

# EL ARTÍCULO SEGUNDO CONSTITUCIONAL Y LOS CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE DERECHOS INDÍGENAS: PROBLEMAS RELATIVOS AL RESURGIMIENTO DE LOS ESTATUTOS PERSONALES

ELÍ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio de igualdad y las minorías*. III. *El reconocimiento de los derechos indígenas*. IV. *Los estatutos personales*. V. *Los estatutos personales y los conflictos de leyes en materia de derechos indígenas*. VI. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las características del Estado moderno, como respuesta a una realidad social e histórica, es el haber monopolizado la función legislativa; es decir, el Estado moderno asume como prerrogativa propia la facultad de crear el derecho a través de sus órganos, no pudiendo aplicarse más derecho que el del propio Estado.

Antes de la Conquista y de la colonización y aún antes de la formación de los Estados nacionales, los pueblos indígenas formaban una comunidad autorregulada a la que se vino a superponer el Estado nacional, sin tomar en consideración los derechos originarios, los derechos históricos y la presencia física de los pueblos indígenas organizados de diferentes maneras desde tiempos inmemoriales.

Sin embargo, hay una preocupación constante del derecho internacional de los derechos humanos por la protección de las clases más desvalidas, entre ellos, mujeres, niños, personas con discapacidad y poblaciones indígenas, y en especial, respecto a éstos últimos, en su incorporación con la sociedad actual.

En el derecho internacional de los derechos humanos el régimen de protección a las minorías establece, desde luego, no solamente que todos los miembros de las minorías tienen los mismos derechos que las mayorías, sino que también tienen el derecho a la diferencia y, en el caso de las poblaciones indígenas a mantener sus identidades culturales, lo cual no sólo significa el derecho a emplear su lengua y el derecho a la educación en su propia lengua, sino también el derecho a su auto-organización social y a su autorregulación jurídica, lo cual implica el reconocimiento de sus derechos consuetudinarios.

Así, representantes indígenas de algunos países de América Latina han hecho llegar sus reclamaciones a las sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, de la Organización de Naciones Unidas (ONU), argumentando que la idea de la protección a las minorías culturales no debía ser aplicada a los pueblos indígenas de América Latina debido a que:

1. La situación de los pueblos indígenas en América Latina no era equiparable a la situación de muchas minorías culturales, porque a diferencia de ellas, las poblaciones indígenas de este continente son poblaciones originarias históricamente y que esa pre-existencia originaria les concede ciertos derechos históricos.
2. Las poblaciones indígenas por el hecho de la conquista fueron sometidas e incorporadas a un Estado que no era de ellos sino que les había sido impuesto por actos de conquista.
3. Las poblaciones indígenas, en algunos países no era minorías sino mayorías demográficas, aunque talvez eran minorías en sentido político.<sup>1</sup>

La protección a las minorías, incluyendo a las poblaciones indígenas, implica el libre acceso a la justicia. Como dijo José Thompson referente al acceso a la justicia, “la equidad entra en juego cuando se considera que la justicia no puede reproducir o magnificar las desigualdades económicas”,<sup>2</sup> manifestando un gran temor que, “las desigualdades de hecho no deben incidir en la oportunidad ni en la calidad de la justicia”.<sup>3</sup>

1 Stavenhagen, Rodolfo, “Derecho consuetudinario y derecho positivo: El caso del derecho indígena”, *Ponencia dictada en el XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 1999.

2 Thompson, Jose (coord.), *Acceso a la justicia y equidad: estudio en siete países de América Latina*, San Jose, BID-IIDH, 2000, pp. 26.

3 *Idem*.

Thompson menciona que:

si la administración de justicia debe ser un medio para la búsqueda de la equidad y una realización de esa igualdad formal ante la ley, la negación o el olvido de las desigualdades económicas y de oportunidad que inciden en el acceso, o la fácil salida de establecer una “pobre justicia para los pobres” son incumplimientos de uno de los componentes del mandato mismo de la función estatal de impartir justicia.<sup>4</sup>

Recordemos que, uno de los principios de la administración de la justicia es el principio de igualdad formal ante la ley, principio consagrado en instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>5</sup> la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>6</sup> el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>7</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>8</sup>

Aunque en principio no pareciera existir problema alguno, lo cierto es que la igualdad se ve mermada cuando existen clases económicas, sociales o culturales que, por sus características propias, requieren de una mayor protección frente a la ley y la justicia, protección que sólo puede ser otorgada mediante un trato distinto. Sin embargo, el principio de igualdad conlleva a aplicar la misma ley a todos los habitantes de un Estado, lo cual genera una injusticia a las poblaciones indígenas, toda vez que ellos desconocen por completo la regulación estatal.

Partimos, por tanto, que tan injusto es tratar a los iguales como desiguales como injusto es tratar a los desiguales como iguales.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>5</sup> Adoptada el 10 de diciembre de 1948. Artículo 7o. “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

<sup>6</sup> Adoptada el 2 de mayo de 1948. Artículo II. “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

<sup>7</sup> Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Artículo 14.1. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido en la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”.

<sup>8</sup> Adoptada el 22 de noviembre de 1969. Artículo 24. “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

## II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LAS MINORÍAS

Cuando se habla de desigualdad, debemos diferenciar que existe una “desigualdad de hecho” y una “desigualdad normativa”. La primera (desigualdad de hecho) consiste en aquellas situaciones meramente circunstanciales que colocan a un grupo de personas en desventaja en relación con otros, en tanto que la segunda (desigualdad normativa) consiste en que la ley otorga un trato favorable a ciertos grupos.

En una sentencia del Tribunal Constitucional de España, relativa a la interpretación del artículo 9.2 de la Constitución española, se señaló que la Constitución permite “regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”,<sup>9</sup> más concretamente “debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de su diferente régimen jurídico”.<sup>10</sup>

Aquí lo que se plantea es que, el legislador pueda y deba dar vida a desigualdades jurídicas (normativas) con el fin de superar desigualdades de hecho. Aristóteles comentaba que, “la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justo y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.<sup>11</sup>

Por tanto, el punto central es determinar los rasgos que representa una razón para un tratamiento igual o desigual, en otras palabras, si las desigualdades de hecho pueden justificar el establecimiento de desigualdades jurídicas orientadas precisamente a eliminar o limitar el alcance de las desigualdades de hecho.

Paso a analizar la problemática de las minorías. Respecto a las minorías según Paolo Comanducci,<sup>12</sup> son de dos tipos:

A. *Minorías políticas*. Son aquellos conjuntos de individuos que, dependiendo el voto, se encuentran en una contingencia de inferioridad numérica

<sup>9</sup> Sentencia SCT 98/1985. Citada por Prieto Sanchis, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, en Carbonell, Miguel (comp.), 2a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 31.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> Aristóteles, *Política*, Madrid, J. Marias y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 83.

<sup>12</sup> Comanducci, Paolo, “Derechos humanos y minorías: Un acercamiento analítico neoilustrado”, *Derechos sociales y derechos de las minorías* en Carbonell, Miguel (comp.), 2a ed., México, Porrúa, 2001, p. 321

respecto a otros conjuntos de individuos en un cuerpo electoral, en las asambleas representativas, en los órganos que éstas nombran, etcétera

B. *Minorías culturales*. Son los conjuntos de individuos que, aunque no sean menos numerosos que otros conjuntos de individuos (pensemos en las mujeres) se encuentran por razones históricas, económicas, políticas o de otro tipo, y dependiendo de esas características raciales, sexuales, éticas, lingüísticas, etcétera, en una condición de desventaja respecto de otros conjuntos de individuos de la misma sociedad.

En nuestro estudio nos referiremos a la situación de las poblaciones indígenas, pues en palabras de Eduardo Garzón Valdés, "... posiblemente nadie sufre en este continente [América Latina] con mayor intensidad que el indio las degradantes consecuencias de su vulnerabilidad económico-social..."<sup>13</sup>

Sin embargo, el constitucionalismo de las últimas décadas se ha caracterizado por tutelar no solamente una igualdad formal, sino que ha querido avanzar hacia una igualdad de hecho o igualdad sustancial.

