecho étnico". A diferencia de los países del capitalismo central, donde existe un derecho positivo y nacional que convive sin mayores complicaciones con una concepción tradicional y popular del derecho, existe en América Latina una notable distancia entre el derecho nacional y positivo, por un lado, y los distintos sistemas de derecho consuetudinario de los grupos étnicos, por otro.

En este sentido, podemos entender en un primer momento al derecho consuetudinario como "un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado"⁵⁴ y por el momento nada más subrayar que tienen vigencia dentro del territorio y de la población de uno de los grupos étnicos de la República.

En su presentación de esta problemática Stavenhagen enumera cuatro factores que dan importancia al estudio del derecho consuetudinario: Primero que "el derecho consuetudinario es considerado generalmente como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo". En esta cualidad se manifiesta el derecho consuetudinario en dos distintos planos; los dos planos tienen aplicaciones muy diferentes, pero son estrechamente interrelacionados. En primer lugar se presenta el derecho consuetudinario como el conjunto de reglas explícitas que guía la formación, mantenimiento y funcionamiento de la red de relaciones interpersonales en el ámbito de acción: es decir que viene definiendo la estructura social como esta se manifiesta en la formación de todo tipo de alianzas, y como tal tiene influencia sobre las relaciones de producción en la comunidad. En segundo lugar se presenta como una serie de reglas y conceptos, con frecuencia implícitas y de carácter de axiomas, que viene determinando "la manera de pensar" en la comunidad, y esta manera de pensar por supuesto viene guiando la manera de actuar en la misma comunidad: viene determinando lo que es correcto y lo que es incorrecto, lo que es justo y lo que es injusto.

Segundo que "junto con la lengua, el derecho (consuetudinario o no) constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo".

Tercero que "la naturaleza del derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre dichos pueblos y el Estado". Y cuarto que "el derecho consuetudinario repercute en la forma en que los pueblos indígenas

⁵⁴Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990. p. 27, 29.

gozan o, por el contrario, carecen de derechos humanos individuales, incluyendo lo que actualmente se llama los derechos étnicos o culturales".

El origen de la preocupación acentuada por los derechos "étnicos", "culturales" o "consuetudinarios" se encuentra en el hecho de que "las poblaciones indias de nuestro continente son las más desprotegidas en cuanto a sus derechos fundamentales y esta preocupación se muestra en diferentes hechos, por ejemplo en la publicación, por parte del Instituto Nacional Indigenista, de "Donde no hay abogado",⁵⁵ y de la publicación de programas de la legislación en materia de derecho indígena dentro de los partidos políticos.

El derecho consuetudinario tiene su origen en la historia de la conquista de los países que hoy conforman el capitalismo periférico: en el momento de la llegada de los conquistadores las sociedades y comunidades autóctonas ya habían desarrollado sus propios sistemas de derecho que ya "sobrevivieron" en estado más o menos intacto.

Esta idea de la sobrevivencia es una de las favoritas de cierto tipo de antropólogos (y dentro de otras ciencias sociales, también): se imagina que la ley autóctona es una especie de "ley eterna" que ha sido recibida de quién sabe dónde, mientras que "nuestra ley" es un asunto dinámico y racional. Sin embargo es nuestra opinión que es importante tener en mente que la ley consuetudinaria no es menos dinámica ni menos histórica que la ley positiva. Las leyes consuetudinarias han sufrido modificaciones durante los años de la colonia y del liberalismo, y aún durante los años posrevolucionarios, y que esta ley es también el producto de un proceso histórico específico.

Existe también en los países "modernos" del capitalismo central complejos de leyes consuetudinarias, sólo que no existe un abismo entre las consuetudinarias y las positivas, ya que provienen históricamente del mismo grupo y no de conquistadores y conquistados. Un país que es interesante al respecto es España que, no obstante su problemático papel como "metrópoli" en algún momento de su existencia, tenía que existir bajo la dominación de los árabes y después de 1492 la legislación fue una mezcla de derecho cristiano, judío y árabe. Hasta cierto grado la ley positiva en los países centrales se basa en la ley consuetudinaria y tradicional.

⁵⁵ Gómez, Magdalena y Claudia Olvera, *"Donde no hay abogado"*, Instituto Nacional Indigenista, México, 1990.

2.4. El marco internacional y el problema de los derechos humanos.

Con el descubrimiento del Nuevo Mundo y su conquista empezó el proceso de globalización que de muchas maneras se refleja en la legislación, y también en el marco legal internacional que enmarca la problemática de la legislación alrededor de la población indígena en los diferentes países del mundo. Es digno de recordarse que el inicio de la legislación internacional surge del pensamiento de un español en aquellos años, estrechamente relacionado con la misma problemática de las Indias y los indios: el pensamiento de Francisco de Vitoria, profesor de la Universidad de Salamanca de 1526 a 1546 y, episodio más breve pero mejor conocido, la discusión entre Juan Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas en 1550 en Valladolid. A propósito de esta discusión, bien vale dejar en claro que, derivado de la “derrota” en términos políticos por parte de De las Casas, la consecuencia inmediata fue la de la aceptación e imposición de la idea de que España debería adoptar medidas imperialistas para ejercer el dominio sobre los pueblos y tierras de los indios en el nuevo mundo, sin importar más fuente de legitimidad que el uso de la fuerza, es decir, las bonanzas de la conquista militar; propiciando con ello que toda una fuente de legitimidad basada en las ideas republicanas de la época, quedaran de lado.

En efecto, sí debería basarse el dominio español únicamente en las ventajas del uso de la fuerza, la fundamentación en torno al origen y ejercicio del poder soberano, por parte de la metrópoli, excluía toda posibilidad de avizorar los derechos de estos pueblos, tanto individuales como colectivos, como fuente de legitimidad y legalidad del nuevo poder soberano que se expandía sobre estas nuevas tierras.

Lo que se intenta rescatar como idea es que, al cancelarse toda posibilidad de que la metrópoli –y su soberano- considerasen las instituciones jurídico-políticas desarrolladas por unos pobladores que de hecho existían, para reconocer y asignar derechos, sobre todo aquellos relativos a la libertad y autonomía, las ideas republicanas de Francisco de Vitoria, de de Las Casas y de Alonso de la Veracruz, quedaran canceladas o marginadas en el debate concerniente al reconocimiento de los derechos de los indios del nuevo mundo; inaugurando una tradición política y jurídica de exclusión que se ha heredado secularmente, determinando así, la exclusión sistemática de los pueblos pobladores originarios de este continente.

Olvidadas así las ideas republicanas de de Vitoria, de de Las Casas y otros pensadores de la época en torno a la legitimación del nuevo poder instaurado en la colonia,⁵⁶ se dejó de lado toda posibilidad de avizorar una conformación política que considerara y defendiera los derechos de los pueblos indígenas del arbitrio injusto de los españoles. Dicho en otros términos, con la instauración del imperio español –apoyado por las Bulas papales en donde se declaraba a Carlos V “señor del mundo”- se dió la espalda a la corriente republicana que intentaba legitimar la autoridad política española a partir “...del acuerdo de los ciudadanos que en su conjunto delegan el poder a una persona o grupo, el que tiene la obligación de procurar el bien común, bajo la supervisión de los ciudadanos mismos, quienes conservan en todo momento el derecho a revocar el mandato”.⁵⁷

Pero volvamos a las cuestiones de los derechos humanos. En momentos del colonialismo y de la revolución industrial la discusión de los derechos humanos giraba en torno a la esclavitud y la discriminación racial, y entre las guerras mundiales la discusión se inscribía en el marco de la Liga de las Naciones, pero la discusión más reciente adquiere su actual *status* en la Declaración Universal de los Derechos Humanos elaborado y publicado por la Organización de las Naciones Unidas en 1948, al final de la Segunda Guerra Mundial.

Desde el momento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la problemática fue tratada bajo la forma de "minorías" en general, de las cuales las "minorías étnicas" eran una de varias formas de minorías. Pero el concepto de minoría ha perdido gran parte de su peso e importancia en la actual discusión de la heterogeneidad cultural en la sociedad – por lo menos en la problemática específica de los grupos étnicos - sin por eso desaparecer por completo del discurso. Stavenhagen, por ejemplo, define una minoría como "un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un estado, en una posición de no-dominación y cuyos miembros - siendo nacionales del

⁵⁶ Las ideas republicanas de Francisco de Vitoria y de Bartolomé de Las Casas fueron recuperadas por pensadores como Sigüenza y Gongora, Clavijero, Alegre y Servando Teresa de Mier durante la colonia y nutrieron, siglos después, las ideas de los libertadores, especialmente a Hidalgo, Morelos y Rayón.

⁵⁷ Véase el interesante estudio de Ambrosio Velasco en torno a los orígenes y característica del republicanismo novohispano, fundamentando que, a diferencia del republicanismo italiano, el mexicano-novohispano “...nació multiculturalista en cuanto se preocupaba por defender a los pueblos indígenas del dominio arbitrario e injusto de los españoles...” Cf. Velasco Gómez, Ambrosio, *Republicanism and multiculturalism*. México, Siglo XXI, 2006. Particularmente el capítulo cuarto: *Republicanism novohispano*, p. 84 y ss.

estado - poseen características étnicas, lingüísticas, o religiosas distintas a las del resto de la población y que muestra, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad dirigido a la preservación de su cultura, tradiciones o lengua".⁵⁸ Por su parte, Ibarra Palafox señala que el término minoría "...no debe ser entendido sólo como referido al tamaño proporcional del grupo, sino más bien al espacio que ocupa una cultura es la esfera pública. En efecto, una minoría etnocultural no está determinada por el número de personas que la integran sino por el lugar que ocupa la cultura de esa minoría frente a la cultura dominante."⁵⁹

Más tarde se estudió la existencia de los Grupos étnicos en el marco de las "sociedades plurales". La sociedad plural fue caracterizada como una sociedad donde "los diferentes grupos culturales viven lado a lado sin mezclarse mucho" y, en resumen, "el nacionalismo es en sí, dentro de una sociedad plural, una fuerza disruptiva que tiende a demoler y no consolidar el orden social" y posteriormente, en el contexto del proceso de descolonización en los años 1960, elaborado por Clifford Geertz.⁶⁰ De esta manera, se llegó a la distinción entre instituciones obligatorias (*compulsive institutions*), alternativas y exclusivas.⁶¹ Sobre la base de esta distinción se formulan tres diferentes tipos de sociedades: sociedades homogéneas, heterogéneas y plurales. En las sociedades homogéneas todos los grupos de una unidad política comparten el mismo sistema institucional total (las llamadas sociedades primitivas que típicamente estudian los antropólogos son el mejor ejemplo de este tipo); en las sociedades heterogéneas los grupos de una unidad política comparten el mismo sistema de instituciones básicas, pero participan en diferentes sistemas de instituciones alternativas y exclusivas (típicamente los países del Primer Mundo); en las sociedades plurales los grupos que viven dentro de una unidad política tienen sistemas muy desiguales de instituciones básicas u obligatorias (típicamente las naciones del Tercer Mundo).

⁵⁸ Stavenhagen, hace referencia a Caportoti, para señalar que "en el estado-nación moderno los grupos étnicos o pueblos no dominantes pasan a ser minorías: étnicas, raciales, lingüísticas, religiosas, nacionales o cualesquiera que sean sus características específicas". Véase, Stavenhagen, Rodolfo, y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre* Op. cit., p. 18.

⁵⁹ Cf. Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías etnoculturales* Op. cit. p. 4 y ss.

⁶⁰ Geertz, Clifford, "*The Integrative Revolution: Primordial Sentiments and Civil Politics in the New States*", en Clifford Geertz: "Old Societies, New States", Free Press, New York. Geertz, 1972.

⁶¹ Smith, M. G., "Social and Cultural Pluralism", en *Social and Cultural Pluralism in the Caribbean*, Annals of The New York Academy of Science, 1960, p 769.

Es cierto que, aunque en su momento estos derechos eran revolucionarios ya requieren en la actual discusión una seria modificación en la forma de la aceptación de "derechos humanos de la segunda generación", lo que plantea una honda contradicción en la situación histórica actual no solamente en América, sino en todo el mundo, pues "la segunda generación de derechos humanos no exige un Estado pasivo, sino más bien un Estado activo, responsable, redistribuidor, regulador, que provea los recursos y servicios necesarios para que los derechos económicos, sociales y culturales puedan hacerse efectivos; con razón se afirma que cuando el Estado abdica de su responsabilidad en este campo se reducen las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales".⁶² El neoliberalismo no les ofrece óptimas condiciones a los derechos humanos, ni de la primera ni de la segunda ni de cualquier otra generación.

La conclusión de que los derechos humanos no tienen nada de universal, son específicamente occidentales e individualistas, son una norma impuesta a las comunidades no occidentales y, sin embargo, es importante asegurar que se respeten también fuera del ámbito cultural occidental.

Es curioso notar que la pluralidad étnica, que hoy ha llegado hasta el nivel constitucional en Latinoamérica, originalmente fue considerada como un problema a resolver para llegar a edificar la democracia, sobre todo en el Tercer Mundo, un cambio que se relaciona con la indiscutible crisis en la cual se encuentra el estado-nación en el proceso actual de globalización.

La culminación de una larga serie de declaraciones sobre los derechos de la población indígena en los diferentes países del continente, emanadas de un número de congresos y reuniones; como ejemplos se pueden mencionar: el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, celebrado en *Port Alberni*, Canadá, en 1975; el I Congreso Internacional Indígena de América Central, en Panamá, 24-28 de enero de 1977; la Segunda Declaración de Barbados, firmada en julio de 1977; la Conferencia Internacional de Organizaciones no Gubernamentales, celebrada en Ginebra, Suiza, en septiembre de 1977; y el Primer Congreso de Movimientos Indios de América del Sur, en *Ollantaytambo*, Perú, en febrero-marzo de 1980.

⁶² Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre Op. cit.*, 85.

La manifestación más palpable del estatus y carácter del indígena en el ámbito internacional es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que fue firmado en 1989 y acerca de cuya caducidad gira en la actualidad una viva discusión, es hoy el marco jurídico internacionalmente aceptado del estatus de la población indígena en los diferentes países signatarios.⁶³

Desde este ámbito internacional la cuestión indígena se ha filtrado hacia dentro para ocupar un lugar en las constituciones de la mayor parte de las repúblicas de América Latina, notablemente Panamá, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Colombia, Paraguay, Perú, Bolivia, Argentina y el propio México.

