

# EL DERECHO INDÍGENA Y EL SISTEMA JURÍDICO DOMINANTE. EL CASO DE OAXACA

Gabriela KRAEMER BAYER

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Entre la ley y la “costumbre”*. III. *La Ley Indígena de Oaxaca*. IV. *Algunas opiniones de jueces y magistrados de Oaxaca acerca de la Ley Indígena y el derecho indígena*. V. *Algunas reflexiones propositivas*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo versa en torno al debate sobre el pluralismo jurídico. A raíz del movimiento indígena que en México se fue forjando en los años ochenta y alcanzó visibilidad a partir de la aparición del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en 1994, el tema del derecho o sistema normativo indígena<sup>1</sup> fue tomando cada vez mayor relevancia y dio lugar a cambios constitucionales y legales a nivel federal y local. Los de mayor alcance en México se realizaron en Oaxaca entre 1995 y 1998. En este lapso se modificó dos veces la legislación electoral introduciendo la modalidad de elección bajo el régimen de normas de derecho consuetudinario más conocido como de “usos y costumbres”, la Ley Estatal de Educación, el Código Penal y de Procedimientos Penales y la Constitución Política del estado y se creó la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas a la que nos referiremos de aquí en adelante como Ley Indígena. La pregunta ahora es ¿qué tanto estos cambios legales favorecen la articulación entre el sistema dominante y los distintos sistemas normativos indígenas en Oaxaca? La pregunta es importante porque la misma Ley Indígena exige esta articulación en su artículo 33.

<sup>1</sup> También se utilizan los conceptos de derecho consuetudinario o “usos y costumbres”.

En muchas comunidades indígenas subsisten normas, formas de administración de justicia e instituciones diferentes a las previstas en el sistema jurídico dominante. Los sistemas normativos indígenas se han desarrollado por más de quinientos años en una relación de articulación y oposición a las formas jurídicas del sistema dominante. Se trata de la coexistencia de matrices jurídicas diferentes, una de las cuales hegemoniza a las otras. Las organizaciones indígenas que presionaron por el reconocimiento legal del derecho indígena esperaban asegurar mayor autonomía para sus pueblos y una relación más justa con la sociedad nacional. Parece que este objetivo no se ha alcanzado. Para explicar las razones por las que se dificulta esta articulación más horizontal empezaremos por abordar brevemente las diferencias entre el modelo jurídico dominante y el derecho indígena tal como se han señalado en la literatura. Después veremos las reformas legales en Oaxaca relacionadas con el derecho indígena y la opinión de magistrados y jueces acerca de estas reformas. Finalmente propondremos una alternativa orientada a crear nuevos mecanismos de articulación entre los dos tipos de sistema jurídico previstos en Oaxaca.

## II. ENTRE LA LEY Y LA “COSTUMBRE”

Empecemos por considerar las principales diferencias entre el sistema dominante y el derecho indígena. El primer problema que se nos presenta es de tipo conceptual. Las sociedades modernas pretenden conformarse al ideal de un pueblo, un estado, una nación y un sistema de derecho, lo que en la práctica no ocurre en casi ningún lado.<sup>2</sup> De hecho en muchos países, entre ellos México, existen pueblos, con sus autoridades y sus sistemas normativos subordinados dentro del Estado-nación. Al surgir el interés por estos sistemas de derecho positivo subordinados se los denominó de acuerdo con el gentilicio del pueblo al que pertenecen (derecho tzotzil, derecho zapoteco) en la misma forma en que hablamos del derecho de pueblos antiguos, derecho romano, por ejemplo. Por extensión resulta el término derecho indígena. El problema aparece cuando queremos comparar el derecho dominante sancionado por el Estado con estos sistemas subordinados que ahora empiezan a ser parcialmente reconocidos por el mismo. Si

<sup>2</sup> Gellner trata ampliamente este tema. Gellner, Ernest, *Naciones y nacionalismo*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial-Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1983.

hablamos de derecho mexicano o nacional esto no es correcto porque el derecho zapoteco también es mexicano y pertenece a la nación, no es un derecho extranjero. Para evitar estos inconvenientes usaré el adjetivo dominante o no indígena para referirme al derecho vinculado más directamente al Estado mexicano.

El derecho nacional dominante constituye una esfera bien diferenciada del resto de la cultura y cuenta con un aparato administrativo y especialistas profesionales, de manera que el ámbito del derecho se distingue claramente de otras instituciones sociales. El derecho indígena, en cambio, está inmerso en el todo social y cultural poco diferenciado, por lo que no es fácil distinguirlo de normas de convivencia cotidianas, religiosas, o incluso de recomendaciones técnicas. La impartición de justicia en las comunidades indígenas de México es una de las actividades que realizan los detentadores de ciertos cargos que forman parte de un sistema jerárquico, civil y religioso, en el que participa toda la comunidad. Todos los miembros varones adultos tienen que desempeñar algunos de los cargos más bajos; los más altos son ocupados por los que demostraron mayores aptitudes cuando sirvieron en ocasiones anteriores. Los conflictos cotidianos o delitos de diversa índole suelen ser denunciados ante las autoridades que ocupan los puestos más altos en este sistema. En algunas comunidades, si el problema es muy complejo, pueden pedir apoyo a ancianos respetados o incluso llevar el caso a la asamblea comunitaria.

El sistema jurídico dominante integra un *corpus* legal escrito; el derecho indígena se transmite de forma oral, lo que lo hace mucho más flexible y capaz de adecuarse a nuevas circunstancias. Por esta razón, aunque ha habido intentos por recopilar las leyes indígenas en forma escrita, estos esfuerzos no han prosperado.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> “Antes de la Segunda Guerra Mundial, varios antropólogos británicos que trabajaban en África, intentaron codificar las normas de determinados grupos, por ejemplo, Schapera, 1938. En las Filipinas, Barton trató de recabar las normas de los ifugao (1919) y los kalingas (1949) para los administradores estadounidenses”. Collier, Jane F., “Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica”, en *Pueblos indígenas ante el derecho*, Chenaut, Victoria y Sierra, María Teresa (coords.), México, CIESAS-Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 1995, p. 47. Acerca de la flexibilidad del derecho indígena, véase Haviland, John B., “La invención de la costumbre: el diálogo entre el derecho zinacanteco y el ladino durante seis décadas”, en *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, León Pasquel, Lourdes de (coord.), México, CIESAS-Porrúa, 2001, pp. 187 y 188.