Así, por ejemplo, el artículo 3o. de la Constitución italiana<sup>14</sup> dispone que:

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Así, el reto que tienen los países de América es el de incorporar a las poblaciones indígenas en la sociedad. Para Luigi Ferrajoli<sup>15</sup> hay cuatro modelos de relación entre el derecho y las diferencias (minorías):

- a) El primero es el modelo de la "indiferencia jurídica de las diferencias". Para este modelo las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se las ignora.

13 Garzón Valdés, Ernesto, "El problema ético de las minorías étnicas", *Derechos sociales y derechos de las minorías* en Carbonell, Miguel (comp.), 2a ed, México, Porrúa, 2001, p. 231.

14 Citada por Carbonell, Miguel, "Minorías y derechos: un punto de vista constitucional", *op. cit.*, p. 357.

15 *Ibidem*. p. 365.

- b) El segundo modelo es el de la “diferenciación jurídica de las diferencias”. De acuerdo con el cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; aquellas que son valorizadas (como las identidades por razón de sexo, de nacimiento, de lengua, de fe religiosa, etcétera) resultan asumidas como status privilegiados y como fuentes de derechos y poderes. Las diferencias que no son valorizadas (por ejemplo, la de ser mujer, judío, negro, extranjero, etcétera) se convierten en status discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, o incluso, a veces hasta de persecución.
- c) El tercer modelo es el de la “homologación jurídica de las diferencias”. Según este modelo, las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se lleva a cabo una homologación, neutralización e integración de todos que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad —en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa— como “normal” y al mismo tiempo como “normativa”.
- d) El cuarto modelo es el de la “igual valoración jurídica de las diferencias”; se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Este modelo no ignora las diferencias sino que permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del mismo valor de todas las diferencias. En principio, la meta es lograr este último modelo.

El derecho internacional, a través de diversos instrumentos en materia de derechos humanos, ha protegido de manera genérica a las poblaciones indígenas concediéndoles todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como la protección de ataques por razones de discriminación racial a los que pudieran verse sometidos. Así, los pueblos indígenas tienen derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos,<sup>16</sup> tanto universal como regional.

<sup>16</sup> Artículo 1o. del *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas*.

Sin embargo, el problema radica cuando al reconocer a las poblaciones étnicas y sus diferencias con la sociedad, se reconoce también sus ordenamientos jurídicos distintos al ordenamiento estatal.

### III. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Las reivindicaciones por parte de las poblaciones indígenas sobre el reconocimiento de su forma de organización política, social y jurídica, especialmente, el reconocimiento a sus derechos consuetudinarios, trae como consecuencia la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos: el derecho positivo codificado del Estado y el derecho consuetudinario (no codificado) de las etnias indígenas, lo cual origina, un pluralismo legal.

Dicho pluralismo puede intensificarse cuando en un mismo país la organización estatal es de carácter federal, coexistiendo por una parte, un derecho federal y varios derechos estatales, y por otra, los derechos consuetudinarios de una diversidad de comunidades indígenas pertenecientes a diferentes etnias; por tanto, habrá en un mismo territorio una pluralidad de ordenamientos jurídicos.

Según Raquel Irigoyen,<sup>17</sup> tres son las posturas que se pueden adoptar respecto a la pluralidad de ordenamientos jurídicos:

1. El monismo jurídico, que afirma que sólo hay un solo derecho en el Estado, el derecho del propio Estado, y por tanto, los usos y costumbres indígenas carecen de valor jurídico.
2. El monismo atenuado, ésta es la postura que reconoce que el Estado es quien crea el derecho; a las poblaciones indígenas se les reconoce algunos derechos indígenas, siempre y cuando dichos derechos consuetudinarios no afecten al derecho del Estado.
3. El pluralismo jurídico, que reconoce que dentro de un mismo Estado, de un mismo espacio geopolítico, pueden coexistir varios sistemas jurídicos además del estatal, reconociendo que los indígenas tienen capacidad autonormativa.

Si bien, lo ideal sería el tercer supuesto, lo cierto es que en la realidad la lucha de los pueblos indígenas por lograr el pleno reconocimiento de su capacidad autonormativa ha llegado, cuando mucho, al segundo supuesto.

17 Citada por Stavenhagen, *op. cit.*

El derecho indígena es principalmente de origen consuetudinario en América, y subordinado al derecho del Estado, pues casi nunca es reconocido. Así el artículo 10 del Código Civil Federal<sup>18</sup> dispone que “contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”.

### 1. *El derecho consuetudinario indígena*

El derecho, en un sentido amplio, es un sistema normativo que rige el comportamiento entre las personas, y en el caso de los derechos indígenas, es eminentemente consuetudinario, porque sus normas nacen de la costumbre.

Se entiende por poblaciones indígenas, tal como lo define el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio 169) de la OIT,<sup>19</sup> como aquellos pueblos

por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en 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” (artículo 1o, inciso b)).

### Los pueblos indígenas

se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la autoidentificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos se conocen en nuestros países porque mantienen formas de vida y de cultura que los distinguen del resto de la sociedad, y han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria, porque siguen sufriendo

18 Y sus correlativos en los diversos códigos civiles de las diversas entidades federativas.

19 Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 27 de junio de 1989.

do de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación.<sup>20</sup>

Lo que se denomina genéricamente como “derecho consuetudinario indígena” son una serie de prácticas reales que se llevan a cabo de manera distinta en diferentes comunidades, para resolver una serie de problemas de administración de justicia, resolución de conflictos, mantenimiento de conflictos, mantenimiento del orden interno, normatividad de los reclamos interpersonales, vinculados con el mundo exterior, etcétera,<sup>21</sup> y aunque es un derecho no codificado (no escrito) es también obligatorio.

Hoy en día, algunas características comunes de los derechos de las poblaciones indígenas son:<sup>22</sup>

- A. Un carácter eminentemente consuetudinario; es decir, nace de la costumbre y se preserva a través de la misma.<sup>23</sup>
- B. Un carácter eminentemente oral, es decir, no existen normas escritas y, en cuanto a procedimientos, únicamente se levantan actas en casos de delitos graves y/o en procesos que se alargan mucho.
- C. Una carencia de sistematización, es decir, los derechos indígenas no pueden separarse de otras esferas de la vida cotidiana y comunitaria, por tanto, no existe una distinción tajante entre normas morales, religiosas y jurídicas. Asimismo, no existe una clara distinción de materias a regular, por ejemplo, no existe un derecho civil, un derecho penal, un derecho procesal, un derecho agrario, etcétera, bien delimitados.
- D. Aunque el derecho indígena es un ordenamiento que se practica en las comunidades indígenas y está compuesto de elementos precoloniales, también tiene elementos coloniales, republicanos, modernos y hasta contemporáneos. Es preciso mencionar que, en México el

<sup>20</sup> Peritaje de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo y sociólogo, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Asunto de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Véase la Sentencia de la Corte dictada el 31 de agosto de 2001.

<sup>21</sup> Stavenhagen, *Derecho consuetudinario y derecho positivo... cit.*

<sup>22</sup> Regino, Adelfo, “Libre determinación de los pueblos indígenas”, *Coloquio sobre derechos indígenas, Oaxaca*, Instituto Oaxaqueño de las Culturas, 1996, pp. 152-154.

<sup>23</sup> Así por ejemplo, los pueblos indígenas de Oaxaca le llaman la “ley del pueblo” al derecho consuetudinario. Cordero Avendaño de Durand, Carmen, “El derecho consuetudinario”, *Coloquio sobre derechos indígenas, Oaxaca*, Instituto Oaxaqueño de las Culturas, 1996, p. 265.

derecho indígena no solo recoge preceptos y concepciones de la cosmovisión prehispánica, sino que también muchos de sus preceptos derivan del encuentro y choque con la cultura y sistemas jurídicos español (durante la Colonia) y mexicano (después de la Independencia).<sup>24</sup>

Dado lo anterior, se puede apreciar algunos paralelismos entre los derechos indígenas y el derecho estatal mexicano,<sup>25</sup> pero en otras ocasiones, existe una abierta contraposición entre uno y otros. Este problema se presenta en aquellos casos cuando las disposiciones normativas de ambos sistemas jurídicos —el indígena y el estatal— chocan frontalmente, de manera que, las normas indígenas determinan o admiten comportamientos y/o sanciones que son contrarios a lo que estipula el derecho estatal, e inclusive, el internacional.