La antropología es una interlocutora estratégica de la jurisprudencia en la cuestión alrededor del *status* jurídico de los pueblos indígenas en el ambiente internacional pero, igual que la jurisprudencia puede solamente construir una imagen parcial de la problemática indígena en el espacio internacional, una visión normativa incrustada en el mundo deber-ser, también la antropología requiere el apoyo y la participación de la jurisprudencia para agregarle a su visión científica la contraparte normativa de la problemática.

En el análisis sobre la interacción de la ley consuetudinaria y la constitucional tenemos que partir del hecho de que hay que tomar en cuenta que "existen tantos derechos consuetudinarios como etnias específicas y diferenciadas", pero "por encima de la diversidad se puede hablar de un conjunto de aspectos comunes que conforman constantemente los campos de conflicto entre el derecho consuetudinario indígena y la ley nacional en América Latina. Estos son: el derecho de la tierra, debido a su significado territorial; la persecución de delitos donde se confrontan valores y normas; y procedimientos de administración de justicia que enfrentan racionalidades distintas de proceder en la justicia".

La interacción es dinámica, pues "las prácticas sociales, las normas jurídicas y los procedimientos que las vinculan, conforman una red bastante compleja en la cual destacan una serie de intersecciones formadas por la concurrencia de dos tipos de procesos: los cambios en el comportamiento de los sujetos sociales (o lo que es el resultado: las

⁶³ Véase, José Emilio Ordóñez Cifuentes (coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*. México, UNAM, 2000.

nuevas situaciones de tales sujetos en el conjunto social), por una parte, y la reforma de la normatividad, por la otra".⁶⁴

2.5. Conclusión: la relación legalidad y la legitimidad.

Gran parte de las complicaciones en la problemática del derecho consuetudinario y su interacción con el derecho constitucional proviene de la interacción e intersección de los problemas de legalidad y legitimidad.

Para Hoebel la ley puede definirse como "una norma social (que) es legal si a la negligencia o infracción de la misma se le opone, por amenaza o de hecho, la aplicación de la fuerza física por un individuo o grupo que poseen el privilegio socialmente reconocido de actuar así".⁶⁵

Señala Clifford Geertz que "todo el mundo sabe que la política de un país refleja el sentido de su cultura, pero ¿cómo mostrarlo?, ¿dónde podría existir la política francesa sino en Francia? Desde 1945 Indonesia ha tenido revoluciones, una democracia parlamentaria, guerras civiles, autocracia presidencial, matanzas en gran escala y un gobierno militar. ¿Dónde está el sentido de todo eso?,⁶⁶ y con mucho mayor razón se puede postular que las leyes de un país, una sociedad o una comunidad reflejen el sentido de su cultura.

Inicialmente podemos decir que la legitimidad precede lógicamente a las leyes, mientras que la legalidad emana de las mismas. En este sentido, tendríamos un modelo así: Cultura - Leyes - Actos

En una situación ideal la legitimidad coincide con la legalidad, en el sentido de que las consecuencias legales que se deducen de las leyes se encuentran moralmente avaladas por los valores de una cultura dada y así legitimadas.

Pero la situación ideal para que se cumpla esta ambición es la absoluta homogeneidad del sistema social dentro del cual se encuentra, y la heterogeneidad que existe aún en el Primer Mundo es todavía más acentuada en el Tercer Mundo donde principalmente se producen los choques frontales entre el derecho consuetudinario y el constitucional.

⁶⁴ Lartigue, Francois y Diego Iturralde, "Antropología jurídica: Perspectivas de investigación", en Diego Iturralde, comp.: *Orden jurídico y control social*, 1-11, México, Instituto Nacional Indigenista (Cuadernos de Antropología Jurídica)

⁶⁵ Hoebel, E. Adamson, "*The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*", Cambridge, Harvard University Press, 1954, pp. 27-28.

⁶⁶ Geertz, Clifford, "*The Integrative Revolution...*Op. cit, p. 262.

Existe una lógica en el hecho de que dos sistemas de derecho sean lógicamente incompatibles, pues tanto un sistema de ley como una cultura son sistemas deductivos que parten de diferentes axiomas y un sistema de doble justicia se puede sostener solamente con una división de jurisprudencias, es decir algún tipo de autonomía con un acercamiento a soberanía.

La lógica del derecho constitucional es individualista, en el sentido de que todas colectividades son derivadas de una sumisión de individuos a través de algún tipo de contrato social, mientras que los diferentes sistemas de derecho consuetudinario son fundamentalmente basados en una visión colectivista donde el individuo existe en cuanto derivado de la colectividad. Sin embargo, es necesario avanzar en la conjugación de dos sistemas aparentemente incompatibles, a través de propiciar una cultura de derechos en América Latina.

Además de ello, el problema medular que permea la discusión de cualquier sistema de derecho es la tensión entre legitimidad y legalidad, donde la legitimidad proviene del factor ético de una cultura y precede la formalización de un sistema de derechos, mientras que la realidad se deduce del sistema de derecho y es posterior a éste. Lo que en un sistema de derecho es legal puede bien ser ilegítimo desde el punto de vista de la misma cultura que abarca el sistema de derecho en cuestión, y en la intersección de dos sistemas de derecho que pertenecen a dos diferentes culturas puede haber coincidencia, pero también incompatibilidad. En el último caso la solución más sencilla es una jerarquización de las dos culturas y sus sistemas de derecho, lo que echa a perder cualquier perspectiva de un derecho consuetudinario autónomo.

El estudio antropológico de la ley consuetudinaria será entonces, tanto con miras a una discusión puramente formal y teórica como con miras a la formulación de carácter más práctico de un sistema de coexistencia del derecho consuetudinario y el constitucional.

De tal manera que, los retos de la antropología jurídica están por desarrollarse, entre otros encontramos la necesidad de elaborar:

Un estudio de las normas y de los sistemas normativos de los pueblos indígenas, un estudio que incluirá una investigación de los procedimientos jurídicos en estos pueblos.

Un estudio del proceso histórico que ha llegado a producir estos sistemas normativos, pues sin una comprensión de este proceso histórico se pierde la esperanza de entender de qué manera han llegado a cumplir una función en las comunidades en cuestión.

Un estudio del significado culturalmente específico de los elementos de estos sistemas normativos, pues una cultura es un sistema coherente con una lógica suya que se articula también de una manera sistemática y coherente con la expresión explícita de las normas que conforman el derecho consuetudinario.

Un estudio de las confrontaciones entre un sistema específico de derecho consuetudinario con el correspondiente sistema de ley constitucional, pues de esta particular historia se desprenden las áreas de conflicto entre los dos sistemas.

Finalmente, un estudio de las aplicaciones de la aceptación dentro del sistema de derecho constitucional de un determinado sistema de derechos consuetudinarios, pues éstas son las consecuencias prácticas de aceptarlo.

2.5.1. El debate actual, sus tendencias.

Si bien hemos configurado el trazo que ha seguido el debate llevado a cabo para la sistematización de una antropología del derecho, los estudios actuales se han centrado en torno a dos cuestiones específicas, *primeramente*, que el “problema” de los derechos de las minoría ha dejado de ser exclusivo de la antropología, la historia, la sociología y acaso la historia, para trascender a la teoría política y cuestionar en toda su amplitud a la teoría general de derecho; en *segundo lugar*, que las discusiones entre la relación política y cultura, que se habían desarrollado en la dicotomía liberalismo *versus* comunitarismo, ha ampliado su terminología hasta llegar a cuestionar las instituciones fundamentales que han venido dando forma a los Estados-nacionales. De esta manera, la ciudadanía se ve cuestionada por la necesidad de imaginar formulas que den trato diferencial a grupos culturalmente distintos que hasta hace poco habían recibido, jurídicamente, el trato de ciudadanos. O bien, la soberanía del Estado, sea entendida desde una concepción weberiana, como monopolio de la violencia, sea entendida con Gellner, como atributo estatal para la conservación del orden, ha venido a ser cuestionada, igualmente, a partir de la demanda de autodeterminación, a través de la autonomía, que los pueblos indígenas han desarrollado. O bien, el mismo concepto de Estado-nación se ve confrontado a la idea de nación pluricultural, en

este sentido. Como *tercera reflexión*, que si bien el debate ha seguido una línea claramente marcada que comienza con lo que Kimlicka llama "predebate"⁶⁷, en donde los argumentos se desarrollan en una confrontación entre liberales y comunitaristas, y que dado el escaso conocimiento que sobre la materia se tenía –situémosnos en la década de los años ochenta-, se tendía a buscar analogías en la teoría política, vaciando el asunto en cuestiones como la libertad de los individuos o la supremacía de lo colectivo sobre lo individual. En un segundo momento, -lo que Kimlicka llama segunda etapa-, que el centro de discusión se traslado a saber porqué estas minorías etnoculturales necesitan de la protección de los derechos de las minorías, y si esto sería compatible dentro de un esquema liberal. Evidentemente, se partía de la idea de que los derechos de las minorías eran sustancialmente liberales, por lo que la cuestión se centraba, entonces, en saber "cómo acomodar correctamente -estos derechos- dentro de una teoría liberal", ¿acaso no eran suficientes, si los derechos de las minorías eran liberales, los derechos propios de la ciudadanía?

Sin embargo, la cuestión es de saber de dónde los liberales desprendían la idea de que los derechos de las minorías tenían un carácter liberal. La cuestión era simple, pues encuentran un vínculo entre *autonomía* y *cultura* para desprender sus argumentos. En efecto, autonomía y cultura equivalían a la idea de *liberalismo y cultura*; así, la *autonomía de los individuos* para elegir una *buena vida*⁶⁸ estaba ligada con las posibilidades de acceder a la *cultura*. De ello se desprende que el principio de la *autonomía* es el eslabón que permite dialogar el liberalismo con los derechos de las minorías. Kimlicka señala que estos derechos no sólo son consistentes con la libertad individual, sino que la fomentan. De esta manera, este autor sostiene que debe concebirse una *cultura societal* que proporcione a sus miembros formas de vida significativas, a través de un abanico de actividades humanas, incluyendo "la vida social, religiosa, recreativa, económica, jurídica, abarcando la esfera pública y privada, asimismo, las culturas sociales tienden a concentrarse territorialmente y se basan en una lengua compartida."⁶⁹

⁶⁷ Citado en Ibarra Palafox, *Minorías etnoculturales...Op. cit.* p. 11 y ss.

⁶⁸ En este punto, el autor equipara la idea de buena vida a los modelos que de ella se tengan en la clase media, además de dos condiciones previas, "la primera es que dirijamos nuestras vidas desde adentro, de acuerdo con nuestras convicciones...; la segunda (...) es que seamos libres para cuestionar estas creencias (...). De esta manera, nuestra elección sobre la *buena vida* para nosotros será plenamente autónoma."

⁶⁹ Kymlicka Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Tomado de Ibarra Palafox, *Minorías etnoculturales...Op. cit.* p. 13, 14 y ss.

Finalmente, un tercer momento del debate es el que se desarrolla hoy en día, y que ha centrado las investigaciones de la multiculturalidad vinculados a los principios de justicia, en donde la cuestión central es de saber y explicar “la forma en que las minorías culturales pueden convivir con el Estado liberal y sus instituciones políticas básicas. De esta manera, la cuestión se trasladó a investigar “...si las relaciones que se tienen lugar entre el Estado nacional y sus principales instituciones políticas (nación, federalismo, autonomía, ciudadanía o la democracia) se dan en términos de justicia...”, y de no ser así, pues habrá que centrarse en “...los arreglos institucionales para su perfeccionamiento, es decir, para que estos arreglos institucionales se den en condiciones justas para las minorías.”⁷⁰ En este sentido, los criterios para determinar la existencia de justicia –o la ausencia de ésta-, que después serían principios normativos, son: asegurar “...para los integrantes de las minorías etnoculturales el goce de los derechos y las libertades básicas que ofrece una sociedad liberal. Y en segundo lugar, asegurar “...para estas minorías la igualdad de oportunidades para acceder a los beneficios socioeconómicos y a los puestos del Estado.” Según estos autores liberales, en este razonamiento están implícitos los principios de libertad e igualdad, propios de toda organización liberal.

Como preludeo al siguiente capítulo, colofón de este, es necesario precisar que los referentes conceptuales utilizados aquí para dar cuenta de una antropología jurídica, en tanto estudiosos de lo “jurídico”, han sido elaborados con el fin de “poner en perspectiva” la idea de interdisciplinariedad que el estudio de lo cultural sugiere, con la firme convicción de ampliar el “objeto” de estudio de una ciencia jurídica que necesitaba de encontrar otros referentes. Evidentemente, la crítica a las ideas generales -sobre todo antropológicas- que se han esbozado en este estudio podemos encontrarlas mejor desarrolladas en los estudios de Jesús María Serna Moreno⁷¹

En fin, con lo dicho hasta aquí tenemos ya una visión en conjunto del debate sobre los derechos de la antropología jurídica. Hemos argumentado sobre las limitaciones que encuentra en un momento determinado la teoría general del derecho para explicar una realidad

⁷⁰ *Ibidem.* p. 26.

⁷¹ Serna Moreno, Jesús M., *México, un pueblo testimonio. Los indios y la nación en nuestra América*. México, UNAM-Plaza y Valdés, 2001. asimismo en Ribeiro, Darcy, *Las Américas y la civilización*, México, UNAM-Colección latinoamericana, 1977. Díaz Polanco, Héctor *et. al. Indigenismo, modernización y marginalidad. Una revisión crítica*. México, Juan Pablos Editores, 1979.

pluricultural, haciendo evidente y necesario su aproximación interdisciplinaria. Particularicemos ahora nuestros argumentos en torno al constitucionalismo mexicano y problematicemos la recepción y tratamiento que ha dado a la cuestión desde la conformación del Estado-nación mexicano.