El derecho dominante está orientado principalmente a proteger intereses de individuos aunque éstos no sean sólo personas físicas y exista también la figura del interés público. El derecho indígena, en cambio, protege una relación individuo, colectividad y entorno natural, difícil de comprender para una mente liberal. Para captar el significado profundo de esta diferencia es necesario tomar en cuenta que por muy evidente que nos parezca la concepción occidental de persona “como un universo motivacional y cognoscitivo limitado, único, más o menos integrado, un centro dinámico de conciencia, emoción, juicio y acción organizado como un todo distintivo y situado contrastantemente tanto frente a otras totalidades parecidas, como frente a sus entornos sociales y naturales”. Ésta es una idea que no es compartida por los pueblos indígenas de México, como tampoco lo es por muchos otros pueblos del mundo.<sup>4</sup> El análisis de Bartolomé acerca de la construcción social de la persona en las etnias mesoamericanas enfatiza varios aspectos. El antropomorfismo clasificatorio indígena que equipara las taxonomías corporales, sociales, naturales y cósmicas. Las casas, las comunidades, el grupo social, los árboles, el universo y muchos otros elementos del mundo social, natural o sobrenatural, tienen ombligo, corazón, cabeza, piel, cabellera, etcétera, de manera que, “desde un punto de vista físico el cuerpo humano es entonces constructor y reproductor de la realidad”.

Otro aspecto, muy importante para el tema que nos ocupa, es la relación entre el parentesco y la organización política. En Oaxaca varias lenguas indígenas utilizan un mismo término para nombrar a todos los parientes de un grupo generacional horizontal (hermanos y primos). Así como a niños, jóvenes, adultos y ancianos les corresponden determinados desempeños domésticos, también tienen una específica inserción política mediante el sistema de cargos mencionado antes. Las normas ideales de comportamiento doméstico y las de comportamiento político tienden a identificarse. Los jóvenes, que ocupan los cargos bajos del sistema (mensajeros, intendentes y policías) son como los hijos colectivos de la comunidad. Los cargos altos, que entre sus funciones tienen la de administrar justicia, son padre y madre de la comunidad, y los ancianos son los abuelos de la misma. Nóte-

<sup>4</sup> En este artículo Geertz describe la concepción de persona de balineses, javaneses y marroquíes entre los años cincuenta y sesenta del siglo XX en contraste con la concepción occidental.

se la diferencia con la idea del juez desinteresado del sistema de derecho dominante, que se excusa si existe vínculo familiar con los interesados.

Por último, la concepción mesoamericana del cuerpo considera tres entidades anímicas, una ubicada en la cabeza, otra en el corazón y otra en el hígado. La ubicada en la cabeza (*tonal*) puede abandonar el cuerpo temporalmente, teniendo cierta voluntad propia, a diferencia de las otras dos que abandonan el cuerpo únicamente en el momento de la muerte. El carácter del *tonal* depende de las fuerzas del cosmos que imperaban en el día del nacimiento del niño, del momento en que es fijado por el ritual del bautismo y de la forma en que el individuo aprovecha sus posibilidades. Actualmente los indígenas conciben el *tonal* como un *alter-ego* animal. Vinculada al *tonal* está la capacidad de algunos hombres, curanderos o brujos que tienen un *tonal* fuerte, de transformarse en su animal compañero o *nahual* y como tal actuar. Los *nahuales* habitan una especie de mundo social paralelo que a su vez está vinculado con los antecesores míticos de la comunidad. Por esta vía el poder político-parental está también vinculado al *nahualismo*. Esta concepción de la persona cuya complejidad se presenta aquí de manera en exceso sintética, supone también una concepción de la acción humana, la culpa, el castigo, el bien que debe preservar el derecho indígena, el sentido que tiene para los indígenas el acto de hacer justicia y el papel que deben cumplir los que administran justicia, distinta a la que rige el derecho dominante.

Pero la diferencia más importante tiene que ver con los medios con que cuenta para imponerse. Es claro que el derecho dominante obtiene su fuerza obligatoria del vínculo con el Estado. En el caso del derecho indígena se ha dicho que caracteriza a las sociedades sin Estado o que operan sin referencia al Estado. Realmente, en el caso de los pueblos indígenas de México, ninguno de los dos sistemas es comprensible en su totalidad sin referencia al otro. La posibilidad de imponer las normas del derecho indígena depende en parte de la existencia del aparato jurídico del Estado como amenaza latente. Sin embargo, los sistemas normativos indígenas cuentan con otros medios para asegurar su cumplimiento. En este sentido, un aspecto muy importante que han resaltado varios investigadores es la diferencia en el procedimiento o incluso concepción de lo que significa hacer justicia. Los trabajos de Collier y Sierra muestran que mientras la justicia tal como es concebida dentro del sistema de derecho dominante busca castigar al culpable, en las comunidades indígenas el objetivo es más bien conciliar a las partes en conflicto, objetivo que cuenta con una justificación ideológica.

Se trata, no tanto de encontrar la verdad sobre los hechos sino de hallar una solución, con la participación activa de los involucrados en el conflicto, que finalmente los litigantes puedan aceptar libremente.<sup>5</sup> Por esa razón los juicios de los indígenas suelen ser sumarios y la resolución inapelable,<sup>6</sup> ellos evitan las segundas instancias porque alargan el conflicto.

El proceso conciliatorio generalmente es presidido por más de una persona y en casos difíciles puede pedirse el consejo de los ancianos. Si las autoridades no logran resolver el conflicto, al menos en algunas comunidades, pueden elegir entre llevar el asunto a la instancia no indígena correspondiente o a la asamblea de todos los miembros de la comunidad.