- E. Flexibilidad para dictar el castigo que merece la infracción, pues se toma en consideración tanto la personalidad como las circunstancias del infractor. La flexibilidad también se aprecia cuando en el hecho de que, cuando una norma deja de considerarse válida y ésta simplemente es abandonada.
- F. Decisión organizada, en las comunidades indígenas nunca actúa una sola persona como juzgador, sino que siempre resuelve el alcalde junto con el presidente municipal y el resto del cabildo.
- G. Un carácter expedito de la justicia e inapelable de las resoluciones, pues a los infractores casi siempre se les juzga de manera inmediata y sumaria y la decisión que se toma normalmente es inapelable.
- H. La experiencia y el haber desempeñado cargos que implican servicio a la comunidad es un requisito indispensable para ser nombrado alcalde o para desempeñar cualquier función de autoridad.

Los procesos de incorporación vulneran algunos derechos fundamentales de estas poblaciones indígenas, y se pone en peligro su supervivencia como grupos sociales identificados con una personalidad colectiva y con una identidad étnica particular.

24 Durante el periodo colonial, el derecho indígena sufrió la influencia de los sistemas jurídicos europeos, específicamente el español, y en la época de la Independencia, del sistema constitucional estadounidense y la codificación francesa, siendo sistemas jurídicos muy diferentes al derecho indígena, el cual se tuvo que adaptar para poder seguir subsistiendo.

25 Principalmente en el derecho procesal penal, pues en ambos sistemas jurídicos se hacen intervenir testigos, tasadores, defensores de las partes y algunas penas más comunes que se imponen son la multa y el arresto carcelario, además de la reparación del daño.

La costumbre en relación con la ley se clasifica en: *secundum legem*, *practer legem* y *contra legem*.

- A) Costumbre *secundum legem* (conforme a la ley). En este tipo de costumbre se realiza una constante aplicación de la norma legal sin contradecir la ley. La costumbre se forma con independencia de la ley coincidiendo con el contenido de la ley misma. Muchas veces la ley se inspira en la realidad social consuetudinaria, tal es el caso del artículo 12, 4 párrafo de la Constitución del Estado de Oaxaca que reconoce la figura del Tequio.
- B) Costumbre *practer legem* (fuera de la ley). La ley remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias. Se aplica en los casos en donde cierta situación no ha recibido regulación, es decir, la costumbre llena las lagunas de la ley creando normas nuevas. De esta manera la costumbre se encuentra integrada en la ley.

Así por ejemplo, el Apartado A, fracción III del artículo 2o de la Constitución general de los Estados Unidos Mexicanos establece la autonomía de los pueblos indígenas para

elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

- C) Costumbre *contra legem* (contraria a la ley o derogatoria). La costumbre es contraria a lo preceptuado por la ley, por lo que carece de eficacia. Por ejemplo, podemos apreciar que en algunas poblaciones indígenas se acostumbra la compra-venta de la novia, lo cual es violatorio del párrafo segundo del artículo 1o de la Constitución; los linchamientos por faltas graves a la comunidad y la quema de las personas sospechosas de brujería, lo cual es violatorio de los artículos 16 y 17 constitucionales; la obligación de dar “tequio”, contrario a lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 5o. constitucional cuando dispone que, “nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento...”.

Es innegable que existe una relación de subordinación de los derechos indígenas al derecho estatal; sin embargo, los derechos indígenas disponen

de un alto grado de autonomía, pues éste se aplica en un elevado porcentaje en el interior de las comunidades indígenas.

Pese a lo anterior, un principio de derecho dispone que “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento” (artículo 10 del Código Civil Federal) y, por lo tanto, no exceptúa su aplicación a las poblaciones indígenas, siendo que en la mayoría de los casos, los indígenas desconocen el derecho y las leyes que imperan en el Estado, y esto ocasiona graves problemas ya que los coloca en una posición de indefensión real.

## *2. Reconocimiento de los derechos indígenas por el derecho internacional*

Tratando de no profundizar en un tema que queda fuera de nuestro estudio, tan solo mencionaremos que el derecho internacional, a través de diversos instrumentos en materia de derechos humanos, ha protegido de manera genérica a las poblaciones indígenas concediéndoles todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como la protección de ataques por razones de discriminación racial a los que pudieran verse sometidos. El reconocimiento de la autonomía de los derechos indígenas en el derecho internacional se plasma en diversos instrumentos, que a continuación se mencionan.

### *A. Los Convenios 107 y 169 de la OIT*

El 26 de junio de 1957, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales (Convenio 107),<sup>26</sup> puesto que

en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribuales y semitribuales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutan los otros elementos de la población.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> El gobierno de México depositó su instrumento de ratificación el 1o. de junio de 1959, y fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de julio de 1960; pero fue denunciado en virtud de la ratificación del Convenio 169.

<sup>27</sup> Párrafo sexto del Preámbulo.

## Dicho Convenio se aplica a

los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que sea esa su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen” (artículo 1.1 inciso c)).

En dicho Convenio se hace un reconocimiento a la autonomía de los derechos indígenas al disponer el artículo 7.2 que “dichas poblaciones [indígenas] 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”. Este Convenio fue muy importante porque era la primera vez que un organismo internacional formulaba normas vinculantes, esto es, de carácter obligatorio respecto de los diferentes problemas de los indígenas.<sup>28</sup>

La OIT “considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”,<sup>29</sup> revisó el Convenio 107, mediante la adopción del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio 169)<sup>30</sup> el 27 de junio de 1989.

El Convenio 169 es una reiteración de las disposiciones del Convenio 107, sin embargo, considera los avances del derecho internacional en materia de derechos humanos, y da respuesta a las reivindicaciones más recurrentes de las poblaciones indígenas al abordar el integracionismo proclamado por el convenio anterior y también reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de derechos y no sólo como objeto de protección.<sup>31</sup>

28 Ramos Hernández, Patricia, *El arbitraje como medio de solución de controversias en los pueblos indígenas de México*, México, tesis, Universidad Iberoamericana, 2000, p. 74.

29 Párrafo cuarto del *Preámbulo del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales* (Convenio 169), de 1989.

30 El gobierno de México depositó su instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1990 y fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de enero de 1991.

31 Ramos Hernández, *op. cit.*, p. 76.

De esta forma, el artículo 8.2 dispone que:

Dichos pueblos [indígenas] deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Las diferencias de este artículo 8.2 del Convenio 169 con el artículo 7.2 del Convenio 107 radican en:

- a) El reconocimiento del “deber” de conservación de las costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas.
- b) El reconocimiento del derecho internacional como orden público que no puede ser contravenido por los derechos indígenas.
- c) La obligación de establecer mecanismos de solución de conflictos cuando se presenten estos problemas.

*B. Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*

Mediante resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992, la Asamblea General de la Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas “reconociendo la necesidad de lograr una aplicación aún más eficiente de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en lo que respecta a los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”.

El artículo 1o. de dicha Declaración dispone que “los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”. Como parte de esa protección, el artículo 4.2 establece que

los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en

los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

### *C. Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas*

La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, presentó a la Comisión, en su 51 periodo de sesiones (1994), un “Proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas” con la solicitud de que lo examinara y aprobara.

El Proyecto de Declaración reconoce que

los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”, y “la urgente necesidad de respetar y promover los derechos y las características intrínsecos de los pueblos indígenas... que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida.<sup>32</sup>

De esta manera, el Proyecto de Declaración dispone en su artículo 4o. que:

los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

A diferencia de los Convenios 107 y 169 de la OIT, este proyecto de Declaración diferencia entre costumbres y sistemas jurídicos indígenas.