CAPITULO TERCERO

La cuestión indígena en el sistema de Derecho Internacional

La negación del derecho del colonizado comienza
por la afirmación del derecho del colonizador;
lo es de un derecho colectivo por uno individual,
más concretamente como derecho de propiedad privada,
que es derecho ante todo del individuo sobre sí mismo.
El orden de la sociedad habrá de responder a la facultad del individuo.
No hay derecho legítimo fuera de esta composición

Bartolomé Clavero

3.1. Evolución histórica del derecho internacional. Contradicción de principios.

Lo que ahora conocemos como derecho internacional, (y que hasta el siglo XVIII fue llamado “derecho de gentes”), fue una consecuencia directa del descubrimiento de América, pues con este hecho se propició que se desataran una serie de controversias y disputas en torno a la cuestión de la ocupación de las tierras “vacantes”, al “estatus” legal de los indígenas que las ocupaban, a las pretensiones de legitimidad del dominio español sobre pueblos y tierras de los indios del nuevo mundo, a la defensa de los derechos individuales y colectivos de éstos, y entorno a la “guerra justa” que la situación ameritaba. En nuestra época contemporánea, podemos comprender al derecho internacional, desde una óptica general, como regulador de las relaciones entre diversos sujetos internacionales. Contradictoriamente, los pueblos indígenas no son estrictamente considerados dentro de los sujetos que regula el derecho internacional, a pesar de que es justo en ese ámbito en que se han abierto causas de vanguardia, en donde el sistema jurídico indígena ha logrado mayor sistematicidad.⁷²

En efecto, la dimensión internacional de los derechos indígenas se ha venido evidenciando principalmente en las convenciones, en los acuerdos y en las resoluciones de organismos supranacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización Internacional del trabajo (OIT).

⁷²Cf. González Galván, Jorge Alberto, “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT”, en José Emilio Ordóñez Cifuentes (coord.), *Análisis interdisciplinario Op. cit.* pp. 81-97.

Sin embargo, la protección de estos grupos o minorías⁷³ no es un fenómeno contemporáneo, dado que ya en el siglo XVI existían disposiciones especiales en los tratados bilaterales que aseguraban, en ese momento, la libre práctica religiosa. Posteriormente, luego que el tratado de Versalles entra en vigor, existía un principio de protección de minorías en el seno de la Sociedad de Naciones dada la complejidad en el panorama étnico-nacional europeo. A pesar de que dicho sistema perdió vigencia con la segunda guerra mundial, deja una importante herencia de ideas al derecho internacional, especialmente el concepto de autodeterminación de los pueblos y el equilibrio pacífico de las naciones.⁷⁴

En este sentido, si antes de la segunda guerra las naciones gozaban de una personalidad legal y de una protección especial, después de este conflicto, la concepción de la jurisprudencia internacional deja de ser colectiva para devenir una concepción donde se privilegia a las personas, quienes pasan a ser sujetos de los derechos humanos, cuya pretensión es universal. Esta lógica se ha venido instalado desde entonces y ha prevalecido en la concepción de preceptos jurídicos – Declaraciones, Convenciones, Protocolos, etc- concernientes a nuestro tema.

Lo contradictorio de la cuestión, del hecho de que, de mejor manera en “tiempos prácticamente feudales se reconociera mejor el derecho de los colonizados” antes que en nuestros tiempos de derecho e instituciones constitucionales, tanto internacional como estatal-, ha sido rastreada por Bartolome Clavero⁷⁵. Si se traza una línea histórica para apreciar el cauce en que esta contradicción se desenvuelve, nos encontramos con

⁷³ De acuerdo con la Directriz Operacional OD-4 20 “ Los términos “*poblaciones indígenas*”, “*minorías étnicas indígenas*”, “*grupos tribales*” y “*tribus registradas*” describen a grupos sociales con una identidad social y cultural distinta a la de la sociedad dominante, que los hace vulnerables y los pone en desventaja en el proceso de desarrollo. Para los fines de esta directriz, el término “poblaciones indígenas” será utilizado para referirse a estos grupos.

Las poblaciones indígenas pueden ser identificadas, en determinados grados, de las siguientes características: a) Gran apego al territorio ancestral y los recursos naturales de esas áreas; b) Identificación propia, e identificación por otros, como miembros de un grupo cultural distinto; c) Una lengua indígena, comúnmente diferente a la lengua nacional; d) Presencia de instituciones sociales y políticas consuetudinarias; y e) Producción principalmente orientada hacia la subsistencia”. Cf. Banco Mundial, *Directriz Operacional OD 4.20, Pueblos Indígenas*, septiembre de 1991, *Pueblos Indígenas*, septiembre 1991.

⁷⁴ Cf. Lowe, Norman, *Guía ilustrada de la Historia Moderna*, México, FCE, 1995, p. 235-240.

⁷⁵ Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo XXI. México. 1994, p. 2 y ss.

cuestionamientos que relativizan los avances, y revelan las ambigüedades del sistema internacional hoy en día. En efecto, “¿cómo puede ignorarse por el derecho internacional de tiempo constitucional un reconocimiento tan elemental –el de los derechos indígenas- que no había siquiera faltado en época precedente?, ¿por qué entonces y no ahora han tenido cabida institucional unos derechos indígenas?, ¿por qué se tuvo en aquel tiempo en que el Derecho Internacional casi no estaba articulado ni constituido como ahora?”⁷⁶ Clavero lleva su argumentación hacia la necesidad de ampliar la cultura constitucional que dé real cabida al derecho indígena, de esta manera, “para superar la indiferencia constitucional y una inequidad social, el derecho indígena se antepone mientras que la referencia constitucional, se amplifica y se relativiza.”⁷⁷

Además de ello, responde a sus cuestionamientos resaltando el “prejuicio jurídico” que se formaba en aquel entonces y que subsiste en nuestros tiempos, pues las raíces de la exclusividad cultural habían encontrado terreno fértil, y en ello radicaba la exclusión, la ignorancia, el desprecio, la supeditación de cualquier derecho indígena “...el principio privativo, la exclusividad cultural, la presunción civilizatoria, este imperialismo de fondo. Fuera de ella podía haber prácticas religiosas, pero no religión propiamente dicha; podía haber costumbres jurídicas, pero no derecho propio, derecho que pudiera tener legitimidad y autoridad por sí mismo.”⁷⁸

De esta manera, el desarrollo del sistema de derecho internacional había transitado de un incipiente reconocimiento del derecho indígena, al menos de una consideración que permitía el avance de la empresa civilizatoria en aquel entonces, hacía una concepción en donde éste quedaba subordinado al derecho del colonizador, a “La negación del derecho del colonizado (que) comienza por la afirmación del derecho del colonizador; lo es de un derecho colectivo por uno individual (...)”⁷⁹.

Para los fines de nuestro trabajo, destacamos, además de este recorrido, que allí, en el ámbito internacional, comienza a concebirse al derecho como facultad del sujeto, sin importar el orden de una sociedad; allí comienza a tener sentido de capacidad subjetiva, en detrimento del ordenamiento objetivo. En este sentido, el sistema

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Ibidem*, p. 1

⁷⁸ *Ibidem*, p. 6

⁷⁹ *Ibidem*, p. 22

jurídico internacional privilegia, antes que el derecho de los pueblos indígenas, la capacidad subjetiva de sus integrantes para hacer valer sus derechos, dados de antemano por la cultura jurídica dominante: los derechos humanos. En efecto, “el orden de la sociedad habrá de responder a la facultad del individuo. No hay derecho legítimo fuera de esta composición”⁸⁰

Dado lo anterior, se colocaba al sujeto indígena en tanto pueblo, comunidad o nación en la antípoda de un sistema internacional. Las consecuencias de este hecho, de esta no mención específica del sujeto “pueblos indígenas” en dicho sistema habían tenido resultados visibles, la más evidente era “la insuficiencia de reglas internacionales con carácter específico e inalienable referentes a las poblaciones indígenas”. Ya lo evidenciaban los tratados de derecho internacional público a finales del siglo XX, donde podía rastrearse no sólo esta insuficiencia de disposiciones, sino donde se constataba que “la aceptación y la observancia –de dichas disposiciones- hasta nuestros días habían sido poco efectiva (...)” y además, que en los estudios y “reportes a nivel mundial sobre las violaciones a gran escala de los derechos indígenas, contenían, frecuentemente, acusaciones de etnocidio, apartheid y genocidio”, y además, que esta era su nota característica.⁸¹

No obstante, el panorama de los derechos indígenas a escala internacional ha encontrado una apertura considerable en las últimas décadas. Es así como, en términos generales, podemos distinguir dos tipos de entidades internacionales que han venido ocupándose del tema, a saber: el sistema universal de derechos humanos, dirigido por la ONU, y el subsistema de organizaciones regionales en América, Europa y África.

3.1.1. La organización de las Naciones Unidas. Laberinto documentario. En los umbrales de derecho colectivo.

Fundada en 1945, la Organización de las Naciones Unidas ha venido construyendo, a lo largo de los últimos sesenta años, un régimen internacional de derechos humanos, en donde los pueblos indígenas, ya no sólo el sujeto indígena, han ido cobrando mayor importancia. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 constituye el punto de partida, la piedra angular de este organismo; poco importa que

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ Alfredsson, Gudmundur, in Bernhard, Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, 1995, p. 948.

este instrumento no tenga fuerza vinculativa entre los estados suscriptores, es decir, que no exista una obligación carácter legal – evidentemente si de carácter moral- que exija el cumplimiento de sus preceptos. A pesar de ello, algunos de los principios allí contenidos, como el de la igualdad, la no discriminación, etc. devienen normas morales de carácter cuasi-obligatorio, y cuya no-observancia podría ser contradictoria, y costar muy cara, en términos políticos, a los gobiernos que se desentiendan de ella.

En 1966 la Asamblea General de la ONU adoptó dos convenciones internacionales que especificaban y amplificaban los derechos de la Declaración de 1948: el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional relativo a los Derechos Económico, Sociales y Culturales (PIDESC). Ambos entraron en vigor desde 1976 y, sumados a la Declaración Universal, a las disposiciones sobre derechos humanos de la Carta de la ONU, y al PIDCP (que permite reclamaciones de particulares ante el Comité de los Derechos Humanos), constituyen el conjunto de normas que integran la Carta Internacional de los Derechos Humanos.⁸²

Desde esta perspectiva, podemos extraer de esta gran cantidad de documentos producidos en el seno de la ONU, tres principios que harán precisar nuestra investigación:

En primer lugar, que la ONU ha venido dando un sentido universalidad a los Derechos Humanos de carácter individual...“sin distinción alguna de razas, sexo, color, idioma, religión, opinión o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, tal cual lo establece la Declaración Universal (Art. 2) siguiendo la lógica general de la Carta de la organización (arts. 1º, 3º y 55ºc). Esta aspiración igualitaria, junto con la prohibición de discriminación, han sido retomadas por el constitucionalismo mexicano, y en general ha sido adoptada por la tradición constitucionalista latinoamericana.⁸³ Ambos principios consagrados en el artículo 2 de la

⁸² Buergenthal, Thomas *et. al. Manual de Derecho Internacional Publico*, México, FCE, 1994. p. 96 y *ss.*

⁸³ La Constitución argentina, por ejemplo, le otorga a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que a otros tratados, “jerarquía constitucional” (art. 75, 22º); Bolivia, por otra parte, es el único país que reproduce casi literalmente el artículo 2º de la Declaración en el artículo 6 de su constitución ° “Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de **los derechos, libertades** y garantías reconocidas por esta Constitución, **sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole**, origen, condición económica o social u otra cualquiera.” (el

Declaración han sido reproducidos integralmente en la Constitución Política del estado mexicano:

Art. 1

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.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por otro lado, en su artículo 133, la Constitución mexicana asigna a la Declaración Universal, así como a otros tratados internacionales, una jerarquía al interior del orden jurídico:

Art. 133.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado respecto del lugar jerárquico que deben ocupar las disposiciones internacionales, estableciendo que “los tratados internacionales se sitúan jerárquicamente por encima de las leyes federales y por debajo de las normas contenidas en la Constitución Política”.⁸⁴

En segundo lugar, que la ONU ha retomado la idea de un derecho colectivo. En la carta de esta organización ha existido siempre un reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos (Art. 1, 2 y 55), y en las prerrogativas de los dos Pactos Internacionales ya mencionados leemos que “Todos los pueblos tienen el derecho de disponer de ellos

subrayado es mío). Chile y Uruguay constituyen una excepción, pues sus tradiciones constitucionales conservan los tintes liberales y limitan los derechos humanos a las libertades y no conciben la condena explícita del racismo.

⁸⁴ Cf. Tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Tesis P. LXXVII/99, IX época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X. México, Noviembre 1999, p. 46.

mismos. En virtud de este derecho, determinan libremente su estatus político y aseguran libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Art. 1).

Desde la ONU no se ha explicitado si el término “pueblo” debe entenderse en el sentido de nación (un Estado) o a si incluye a naciones minoritarias. Dado que la idea de libre determinación se produce en un contexto de descolonización, que favoreció a que muchas naciones lograrán su independencia y a que reforzaran su estructura política, dicho concepto no estaba destinado a problematizar, y eventualmente reglamentar, el estatus que adquirirían las minorías dentro de la estructura política de estas naciones incipientes.

Sin embargo, el Convenio 169 de OIT si ha avanzado en la precisión del termino “pueblo”, de esta manera: “La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional.” (Art. 1). Y justamente en el derecho internacional, pueblo es equiparado a nación, y éste a su vez, ligado a los estados que le representan.

Por otro lado, el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) contempla la existencia de algunos derechos que todos los miembros de minorías tienen en común, sin detrimento de que su goce implique al individuo que los hace valer pierda su especificidad étnica, religiosa o lingüística, así, “En los estados donde existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, las personas que pertenezcan a estas minorías no pueden ser privadas del derecho de gozar, al igual que los otros miembros del grupo, su propia vida cultural, de profesar y practicar su propia religión y de utilizar su propia lengua.” (Art. 27)

En tercer lugar, además de estos instrumentos de protección individual y colectiva⁸⁵ cuyo antecedente hemos delineado, han aparecido numerosas investigaciones que se ocupan de cuestiones relativas a los derechos indígenas *universales*, notablemente textos como *Interculturalismo y justicia social*,⁸⁶ *Teoría de los derechos de los Pueblos Indígenas*,⁸⁷ *Pluralismo Jurídico y Pueblos Indígenas*,⁸⁸

⁸⁵ Aquí podemos agregar a las Convenciones y Protocolos vistos, las Convenciones relativas a la Prevención del Crimen de Genocidio (1948) y la Convención relativa a la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965).