El prestigio y la habilidad discursiva de las autoridades encargadas de presidir los procesos conciliatorios juegan también un papel importante.

En síntesis, las normas del derecho nacional dominante, en principio, lograrían obediencia porque el sistema cuenta con cierta legitimidad y porque existe la amenaza del castigo si se infringen. Es de sobra conocido que en el caso de México al menos, la legitimidad como creencia en el sistema de justicia se encuentra algo erosionada y debido al grado de impunidad, la amenaza del castigo es también menos eficaz. En el caso del derecho indígena, las normas se aceptan principalmente porque los mismos litigantes las actualizan discursivamente en el proceso de resolución de conflictos, porque cuentan para ello con varias autoridades investidas con alguna legitimidad civil y religiosa y ante la amenaza, no del castigo previsto por la ley, sino de algo mucho más inmediato y real: el verse obligados a tratar su asunto en el engorroso, caro y desigual sistema de justicia mestizo o enfrentarse a la implacable asamblea comunitaria.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Para la legitimación religiosa del procedimiento conciliatorio, además de Collier, se puede consultar también Lipp, Frank J., *The Mixe of Oaxaca. Religion, Ritual, and Healing*, Austin, University of Texas Press, 1991, pp. 99-101.

<sup>6</sup> La Sindicatura Municipal, Alotepec Mixe, Oaxaca, elaboró un documento que en la parte b) Aspecto estructural, 6) *Carácter expedito de la justicia e inapelabilidad de las resoluciones*, señala: “a los infractores casi siempre se les juzga de manera inmediata y sumaria, y la decisión que se toma normalmente no es apelable (más que en casos extremos, ante la asamblea)”. Sindicatura Municipal, Alotepec Mixe, Oaxaca, “El Sistema Normativo Mixe. Filosofía, conceptos, estructura, normas y procedimientos”, *Taller de armonización y articulación de sistemas normativos*, febrero de 1999, inédito.

<sup>7</sup> El papel de la asamblea comunitaria en los procesos de administración de justicia ha sido tratado en: Sindicatura Municipal, Alotepec Mixe, Oaxaca, *cit.*, nota 6. También en Kraemer Bayer, Gabriela, “Los menores infractores, formas de control en el Distrito Federal y en una comunidad mixe”, *Alegatos*, México, núm. 44, 2000, pp. 18-23.

Los sistemas normativos indígenas no son algún resto de práctica arcaica que hubiera logrado sobrevivir hasta nuestros días, más bien se trata del producto histórico de la articulación interétnica. En las justificaciones ideológicas de estos sistemas normativos podemos encontrar creencias prehispánicas, pero la práctica cotidiana de conciliación en las comunidades refleja la influencia del derecho colonial y moderno además de la historia y condiciones específicas de cada contexto concreto. Los estudios en el campo de la antropología jurídica en México muestran fehacientemente que existen diversos sistemas normativos indígenas diferentes al derecho nacional dominante tanto en su concepción, como en los procedimientos y en cuanto a los derechos y obligaciones que otorga e impone a los individuos y a la comunidad. Por ello, en los Acuerdos de San Andrés entre el gobierno mexicano y el EZLN se acuerda que el Estado:

promoverá que el derecho positivo mexicano reconozca las autoridades, normas y procedimientos de resolución de conflictos internos a los pueblos y comunidades indígenas, para aplicar justicia sobre la base de sus sistemas normativos internos, y que mediante procedimientos simples, sus juicios y decisiones sean convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado.<sup>8</sup>

El primer estado que los reconoce en la Constitución Política y en la legislación secundaria es Oaxaca.

### III. LA LEY INDÍGENA DE OAXACA

En 1998 se modifica el artículo 16 de la Constitución del Estado de Oaxaca de manera que ésta, a diferencia de la Constitución nacional, recoge fielmente lo signado en los Acuerdos de San Andrés. En ella se reconoce:

El derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas se expresa como autonomía, en tanto partes integrantes del Estado de Oaxaca, en el marco del orden jurídico vigente; por tanto dichos pueblos y comunidades tienen personalidad jurídica de derecho público y gozan de derechos sociales.

<sup>8</sup> Acuerdos del gobierno federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional sobre derecho y cultura indígena (formalizado el 16 de febrero de 1996). Documento 1. Compromisos del gobierno federal con los pueblos indígenas, inciso 3.

Asimismo el Estado reconoce a los pueblos y comunidades indígenas, sus formas de organización social, política y de gobierno, sus sistemas normativos internos, la jurisdicción que tendrán en sus territorios, el acceso a los recursos naturales de sus tierras y territorios, su participación en el quehacer educativo y en los planes y programas de desarrollo, sus formas de expresión religiosa y artística, la protección de las mismas y de su acervo cultural y en general para todos los elementos que configuran su identidad.

En los juicios en que un indígena sea parte, la Constitución no sólo prevé el derecho a un traductor bilingüe sino que exige que “de preferencia los procuradores de justicia y los jueces sean hablantes de la lengua nativa” además de tomar en cuenta “su condición, prácticas y costumbres, durante el proceso y al dictar sentencia”.

Pero sobre todo: “Se reconocen los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como jurisdicción a las autoridades comunitarias de los mismos”. A continuación se hace referencia a una ley reglamentaria que es la mencionada Ley Indígena<sup>9</sup> que establece en su artículo 29:

El estado de Oaxaca reconoce la validez de las normas internas de los pueblos y comunidades indígenas en el ámbito de las relaciones familiares, de la vida civil, de la organización de la vida comunitaria y en general de la prevención y solución de conflictos al interior de cada comunidad, siempre y cuando no contravengan la Constitución Política del estado, las leyes estatales vigentes ni vulneren derechos humanos ni de terceros.