Es interesante notar que, en este reconocimiento de los derechos indígenas, el segundo párrafo del artículo 14 señala que:

los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar, cuando se vea amenazado cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas, la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y adminis-

32 Párrafos primero y sexto del Preámbulo del Proyecto de Declaración.

trativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

#### *D. Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

El 27 de febrero, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aprobó el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El artículo XVI del Proyecto de Declaración reconoce los derechos indígenas al establecer que:

- El derecho indígena deberá ser reconocido como parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados.
- Los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades, incluyendo los sistemas relacionados con asuntos tales como la resolución de conflictos, en la prevención del crimen y en el mantenimiento de la paz y la armonía.
- En la jurisdicción de cada Estado, los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses, serán conducidos de manera tal de proveerán el derecho a los indígenas de representación plena con dignidad e igualdad frente a la ley. Ello incluirá la observancia del derecho y costumbre indígena y, si es necesario, el uso de su lengua.

De igual manera, se reconoce la aplicación del derecho indígena en materia familiar, toda vez que, en el artículo XI de las “relaciones y vínculos de familia” se dispone que:

1. La familia es la unidad básica natural de las sociedades y debe ser respetada y protegida por el Estado. En consecuencia el Estado reconocerá y respetará las distintas formas indígenas de familia, matrimonio, nombre familiar y de filiación.
2. Para la calificación de los mejores intereses del niño en materias relacionadas con la adopción de niños de miembros de los pueblos indígenas, y en materias de ruptura de vínculo y otras circunstancias similares, los tribunales y otras instituciones pertinentes considerarán

los puntos de vista de los pueblos, incluyendo las posiciones individuales, de la familia y de la comunidad.

*E. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo)  
Awás Tingni vs. Nicaragua*

El 4 de junio de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda contra el Estado de Nicaragua. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión presentó este caso con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 1o. (Obligación de respetar los derechos), 2o. (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 21 (Derecho a la propiedad privada) y 25 (Protección judicial) de la Convención, en razón de que Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la comunidad Awás Tingni, ni ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la comunidad sobre sus derechos de propiedad.

El territorio de los Mayagna es vital para su desarrollo cultural, religioso y familiar, y para su propia subsistencia, pues realizan labores de caza (cazan “chanchos de monte”) y pesca (desplazándose a lo largo del Río Wawa) y, además, cultivan la tierra. Es un derecho de todo miembro de la comunidad trabajar la tierra, cazar, pescar y recolectar plantas medicinales; sin embargo, está prohibida la venta y la privatización de estos recursos. El territorio es para ellos sagrado, y a lo largo de éste se encuentran varios cerros de gran importancia religiosa, como el Cerro Mono, el Cerro Urus Asang, el Kiamak y el Cerro Quitirís. Existen también otros lugares sagrados, en los cuales la Comunidad tiene árboles frutales de pejibaye, limón y aguacate. Cuando los habitantes de Awás Tingni pasan por estos lugares, que datan de 300 siglos, según lo que su abuelo le decía, lo hacen en silen-

cio como señal de respeto a sus muertos y saludan a Asangpas Muigeni, el espíritu del monte, que vive debajo de los cerros.<sup>33</sup>

El punto central de la denuncia era la falta de protección por parte de Nicaragua de los derechos de la comunidad sobre sus tierras ancestrales, situación que aún permanecía vigente. La comunidad Awas Tingni presentó la demanda ante la CIDH porque necesitaba el título de propiedad que había solicitado en varias oportunidades y nunca había obtenido respuesta del Estado. La comunidad esperaba tener una respuesta basada en la justicia y en el derecho de las comunidades indígenas.

La Corte Interamericana al resolver el asunto ante ella presentado, consideró que era necesario

hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2o. de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.

Llama también la atención que, en los alegatos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ante la Corte, se manifiesta que “existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales”.<sup>34</sup> De igual manera el derecho comparado nos permite apreciar el reconocimiento de los derechos indígenas en diversas legislaciones o constituciones,<sup>35</sup> sin embargo, detendremos aquí nuestro estudio para estudiar el reconocimiento a los derechos indígenas en nuestro país.

33 Testimonio de Charly Webster McLean Cornelio, Secretario de la Comisión Territorial de Awas Tingni en su comparecencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

34 Párrafo 140, inciso *d*) de la Sentencia.

35 Artículos 119 y 260 de la Constitución de Venezuela, artículo 246 de la Constitución de Colombia, artículo 231 de la Constitución de Brasil, artículo 63 de la Constitución de Paraguay, artículo 191 de la Constitución de Ecuador, artículo 66 de la Constitución de Guatemala, artículo 171 Fr. III de la Constitución de Bolivia, artículo 346 de la Constitución de Honduras.

### 3. Reconocimiento de los derechos indígenas por el derecho nacional

Con el establecimiento del México independiente, en el siglo XIX, el sistema modelo que se adopta fue el constitucionalismo estadounidense aplicando así el “principio de igualdad jurídica”, declarando ciudadanos a todos los hombres de la República mexicana, iguales en derechos ante la ley, entendiéndose por ésta, el ordenamiento jurídico nacional, consecuencia de ello, se priva a los grupos étnicos de México de sus derechos consuetudinarios y los pocos privilegios que les había otorgado la Corona española, entre ellos, cierta autonomía.

Es preciso comentar que, el Estado moderno monopoliza la creación —mediante la codificación— y la aplicación del derecho, por lo que no hay lugar al derecho consuetudinario, menos aún cuando dicho ordenamiento nace fuera de las instituciones oficiales del propio Estado; por lo que, los derechos indígenas, nacidos de la costumbre y usos de los pueblos carecen de reconocimiento y validez jurídica oficial. Sin embargo, con la Colonia se inició paralelamente a la protección de los indígenas, un proceso gradual de aislacionismo de muchas etnias, las cuales buscaron refugio en las montañas, selvas y desiertos,<sup>36</sup> éstas siguieron rigiéndose por sus propios derechos, lo que permite su subsistencia hasta el día de hoy. Desde entonces, pese a la falta de reconocimiento oficial, los derechos indígenas han sido una realidad social y jurídica innegable.

#### A. La reforma al artículo 4o. constitucional

El 28 de enero de 1992, salió publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el Decreto que reforma el párrafo primero del artículo 4o. de la Constitución, en el que se dispone que:

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

36 González Rondón, Martha Tamara, *Análisis jurídico de las minorías indígenas en el artículo cuarto constitucional*, Tesis, Escuela Libre de Derecho, 1995, p. 46.

Cabe observar que, al establecer la protección y promoción de los usos y costumbres, hay un reconocimiento implícito de los derechos indígenas, toda vez que, como ya se ha comentado, éstos son primordialmente consuetudinarios, es decir, nacidos de la costumbre.

Lo anterior se confirma cuando se dispone expresamente que, “en los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos [los indígenas] sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley”. Al reconocer los derechos indígenas, se reconoce también la existencia de derechos nacidos fuera del orden estatal, y su coexistencia entre éste con aquellos, lo que implícitamente provoca conflictos de leyes en la aplicación de estos ordenamientos.

Asimismo, se establece que, una Ley (o conjunto de leyes) determinarán la forma en que se habrá de proteger y promover el desarrollo de la cultura indígena, por lo que habrá también una ley que determine la aplicación y alcance de los derechos indígenas. Dicha ley, de conformidad con el artículo 124 de la Constitución al no encontrarse directamente atribuida a la Federación, se entenderá que corresponde a las entidades federativas su promulgación. Empero, a pesar de esta disposición de carácter constitucional, el problema de los conflictos de leyes causados por la multiplicidad de derechos indígenas y de la coexistencia de éstos con el derecho estatal no fueron solucionados.

### *B. La reforma al artículo 2o. constitucional*

El pasado 14 de agosto de 2001, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto con el que se aprueba el diverso, se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o, se deroga el párrafo primero del artículo 4o., y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 2o de la Constitución dispone, en sus párrafos primero, segundo y cuarto, que:

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 con-

servan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

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.