⁸⁶ Olivé, León, UNAM, México, 2006.

⁸⁷ Chacón Rojas, Oswaldo, UNAM/Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2005.

⁸⁸ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), UNAM, México, 2005.

Minorías etnoculturales y Estado nacional,⁸⁹ *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*,⁹⁰ además del estudio de José Martínez Cobo,⁹¹ cuya contribución más importante ha sido, precisamente, la definición legal del precepto de pueblos indígenas:

“Las comunidades, los pueblos y las naciones indígenas son aquellas que, teniendo una continuidad histórica con la pre-invasión y con las sociedades precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad dominante en sus territorios, o en una parte de ellos. Éstas forman actualmente los sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y comunicar a las futuras generaciones sus territorios hereditarios, y su identidad étnica, como base de su existencia continua en tanto pueblos, según sus propios modelos culturales, instituciones sociales y sistemas legales”

Además, distintos proyectos de declaraciones sobre los derechos indígenas, concebidos en el seno de la ONU, han contribuido al reconocimiento de los pueblos indígenas como tal. Así, las innovaciones de la Declaración de 1994 como: la postulación del derecho a la libre determinación de los indígenas en tanto pueblos (art. 3), la personalidad jurídica colectiva (art. 6), la característica de inalienable de las tierras comunales (art. 7), la conceptualización de los territorios indígenas (que incluye las “tierras”, el aire, las aguas, el mar, la fauna, la flora y todos los recursos que tradicionalmente has ocupado, poseído o utilizado estos grupos (art. 26), la restitución de tierras históricas (art. 27), el derecho a la propiedad intelectual del conocimiento ancestral (art. 29), la participación en los proyectos de desarrollo económico (art. 30), y *el last but not least*, la autonomía “en sus cuestiones internas” (art. 31); que al aprobarse, han modificado sustancialmente la estructura de los Estados-nación implicados.

3.1.2. La Organización Internacional del Trabajo: el Convenio 169.

Paralelamente al sistema internacional organizado por la ONU, la OIT, en tanto dependencia especializada de aquélla, y que se ocupa de cuestiones de derecho laboral, tecnología y subdesarrollo y pobreza

⁸⁹ Ibarra Palafox, Francisco, UNAM, México, 2005.

⁹⁰ Saucedo González, José Isidro, UNAM, 1999.

⁹¹ José Martínez Cobo, « Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas », (extracto) de 1987.

extrema, ha desarrollado disposiciones que han favorecido el debate y ampliación de los derechos de las poblaciones “originarias”.

Esta organización ha emitido dos resoluciones que han tenido impacto en la política indigenista de los países signatarios: la convención 107, cuya característica fue claramente integracionista debido a la época en que ésta se concibió (1957). Véanse sus postulados: “incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y *a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países*” (art. 2).⁹² Además, véase la ampliación del integracionismo en lo referente al derecho consuetudinario, “Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.” (art. 7). Sin embargo este convenio 107 también contempla la valorización de las lenguas indígenas (art. 23), ciertos derechos sobre la tierra como la propiedad colectiva (art. 11) y la asignación de tierras adicionales (art. 14a).

Este Convenio 107 fue revisado por el 169,⁹³ que se ha convertido hasta ahora en la herramienta más eficaz y avanzada en materia de derechos indígenas, avanzando el pensamiento jurídico en la materia. ¿Cuáles han sido, entonces, las contribuciones más importantes de esta disposición, que han hecho de ésta referencia indispensable?

Pues esta resolución retoma las contribuciones de la antropología moderna, además de experiencias constitucionales como la brasileña de 1988 y la nicaragüense de 1987. Así, este convenio logra situar el aspecto de la identidad indígena en la consciencia que de ella tengan los individuos (art. 1). También, vemos un gran avance en que las comunidades por vez primera vienen a ser considerados pueblos –en el entendido de que pueblo no debe interpretarse en el sentido que a este término confiere el derecho internacional-. Aunadas a las disposiciones que ya el convenio 107 había considerado (reconocimiento del derecho consuetudinario, propiedad colectiva, dotación de tierras, contenidas ahora en los artículos 8°, 13° y 19°, respectivamente), el Convenio 169 muestra adelantos conceptuales, como la declaratoria de que los indígenas merecen protección especial como grupo cultural: La acción

⁹² El subrayado es mío.

⁹³ Por cuestiones de técnica jurídica, los países que ratificaron el Convenio 107 y que no han ratificado el 169 que lo revisa, el primer Convenio sigue en vigor para éstos. Es el caso de Argentina, Brasil, Ecuador, El Salvador y Panamá.

estatal, entonces, debe ayudar “a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida” (art. 2 c).

Aparece también el novedoso principio de coordinación y participación de los indígenas en todas las cuestiones que les puedan afectar, especialmente en los planes regionales de crecimiento económico:

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y a controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional susceptibles de afectarles directamente. (art; 7, 1°. Véase también art. 2 y 15)

Este principio, que fue retomado por la Constitución mexicana en su artículo 2, ha venido afianzándose como punto de referencia en las reivindicaciones de las organizaciones indígenas para detener el despojo de tierras y la sobreexplotación de los recursos naturales de sus territorios.⁹⁴ Tenemos también que este Convenio estableció otra innovación: el establecimiento de la educación plurilingüe y multicultural (art. 27 y 28).

Un avance notable lo tenemos en lo relativo a la “tierra”, cuya definición se amplió al espacio de reproducción cultural y psíquica de los pueblos.

”La utilización del término « tierras » (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo cual cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera.” (art. 13, 2°),

y...

“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente

⁹⁴ Cf. Durand Alcántara, Carlos Humberto, “La tierra, raíz y razón de ser de los pueblos indios”, en *Revista Alegatos* N° 28, septiembre-diciembre, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1994. pp. 441-446.

utilizadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá presentarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. (Art. 14, 1º)

Tenemos entonces que el Convenio 169 diseñó un instrumental jurídico que se adecuó a las poblaciones nativas; sin embargo, aún quedan imprecisiones y ambigüedades en la terminología, notablemente en lo que concierne al concepto de autodeterminación de los pueblos indígenas pues se utilizan expresiones como “respeto de las prácticas institucionales” cuando se trata de conceptos como el de la “autonomía” y el de “administración de la justicia propia”. También omite el tema de la propiedad intelectual, no existe una oposición clara a la privatización de las tierras y no contempla mecanismos claros de participación de los pueblos en la verificación de la eficacia del Convenio.⁹⁵ A pesar de ello, este Convenio supera los límites del legalismo individualista propuesto por la ONU.

3.1.3. El sistema interamericano de Derechos Humanos.

¿Cuáles son las características de los derechos humanos en América Latina? Diremos que los conceptos que dan forma a esta tradición jurídica han sido influenciados por el liberalismo clásico e, indudablemente, por la Declaración Universal. Es decir, podemos ubicar a estas distintas “agencias regionales” como complemento de las disposiciones legales que emite la ONU.

De esta manera, el sistema interamericano ha venido construyéndose a partir de dos fuentes legales, que prácticamente funcionan en paralelo : por un lado, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), y por otro lado, la Convención Americana relativa a los Derechos del Hombre.

La Carta de la OEA fue presentada en Bogotá, Colombia durante los trabajos de la IX conferencia interamericana y tiene vigencia desde

⁹⁵ Cf. Chambers, Ian, « El Convenio 169 de l'OIT : avances y perspectivas » (un comentario de Magdalena Gómez Rivera), en Gómez (coord.), Derecho Indígena. Seminario Internacional. INI. 1997 : 123-137. También véase, Ordoñez Cifuentes, José Emilio (coord.), *Análisis interdisciplinario...Op. cit.*, particularmente “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT” de Jorge Alberto González Galván, pp. 81-97, y “La consulta nacional zapatista en el marco del Convenio 169 de la OIT”, de Miguel Sámano Rentería, pp. 175-187

1951. Este documento es el fundamento de la OEA dado que organiza el funcionamiento de su Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de obligar a los gobiernos que son parte de la OEA al cumplimiento de los derechos humanos. Sin embargo, no existen en el citado documento disposiciones relativas a los pueblos indígenas. Este tratado multilateral fue enmendado por el Protocolo de Buenos Aires en 1967 (en vigor desde 1970), y otros más, como el Protocolo de Cartagena de Indias (1985), de Washington (1992) y de Managua (1993).

De este sistema interamericano, basado en la Carta de la OEA, se desprenden distintos instrumentos legales de protección a los derechos humanos. Por una parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, promulgada en 1948, y que viene a suplir la falta de mención y definición con relación a esta temática en el documento fundacional. En efecto, la Carta de la OEA se limitaba a mencionar “los derechos fundamentales del individuo sin distinción de raza, nacionalidad, credo, sexo” (art. 3, 1), pero no especificaba las características específicas de estos derechos. La Declaración Americana llena este vacío legal estableciendo una lista de aproximadamente 20 derechos humanos y 10 obligaciones que incluyen tanto preceptos clásicos –como el derecho a la vida y a la libertad- así como elementos sociales –derecho de asociación (sindical), derecho a la educación, etcétera-. A pesar de este avance, esta Declaración se muestra demasiado limitada en temas como la protección de la propiedad individual y *colectiva*, que si garantiza la Declaración Universal (art. 17), con ellos, este derecho se vuelve exclusivamente personal (art. XXXII), la elección como derecho (art. 21.1 de la Declaración Universal) se torna un deber (art. XXXII) y las obligaciones de los ciudadanos se ensanchan de una forma desconocida: la obediencia a la ley, el servicio militar, el pago de impuestos y la obligación de trabajar forman parte de este mayor énfasis en la autoridad.

Por otro lado, aunada a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, se aprobó en la citada IX Conferencia de la OEA, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, que se ocupa principalmente de derechos laborales, y de la cual se desprende un artículo que se ocupa de la temática indígena:

En los países en donde exista el *problema de la población aborígen*⁹⁶ se tomarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, resguardándolo de la opresión y explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación. El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales, extractivas o cualesquiera otras fuentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con éste, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas. Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños (art. 39).

El párrafo anterior es revelador de la acción estatal indigenista que consiste esencialmente en la percepción de los indígenas como un “problema” y la subsecuente propuesta para protegerlos y ejercer sobre ellos una tutela sistemática con el fin de subordinar al proyecto nacional la explotación de sus recursos naturales.

No obstante, en el seno de la OEA, específicamente en la Comisión Interamericana de Derechos, surgió un proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que no sólo se orienta en los lineamientos establecidos por el Convenio 169 de la OIT (1989), sino que incluso lo supera en algunos aspectos, como la actualización de la terminología. Habla, por ejemplo de “filosofía y concepciones lógicas” indígenas art. VIII, 1°) en vez de “aspiraciones y formas de vida”, y de “derecho indígena” (art. XVI) en vez de “derecho consuetudinario”. También se refiere al tema del *copyright*.

Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento y a la plena propiedad, control y protección de su patrimonio cultural, artístico, espiritual, tecnológico y científico, y a la protección legal de su propiedad intelectual a través de patentes, marcas comerciales, derechos de autor y otros procedimientos establecidos en la legislación nacional; así como medidas legales para asegurarles status legal y capacidad institucional para desarrollarla, usarla, compartirla, comercializarla, y legar dicha herencia a futuras generaciones (art. XX, 1).

La segunda gran línea del sistema interamericano se los derechos humanos se basa en la Convención Americana de los Derechos Humanos, producto de la Conferencia Interamericana sostenida en San José, Costa Rica en 1969. Los llamados “pactos de San José” no afectan a todos los miembros activos de la OEA, sólo a los países que se hayan adherido a este convenio –a saber 25, faltando los EUA y

⁹⁶ El subrayado es mío.

Canadá, entre otros-. La Convención instituye la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y el Tribunal Interamericano de los Derechos Humanos, además de garantizar una amplia gama de derechos civiles y políticos. Fuera de los derechos patrimoniales (art. 18), esta convención no ofrece innovaciones de consideración en el sistema.

¿Cómo podemos, entonces, evaluar los postulados de los documentos del sistema interamericano de derechos humanos? Después de la revisión de éstos, advertimos un estricto apego a la legislación internacional de los derechos humanos, específicamente a la Declaración Universal, mostrando poca originalidad, fuera de lo dicho hasta aquí, con relación a la materia indígena. Además de ello, este conjunto de documentos ha sido incapaz o insuficiente frente a la violación sistemática de los derechos humanos en América Latina. Sumado a esto, las poblaciones indígenas no se vieron más favorecidas por una legislación que se tornó más individualista que la propia Declaración Universal.

3. 2. Conclusiones

En este punto, es necesario remitirnos al concepto de “derecho indígena”, una vez que estamos en condiciones de ampliar la visión general de dicho término, así tenemos que: existen tres dimensiones legales del derecho indígena, una que concierne a la aplicación de este derecho en la comunidades y pueblos indígenas (los Triquis por ejemplo). Una segunda que concierne a la aplicación de la legislación del Estado mexicano a dichas poblaciones. Y una tercera que se desprende de las disposiciones en la materia en el ámbito internacional y regional.⁹⁷

Una vez situado en esta perspectiva, nos encontramos con la necesidad de definir las jurisdicciones de cada instancia, sea local, estatal o internacional. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – de acuerdo a la Convención- conoce y resuelve sobre comunicaciones que denuncian violaciones de los derechos humanos proclamados por la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta comisión, a diferencia de su similar europea, que fue el modelo de referencia, si permite la petición individual de personas u organizaciones no gubernamentales que no hayan sido víctimas de algún incumplimiento. Tenemos entonces que las competencias

⁹⁷ Cf. Varese ; Stefano, «Derechos étnicos en el Perú», en Stavenhagen, *et. al. Entre la ley...Op. Cit.*, 1988, p. 317-340.

jurisdiccionales de este órgano se ven ampliadas respecto de los Pactos Internacionales de la ONU, pues no sólo exige la observancia y la traslación de las reglas concordadas al nivel legislativo nacional –como lo establece la Convención (art. 1 y 2), sino que establece una relación directa de los particulares en el Convenio. No obstante, la petición de los particulares está sujeta, entre otras, a la condición de haber agotado previamente todos los recursos nacionales disponibles.