En la misma ley se especifica la homologación y convalidación de los procedimientos, juicios, decisiones y resoluciones como un mecanismo de doble vía. Cuando en los procesos intervienen indígenas, “las autoridades administrativas, jueces y procuradores, aplicarán las leyes estatales vigentes, homologándolas con las normas internas de cada pueblo y comunidad” (artículo 33):

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

<sup>9</sup> Publicada el 17 de junio de 1998.



autoridades estatales respectivas, cuando se sometan a su consideración, siempre y cuando no contravengan la Constitución general de la República (artículo 34).

Los cambios a la Constitución y a la legislación secundaria de Oaxaca en materia indígena reconocen derechos a los pueblos indígenas que no se han logrado plasmar en la Constitución general de la República. Conceptos como sistema normativo indígena, territorio, autonomía, el reconocimiento de personalidad jurídica de derecho público a pueblos y comunidades indígenas y jurisdicción a las autoridades indígenas han sido tema de amplias controversias hasta el punto de que fueron excluidos del texto de la carta magna o mucho más acotados que en la legislación oaxaqueña.

La Ley Indígena de Oaxaca tiene un valor simbólico muy importante al reconocer explícitamente, al nombrarlos, quince pueblos y al mencionar los derechos indígenas individuales y colectivos. En el terreno práctico la legislación electoral, la referida a la educación bilingüe y bicultural y a los derechos lingüísticos ha tenido un impacto innegable. En cambio, en el terreno de la administración de justicia, aunque nominalmente se reconocen los sistemas normativos indígenas, éstos no son tratados como lo que son, sistemas en conflicto, diferentes en todos los aspectos mencionados más arriba, por lo que resulta más compleja de lo que la ley reconoce, la articulación entre ellos.

La primera observación que hay que hacer a esta ley es que anula lo que otorga al añadir al artículo 29 la acotación “siempre y cuando no contravengan la Constitución Política del Estado, las leyes estatales vigentes ni vulneren derechos humanos ni de terceros”. Esto queda más claro si precisamos lo que permite. Se reconoce jurisdicción a las autoridades indígenas electas en sus comunidades o municipios y se precisa la materia de su competencia. En relación con lo último el artículo 38 aclara:

Que la materia de las controversias verse sobre: delitos que estén sancionados en el Código Penal del Estado de Oaxaca, con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión, en estos casos las autoridades comunitarias actuarán, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial; tenencia individual de la tierra en la comunidad de referencia, faltas administrativas y de policía; atentados contra las formas de organización, cultura, servicios comunitarios, trabajos y obras públicas; cuestiones del trato civil y familiar; incumplimiento del deber de las madres y padres de familia consistente en enviar

a sus hijos e hijas a la escuela; y en general, todos aquellos casos en los que los ascendientes o los esposos y esposas no se conduzcan como buenos padres y madres de familia.

El hecho es que la materia que las autoridades indígenas pueden tratar de manera independiente del Ministerio Público o del Poder Judicial son asuntos que un juez civil o familiar trataría de forma muy parecida. Se trata de asuntos que, o bien corresponde sancionar a las autoridades municipales de acuerdo con la reglamentación local, o bien, por no perseguirse de oficio, pueden resolverse con el acuerdo entre las partes. Si es cierto, como lo indican varias investigaciones, que las autoridades indígenas tradicionalmente atienden los conflictos mediante la conciliación, entonces no requieren el reconocimiento de la ley indígena para hacerlo.

En el mismo artículo se señalan algunos aspectos procesales y límites en cuanto a las penas que las autoridades indígenas pueden imponer. En síntesis éstas se reducen a penas económicas y máximo 48 horas de cárcel ya que se prohíben expresamente penas corporales de mayor duración y desde luego aquéllas que atenten contra los derechos humanos o contra las garantías individuales y sociales establecidas en la Constitución general de la República.

Pero, ¿qué sucede, si los interesados no aceptan la resolución de la autoridad indígena?

En los casos en que los indígenas o sus pueblos y comunidades sean parte o partes, se abrirá de oficio la segunda instancia a efecto de verificar que los derechos individuales y sociales de aquellos efectivamente hayan sido reconocidos y respetados. Los magistrados revisarán las actuaciones de los jueces que conocieron en primera instancia (artículo 32).

Cuando en los procedimientos intervengan algún pueblo o comunidad indígena, o algún hombre o mujer indígena, las autoridades administrativas, jueces y procuradores, aplicarán las leyes estatales vigentes, homologándolas con las normas internas de cada pueblo y comunidad. Para ello se basarán en la información que en diligencia formal les proporcione la autoridad comunitaria del pueblo o comunidad indígena correspondiente, buscando en todo caso la apropiada articulación entre dichas normas (artículo 33).

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 (artículo 34).

La convalidación de la imposición de sanciones con base en los sistemas normativos internos se hará sin menoscabo de los derechos humanos y tomando en consideración la normatividad vigente para el Estado (artículo 35).

Las resoluciones de las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas deberán ser consideradas como elementos necesarios para formar y fundar la convicción de jueces y magistrados (artículo 38).

En síntesis, todo esto quiere decir que jueces y magistrados homologarán, compatibilizarán y convalidarán las resoluciones de las autoridades indígenas cuando sean sometidas a su consideración en los casos en que la ley estatal, la Constitución local y nacional y los derechos humanos lo permitan; esto es, cuando la legislación del derecho nacional dominante y el sistema normativo indígena coinciden. En caso contrario aplicaran la legislación estatal.

Si muchos indígenas se llegaran a inconformar de las resoluciones de sus autoridades ante jueces locales y éstos cumplieran con lo previsto en el artículo 32 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas que los obliga a tramitar ante la segunda instancia la revisión de los casos en que intervienen indígenas, asistiríamos en el Tribunal Superior de Justicia de Oaxaca a la proliferación de ejercicios de traducción orientados a descubrir, entre la normatividad indígena operante, aquellas disposiciones que concuerdan con las leyes vigentes en Oaxaca.