De lo anterior puede concluirse:

1. Al igual que en la reforma del artículo 4o constitucional de 1992, se reconoce la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada en las poblaciones indígenas.
2. Inspirado en los Convenios 107 y 169 de la OIT, se entiende por pueblos indígenas a 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.
3. Se reconoce una situación de hecho donde varias comunidades indígenas pueden constituir una misma etnia cuando constituyen una unidad social, económica y cultural.

Respecto al reconocimiento de los derechos indígenas, la reforma dispone en su apartado A, fracción II que: esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

Aplicar sus propios sistemas normativos, en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

De la lectura de la disposición anterior podemos concluir lo siguiente:

- A. Existe un reconocimiento expreso de los sistemas normativos de las comunidades indígenas, es decir, de los derechos indígenas, a diferencia de la reforma al artículo 4o constitucional de 1992, donde el reconocimiento fue más bien de carácter implícito.
- B. Se dispone que, la aplicación de los derechos indígenas se hará para los conflictos de carácter interno de dichas comunidades, siendo

omiso en cuanto a aquellos conflictos que afectan a otras comunidades sujetas a otros derechos o en relación con la población mestiza.<sup>37</sup>

- C. En todo caso, la aplicación de los derechos indígenas deberá sujetarse a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres, tal como lo disponen los Convenios 107 y 169 de la OIT.

Y aunque nada se dispone en lo relativo a quien deberá legislar para garantizar los derechos de las poblaciones indígenas reconocidos por esta reforma, el artículo segundo transitorio dispone que: “Al entrar en vigor estas reformas, el Congreso de la Unión y las Legislaturas de las entidades federativas deberán realizar las adecuaciones a las leyes federales y constituciones locales que procedan y reglamenten lo aquí estipulado”.

Referente a los derechos indígenas, considero que deberán ser las entidades federativas las que habrán de legislar al respecto, toda vez que dicha facultad no ha sido atribuida de manera expresa a la Federación.

Sin embargo, al igual que la reforma del artículo 4o. constitucional de 1992, deja sin resolver los conflictos de leyes que pudieran surgir en la aplicación de los derechos indígenas.

¿Cuáles son las implicaciones que conlleva el reconocimiento de los derechos indígenas hecho por la reforma al artículo 2o constitucional?

- a) El resurgimiento de los estatutos personales, figura que desde la Edad Media no se ha aplicado más que para el estado y la capacidad de las personas.
- b) La pluralidad de ordenamientos y su coexistencia entre ellos, debiéndose determinar cuándo se ha de aplicar en una situación jurídica en donde esté involucrado un indígena, los derechos indígenas o cuándo se ha de aplicar el derecho estatal, y la forma de aplicarlo.

37 Para efectos del presente estudio se entenderá por “mestizo” a las personas pertenecientes a la población mayoritaria de nuestra nación, quienes por exclusión no tienen el carácter de “indígena”.

#### IV. LOS ESTATUTOS PERSONALES

En el derecho internacional privado actual impera el estatuto real o territorial, es decir, por regla general, se aplicará a las relaciones jurídicas el derecho vigente del lugar donde se producen (principio de territorialidad).

Lo que hoy en día es fácilmente aceptable, es tan sólo el resultado de un largo proceso de evolución del derecho internacional privado, en el que originalmente eran aplicables los estatutos personales los cuales se abandonan a fin de dar lugar al estatuto real como regla general.

Se entiende por “estatuto personal”, en su acepción original, el sistema de derecho que rige a una persona determinada independientemente del sistema de derecho vigente en el país en que se encuentre.<sup>38</sup>

Sin embargo, hoy en día entendemos por “estatuto personal”, el conjunto de materias que, por su consideración preferentemente personal, se sujeta a la aplicación de la ley personal,<sup>39</sup> bien sea la ley de su nacionalidad o la de su domicilio.

Actualmente, se ha sustituido el empleo de la ley de la nacionalidad por la ley del domicilio, e incluso por puntos de conexión más objetivos como el de la residencia habitual.

Ahora, reminiscencias de los estatutos personales pueden observarse en algunas instituciones del derecho árabe y, en los derechos indígenas.

##### 1. *Del derecho romano a la formación del Estado feudal*

Como es de todos sabido, el estudio del derecho como ciencia parte del derecho romano, y es en Roma cuando su política imperialista, de expansionismo territorial, cuando los juristas comprenden la necesidad de permitir el acceso a sus tribunales a los extranjeros, derecho que hasta entonces estaba exclusivamente reservado a los ciudadanos romanos.

Por lo anterior se crea la figura del *praetor peregrinus* con la facultad de *jus dicere inter peregrinus et inter cives et peregrinus*, es decir, de dictar el derecho entre extranjeros y entre ciudadanos y extranjeros, el cual aplicaba el derecho civil romano a los asuntos sometidos a su conocimiento; pero

<sup>38</sup> Trigueros Saravia, Eduardo, *Estudios de derecho internacional privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, p. 34.

<sup>39</sup> Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Madrid, Civitas, s.a. p. 388.

en el 242 a C., se le facultó para dejar de aplicar el derecho romano, concediéndole la libertad de aplicar las leyes y costumbres propias de los extranjeros en aquellos casos en que estimare necesaria su aplicación a fin de obtener una solución justa y conveniente.<sup>40</sup>

Desde la caída del Imperio Romano de Occidente (476 d C.) hasta la codificación de Justiniano (527-534), en el proceso de codificación del derecho, se tiende a borrar las divergencias existentes entre las legislaciones de los diferentes pueblos que componían el Imperio, sujetando a todos sus habitantes a las mismas leyes y haciendo innecesarias las normas destinadas para dar efecto ante los tribunales a las situaciones jurídicas nacidas bajo otras leyes.<sup>41</sup>

Con la caída del Imperio Romano de Occidente desaparece la organización de ciudad imperial y Europa se haya entonces inmersa en un proceso de desmembramiento político, lo cual se traduce en el establecimiento de diversas tribus autónomas —carentes de un elevado nivel de civilización y organización— regidas por un derecho rudimentario, conformado principalmente por escasas tradiciones de carácter religioso, válido solamente para quienes formaban esas tribus y carentes de valor normativo para quienes eran ajenos a ellas.

Lo anterior provocó la presencia en un determinado territorio de grupos de personas originarias de diferentes tribus y regidas, por tanto, por diferentes derechos que sólo a ellos era aplicable, surgiendo así graves problemas por la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes y, con ello, el establecimiento de los “estatutos personales”.

Esta situación se agravó en tanto fue mas difícil la identificación de las razas, haciéndose necesario el empleo de la *professio juris*, en la cual cada individuo al tratar una relación jurídica declaraba la raza a la que pertenecía y la ley que le amparaba.<sup>42</sup>

El sistema de derecho personal es el resultado forzoso de una situación real, anterior a la existencia del Estado.

A medida que los reinos de Europa iban evolucionando hacia el feudalismo, fue acentuándose la territorialidad del derecho, en virtud de que la organización feudal estaba estrechamente ligada al territorio, y debido a la necesidad de luchar contra el enemigo extranjero como una medida de defensa.

40 Trigueros, *op. cit.*, . p. 30.

41 *Ibidem*, p. 31.

42 *Ibidem*, p. 34.

Sin embargo, la legislación no era uniforme en todo el Estado sino que cada señorío o condado tenía sus propias leyes, dictadas como prerrogativas de esa ciudad o señorío o simplemente bajo el ejercicio del poder del señor feudal.

Esta multiplicidad de ordenamientos jurídicos creaba graves problemas, pues cada señorío solo reconocía las leyes dictadas para sí, desconociendo las demás. Así, en la Introducción a las Leyes de Toro (1505), en España, se encuentra una prohibición de juzgar según otras leyes que no sean las leyes españolas que ahí se mencionaban.<sup>43</sup> Es también importante considerar que a la *Lex* (como se le denominaba al derecho romano) se le consideraba como un ordenamiento positivo superior y como una clara manifestación del derecho natural.

Por lo anterior, los problemas de delimitación entre los diversas leyes locales (estatutos) entre sí y entre la *Lex* y los estatutos provocaron innumerables conflictos, mismos que fueron tratados de solucionar por los glosadores y posglosadores.