En resumen, advertimos ahora de que manera el Estado-nación ha venido concibiendo a los pueblos indígenas: “el principio general consagrado en los textos constitucionales es el de la igualdad frente a la ley...”⁹⁸, y cuya consecuencia lógica es la concepción individualista que hace exiguas las consideraciones específicas de pueblos que han venido exigiendo derechos en tanto entidades comunitarias.

⁹⁸ Cf. Díaz Müller, Luis, « Análisis comparado de las legislaciones nacionales sobre minorías en América Latina », en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, tomo I, México, UNAM, IJ, pp. 97-110.

CAPITULO CUARTO

El sistema de derecho mexicano. Principios constitucionales del Estado mexicano.

*Constitución es templo
constituido por el conjunto
de los elementos que lo integran,
por el reconocimiento
de la existencia e igualdad de estos elementos...*

4.1. La Constitución Política de los Estados-Unidos Mexicanos.

4.1.1. Introducción.

La nación mexicana se constituye a partir de una diversidad de pueblos, comunidades y naciones cuyas características sociales, políticas, y en general culturales, difieren claramente de los de la sociedad dominante. Dicha diversidad de culturas se ha condensado, a lo largo de la historia de México, en el epíteto “indígena”. Luego de que la nación mexicana logró su independencia de la metrópoli, apareció la denominación “mexicanos”, “ciudadanos mexicanos” para ser precisos, que ubicaba a los miembros de esta nación en condiciones de “igualdad” político-jurídica, borrando con ello su diferencia cultural.

Constitucionalmente, el estatus de mexicano, su carta de pertenencia se establecía de la manera siguiente:

Capítulo II De los Mexicanos

Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A. Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.⁹⁹

Además, la condición de mexicano daba la pauta para acceder a la ciudadanía mexicana, cuya adquisición otorgaba los derechos y obligaciones que una nación, a través de su constitución, confería. Tenemos entonces que la ciudadanía mexicana se adquiere:

Capítulo IV De los Ciudadanos Mexicanos

Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido 18 años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.

Desde esta perspectiva constitucional, solo el estatus de mexicano hacía posible acceder a la ciudadanía mexicana, que condicionaba, a su vez, el ejercicio de derechos en la nación mexicana, en este Estado-nación de estas latitudes de América. Esta manera de constituir, trajo consigo resultados negativos para unos pueblos indígenas en una época constitucional caracterizada por la ignorancia del elemento indígena. La historia nos muestra la negación de sus lenguas, el ocultamiento de su desarrollo histórico, una aculturación sistemática,¹⁰⁰ y sobre todo, una negación en los principios constitucionales de esta nación, que no los consideró como elementos. Esto es historia ya vista, ampliamente conocida y necesaria en este documento. En efecto, resulta que la condición jurídica de “mexicano” ha ensombrecido la condición de “indígena”, y a su vez, la condición “indígena” ha oscurecido el panorama de la diversidad misma. En este sentido,

⁹⁹ Además de estos supuestos, se contempla también un inciso B que dice:

B. Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley. Para los fines de este trabajo tomaremos sólo los primeros supuestos.

¹⁰⁰ Cf. Bonfil Batalla, Guillermo, *México profundo. Una civilización negada*. México, Grijalbo. 1994. También, Casas, Bartolomé de las, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. México. Fontamara, 1997.

mexicano/indígena representan, de manera muy reducida, sólo dos posibilidades de una compleja vastedad, pues ni uno ni otro concepto dan cuenta de la diversidad de pueblos que conforman el Estado-nación mexicano.

Ni indígena: recordemos simplemente que existen actualmente, al menos, 59 pueblos –naciones, comunidades- indígenas asentadas en el territorio mexicano. Así, indígena niega la existencia de *H'ñahñu, Otomies, Triques, Purépechas, Huicholes, Amuzgos, Coras, Chatinos, Chinantecos, Chocholtecos, Chontales, Cuicatecos, Guarijos Huastecos, Huaves, Ixcatecos, Kiliwes, Matlatzincas, Mayas, Mazatecos, Mazahuas, Mixes, Mixtecos, Nahuas, Pames, Popolucas, Tarahumaras (Raramuris), Tepehuanes, Totonacos, Tzeltales, Tzotziles, Kikapus, Zapotecos, Zoques...* de toda una diversidad que ahora es reconocida sólo en su conjunto, como pueblos indígenas.

Ni mexicano: a pesar de “la diversidad cultural sustentada originariamente en los pueblos indígenas”. Así, esta pluriculturalidad se nombró indígena o mexicana, sin serlo.

De esta manera, en la constitución de la nación mexicana, en su arista político-jurídica, el concepto indígena devino la sombra del de ciudadano mexicano. La lógica tomaba forma: la negación jurídica del indígena aseguraría su ciudadanización, su desaparición de hecho.

Entonces, indígena y mexicano son conceptos que explican una realidad compleja: el difícil reconocimiento de los derechos indígenas en un sistema jurídico de raigambre occidental que se instala en México.

Del análisis de la Constitución mexicana, de la relectura de su historia, y de sus principios normativos básicos visualizaremos los argumentos jurídicos con los que se ha tratado al indígena en este país. En la medida en que la Constitución Política mexicana, históricamente, no ha tenido una tradición de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la adopción del Convenio 169 en el orden jurídico mexicano en 1989 es un punto central de esta investigación, en ese sentido, nos concentraremos fundamentalmente en las reformas constitucionales derivadas de este hecho.

Desde otro ángulo, tenemos que la ausencia de disposiciones constitucionales relativas a los pueblos indígenas, este hecho en sí mismo, nos deja ver la necesidad de reflexionar sobre la constitución política de la sociedad mexicana, de repensar fórmulas jurídicas

concebidas al inicio del siglo XX –después de la Revolución mexicana- cuya característica fundamental, en lo concerniente a los pueblos indígenas, era la integración ciudadana del indio, la desaparición de su comunidad y su aculturación en beneficio de la Nación mexicana. En este sentido, estudiar las reformas derivadas de los acuerdos internacionales, y su traducción al orden jurídico interno es evidente, tanto como el acto mismo de constituir –o reconstituir- una nación incluyendo su elemento indígena.

4. 1. 2. Los antecedentes de la Constitución de 1917.

Los antecedentes de la Constitución Mexicana de 1917 se remontan a la Constitución de Cádiz de 1812, cuyos principios después se vaciaron en el Acta Constitutiva de la Federación en 1824 - justo después del reconocimiento de la Independencia de México por la Corona Española-. Además, los primeros intentos constitucionales se situaron en el contexto del nacimiento de las ideologías –fundamentalmente en Europa- que sustentan la modernidad. En este hecho podemos ya apreciar la fuente de donde bebe el pensamiento político mexicano en el umbral de su nacimiento como nación independiente. “Es así que la idea fundante del contrato social se fusionó con un firme sentimiento republicano y con un sentimiento igualitario y democrático, más declarativo que efectivo, que se tradujo en la formal supresión de los privilegios personales, y en algunos casos, en la supresión de la esclavitud y del tributo indígena.”¹⁰¹

Además, recordemos que la doctrina dominante en la época fue el liberalismo, aunado a la convicción de las élites criollas por ordenar y darle sentido a lo existente, antes que destruirlo. De esta manera, el contrato social toma forma en la voluntad popular, sólo que mediatizada en requisitos para ejercer el voto, -como el tener una propiedad, saber leer y escribir-. En resumen, el régimen que se construía en ese entonces, afianzaba sus bases en las ideas de la Ilustración: libertad económica, administración eficaz y apolítica y funcionamiento del mercado como eje proyector. Sólo que la población en esta geografía estaba compuesta por indígenas iletrados.

Siguiendo a Chacón Rojas, advertimos en este hecho el origen de la falta de originalidad del pensamiento político en la región latinoamericana, simplemente porque en aquella coyuntura histórica, las élites que lograron la independencia –o se apropiaron de ésta-, miraron hacia Europa y Norteamérica que les ofrecieron como alternativas

¹⁰¹ Cf. Chacón Rojas, Oswaldo. *Teoría de los Derechos...Op. cit.* p. 105.

“...primeramente la monarquía parlamentaria británica, sustentada en siglos de experiencia política y en los escritos de Locke (...)el modelo francés basado en las ideas republicanas y de una sociedad igualitaria de Rousseau. Y finalmente la variante norteamericana que combinaba ambos pero agregaba el problema del federalismo, particularmente significativo en los nuevos Estados latinoamericanos.”¹⁰²

Por otro lado, y en torno a este punto, Ambrosio Velasco sostiene que en verdad el republicanismo novohispano contenía elementos propios que daban respuesta al asunto de la multiculturalidad en las naciones incipientes, pues éste republicanismo novohispano, a diferencia del acuñado en Italia o Inglaterra, “...nació multiculturalista en cuanto se preocupaba por defender a los pueblos indígenas del dominio arbitrario e injusto de los españoles...”¹⁰³. Teóricamente, este republicanismo novohispano había bebido de las tesis de pensadores como Francisco de Vitoria y Alonso de la Veracruz, que basaban sus ideas en una concepción iusnaturalista del derecho, “...que concebía una ley natural como un conjunto de principios generales, evidentes ante la razón del sentido común, que posibilita evaluar si un orden social específico es justo o no, en función de si dicho orden se ajusta o no a la ley natural”.¹⁰⁴ Incluso iba más lejos en la idea. En efecto, si esta ley natural estaba en relación estrecha con el sentido común, nada más natural que éste varíe de un pueblo a otro, relativizando así cualquier imposición política –y cultural- que no se apoye en el sentido común desarrollado en pueblo determinado.

Además de esta fuente teórica de derecho natural, el republicanismo novohispano basaba su idea del poder político en una concepción que considerase la pluralidad de culturas, así como el carácter regional de cada una de ellas, “...tal reconocimiento implicaba desde luego la aceptación de que puede existir una diversidad de órdenes sociales y políticos justos, diferentes de las sociedades y reinos europeos”.¹⁰⁵

En suma, al dejar de lado estos razonamientos, ni la posibilidad de cimentar el poder político en distintos órdenes sociales y políticos, ni la posibilidad de comprender esos otros “sentidos comunes” para la organización política de la nación mexicana tuvieron cabida, cancelando

¹⁰² *Ibidem.* p. 106

¹⁰³ Cf. Velasco Gómez, Ambrosio, *Republicanism y multiculturalismo*, México, UNAM, 2006, p. 85 y ss.

¹⁰⁴ *Ibidem.* p. 91

¹⁰⁵ *Ibidem.* p 92

así la participación política de los pueblos indígenas en la constitución de aquella nación, cancelando la variante multicultural. Este republicanismo multicultural novohispano tuvo que ceder ante un liberalismo que se instaló como referente de organización política por estas latitudes.

Este hecho tuvo consecuencias que obstaculizaron, no sólo los estudios políticos de la región, pues la brecha entre Constitución y realidad, entre política y realidad social hizo cuña en la conformación política de estos Estados; no sólo obscureció la especificidad del análisis, sino que perjudicó “a diversas colectividades humanas”, pues se minimizó la complejidad cultural de la región por abrazar la modernización, el federalismo, la democracia, el liberalismo. En este sentido, “Al no considerar las particularidades y complejidades de la realidad mexicana, las políticas gubernamentales terminaron sacrificando el desarrollo y la integración económica de millones de indígenas en el país.”¹⁰⁶

Esquemáticamente, visualizamos el derrotero constitutivo de la siguiente forma:

- a) Constitución de Cádiz, 1812
- b) Acta constitutiva de la Federación y la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824
- c) Las siete leyes Constitucionales, 1835-1836
- d) Bases orgánicas de la República mexicana, 1843
- e) Acta constitutiva y de reformas, 1847
- f) Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1857
- g) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

En la Constitución de 1824 se establecieron, por vez primera, la práctica absoluta de la soberanía y la autodeterminación del pueblo mexicano.

¹⁰⁶ Cf. Chacón Rojas, Oswaldo. *Teoría de los Derechos...Op. cit.* p. 108 y 109.

4. 1. 3. El estatus de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de México. Una negación histórica.

La realidad de pluralidad cultural evocada líneas arriba ha sido ignorada secularmente por la legislación y la política impulsada por el gobierno mexicano. En los orígenes del Estado mexicano en el umbral del siglo XIX, con la expedición de lo que sería su primera constitución, el estatus de los pueblos indígenas se asimiló al de los extranjeros; fundamentalmente eran la secuelas de la Colonia, que consideraba una “entidad” étnica distinta a la población que no tuviera origen español o europeo.¹⁰⁷

Y bien, ésta sería la característica jurídica que el incipiente Estado mexicano reservaría a la pluriculturalidad, que como ya se ha destacado, en aquellas épocas era teóricamente impensable, debido a la asimilación de categorías producidas al exterior de la formación social mexicana. Extranjero, ciudadano mexicano, individuo libre, he aquí la traza de una pluriculturalidad negada. Ni comunidades ni pueblos tenían cabida en este nuevo aparato que razonaba en términos de contruir una sola cultura nacional para la Nación mexicana.

La razón de dar prioridad y celeridad a un proceso modernizador en estas latitudes, trajo consecuencias de exclusión para todo elemento endógeno que no persiguiera semejante proyecto, que las élites criollas visualizaban desde el crisol europeo. Sin embargo, la real heterogeneidad cultural resultaba difícil de ignorar con simples tintazos constitucionales; en este territorio habitaban mestizos, criollos, españoles, chontales, mayas, nahuas, huicholes...grupos cuyo antecedente histórico no les unía en términos de nación, y menos aún les permitía imaginarse unos a otros para que, en términos de Gellner, “se reconocieran mutua y firmemente ciertos deberes y derechos en virtud de su común calidad de miembros”.¹⁰⁸ En este sentido, coincidimos con Chacón cuando afirma que antes de la conformación del Estado mexicano no existía una nación mexicana. Pues el conjunto que habitaba el otrora Virreinato de la Nueva España “no había elaborado un carácter común sobre el cual establecer una comunicación

¹⁰⁷ En este sentido se crearon instituciones ex-profeso para esta población, como la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*, y la instauración de un Juzgado General de Indios. Cf. Tomas y Valiente, Francisco, “El Derecho indiano”, *Manual de historia del derecho español*, 1985.