Durante la Colonia hubo un movimiento comparable entre los frailes que, tratando de defender la cultura indígena, sostenían que los pueblos aborígenes no estaban completamente presos del demonio, sino que entre sus creencias había algunas de inspiración divina, aquéllas que coincidían con la religión católica.

La analogía es con el fin de mostrar que si este ejercicio de traducción llegara a ocurrir, con ello no se estaría logrando una auténtica articulación de distintos sistemas normativos, lo que realmente se obtendría es un proceso de asimilación del sistema normativo dominado por el dominante.

Una auténtica articulación supone que los sistemas en contacto se enriquecen y fortalecen mutuamente. Pero, como lo mostraré a continuación, en realidad no ocurre ni la asimilación ni el fortalecimiento mutuo de los sistemas normativos, lo que prevalece es un funcionamiento paralelo de

sistemas distintos y el uso estratégico de las alternativas abiertas para los usuarios según su conocimiento y contacto con las instancias judiciales. Esto a pesar de las reformas legales aprobadas hace cinco años.

#### IV. ALGUNAS OPINIONES DE JUECES Y MAGISTRADOS DE OAXACA ACERCA DE LA LEY INDÍGENA Y EL DERECHO INDÍGENA

En la literatura antropológica, actualmente se encuentran varios estudios acerca de los procesos de resolución de conflictos en comunidades indígenas, pero no he encontrado en la literatura la voz de la otra parte, si se trata de trabajar en pos de un posible pluralismo jurídico, esto es, los funcionarios del sistema nacional dominante: ministerios públicos, jueces, magistrados y abogados litigantes. Lo que presento a continuación es sólo un primer intento por incluir en la discusión esta otra parte. No pretende ser un punto de vista representativo, pero considero que permite ver mejor el problema.

Mi primera sorpresa fue al saber que los magistrados<sup>10</sup> que según la ley, de oficio debían revisar todos los casos en que intervienen indígenas, no habían tratado ningún caso en el que pudieran aplicar la multicitada Ley Indígena. Las causas que adujeron los magistrados para este hecho fueron básicamente las siguientes.

*El desconocimiento de la ley por parte de los indígenas.* Si ellos no la conocen, no saben que pueden inconformarse de las resoluciones de sus autoridades. En la primera versión de dicha ley se señalaba la obligación del Ejecutivo de hacerla traducir en un plazo de seis meses a las distintas

<sup>10</sup> Decidí entrevistar algunos magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Oaxaca, ya que supuse que allí se concentrarían la mayor parte de los casos en que se hubiera aplicado la homologación, compatibilización y convalidación entre los sistemas normativos en conflicto. Dada la estructura jerárquica y formal del sistema de justicia, decidí solicitar al presidente del mencionado tribunal la oportunidad de realizar entrevistas a magistrados acerca de las experiencias en cuanto a la aplicación de la llamada Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas. Se me permitió entrevistar, sin restricción de tiempo, a dos magistrados de salas de lo penal y uno de lo civil. Los magistrados fueron seguramente seleccionados por su conocimiento o interés por el tema indígena. Uno de ellos había participado en la elaboración de la mencionada Ley Indígena, otro es originario de una comunidad indígena y todos ellos tuvieron, antes de ser magistrados, una amplia experiencia como jueces en zonas indígenas, también habían escrito y participado en eventos sobre el tema.

lenguas indígenas y se señalaba la instancia que debía hacer del conocimiento de la población del Estado el contenido de dicha ley. Esto no ocurrió.

*El desconocimiento de la ley por parte de los jueces y abogados.* Los magistrados entrevistados consideran que los jueces no conocen la ley indígena. Al preguntar a cuatro jueces de la zona zapoteca del Istmo de Tehuantepec acerca de la aplicación de dicha ley en su área de trabajo, sólo uno me dio una respuesta que denota al menos algún conocimiento de la misma, pero él tampoco puede emplearla ya que los defensores de los indígenas pertenecientes a la Procuraduría Indígena no la utilizan. “Probablemente porque no la conocen”.

*El racismo imperante en Oaxaca.* Principalmente los ministerios públicos y policías, pero también algunos jueces, tienden a descuidar los asuntos cuando se trata de indígenas porque los desprecian. Los abogados defensores, no sólo no conocen la Ley Indígena, “muchos no están de acuerdo” por la misma razón. Además, los ministerios públicos y jueces “se han burocratizado mucho, sólo ven los papeles. Antes estaban obligados a ponerse en contacto con las autoridades municipales, ahora ya no lo hacen”. Por otra parte, los indígenas no cuentan con recursos para impulsar sus asuntos hasta la segunda instancia.

*La Ley Indígena no permite su aplicación.* “Para el Estado fue una cuestión sociopolítica pero no ha aterrizado”, decían los magistrados. Ellos mencionaron el candado ya citado del artículo 29: *siempre y cuando no contravengan...* Uno de ellos considera que la gran mayoría de las normas indígenas chocan con las leyes nacionales, por lo que reconocer el derecho indígena implicaría modificar toda la legislación nacional y en ese caso surgiría el problema de hasta dónde es posible aceptar las normas indígenas. Otro de los entrevistados consideró que “no tenemos la mecánica para convalidar una resolución de la autoridad tradicional”.

Los entrevistados hablaron muy bien de la figura del alcalde como capaz de resolver en asuntos civiles y familiares. Uno de ellos incluso mencionó que anteriormente estaban contempladas en la ley competencias más amplias para esta autoridad, lo que consideraba mejor. También reconocen la capacidad de algunas autoridades tradicionales para resolver diversos conflictos de manera que no lleguen a los jueces. El problema se presenta cuando entran en contradicción los dos sistemas.

En cuanto a la materia penal, en las legislaciones anteriores, a nivel federal y local existía la figura de *pena atenuada*, debido a la extrema

miseria y atraso cultural del indígena. Según uno de los magistrados, “fue una magnífica salida”. A partir de 1994 en la legislación federal y posteriormente en las locales se adoptó el *error de tipo y de prohibición* y se eliminó la *pena atenuada*. “Fue contraproducente esta reforma”. Aunque el mismo magistrado reconoce que el *error de prohibición* se adecua bien a la situación indígena.<sup>11</sup> Por otra parte, la Ley Indígena “en lugar de beneficiar, nos complica, porque ¿cómo convalidar una resolución que se opone al derecho positivo?”