## 2. La escuela de los glosadores y posglosadores

Tanto los glosadores como los posglosadores además de considerar al derecho romano (*Lex*) como técnicamente superior e íntimamente ligado a la religión, le tenían como derecho general de todo el Sacro Imperio Romano, de tal manera que recurrían a sus textos para buscar la solución de los nuevos problemas que se iban presentando, a través de la correcta interpretación de la ley.

Al aplicar el derecho romano como derecho imperial, no debía haber conflictos entre los diversos sistemas jurídicos; sin embargo, el derecho romano imperial suponía también la existencia de pueblos no comprendidos en el Imperio que, en consecuencia, no estaban obligados a cumplirlo, por lo que, los glosadores se limitaron a delimitar la esfera de validez de los estatutos locales frente al derecho romano como en los conflictos entre ellos. Sin embargo, los glosadores incurrieron en el error de no buscar el verdadero espíritu de la disposición que comentaban, sino que buscaban en sus

43 *Ibidem*, p. 40.

palabras, un punto de apoyo para la tesis que consideraban justa solución al problema planteado.<sup>44</sup>

Los posglosadores, a diferencia de los glosadores, en vez de apoyar sus tesis en el texto de la ley romana, tomaron como punto de partida la glosa (los comentarios de los glosadores), lo que les permitió una mayor libertad de interpretación.

Los posglosadores trataron de resolver, en relación con los conflictos de leyes, porqué razón y hasta qué punto los estatutos locales derogaban el derecho romano, concluyendo que dicha derogación se debía a la máxima romana: *lex specialis posteriori derogat generali anteriori*.<sup>45</sup> Si la ley hacía referencia a la persona, el estatuto era personal y se debía aplicar la ley de dicha persona; pero si la ley hacía referencia a los bienes, el estatuto era real y se aplicaba la ley del lugar donde estaban situados éstos.

Las disposiciones de posible aplicación extraterritorial fueron aquellos estatutos que derogaban el derecho común en favor de determinadas personas y por tanto fueron llamados estatutos personales, y con el tiempo llegaron a identificarse a los estatutos personales con aquellos que podían aplicarse extraterritorialmente, y estatutos reales a aquellos cuya aplicación era ineludible en el territorio para el que fueron dictados, pero sólo aplicables en ese territorio.

A decir del maestro Trigueros, los posglosadores olvidaron que el problema no consiste en saber si tal o cual ley es, por su contenido extraterritorial, sino en determinar dentro de un sistema jurídico dado, qué situaciones de derecho pueden estar regidas por leyes extrañas a ese sistema.<sup>46</sup> Sin embargo se debe a estas escuelas, el haber propuesto nuevas normas de derecho internacional privado que rompieron con la aplicación de la territorialidad.

### 3. *Los estatutos personales en la Nueva España*

En los pueblos de Mesoamérica y en el Anáhuac prehispánico ya existía un derecho escrito en los manuscritos pictográficos y códices, en los que se plasmaban sus leyes y ordenanzas, y el cual se encontraba en la tradición oral de los “ancianos”, y constituían las normas vigentes de su sistema so-

44 *Ibidem*, p. 41.

45 *Ibidem*, p. 42.

46 *Ibidem*, p. 50.

cial, político y religioso.<sup>47</sup> Como se puede apreciar, existía tanto un derecho escrito como un derecho oral, que reforzaba su vigencia y aplicabilidad. Sin embargo, esta doble tradición se rompió con la Conquista y posteriormente con la Colonia, toda vez que el conquistador español impuso su sistema jurídico, de manera que la tradición escrita desapareció, pero la tradición oral fue preservada.

Sin embargo, el derecho indígena sobrevive a la Conquista e inspira a lo que se llamaría “derecho indiano”,<sup>48</sup> que es el derecho vigente de las Indias (cuyo nacimiento data de finales del siglo XV y principios del XVI). Así, se puede apreciar la inserción de ciertos elementos de los derechos autóctonos en el ordenamiento jurídico indiano.

Tras el descubrimiento de las Indias por parte de la Corona española, el ordenamiento jurídico castellano se extiende a las Indias; sin embargo, la insuficiencia e inadecuación del derecho de Castilla para ordenar las situaciones y relaciones que se dan en aquellas tierras, provoca un proceso paulatino de reconocimiento de los derechos autóctonos o indígenas, toda vez que, dichas leyes y costumbres respondían precisamente a su peculiar idiosincrasia y forma de vida.

La Real Cédula del 6 de agosto de 1555, mandaba observar las costumbres de los indígenas, siempre que éstas no fueran contrarias a la religión o moral cristiana ni a las leyes. Más tarde, en 1680, con la Recopilación de Leyes de las Indias se confirma dicho reconocimiento, así la Ley 2,1,4 (Libro II, Título 1, Ley 4) dispone que

...las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra sagrada religión ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos...<sup>49</sup>

47 Cordero, *op. cit.*, p. 263.

48 El derecho indiano es el conjunto normativo vigente en las Indias, que ordena la vida social, que regula las situaciones y relaciones que se dan en aquellos territorios desde que se inicia y mientras subsiste la presencia castellana o española allí. Aunque también puede hablarse de un “derecho indiano de los indígenas” integrado por la legislación metropolitana y criolla que tiene por objeto y se destina a los indios y por las normas e instituciones de origen prehispánico, cuya vigencia o validez se reconoce. González de San Segundo, Miguel Ángel, *Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas*, Madrid, Universidad de Zaragoza, 1995, p. 49.

49 Citado por González de San Segundo, *op. cit.*, p. 36.

Cabe precisar ahora, cuál es la prelación del derecho indígena dentro de las fuentes del derecho indiano. Si bien como ya mencionamos, existe un reconocimiento a los derechos indígenas ahora falta determinar en qué lugar han de aplicarse los ordenamientos autóctonos, prehispánicos o no, de conformidad con el orden de prelación de fuentes del Derecho Indiano.

El orden de prelación de fuentes en el derecho castellano está determinado en el Ordenamiento de Alcalá de Henares (Título 28, Ley 1), de 1348, donde se señala que, en primer lugar se encuentra el Derecho territorial del Reino, integrado por las normas contenidas en los Ordenamientos y las disposiciones reales, y recogido en las diversas recopilaciones; en segundo lugar, los fueros municipales, en aquello que viene utilizándose y en cuanto que no se opongan a la ley divina, a la razón o a las normas recopiladas; y en tercer lugar, las Partidas.<sup>50</sup>

Por lo que respecta a la “República de Indios”, algunos autores equiparan los derechos indígenas con los fueros municipales, por lo que tendríamos en primer lugar al derecho territorial del Reino y en segundo lugar, a los derechos indígenas.<sup>51</sup> Por lo que, en caso de contravención entre el derecho de los españoles y el derecho de los indígenas prevalecerá el primero sobre el segundo.

Por lo que respecta al derecho aplicable a las relaciones entre indígenas, es claro entender que era el derecho indígena, y así, en las Leyes Nuevas, de 1542, se dispone que, las Audiencias del Nuevo Mundo “no den lugar a que en los pleitos de entre indios o con ellos se hagan procesos ordinarios ni haya alargas, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres”, lo cual hacía imprescindible, para quienes habían de juzgar las causas de los indígenas, conocer sus derechos, usos y costumbres.<sup>52</sup> Aunque en la Colonia se hizo la recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, en el fondo nunca se reconoció los derechos indígenas.

<sup>50</sup> *Ibidem.* p. 47.

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> Así en la Real Cédula de 1580 se dispone que, “cómo sabéis, tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios y que sumariamente se determinen, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustos; es necesario saber los usos y costumbres que los dichos indios tenían en tiempo de su gentilidad en todo el término del distrito de esa Audiencia...”.

#### 4. *Los estatutos personales en el derecho internacional moderno*

La aplicación de los estatutos personales en el derecho internacional privado moderno se ha limitado a regir el estado y la capacidad de las personas físicas. Y aunque originalmente se aplicaba la ley personal entendida como la ley de la nacionalidad, la tendencia fue sustituirla por la ley del domicilio.