¹⁰⁸ Citado en Chacón Rojas, Oswaldo, *Teoría de los Derechos...Op. cit.* p. 112.

peculiar e irreplicable entre todos sus miembros. De esta forma, el Estado mexicano llegará antes que la nación de tal nombre.”¹⁰⁹

Con el avance del tiempo, ya situados en el gobierno liberal de Benito Juárez, las leyes de reforma y la Constitución de 1857 fueron promulgadas y continuaron con el desconocimiento de los pueblos indígenas, cancelando alguna posibilidad de reconocimiento de sus derechos. Antes bien, en esta nueva Constitución mexicana se afianzaron los principios liberales: libertad de trabajo, igualdad política, propiedad, libertad de comercio, libre asociación, libertad de prensa, y el federalismo;¹¹⁰ además de que grandes extensiones territoriales pertenecientes a pueblos indígenas fueron declaradas “propiedad de la Nación” bajo el artificio legal que las declaraba “bienes vacantes”.¹¹¹ En efecto, en un contexto de guerra civil (conservadores contra liberales), y de invasión francesa, unos así llamados “ciudadanos” mexicanos fueron expropiados en aras de terminar de dar forma a la Nación que una élite criolla-mestiza se empeñaba en construir.

Paralelamente, la búsqueda incesante de la identidad del país continuaba amalgamando elementos que terminarían de dar forma a una nación mexicana, que años atrás había sido desgarrada cuando la guerra con los Estados-Unidos, la separación texana y el intento de escisión de la Península yucateca. En ese sentido se procedió a exaltar el pasado lejano para preparar el brebaje que cohesionaría elementos así de dispersos, en circunstancias tan adversas. En efecto, se procedió a exaltar la obra civilizatoria de los Aztecas, ante la imposibilidad de evocar el pasado colonial inmediato plagado de “tiranía y oscurantismo”, agregando este factor como combate necesario para la identidad nacional.”

Llegamos en esta sucinta historia, después de haber dejado a esa nación mexicana en tan profunda inestabilidad –en apariencia ordenada por los casi treinta años de dictadura de Porfirio Díaz- al período revolucionario de inicios del siglo XX, en donde parecía que la historia

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ “Además de estos datos, la Constitución del 57 liquidó el Estado confesional vigente desde la independencia, separó lo religioso de lo civil, nacionalizó los bienes del clero e instauró las instituciones que hicieron posible vencer la ofensiva conservadora de la Guerra de los Tres años (1857-1861), la invasión francesa de Napoleón III (1862-67) y el llamado segundo imperio (1864-1867).” *Cf. Ibidem.* p. 115

¹¹¹ El 15 de diciembre de 1883 el ejecutivo promulgó la Ley sobre Deslinde y Colonización de los Terrenos Baldíos. Resultado de ello, es que las haciendas sumaban -en 1877- 5,869, para 1910 aumentó a 8,431; *Ibidem.* p. 131

abría nuevamente su abanico de posibilidades para estos pueblos indígenas, que además, luchaban activamente en los combates revolucionarios, y que esa misma historia también cedía otra posibilidad a las élites de este país para conciliar su complejidad.

En este contexto, la Constitución que hoy está vigente se promulgó, resguardando, en esta ocasión, los ideales de la burguesía triunfante militarmente, agazapada en el norte del país y que pretendía la reorganización económica de un país en quiebra. Para ello, se echó mano nuevamente del ideario de un proyecto nacional que no se distanciara mucho de los ideales sociales defendidos por un pueblo hundido en el rezago social y económico.

En este sentido, una de las demandas fundamentales de los pueblos indígenas, la cuestión de la tierra, fue parcialmente resuelta.¹¹² Sin embargo, al tratarse de un movimiento eminentemente obrero-campesino, las instituciones nacidas de este hecho se centraron en cuestiones sociales, antes que interrogarse la diversidad cultural. Esta vez, dicho sea de paso, y dada la inexistencia de un movimiento indígena organizado, se tendió a asimilar a éstos con grupos campesinos, por lo que éstos no tuvieron tratamiento específico en Querétaro.

Esta constitución sigue por el sendero de las experiencias constitucionales anteriores, fortaleciendo las libertades individuales, además “produce la institucionalización de las libertades-participación, que obligan al Estado a intervenir en la vida social y política en un sentido protector.”¹¹³ Sin embargo, la cuestión *nacional* es dejada de lado, pues el objetivo era resolver las diferencias económicas y sociales de la población.

Los gobiernos post-revolucionarios adoptaron una política asistencial e integracionista respecto de las minorías culturales, por ello se promovió *el indigenismo*. De esta manera, en 1921 se creó el Departamento de Educación y Cultura para la Raza Indígena, seguido del Departamento de Escuelas Rurales en 1925, cuya concepción consistía en lograr una educación que favoreciera a la cultura nacional. La tónica era la misma,

¹¹² Recuérdese en este sentido la adopción de medidas como la creación de los ejidos, que declaraba colectiva la tierra, incluso ahí donde las prácticas comunitarias de los pueblos indígenas respondían a cuestiones culturales.

¹¹³ Como puede apreciarse, todo este bosquejo histórico lo hacemos siguiendo a Chacón Rojas, Oswaldo, *Op. cit.* p. 133

continuar un proceso de “mexicanización” de los indígenas, y en absoluto cuestionar los efectos, -a más de cien años de ser implantados-, de los valores de la Ilustración. Antes bien, se creó el mito de la “raza cósmica”, como amalgama sincrética de una diversidad que seguiría siendo ignorada por el Estado-nación. He aquí la consigna: el pasado mexicano era indígena pero el futuro no tendría que ser así. El bastión jurídico que soportaba semejantes razonamiento continuaba siendo la ciudadanía, lo diverso del Estado-nación mexicano eran sus individuos, no sus colectividades.

Siguiendo a Clavero, veamos entonces la tragedia de la cultura constitucional que se formó en aquellas épocas, y que bien podríamos hacerlo extenso para el continente; en efecto, resulta que unos: “...colonizadores de tiempos prácticamente feudales *reconocían* el derecho de los colonizados, mientras que otros (*colonizadores, constituyentes*) de época constitucional y de instituciones constitucionales, tanto la internacional como las estatales, ni siquiera parece en efecto que conciban la posibilidad...”¹¹⁴

4.2. Las características jurídico-políticas del constitucionalismo mexicano

Como ya hemos advertido, los principios constitucionales de occidente fueron vertidos por el constituyente mexicano en su proyecto de Nación. De esta manera, experiencia históricas externas, condensadas en principios político-jurídicos, encontraron cause constitucional en México. La soberanía es un ejemplo de ello,

Jurídicamente la soberanía –nacional- se entiende que “reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.” (Art. 39)

Y ¿qué significativo tiene para el constituyente declarar que la soberanía nacional “reside esencial y originariamente en el pueblo”? Pues se comprende que “originariamente” implica que ésta no ha dejado jamás de residir en el pueblo, aunque haya períodos en que la fuerza y la tiranía dominen, es decir, siempre habrá una prescripción de soberanía en favor del pueblo que no cesará con el tiempo.

¹¹⁴ Cf. Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena...Op. cit.*, p. 2 (Las cursivas son mías).

Luego, en lo que respecta a la fórmula “esencialmente”, y dado que el pueblo en todo momento es soberano, pues no delega jamás su soberanía, sólo nombra sus representantes, dada la imposibilidad de decidir individualmente los asuntos concernientes a una nación, entonces se ciñe a la representación, cuyo fondo es democrático. En todo momento estos representantes responderían a la autoridad del pueblo.

Así, el constituyente mexicano asimiló la fórmula *soberanía del pueblo*, pero que será ejercida a través de representaciones en la estructura del Estado mexicano. La trilogía político jurídica estaba dada, el pueblo ejercería su soberanía a través de las instituciones del Estado, y ambos –pueblo y Estado- formarían la Nación. Es una lección de la historia: la Nación mexicana, su espíritu se convertirían en dogma.

Además de este principio soberano, el constituyente adoptó la figura republicana federada como forma de gobierno

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental. (art. 40 constitucional) y

Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. (art. 124)

Consagró también la división de poderes

El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo en el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar. (art. 49)

En este sentido, el constituyente adoptó la fórmula en donde se reconoce « un sólo poder », el Poder Supremo de la Federación, por lo que se entiende que la división de poderes se aplica solamente para su ejercicio. Dicho de otro modo, la división de poderes se refiere al ejercicio del poder, no al poder en sí mismo.

4. 3. La Declaración de los Derechos del Hombre en la Constitución mexicana de 1917.

¿Cómo fueron asimilados los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre por el constituyente mexicano? Esta fue incorporada fundamentalmente por lo que se conoce como garantías individuales consagradas en la parte dogmática de la Constitución mexicana.

De esta manera, la Constitución comienza declarando que :

Título Primero

Capítulo I De las Garantías Individuales

Artículo 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.

Párrafo que recoge el mismo principio de la Declaración. De acuerdo con esta formulación jurídica, todos los mexicanos son iguales ante la legislación producida en el interior del Estado mexicano, en ese orden jurídico. Nótese una historia a estas alturas conocida, pero que el constituyente de esta nación no se cansó de repetir sistemáticamente: hacer iguales a quienes, no sólo por cuestiones socioeconómicas, sino también por cuestiones culturales, fundamentalmente era desiguales.

En breve, la declaración de garantías individuales se divide en tres grandes apartados: *derechos de igualdad, de libertad y de seguridad jurídica*.

La declaración de garantías sociales la podemos apreciar básicamente en los artículos 3, 4, 27, 28, y 123, que se refieren a la educación laica y gratuita, a la protección de la salud, al régimen de la propiedad y a la cuestión de trabajo.

4. 4. En el umbral del reconocimiento de los derechos indígenas en la Constitución

Luego de este recorrido que hemos dado por las entrañas de la historia constitucional del Estado-nación mexicano, encontramos que finalmente en 1989 la así llamada nación mexicana reconocía jurídicamente su

diversidad cultural con la firma del Convenio 169 de la OIT. En 1992 el gobierno mexicano reforma el artículo 4° constitucional, siendo completado, en reforma posterior –en 2001-, por el artículo 2°, y cuya redacción vigente es:

Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

De estas reformas, se concluye que finalmente el Estado-mexicano ha aceptado la exclusión sistemática de los pueblos indígenas, y también su actual estado de pobreza y marginación. También en torno a estas reformas se ha desatado, ahora, debates en torno a los efectos negativos que provocarían las políticas adoptadas con base en los derechos diferenciado que esta reforma sugiere. Los argumentos se condensan en los peligros que esto traería para el orden, funcionamiento y estabilidad de la democracia. Es decir, se avizora el riesgo de conflictos violentos de carácter identitario; o bien, que las demandas de autonomía tenderían a la creación de reservas, -como sucede en los Estados Unidos-, o al aislamiento que profundizaría la marginación de estas comunidades; o bien, que implicaría, a la larga, una fisura que contribuiría a la fragmentación del Estado nacional, pues alentaría las identidades territoriales en detrimento de una nacional. Estas críticas recibieron distintas observaciones, tanto de intelectuales como de grupos políticos. Por ejemplo, esta última que indica que podría fragmentarse al Estado nacional, recibe argumentos en el sentido de que ni los pueblos, ni las organizaciones “pretende(n) declarar su

soberanía política, crear su propio Estado nacional o pronunciarse por su independencia”¹¹⁵; en este sentido se explica que esos pueblos siempre han manifestado la defensa de la autonomía en un marco constitucional, respetando la unidad nacional, y que esto se desprende de la propia redacción del propio *artículo segundo* cuando se lee: “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional”. Luego entonces, la tendencia de esta autonomía no iría en el sentido de una fragmentación del país, sino en el sentido en que lo plantea Stavenhagen, es decir, como “autodeterminación interna”, “esto es, el derecho a preservar y desarrollar su propia cultura, el derecho a su tierra y su territorio, en el contexto del Estado-nación.”¹¹⁶

¹¹⁵ Díaz-Polanco, Héctor, *Autonomía regional, la autodeterminación de los pueblos indios*, 3ª. ed., México, Siglo XXI, 1999. p. 162. Citado en Chacón Rojas, Oswaldo, *Op. cit.* p. 166

¹¹⁶ *Ibidem.* p. 168

CONCLUSIONES

« un homme assis sur le dos d'un tigre
aura du mal à en descendre ».

Proverbio oriental

En los capítulos anteriores hemos expuesto los rasgos característicos de las principales corrientes que se han ocupado de argumentar en torno a la posición jurídica que unas comunidades indígenas, de orígenes fundamentalmente prehispánicos, deben guardar dentro de la constitución política de un Estado nacional. Pero ¿qué se infiere de los argumentos que la teoría produce? ¿Qué cambios deben esperarse en un futuro? De manera resumida intentaremos dar respuesta a estas interrogantes, aceptando que son respuestas que nos dan aproximaciones, sujetas a la discusión y a la crítica para su desenvolvimiento. Proceder por interrogantes resultó una forma práctica para terminar de aclarar ideas y, eventualmente, replantear suposiciones inconsistentes.

¿Qué son los derechos indígenas?

1) La estructura expositiva de este trabajo permite advertir tres dimensiones desde donde el derecho indígena debe entenderse. Primeramente tenemos las prácticas de una costumbre legal de un pueblo indígena determinado (triquis, otomíes), es decir, lo que se ha llamado el derecho consuetudinario, y que la teoría, en los últimos tiempos, ha elaborado explicaciones para fundamentar la sistematicidad de dichas prácticas, sosteniendo que éstas han alcanzado la consistencia de un sistema de derecho (consistencia interna: producción y aplicación de normas al interior del grupo, reconocimiento de autoridades, ambos elementos dirigidos a mantener el orden comunitario). El espacio de la acción y legislación estatal hacia los pueblos indígenas constituyen la segunda dimensión de los derechos indígenas, la dimensión estatal en suma. Además, el cuerpo legal de convenios, acuerdos y resoluciones en el ámbito internacional (derecho internacional) configura la tercera dimensión.