Los jueces de Juchitán que entrevisté están conscientes que existe un uso estratégico del derecho que lleva a desvirtuar el sentido de algunas normas. Los jueces de lo penal y de lo familiar, por ejemplo, mencionaron que la mayoría de las acusaciones de violación son en realidad promesas incumplidas de matrimonio. La familia de la mujer para obligar al hombre a cumplir su promesa de matrimonio lo acusa de violación. Igualmente el juez familiar considera que existe un abuso del derecho en casos de divorcio. En Juchitán, municipio indígena, los conflictos entre las parejas deben ser tratados primero por los padrinos de ambos y en caso de que no se logre acuerdo, el asunto se lleva ante la autoridad municipal donde se presiona con la amenaza de cárcel. El juez considera que las parejas que llevan su caso ante él usan el derecho “más que para defenderse para destruir”. De acuerdo con su apreciación, el que lleva una demanda de divorcio ante el juzgado no intenta solucionar su problema ni defenderse de la coacción ilegal de las autoridades municipales, más bien busca perjudicar a la otra parte con un proceso tedioso, largo y costoso al que no está acostumbrado, “por eso digo que abusan del derecho”.

El juez penal menciona diversos casos originados en las costumbres indígenas para los cuales habría una justificación legal en el Código Penal; igualmente, los casos relacionados con la utilización de los recursos naturales por parte de los indígenas podrían resolverse haciendo uso de la Ley Indígena, pero los abogados de la Procuraduría Indígena no recurren a estos instrumentos. Considera también que las autoridades tradicionales podrían ser habilitadas para resolver por vía conciliatoria la enorme canti-

<sup>11</sup> “En el caso de la utilización de huevos de tortuga por los huaves o del platillo de iguana que venden las señoras en el mercado. Estos productos los indígenas los consumen tradicionalmente. Se puede aplicar lo que se llama ‘error de prohibición directo’ que consiste en que la persona acusada desconoce la norma que prohíbe la acción de la que se le acusa”. Juez penal de Juchitán.

dad de denuncias por lesiones leves durante las *velas* (festejos tradicionales en Juchitán) en las que el juzgado invierte muchos recursos y el resultado es muy pobre.

Las entrevistas mostraron que los jueces con los que hablé aunque conocen poco la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, sí están muy conscientes de los problemas de articulación entre sistemas normativos distintos.

Los problemas planteados por los magistrados de Oaxaca y los jueces de Juchitán hacen pensar que por un lado la Ley Indígena no ha contribuido a la articulación entre sistemas normativos en conflicto y por el otro, la articulación que ocurre en la práctica, debido al uso estratégico de los mismos por parte de los usuarios, no sólo no los fortalece, sino que por el contrario, los degrada. Esto coincide con lo observado por otros investigadores en distintas regiones del país.<sup>12</sup>

#### V. ALGUNAS REFLEXIONES PROPOSITIVAS

Si aceptamos el hecho de que en México existen sistemas normativos en conflicto; que estos sistemas son valiosos para los pueblos que los utilizan de manera que merecen ser fortalecidos; que tanto el derecho indígena como el no indígena, así como el derecho internacional en materia de derechos humanos es perfectible; que el esfuerzo institucional y legal por lograr una articulación entre sistemas normativos en conflicto no debe estar orientado a la asimilación de los sistemas subordinados, entonces deberíamos abandonar la pretensión de homologar, compatibilizar y convalidar las resoluciones de las autoridades indígenas y poner mayor énfasis en el reconocimiento de la autonomía de los pueblos.

En este inciso voy a argumentar a favor de una propuesta que incluye tres aspectos.

<sup>12</sup> Por ejemplo, Collier y Sierra describen el uso estratégico del derecho en las pugnas políticas. Collier, Jane F., *El derecho zinacanteco. Procesos de disputar en un pueblo indígena de Chiapas*, México, UNICACH-CIESAS, 1995; Sierra, María Teresa, "Articulaciones entre la ley y la costumbre: estrategias jurídicas entre los nahuas", en Chesnaut, Victoria y Sierra, María Teresa (coords.), *Pueblos indígenas ante el derecho*, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 1995. Haviland discute, además del uso de la ley mexicana para incomodar a los enemigos, la manipulación del concepto "costumbre". Haviland, John B., *op. cit.*, nota 3, pp. 186-188.

Primero propongo reconocer a las autoridades indígenas competencia en los asuntos que de hecho han atendido hasta fechas recientes y todavía lo hacen en muchas comunidades en vez de reducir sus atribuciones a asuntos menores donde no hay conflicto con el derecho dominante. La competencia de las autoridades indígenas tiene que establecerse de manera general, pero en vez de usar como criterio la compatibilidad con el derecho vigente, la referencia deber ser el derecho indígena operante. Se trata de legalizar aquellas prácticas que entre los indígenas ya tienen legitimidad.<sup>13</sup> Ello exigiría conocer lo que las autoridades indígenas atienden para establecer su competencia con base en este conocimiento. La propuesta supone aceptar que las autoridades indígenas pueden resolver los conflictos en sus comunidades de manera adecuada, justa y acorde con la concepción de persona, comunidad y mundo de los indígenas y que vale la pena fomentar esta manera de atender los problemas. También supone aceptar que el conflicto entre dos sistemas normativos distintos no puede eliminarse sin subsumir uno a otro. Lo que se buscaría es la articulación entre estos sistemas.