En el Tratado para Establecer Reglas Uniformes en Materia de Derecho Internacional Privado, aprobado durante el Congreso de Jurisconsultos, de Lima, de 1878, se dio preferencia a la ley de la nacionalidad sobre la ley del domicilio para regular el estado y capacidad de las personas físicas. Sin embargo, en los Tratados de Montevideo de 1889 se dio preferencia a la ley del domicilio por sobre la ley de la nacionalidad.<sup>53</sup> Y a pesar de que posteriormente, el Código de Bustamante de 1928, permitió a cada Estado aplicar como ley personal, bien la ley de la nacionalidad, la ley del domicilio o cualquier otra que hubiere adoptado,<sup>54</sup> en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas se reconoce la ley del domicilio como ley personal.

Por otra parte, la codificación del derecho internacional privado, en especial en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha venido orientando la codificación a fin de reducir el empleo de la ley de la nacionalidad por la ley del domicilio, e incluso por puntos de conexión más objetivos: la residencia habitual. Así, el artículo 1o. del Convenio de La Haya para Regular los Conflictos entre la Ley Nacional y la Ley del Domicilio, del 15 de junio de 1955, dispone que: “Cuando el Estado en que la persona interesada se halle domiciliada prescriba la aplicación de la ley nacional, mientras que el Estado del que dicha persona sea nacional prescriba la aplicación de la ley del domicilio, todo Estado contratante aplicará las disposiciones del derecho interno de la ley del domicilio”.

La aplicación de los estatutos personales a los indígenas debiera ser aplicado a todos los litigios donde se vean involucrados y entendido como la aplicación de la costumbre de la etnia a la que pertenecen (ley personal); pero como veremos mas adelante, esto no es así, pues el estatuto personal

53 Parra Aranguren, Gonzalo, “La aplicación del derecho internacional privado en el derecho interno a través de tratados internacionales, en particular en los foros de La Haya y de la Organización de los Estados Americanos”, *Curso de derecho internacional*, Comité Jurídico Interamericano, XXIV, 1997, pp. 4 y 5.

54 *Ibidem*, p. 7.

sólo se aplica a determinadas materias y como excepción, no como regla general.

## V. LOS ESTATUTOS PERSONALES Y LOS CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE DERECHOS INDÍGENAS

### 1. *El derecho estatal y los derechos indígenas*

Como ya hemos comentado, el reconocimiento de los derechos indígenas nos lleva a reconocer la coexistencia, por un lado, del derecho estatal, cuya fuente principal es la ley, y donde aplicamos por regla general los estatutos reales y excepcionalmente los estatutos personales; y por otro lado, los derechos indígenas, cuya fuente principal es la costumbre y donde debiera aplicarse por regla general los estatutos personales y excepcionalmente los estatutos reales.

Para este estudio parto de un presupuesto: la aplicación de los derechos indígenas sólo es posible cuando así lo disponga expresamente la ley (derecho estatal), es decir, la aplicación de los derechos indígenas es solamente de carácter excepcional.

El artículo 2o, apartado A, fracción II de la Constitución mexicana dispone que se reconoce la autonomía para “aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos...”. Pero observamos que, en diversas leyes nacionales e instrumentos internacionales la aplicación de los derechos indígenas es entendida de manera excepcional.

Así por ejemplo, en el artículo 8.1 del Convenio 169 de la OIT se dispone que: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Disposiciones similares se encuentran en la Constitución de Venezuela (artículo 260), Paraguay (artículo 63) y la Constitución del Estado de Chihuahua (artículo 8o).

El artículo 33 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, que es considerada como la más avanzada en materia indígena en México dispone de manera expresa lo anterior al señalar que: “Cuando en los procedimientos intervengan algún pueblo o comunidad indígena, o algún hombre o mujer indígena, las autoridades adminis-

trativas, jueces y procuradores, aplicarán las leyes estatales vigentes homologándolas con las normas internas de cada pueblo y comunidad...”.

Por lo anterior, podemos concluir que, la aplicación de los derechos indígenas sólo está permitida cuando la ley expresamente lo faculta, y establece únicamente el deber del juzgador de tener “en consideración” dichos derechos pero no la obligación de aplicarlos directamente.

## *2. Los estatutos reales y personales en los derechos indígenas*

Hemos mencionado anteriormente que, en nuestro sistema jurídico actual, la aplicación del estatuto real es la regla general y la aplicación del estatuto personal la excepción. En el presente apartado analizaremos cuáles materias son objeto de aplicación de los estatutos reales y cuáles son objeto de aplicación de estatutos personales en los derechos indígenas.

Debemos diferenciar entre los derechos reconocidos a las poblaciones indígenas como tales de los derechos reconocidos a los indígenas en su individualidad. La distinción es importante, pues de ello dependerá que apliquemos uno u otro estatuto.

Si bien, el derecho internacional ha pretendido reconocer abiertamente la aplicación de los derechos consuetudinarios indígenas —y por ende, la aplicación de los estatutos personales entendidos como la costumbre de la etnia de su pertenencia— lo cierto es que el mismo derecho internacional ha limitado su aplicación.

El artículo 7.1 del Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales, de 1957, dispone que: Al definir los derechos y obligaciones de las poblaciones en cuestión se deberá tener en consideración su derecho consuetudinario.

Algunas disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989, disponen que: Artículo 8.1.

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

Artículo 9.2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10.1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

Por tanto, se desprende que, la aplicación del derecho consuetudinario indígena para ciertas materias (orden civil y penal), en las que se ven involucradas personas y no comunidades, se aplicará el derecho consuetudinario como excepción y no como regla general; por tanto, en materia penal el derecho consuetudinario indígena será aplicado como excluyente de responsabilidad penal.

Caso contrario sucede en aquellas materias o asuntos en los que intervienen toda la comunidad como tal y no individuos. El ejemplo más evidente es el de la propiedad de la tierra, pues los propios Convenios 107 y 169 de la OIT disponen que:

Artículo 11 del Convenio 107. Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestiones sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas.

Artículo 13.1 del Convenio 107. Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social.

Artículo 14 del Convenio 169. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan...

Artículo 17 del Convenio 169. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

De lo anterior se puede apreciar la aplicación conjunta del estatuto personal y real para las poblaciones indígenas, concluyéndose que se aplicará el estatuto real (territorial) en relación con aquellas materias o asuntos que involucren a toda la comunidad o etnia; y se aplicará como regla general el derecho estatal y excepcionalmente el estatuto personal en aquellas materias que involucren intereses personales o individuales.

Lo anterior puede justificarse en tanto que, a los indígenas en lo individual se les aplica el derecho consuetudinario en tanto pertenecen a la comunidad; es decir, es en razón a su pertenencia a la comunidad o a la etnia

que se les aplicará el derecho consuetudinario, pero al verse afectados intereses meramente particulares se aplica en primera instancia el derecho estatal (pues el Estado no ha renunciado a su derecho soberano de aplicar su ordenamiento) y el derecho indígena (estatuto personal) como excepción, en razón con su pertenencia a determinada etnia o comunidad.

Así mismo, de conformidad con la cosmovisión indígena, los indígenas son “hijos de la tierra”, y se encuentran íntimamente ligados a ella, son sujetos a las costumbres de esa comunidad.

De un análisis de los diversos instrumentos internacionales, observamos que se aplicarán los estatutos reales en las siguientes materias:

- Salubridad (derecho a usar sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, incluyendo el derecho a la protección de plantas, animales y minerales útiles desde el punto de vista médico).<sup>55</sup>
- Derecho de asociación, reunión y expresión.<sup>56</sup>
- Derecho laboral.<sup>57</sup>
- Derecho ambiental (en cuanto a la explotación de sus recursos naturales);<sup>58</sup> y
- Derecho agrario (en cuanto a la propiedad, sus modalidades y transmisión de propiedad de las tierras).<sup>59</sup>

55 Artículo XII del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; artículo 23 del Proyecto de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

56 Artículo XIV del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y artículo 32 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989.