2) ¿Cuál es la característica actual de los derechos indígenas? En el debate entre derechos colectivos versus derechos individuales, la teoría ha argumentado que esta aparente contraposición en la concepción de los derechos de los pueblos y comunidades y el de los individuos, bien puede resolverse al reconocer unos derechos colectivos a estos pueblos (derecho a la diferencia, al territorio, a la jurisdicción, a la

autodeterminación en suma) que den sentido a los derechos individuales de sus integrantes (reconocidos por la comunidad, el Estado o por el derecho internacional). Así, la existencia de estas comunidades quedaría salvaguardada con el reconocimiento de unos derechos colectivos que asegurarían el territorio, la lengua, la jurisdicción, la organización social y política, las relaciones sociales y el medio cultural desde donde los individuos indígenas asegurarían sus derechos como personas. Las posiciones encontradas que disociaban irremediablemente los derechos colectivos y los individuales pierden sentido desde esta perspectiva.

3) Los derechos humanos individuales ha sido la perspectiva dominante en el derecho internacional para tratar el asunto de las minorías étnicas. Así lo demuestran los principios expresados en la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976).¹¹⁷ Existen también documentos de otras organizaciones internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que velan por los derechos de poblaciones minoritarias.

4) En la elaboración de los sistemas legales en los estados nacionales, de las fuentes de legalidad clásicas –ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina-, la costumbre ha sido relegada como fuente de derecho, al no reconocerla para las poblaciones indígenas, afectando con ello los derechos de pueblos indígenas y sus integrantes, que privilegian esta fuente.

¿Qué ha cambiado en los últimos tiempos?

5) En los últimos veinte años, desde finales de la década de los ochenta, América Latina ha experimentado grandes cambios constitucionales, pasando de regímenes dictatoriales al establecimiento de instituciones democráticas para hacer viables los intercambios sociales. Además, ha habido un fortalecimiento en la organización de grupos indígenas que ha logrado que éstos pasen de la subversión y resistencia al margen de las instituciones políticas de los estados, a la participación directa en la vida democrática en sus respectivos países, con lo cual la reivindicación de su cultura, su territorio, sus instituciones y su derecho a participar han tomado formas precisas, por ejemplo, la demanda de reconocer a la comunidad, para los Estados organizados

¹¹⁷ Al momento de redactar estas conclusiones, nos enteramos que ha sido aprobada por la ONU la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

federalmente, como un nivel de gobierno más dentro del federalismo, por lo que tendrían que replantearse las competencias jurisdiccionales. Sin embargo, no es un hallazgo que esté exento de contradicciones, que se concatenan en la combinación que puede haber entre la vía institucional y la no-institucional.

¿Cuáles han sido los aportes del multiculturalismo?

6) El reconocimiento de una diversidad cultural en los estados nacionales o de naciones multiculturales, debe ir acompañada de un reconocimiento e institucionalización de un pluralismo jurídico. El multiculturalismo se ha dado a la tarea de fundamentar la necesidad de un pluralismo jurídico en los estados nacionales para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pues esto propiciaría la efectiva participación política de los pueblos indígenas en el proyecto de nación que se construye: pensar, por ejemplo, a la sociedad mexicana como multicultural, implica aceptar el hecho de que la protección de los derechos del individuo, para el caso de los individuos indígenas, debe tener como condición previa el respeto de los derechos de sus comunidades, debe tener como sustento unos derechos diferenciados basados en diferencias culturales. Asimismo, el respeto a la diversidad y a la participación política de comunidades debe tener como contraparte la disposición de estas comunidades a cambiar. En suma, este trabajo se ha centrado en problematizar los aspectos concernientes a los aportes que las prácticas de una comunidades y de unos pueblos indígenas “realmente existentes” han proveído en el entendimiento y en la conformación de una cultura de derechos que supere la visión ciudadana para el reconocimiento de derechos.

7) Sin embargo, se exige de la organización estatal, además de asegurar derechos colectivos de pueblos indígenas, asegurar que los individuos, sus ciudadanos -indígenas o no- puedan acudir a la justicia del Estado, a sus principios en caso de el individuo considere vulnerados sus derechos por su comunidad de origen.

En otros términos, el aporte fundamental de la teoría multiculturalista, y de este trabajo, es el de establecer, siempre derivado del análisis de la organización social de los pueblos indígenas, que unos derechos individuales no pueden ejercerse al interior de una comunidad que se halla cooptada por una estructura política nacional que inhabilita toda posibilidad de ejercicio de sus derechos colectivos. En estas sociedades multiculturales que acusan desigualdades tan divergentes entre pueblos o culturas, el establecimiento de políticas de compensación o de un

trato diferencial deben ser establecidas por el estado con base en el principio de *justicia social*.

Así, a la luz de la situación social en México, estamos a estas alturas en condiciones de pensar en la posibilidad de que la cultura constitucional de este país incorpore prácticas que hasta ahora han estado a la sombra del llamado derecho positivo. Autodeterminación y autonomía son las nociones que condensan esta nueva cultura de derechos emanados de las prácticas consuetudinarias indígenas, cuya esencia es que unos derechos individuales puedan ejercerse dentro del marco de unos derechos comunitarios. Para ello, la figura política del federalismo debe considerar a la comunidad dentro de la estructura organizativa de la autoridad en México.

8) Además de estos principios de autodeterminación y autonomía, que posibilitan que las instituciones y la organización política, las decisiones comunitarias y sus autoridades tengan cabida política en la estructura estatal, el principio de justicia social deposita en el Estado – multicultural- la obligación de establecer mecanismos que hagan posible las condiciones y la distribución de bienes de tal forma que satisfagan las necesidades básicas de todos sus miembros, tal cual la teoría multiculturalista propone.

Vista así la cuestión, unos derechos individuales se aseguran en el seno de la cultura de un pueblo o comunidad, que a su vez debe encontrar mecanismos políticos viables que aseguren, a su vez, el florecimiento de dicha cultura dentro de la estructura organizativa, asegurada por el Estado –incluso con políticas diferenciales- dentro de la nación.

Estos son los signos de nuestros tiempos: justicia social, reconfiguración de los Estados nacionales, satisfacción de necesidades básicas, inclusión política de los pueblos indios en el rostro de los actuales Estados nacionales.

¿Qué es la antropología jurídica?

9) Estudiar los fenómenos jurídicos de pueblos cuya cultura es distinta a la dominante, requiere de un método que logre trazar conceptos comprensivos de prácticas jurídicas que están ligados a modos de vida que no necesariamente siguen estándares acuñados por la sociedad moderna. La antropología jurídica agrega la noción de la *alteridad* para la comprensión de prácticas jurídicas. Además de esta noción, el *trabajo de campo*, el retorno de lo “real” y estudios basados en una concepción interdisciplinaria son elementos necesarios para las

investigaciones jurídicas. Estos elementos de la antropología jurídica deben llevarnos a replantear los postulados del derecho, como el elemento de la *voluntad* del individuo para la realización de prácticas jurídicas, que la teoría del derecho asume como única, igualitaria y libre en los individuos; o bien la legitimidad de un grupo para crear, avalar o desprestigiar ciertas prácticas jurídicas dentro de una jurisdicción. La antropología jurídica se propone replantear el imperativo de la normatividad, que la teoría del derecho privilegia, para abordar el estudio del derecho desde una perspectiva intercultural. En otros términos, la pertinencia del uso de la antropología jurídica como método de estudio para abordar los fenómenos jurídicos parte de la posibilidad de “tender” puentes teóricos entre las culturas y los sistemas jurídicos, relativizando con ello el etnocentrismo en el que teoría del derecho se ha basado, y cuyo resultado ha sido pretender la universalidad de principios que en absoluto lo son.

Sin embargo, al enfrentarnos a la conceptualización de lo que debe entenderse por antropología jurídica encontramos dificultades como la de definirla como “una ciencia de la costumbre”, asimilándola a una ciencia de las descripciones (a la manera de la etnología), o bien, como el “método que permite pensar las experiencias de regulación de las sociedades evitando el artificio del etnocentrismo.” De igual manera, para su definición, los elementos son vastos, pues aparece la alteridad y con ella el análisis de una diversidad que obliga a trabajar las particularidades, confrontándose a una universalidad. Por lo que respecta a la idea de “costumbre”, existen desacuerdos respecto de lo que cómo debe entenderse, pues puede entenderse como “oralidad”, lo que enfocaría a la antropología jurídica definir su objeto de estudio a partir de “derechos no escritos”, “derechos orales” o prácticas jurídicas diversas.

10) A pesar de al menos tres décadas de estudios de la antropología jurídica, la complejidad de su conceptualización y precisión de su objeto de estudio hacen de ésta una ciencia en formación, sobre todo porque la idea de que todas las sociedades no comparten necesariamente la misma concepción del derecho, y que está a la base de las reflexiones de aquélla, no es aún totalmente aceptada. Además de esto, la noción de complejidad en la teoría jurídica (de raigambre kelseniana, defensora de la teoría pura del derecho) no ha terminado de establecerse, cancelando con ello el estudio de una pluralidad de experiencias jurídicas o pluralismo jurídico.

¿Qué queda por hacer? ¿Qué perspectivas se abren?

11) Demasiadas cuestiones han quedado abiertas con esta investigación. Sabemos aún poco sobre el tiempo jurídico indígena, sobre la articulación de sistemas de derecho; ¿cómo sería la distribución de competencias en un Estado multicultural?, ¿Cómo se construirían las jurisdicciones indígenas?, ¿será necesario, por ejemplo, la implementación de un tribunal especial que conozca sólo de asunto indígenas?, ¿cuáles serían sus competencias?, ¿cuál es la relación de las minorías indígenas con otras minorías para la defensa de derechos?, ¿qué influencias endógenas y exógenas configuraron a los movimientos indígenas latinoamericanos en su proceso de aformación étnica desde la década de los años ochenta?, ¿qué proyecto tienen los indígenas para los no indígenas?.

Por ahora sólo hemos logrado una radiografía general sobre cómo puede establecerse un Estado multicultural, y de cuáles son sus fundamentos teóricos. Sin embargo tenemos el método, y una realidad social que no puede seguirse soslayando con argumentos nacionalistas. En términos generales, estamos por la formación y consolidación de una antropología jurídica que argumente una nueva cultura constitucional que deje atrás la exclusión –y la indiferencia- constitucional de unos derechos indígenas que son necesarios para la nación mexicana de nuestros tiempos. Una antropología jurídica que estaría justificada simplemente en el hecho de que las cuestiones de orden constitucional no son solamente jurídicas o políticas: son también un asunto de cultura.

En suma, se trata de pensar una nueva constitucionalidad sin la pretensión de la existencia de una cultura que anule las otras. Se trata de pensar en una antropología jurídica que fundamente una cultura de derechos, de donde se desprenda una cultura jurídica que se nutra del seno de la convergencia de culturas, que haga asequibles y conservables los derechos de las culturas H'ñahñu, Otomies, Triques, Purépechas, Huicholes, Amuzgos, Coras, Chatinos, Chinantecos, Chocholtecos, Chontales, Cuicatecos, Guarijos Huastecos, Huaves, Ixcatecos, Kiliwes, Matlatzincas, Mayas, Mazatecos, Mazahuas, Mixes, Mixtecos, Nahuas, Pames, Popolucas, Tarahumaras (Raramuris), Tepehuanes, Totonacos, Tzeltales, Tzotziles, Kikapus, Zapotecos, Zoques....de toda esta diversidad compleja.

ANEXOS

ANEXO I

DESCRIPCIÓN DEL PROGRAMA DE PROMOCIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA

Con la aparición en 1989 de la Dirección de Procuración de Justicia, y ante el hecho de que en México la administración y procuración de justicia en el país no se dan en las mismas condiciones para los indígenas, en contraste con el resto de la población, ni mucho menos se respeta el carácter pluricultural de la Nación, así como no se otorga un trato especial para este grupo, y ante las constantes reformas en el orden jurídico mexicano (especialmente en el ámbito penal), conjuntamente con la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, surge el Programa de Promoción y Procuración de Justicia, que busca hacer valer el respeto a la diferencia cultural, el derecho indígena de ser auxiliados por peritos y traductores, en cualquier controversia legal, etc.

En consecuencia, en aras de fomentar la promoción y defensa de los indígenas como individuos y miembros de su propia comunidad, así como el respeto a sus derechos humanos, se creó el Programa de Promoción y Procuración de Justicia, el cual originalmente trata de proporcionar elementos técnicos, para la creación de condiciones de acceso efectivo a la jurisdicción estatal de los pueblos, comunidades e individuos indígenas, con el fin de lograr una verdadera impartición y procuración real de justicia sobre dicho grupo vulnerable. A fin de cumplir con sus objetivos, el Programa de Promoción y Procuración de Justicia fue dividido en siete proyectos, a efectos de brindar un servicio integral y especializado.

Este Programa funciona en el ámbito nacional a través de Unidades Operativas del propio Instituto Nacional Indigenista, y atiende principalmente las solicitudes presentadas por los propios indígenas, sus familiares, organizaciones civiles e instituciones de prestación social de asesoría y defensa legal. Es importante hacer hincapié en que el Instituto, no posee capacidad legal para constituirse como autoridad jurisdiccional en materia legal, no obstante, con objeto de paliar esa incapacidad realiza actividades coordinadas internamente y con otros órganos públicos para brindar las mejores condiciones de justicia para la población indígena y satisfacer las demandas crecientes de este grupo en ese rubro.

El Programa tiene como fin primordial atender los reclamos de justicia indígena con base en el respeto a sus garantías, derechos y diversidad cultural, inscritos en el marco jurídico nacional.