El segundo aspecto tiene que ver precisamente con abandonar esta pretensión de asimilar el derecho indígena al derecho dominante. Propongo tratar las resoluciones de las autoridades indígenas como *cosa juzgada*, de tal manera que los interesados que deseen inconformarse con el procedimiento seguido deban recurrir directamente a la segunda instancia. De todas maneras la legislación de Oaxaca ya contempla la participación de la segunda instancia en los asuntos en que intervienen indígenas. Esta propuesta no haría más que radicalizar la norma existente de manera que tenga que aplicarse, ya que, como lo expuse anteriormente, ello no ocurre. Existen experiencias que podrían considerarse como antecedentes en este sentido. Collier ha estudiado la forma en que los tzotziles de Zinacantán, Chiapas, han asimilado a su cultura los juzgados de paz y conciliación indígenas.<sup>14</sup> Este estudio y los hechos en que se basa aportan una experiencia práctica a esta propuesta.

<sup>13</sup> Este tema lo ha discutido Gómez, Magdalena, “Derecho indígena y constitucionalidad”, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, México, Antropos-UAM, 2002, pp. 142-146.

<sup>14</sup> G. Collier menciona: “La ley que asienta los juzgados de Paz y Reconciliación Indígenas establece el principio de que las disputas en las que estén involucradas partes indígenas, deben ser escuchadas por autoridades indígenas antes de entrar al sistema estatal de justicia, y que la reconciliación lograda por los juzgados indígenas debe colocarse



Por último, propongo que los magistrados, al revisar la actuación de autoridades tradicionales, ya no busquen convalidar (como lo exige la actual Ley Indígena) mecánicamente las resoluciones con la legislación local, más bien deben estar especialmente entrenados y contar con el apoyo de especialistas preferentemente indígenas,<sup>15</sup> para realizar un trabajo interpretativo orientado a comparar el sentido de las resoluciones con el sentido implícito en la normatividad internacional relativa a derechos humanos y en los preceptos de la Constitución general de la República, de manera que los sistemas normativos indígenas y el derecho hegemónico se enriquezca con ese proceso.

Considero que la Ley Indígena de Oaxaca aporta la prueba de que esto es posible y fructífero. En la parte de exposición de motivos y en el artículo 43 de esta ley se hace referencia a la importancia de conservar la práctica del *tequio*. Anteriormente esta práctica fue motivo de muchas demandas legales por parte de indígenas que querían evitar la colaboración en el trabajo comunitario que se les exigía.

Una interpretación equívoca, que lo ubica en el ámbito laboral, postula su contradicción con derechos humanos de alcance universal o con las garantías constitucionales. Como esta ley establece con claridad, se trata de un pago de contribuciones comunitarias en especie, fundado en una sanción colectiva análoga a la fiscal.

Otro antecedente es el reconocimiento de la elección bajo el régimen de normas de derecho consuetudinario en el Código Electoral Estatal de Oaxaca. En muchas comunidades indígenas esta elección se realiza en asamblea levantando la mano, lo que una visión formalista de los derechos civiles y políticos prohibiría en nombre del voto secreto. Si se reconoce, en cambio, que el objetivo de esos derechos es asegurar la participación democrática debe concluirse que el derecho consuetudinario indígena cumple con este objetivo. Es esto precisamente lo que reconoce la legislación electoral de Oaxaca.

ante el derecho positivo mexicano como cosa juzgada”. Collier, George A., “El nuevo movimiento indígena”, en León Pasquel, Lourdes de (coord.), *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, México, CIESAS-Porrúa, 2001, pp. 315 y 316.

<sup>15</sup> Lo que ya establece la Ley Indígena, pero, con base en mis entrevistas a jueces y magistrados, parece que no se lleva a cabo.

Para documentar mejor mi propuesta, voy a resumir dos casos ocurridos en la Región Mixe que he reseñado más ampliamente en otra parte.

El primer caso ocurrido en 1995, en relación con un grupo de jóvenes que robaron en una casa y fueron detenidos en flagrancia y entregados a las autoridades de la comunidad. Los jóvenes habían cometido actos delictivos semejantes con anterioridad y habían sido remitidos al juez del distrito que los había liberado por falta de pruebas. Por esta razón, algunos miembros de la comunidad presionaron a las autoridades para que en esta ocasión fueran juzgados por la asamblea comunitaria.

En la asamblea, que me fue relatada por varios de los asistentes, asistieron los familiares de los acusados. En ella se amonestó amplia y duramente a los jóvenes y se decidió aplicar un castigo ejemplar que consistió en amarrar las manos en la espalda, pasar una soga debajo de los brazos y levantarlos de este modo hasta que aceptaran los hechos y se comprometieran públicamente a corregir su comportamiento. Mientras esto ocurría la Comisión Estatal de Derechos Humanos presionaba a las autoridades indígenas por teléfono para que evitaran este castigo. Aunque no se logró, la presión de la Comisión seguramente contribuyó a que no prosperara en la asamblea la propuesta insinuada de pena de muerte.

Los jóvenes aceptaron corregirse y de acuerdo con los entrevistados, el cabecilla cambió su comportamiento y se integró a la banda de música de la comunidad. Otros de los castigados emigraron.

Tuve ocasión de hablar con el juez que entonces era responsable en el distrito. El caso tuvo que ser retomado directamente por el gobierno del estado por vía conciliatoria, ya que de acuerdo con la legislación vigente, las autoridades indígenas debieron haber sido sentenciadas por abuso de autoridad.

Unos años más tarde ocurrió otro incidente en el mismo lugar. Dos grupos de jóvenes en estado de ebriedad durante una fiesta se pelearon lastimando a uno de ellos con una botella de vidrio.

En esta ocasión el problema se resolvió por conciliación entre los jóvenes involucrados, sus padres y las autoridades. El castigo consistió en entregar los emblemas de su banda (ropa y armas) y firmar una carta en que se comprometían a cambiar de comportamiento. Sólo uno de ellos pasó la noche en la cárcel, con la anuencia de su madre, antes de aceptar cumplir con el castigo acordado entre todos.

Pude asistir a la asamblea en que se trató este último caso y me quedó claro que la experiencia del caso anterior y la de otras comunidades donde

las bandas generan inseguridad estaban muy presentes, de manera que los participantes en la asamblea buscaban principalmente evitar que los jóvenes se organizaran en bandas y que problemas como éstos pudieran repetirse.