57 Artículos XV y XIX del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

58 Artículo XV del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; artículos 26 y 28 del Proyecto de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; artículos 8o. inciso *j*) y 10, inciso *c*) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992; párrafo 5, inciso *a*) de la Declaración de Principios Jurídicamente no Vinculante de la CNUMAD para un Consenso Mundial sobre el Manejo, Conservación y Desarrollo Sostenible de Todos los Tipos de Bosques, de 1992; Principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992; artículo 15 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989.

59 Artículo XV del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; artículos 26 y 27 del Proyecto de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; párrafo B, inciso 32) del Anexo II de la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, Dinamarca, 6 al 12 de marzo de 1995; artículos 13 y 17 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989; párrafo 5 de la Recomendación

En cambio, se aplicarán los estatutos personales sólo cuando se reconozcan los derechos indígenas a los indígenas en su individualidad, éstos sólo se aplicarán en las siguientes materias:

- Derecho civil, referido al derecho de familia.<sup>60</sup>
- Derecho penal y sobre cualquier tipo de responsabilidad de los individuos para con sus comunidades.<sup>61</sup>
- Y aun cuando nada digan al respecto los instrumentos internacionales, considero que se deberían también aplicar a los asuntos de carácter mercantil, por tratarse de cuestiones de interés meramente privado.

Así mismo, la aplicación de los estatutos personales, entendidos como la costumbre de la etnia a la que pertenecen los indígenas en cuestión, está sujeta a las siguientes limitantes:

1. Sólo se aplicarán cuando así lo disponga expresamente la ley; y
2. Se aplicarán siempre que no se contravenga el orden público.

Respecto al orden público, en diversas constituciones de América Latina se reconoce la aplicación de los derechos indígenas, siempre que éstos no contravengan las disposiciones de la propia constitución y las leyes de la nación, así podemos mencionar el caso de Venezuela (artículo 260), Colombia (artículo 246), Ecuador (artículo 191) y Bolivia (artículo 171, fracción III).

De conformidad con lo dispuesto en el propio artículo 2o, apartado A, fracción II de la Constitución mexicana, no podrán aplicarse los derechos indígenas, cuando éstos contravengan:

General XXIII (51) sobre los derechos de las poblaciones indígenas (agosto 1997) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

<sup>60</sup> Artículo XI del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; artículo 5o de la Convención de los Derechos del Niño, de 1989; artículo 8.1, inciso 2) de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul 1981).

<sup>61</sup> Artículo 14 del Proyecto de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; párrafo 26.4, inciso b) de la Agenda 21: Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible.

- A. Los principios generales de la Constitución.
- B. Las garantías individuales y los derechos humanos. Al diferenciar la Constitución entre garantías individuales y derechos humanos, considero que en el último caso se deberá entender como aquellos reconocidos en los instrumentos internacionales.
- C. En especial, la dignidad e integridad de la mujer.
- D. Y aunque no se haga mención expresa, se deberá incluir a las instituciones fundamentales del sistema jurídico nacional, que por naturaleza constituyen el concepto de orden público.

### 3. *Los conflictos de leyes en materia de derechos indígenas*

¿Cuáles son los problemas de derecho internacional privado que se pueden presentar con el reconocimiento de los derechos indígenas?. A mi personal parecer, circunscribiéndome exclusivamente a la determinación del derecho aplicable a una situación jurídica y por tanto, excluyendo del presente estudio los problemas de la determinación del foro competente, son los siguientes:

- a) Problemas de conflictos de leyes entre indígenas de diferentes comunidades pero pertenecientes a la misma etnia indígena.
- b) Problemas de conflictos de leyes entre indígenas de diferentes etnias.
- c) Problemas de conflictos de leyes entre indígenas y mestizos (sujetos al derecho estatal).

#### *A. Problemas de conflictos de leyes entre indígenas de diferentes comunidades pero pertenecientes a la misma etnia indígena*

Es fácil entender que, en una relación jurídica de carácter privado dada entre dos indígenas de la misma etnia —y por ende, sujetos al mismo ordenamiento jurídico— radicados en la misma población o en diferentes poblaciones pero regidas por el mismo ordenamiento, no habría inconveniente alguno en aplicar el derecho indígena común a ambas partes.

Así por ejemplo, no habría inconveniente en aplicar el derecho de los indígenas tarahumaras en una compraventa entre dos indígenas de dicha etnia, radicados en una misma comunidad.

*B. Problemas de conflictos de leyes entre indígenas y mestizos (sujetos al derecho estatal) o entre indígenas de diferentes etnias*

Los problemas se presentan cuando las partes en la relación son pertenecientes a etnias diferentes pues en tal caso deberán aplicarse las reglas de conflicto que reconocen las propias costumbres indígenas, para ello es necesario recurrir a un estudio antropológico a fin de determinar cuál es la norma de conflicto aplicable.

Otro supuesto que se presenta es cuando una de las partes en la relación es un indígena, cualquiera que sea su etnia, y por tanto el derecho que le rija, y la otra parte sea un mestizo, en tal caso habría que determinar cuál es el derecho aplicable a dicha situación, si el derecho del indígena en cuestión o el derecho estatal al cual está sujeto el mestizo.

Para lo anterior, debemos considerar lo ya expuesto relativo a la aplicación de los estatutos, bien sean reales o personales.

Sin embargo, propongo la aplicación de la ley más benéfica al indígena, ya sea la estatal o la propia de su comunidad. Lo anterior, debido a que, la finalidad del reconocimiento de los derechos indígenas es el brindar una mayor y mejor protección a ellos, considerando su nivel de integración a la sociedad mexicana. Lo anterior lo reconoce el artículo 24, 2 párrafo de la Constitución del Ecuador, la cual dispone que: “En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa... y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado”.

Si bien, la aplicación de dicha disposición está limitada a la materia penal, lo cierto es que debería extenderse a todos aquellos casos en los que se aplican los estatutos personales. Dicha propuesta es acorde con el principio “pro homine” reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos y por el principio “pro individuo reo” del derecho internacional privado.

*4. La eficacia de las sentencias*

Por último, mencionaremos de manera breve, a reserva de realizar un estudio posterior respecto a la jurisdicción indígena, algunas consideraciones sobre la eficacia de las sentencias dictadas en materia de derechos indígenas.

Al respecto, el derecho comparado reconoce dos sistemas de competencia judicial:

1. Cuando las sentencias son dictadas por jueces estatales, y
2. Cuando las sentencias son dictadas por jueces o tribunales indígenas (jurisdicción indígena), tal es el caso de Colombia (artículo 246 de su Constitución).

En el primer caso, los jueces estatales deberán tener en consideración las costumbres y usos indígenas según lo arriba comentado.

En el segundo caso, las sentencias dictadas por los tribunales indígenas deberán ser homologadas por los jueces estatales a fin de que éstas no contravengan disposiciones de orden público.

El artículo 34 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca señala que:

Las decisiones tomadas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas con base en sus sistemas normativos internos y dentro de sus ámbitos jurisdiccionales, serán compatibilizadas y convalidadas por las autoridades estatales respectivas, cuando se sometan a su consideración, siempre y cuando no contravengan la Constitución General de la República.

## VI. CONCLUSIONES

Existe una tendencia internacional en el reconocimiento de los derechos indígenas.

El reconocimiento de los derechos indígenas presupone la coexistencia de éstos con el derecho estatal.

En una situación jurídica en la que se encuentre involucrado un indígena o una comunidad indígena, se aplicará como regla general el derecho estatal y por excepción, el derecho indígena.

La aplicación de los derechos indígenas se encuentra limitada a los siguientes factores:

La permisión expresa de su aplicación por la ley estatal.

Se reconoce sólo el deber del juzgador de “atender” o “considerar” los derechos indígenas, mas no su aplicación directa, y

La no contravención del orden público (estatal).

En los derechos reconocidos a las poblaciones indígenas se aplicará el estatuto real (principio de territorialidad).

En los derechos reconocidos a los indígenas en su individualidad se aplicará el estatuto personal, entendido como el derecho o costumbre de la etnia a la que pertenece.

En los casos de aplicación de los estatutos personales, se deberá aplicar el derecho o costumbre más benéfico para el indígena.