CONTEXTO SOCIOJURIDICO DEL PROGRAMA DE PROMOCION Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA

El problema del indígena en México es un asunto de relevancia política en todos los niveles y funciones del gobierno. La pobreza extrema sufrida por el conglomerado de población indígena, no sólo ha provocado un *status quo* de marginalidad y vulnerabilidad para dicho grupo, en lo económico, sino también ha provocado discriminación, misma que ha permitido una desigualdad lacerante que conlleva hasta los límites de la inaplicación de la justicia, la legalidad y la legitimidad. En un Estado de Derecho Social y Democrático, se parte del presupuesto ideológico y legalista del trato igualitario ante la ley, pero también se reconoce el derecho a la diversidad, las carencias fácticas de los grupos e individuos, con lo cual se propugna por otorgar un trato especial (no desigual) a los grupos diversos y vulnerables. Este trato especial implica la instrumentación racional y humanitaria de usos y costumbres, aportación de traductores e interpretes, así como de personal capacitado en culturas indígenas. También conlleva la difusión, información y capacitación a los individuos y comunidades indígenas sobre todos los sistemas de derecho vigentes en el país, especialmente la relativa a la materia de derechos humanos. Todo esto es importante y debe ser llevado a cabo, sin embargo, la acción más importante no se debe implementar en dicho grupo social, sino en contrapartida, es decir, en el resto de la sociedad, y principalmente en los funcionarios de las instituciones de promoción, procuración e impartición de justicia, desgraciadamente se requiere capacitar, informar y difundir, etc; pero irónicamente se carece de algo más simple: sensibilidad y comprensión.

En la actualidad existen diferentes censos sobre la población indígena, sin embargo sean seis, siete, diez o doce millones, o el número de indígenas que se desee reconocer, la realidad es que ese grupo representa a una parte de la población mexicana, y que ellos al igual que el resto de los mexicanos exigen y reclaman justicia dentro de los conflictos legales originados, así como una justicia apegada más a cuestiones de sentido común, menos elitista, formalista, técnica y especializada. La demanda de justicia es alta y escasamente cumplida; la migración interna y externa de los indígenas, los conflictos religiosos, la política criminológica en contra del indígena, la explotación laboral,

las disputas territoriales, etc; son tan solo algunos casos que conllevan a plantear la alta potencialidad del aumento de la demanda en materia de procuración de justicia para la población indígena, misma que es inversamente proporcional a los elementos materiales y formales que se poseen para satisfacer dicha demanda. Esto sin lugar a dudas, requiere de un reforzamiento y continuación del Programa de Promoción y Procuración de Justicia, pero también de reformas substanciales en este ámbito de la acción pública.

BIBLIOGRAFIA

(Por orden alfabético)

Alliot, Michel. *L'anthropologie juridique et le droit des manuels, Anthropologie et juridique*, Paris, PUF, 1983.

Anderson, Benedict. *Comunidades imaginadas*, México, FCE, 1983.

Berhard, Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, 1995.

Bonfil Batalla, Guillermo, *México profundo. Una civilización negada*. México, Grijalbo. 1994.

Buergenthal, Thomas *et. al. Manual de Derecho Internacional Publico*, México, FCE, 1994.

Braun, Pierre. *Anthropologie juridique et droit à venir*, Paris, PUF, 1985

Casas, Bartolome de las, *Brevísima relación de la destrucción de las India*. México. Fontamara, 1997.

Carbonier, Jean. *Sociologie Juridique*, Paris, PUF, 1978.

Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México. Siglo XXI. 1994.

Chacón Rojas, Oswaldo, *Teoría de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Problemas y límites de los paradigmas políticos*. México, UNAM/Universidad Autónoma de Chiapas, 2005.

Chalmers, Alan F, "*¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*", México, Siglo XXI, 1982.

David, René. *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 1988.

De Lucas, Javier (Director), *La multiculturalidad*, Madrid, CGPJ, 2001.

Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Bosch casa editorial, 1978.

Díaz Gómez, Floriberto. (coord.), *Contribuciones a la discusión sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas*. México, Servicios del Pueblos Mixe, 1995.

Díaz-Polanco, Héctor, *Autonomía regional, la autodeterminación de los pueblos indios*, 3ª. ed., México, Siglo XXI, 1999.

Díaz Müller, Luis, « Análisis comparado de las legislaciones nacionales sobre minorías en América Latina », en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, tomo I, México, UNAM, IJ. 1992.

Dogan, Mate & Robert Pahre, *Las nuevas ciencias sociales. La marginalidad creadora*, México, Grijalbo, 1993.

Durand Alcántara, Carlos H. *Derecho nacional, derechos indios y derecho consuetudinario indígena, Los triquis de Oaxaca un estudio de caso*. México, UAM-Universidad Autónoma Chapingo, 1999.

Durand Alcántara, Carlos Humberto, "La tierra, raíz y razón de ser de los pueblos indios", en *Revista Alegatos* N° 28, septiembre-diciembre, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1994.

Gilly, Adolfo, *Chiapas: la razón ardiente. Ensayo sobre la rebelión del mundo encantado*. México, Ediciones Era, 1997.

Gluckman, Max, *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*, Barcelona, Akal, 1978.

Gómez, Magdalena y Claudia Olvera, "*Donde no hay abogado*", Instituto Nacional Indigenista, México, 1990.

Gomez, Magdalena (coord.), *Derecho Indígena. Seminario Internacional*. México, INI. 1997.

González Galvan, Jorge Alberto, *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*. México, UNAM/IJ, 1995

Geertz, Clifford, "Old Societies, New States", *Free Press*, New York. Geertz, 1972.

Gluckman, Max, *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*, Barcelona, Akal, 1978.

Gutiérrez Estévez, Manuel (comp.), *Identidades étnicas*, Madrid, Casa de América, 1997;

Hoebel, E. Adamson, "*The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*", Cambridge, Harvard University Press, 1954.

Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*. México, UNAM, 2005.

Iturralde Diego (compilador), *Orden jurídico y control social*, México, Instituto Nacional Indigenista (Cuadernos de Antropología Jurídica)

J & É. Le Roy (eds.), *un passeur entre les mondes, le livre des anthropologues du droit disciples et amis de Michel Alliot*, Paris, Les Publications de la Sorbonne, 2000.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1986.

Krotz, Esteban, "Antropología y derecho", en *México Indígena*, Año IV, No. 25, 1988.

Kuppe, René & Richard Potz, "*La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro*", en "Antropología Jurídica", Cuaderno No. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1995.

Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*. Barcelona, Ariel, 1995.

_____, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*.

Lenkersdorf, Carlos, *Los hombres verdaderos. Voces y testimonios tojolobales*. México, Siglo XXI-Instituto de Investigaciones Filológicas, 1996.

Le Roy, Etienne. *Pour une anthropologie du droit*, Paris, PUF, 1978

Lowe, Norman, *Guía ilustrada de la Historia Moderna*, México, FCE, 1995.

Olivé, León. *Inter-culturalismo y Justicia Social*. México. UNAM. 2006.

_____, *Multiculturalismo y pluralismo*. Paidós, Facultad de Filosofía y Letras, 1999, p. 40 y ss

Ordíñez Cifuentes, José Emilio (coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, UNAM, México, 2000.

Poitier, Jean. *Introduction à l'éthnologie de l'appareil juridique*, Paris, PUF, 1968.

Rouland, Norbert. *Anthropologie Juridique*. Paris, PUF, 1988.

Siéyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, réed. Francia. PUF, 1982.

Smith, M. G., "Social and Cultural Pluralism", en *Social and Cultural Pluralism in the Caribbean*, Annas of The New York Academy of Science, 1960

Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

Taylor, Charles, "Las fuentes de la identidad moderna" en *Revista Debats*, N°. 68 València, Institució Alfons el Magnànim, 2000.

_____, *La liberté des modernes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

Tomas y Valiente, Francisco, "El Derecho indiano", *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1985. EDITORIAL

Touraine, Alain, "¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas". *Revista Claves de la Razón Práctica*, n° 56, Octubre 1995, pp. 16

Vanderlinden, Jaques. *Anthropologie Juridique*, Paris, Dalloz, 1996.

Velasco Gómez, Ambrosio, *Republicanism and multiculturalism*. México, Siglo XXI, 2006.

Villoro, Luis, *Estado plural, pluralidad de culturas*, México. Paidós-FFyL. UNAM, 1998.

BIBLIOGRAFÍA (Complementaria)

ÁLVAREZ Saldaña, David, *Crítica de la teoría económica y política en México*, El Caballito, México, 1992.

Assier-Andrieu Louis, *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, Paris, LGDJ, 1987.

Bagú, Sergio, *Tiempo, realidad social y conocimiento*, Siglo XXI, México, 1990.

Bartolomé, Miguel A. *Gente de costumbre y gente de razón. Las identidades étnicas en México*. México, s. XXI/INI, 1997.

Bachofen J. J., *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*, Madrid, 1978.

Berman, Marsall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*. México, Siglo XXI, 11ava. Edición, 1999.

Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, FCE, México, 1999.

Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, (Traducción de Vicente Herrero), México, FCE, 1971.

Bonnecase, Julien, *Introducción al Derecho* (Traducción Jorge Guerrero), 2ª. reimp., Bogotá, Editorial Temis, 1991.

Brading, David A. *Orbe indiano. De la monarquía católica a la república criolla, 1492-1867*, FCE, México, 1991.

Carpentier, Alejo, *El Recurso del Método*, México, Siglo XXI, 25ª edición, 1984.

Calsamiglia, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, 3ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1990.

Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1989. Hart,

Ceceña Martorella, Ana Esther, “Los acuerdos de San Andrés: entre la paz y la guerra” en *Problemas del Desarrollo*, vol. 29, N°. 112, México, IIE-UNAM, 1998.

Córdova, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, Era, México, 4ª. ed. 1975.

Cosío Villegas, Daniel, *Historia moderna de México*, vol. I. Hérmes, México, 1957.

Dahl, Robert C., *La Democracia. Una guía para los ciudadanos*. Taurus, Madrid, 1999.

asi como Roos, Alf, *El concepto de Validez y otros ensayos*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N°. 7, México, Distribuciones Fontamara, 1991.

Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1992.

Díaz Polanco, Héctor, *et. al., Indigenismo, modernización y marginalidad. Una revisión crítica*. México, Juan Pablos editores/Centro de Investigación para la Integración Social. 1979.

Duguit, L., *Leçons de droit public général*, de Bocard, 1926, réimp. La mémoire du droit, 2000.

Gálvez Borrel (coord.), *¿Qué sociedad queremos? Una mirada desde el movimiento y las organizaciones mayas*. Guatemala, Flacso, 1997.

García Canclini, Néstor, *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*, Grijalbo-CONACULTA, México, 1989.

González Casanova, Pablo, *La democracia en México*, Era, México, 1965.

Heller, Herman, *Soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal*. (Trad. Mario de la Cueva), México, UNAM, 1965.

H. L. A., *El concepto de Derecho*, (trad. Genaro Carrió), México, Editora Nacional, 1980,

Hopenhayn, Martin, *Ni apocalípticos ni integrados. Aventuras de la modernidad en América Latina*, FCE-Flacso Chile, México, 1996.

Jellinel, G., *Teoría general del Estado*, Porrúa, 1978

Mahé Alain, "Entre le religieux, le juridique et le politique : l'éthique. Réflexions sur la nature du rigorisme moral promu et sanctionné par les assemblées villageoises de Grande Kabylie", *Anthropologie et Sociétés*, Ottawa, vol. 20, n° 2, 1996. pp. 85-110.

_____ "Dossier Jacques Berque", *Droit et Cultures* , n° 32, 1996. pp. 177-224.

_____ " Pour une anthropologie historique des systèmes juridiques des sociétés arabo-berbères. Autonomie, hétéronomie, conflits de droits et pluralisme juridique : le cas de la Kabylie du XIXe siècle, *Bulletin de l'Institut de Recherche sur le Maghreb Contemporain*, Tunis. 1997

_____ "Trois perspectives de sociologie juridique : Mauss, Davy et Maunier", (en collaboration avec Daniel Cefaï), *L'Année Sociologique*, 1998. pp. 209-228.

Mariátegui, Carlos, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Grijalbo, Barcelona, 1976.

Marx, Karl, *Contribución a la crítica de la economía política*, Ediciones de Cultura Popular, México, 1976.

_____, *El Capital*, 3 tomos, FCE, México, 1994.

Martí, José, "Nuestra América", en su *Textos. Mi tiempo: un mundo nuevo. Una antología*, SEP/UNAM, México, 1982.

Poulantzas, Nicos, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, Siglo XXI, México, 1976.

Ribeiro, Darcy, *Las Américas y la civilización. Proceso de formación y causas del desarrollo desigual de los pueblos americanos*, Ayacucho, Caracas, 1992.

Robles, Gregorio, *Sociología del Derecho*, Madrid, Civitas, 1997 (2ª edición);

Rodó, José Enrique, *Ariel*, Porrúa, México, 1968.

Popper, Karl R., *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista*. Madrid, Editorial Tecnos, 1974.

Sarlo, Beatriz, *Una modernidad periférica: Buenos Aires, 1920 y 1930*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1988.

Sartori, Giovanni, *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, FCE, México, 1984.

Skidmore, Thomas y Peter Smith, *Historia contemporánea de América Latina*, Crítica, Barcelona, 1996.

Thomas Yan, "Se venger au forum. Solidarité familiale et procès criminel à Rome (premier siècle avant-deuxième siècle après J.C.), *in La vengeance*, tome III, Paris, Cujas, 1984. pp.65-101.

VARIOS. *I Jornadas Lascasianas: derechos humanos de los pueblos indígenas*. México, Instituto de investigaciones jurídicas/UNAM, 1991. 327 pp.

_____. *V Jornadas Lascasianas. Etnicidad y derecho, un diálogo postergado entre los científicos sociales*. México, UNAM, 1996. 357 pp.

_____. *VI. Jornadas Lascasianas. La problemática del racismo en los umbrales del siglo XXI*. 479 pp.

_____. *VII Jornadas Lascasianas. Pueblos indígenas y derechos étnicos*, 1999.256 pp.

_____. *VIII Jornadas Lascasianas. Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica*, 1999.208 pp.

_____. *Derechos contemporáneos de los pueblos indios. Justicia y derechos étnicos en México.* México, UNAM, 1992.209 PP.

Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1986.

Zea, Leopoldo, *La filosofía americana como filosofía sin más*, Siglo XXI, México, 1972.

Zemelman, Hugo, *De la historia a la política. La experiencia de América Latina*, Siglo XXI, México, 1989.

DOCUMENTOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Trillas, 2006.

Convenio 169 de la OIT.

Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, tomo I, México, UNAM, IJ, pp. 97-110.

Tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Tesis P. LXXVII/99, IX época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X. México, Noviembre 1999, p. 46.