Estos casos muestran que el derecho indígena realmente supe al sistema de administración de justicia oficial allí donde éste no logra atender adecuadamente los conflictos. Los jóvenes, en el primer caso, habían sido remitidos al juez de distrito antes, sin que lograra resolver el problema para la comunidad.

A partir de estos ejemplos vemos también la diferencia en cuanto a la forma de encarar el delito. La comunidad buscaba educar a sus hijos en conjunto, impedir que proliferen bandas de maleantes que pudieran acabar con la paz, restablecer el respeto a los mayores y evitar que las familias se enojaran entre sí por culpa de las acciones de los muchachos. Las autoridades, al llamar a la asamblea, trataban de resolver el problema comunitario generado a raíz de la actuación de los menores. En cambio, el derecho no indígena trata de castigar y encerrar al individuo.

Por otra parte, muestran también que la referencia a los derechos humanos obliga a los indígenas a pensar sus medidas de castigo dentro de un marco general que por lo menos descarta la pena de muerte y las mutilaciones.

En el mismo artículo comparé la forma de abordar el delito y los castigos infringidos a los muchachos mixes con el trato dado a los jóvenes enviados a centros para menores infractores por delitos semejantes en el Distrito Federal y considero haber mostrado que aunque desde un punto de vista formal, tanto en el castigo aplicado a los jóvenes mixe como el que sufrieron los internados en el centro federal hubo violaciones a los derechos fundamentales, por lo que intervinieron sendas comisiones de derechos humanos, si se considera la legislación internacional referente a menores infractores, los muchachos mixes fueron tratados de manera mucho más cercana al sentido de los instrumentos internacionales que los otros.

De acuerdo con mi propuesta, las autoridades indígenas resolverían problemas como los anteriormente descritos de forma autónoma, pudiendo ser revisados, a solicitud de los interesados, por magistrados especialmente capacitados para realizar un ejercicio de interpretación amplio y con el apoyo de abogados indígenas y peritajes antropológicos. Al revisar la actuación de autoridades tradicionales, ya no buscarían convalidar las resoluciones con la legislación local, únicamente considerarían la legislación internacional y nuestra carta magna en su conjunto, para reflexionar acerca

de alternativas practicables y compatibles con el punto de vista indígena, que cumplan de la mejor manera los ideales que pretenden proteger dichos instrumentos. En vez de aplicar la ley a la letra y condenar a las autoridades por abuso de autoridad cuando actúan de buena fe, este ejercicio podría orientar a los pueblos indígenas a buscar la forma de acercar su tradición a algunos principios generales que pudiéramos compartir todos los mexicanos y a los magistrados a lograr una comprensión más amplia del sentido de los principios que intentan defender al aplicar la ley. De este esfuerzo seguramente resultarían propuestas para mejorar la legislación vigente.

La antropología, al menos desde Malinovski, ha considerado siempre que su objetivo es, al conocer la cultura del otro, comprender mejor la propia. El derecho podría beneficiarse también de esta práctica.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, Alfredo, *Cuerpo humano e ideología. La concepción de los antiguos nahuas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- BARTOLOMÉ, Miguel Alberto, *Gente de costumbre y gente de razón. Las identidades étnicas en México*, México, Siglo XXI, Instituto Nacional Indigenista, 1997.
- COLLIER, George A., “El nuevo movimiento indígena”, en LEÓN PASQUEL, Lourdes de (coord.), *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, México, CIESAS-Porrúa, 2001.
- COLLIER, Jane F., *El derecho zinacanteco. Procesos de disputar en un pueblo indígena de Chiapas*, México, UNICACH-CIESAS, 1995.
- , “Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica”, en CHENAUT, Victoria y SIERRA, María Teresa (coords.), *Pueblos indígenas ante el derecho*, México, CIESAS-Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 1995.
- , “Dos modelos de justicia indígena en Chiapas, México: una comparación de las visiones zinacanteca y del estado”, en LEÓN PASQUEL, Lourdes de (coord.), *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, México, CIESAS-Porrúa, 2001.
- GEERTZ, Clifford, *Local Knowledge*, Baste Books, Nueva York. Publicado en español: “Desde el punto de vista de los nativos: sobre la naturaleza del conocimiento antropológico”, *Alteridades*, núm. 1, 1983.
- GELLNER, Ernest, *Naciones y nacionalismo*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial-Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1983.

- GÓMEZ, Magdalena, “Derecho indígena y constitucionalidad”, en KROTZ, Esteban (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, México, Antropos-UAM, 2002.
- HAVILAND, John B., “La invención de la costumbre: el diálogo entre el derecho zinacanteco y el ladino durante seis décadas”, en LEÓN PASQUEL, Lourdes de (coord.), *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, México, CIESAS-Porrúa, 2001.
- KRAEMER BAYER, Gabriela, “Los menores infractores, formas de control en el Distrito Federal y en una comunidad mixe”, *Alegatos*, México, núm. 44, 2000.
- LIPP, Frank J., *The Mixe of Oaxaca. Religion, Ritual, and Healing*, Austin, University of Texas Press, 1991.
- SIERRA, María Teresa, “Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena”, en STAVENHAGEN e ITURRALDE (comps.), *Entre la ley y la costumbre*, México, IIDH-III, 1990.
- , “Articulaciones entre la ley y la costumbre: estrategias jurídicas entre los nahuas”, en CHESNAUT, Victoria y SIERRA, María Teresa (coords.), *Pueblos indígenas ante el derecho*, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 1995.
- SINDICATURA MUNICIPAL, ALOTEPEC MIXE, OAXACA, “El Sistema Normativo Mixe. Filosofía, conceptos, estructura, normas y procedimientos”, *Taller de armonización y articulación de sistemas normativos*, febrero de 1999, inédito.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en STAVENHAGEN e ITURRALDE (comps.), *Entre la ley y la costumbre*, México, IIDH-III, 1990.