

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA EN EL MARCO DEL PLURALISMO JURÍDICO

José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES*

SUMARIO: I. *A propósito del pluralismo jurídico*. II. *Legalidad y legitimidad*.

I. A PROPÓSITO DEL PLURALISMO JURÍDICO¹

Cabe reconocer que los antropólogos fueron los primeros en romper la concepción eurocéntrica elitista y restrictiva de la cultura,² substituyén-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ La expresión “pluralismo jurídico” es un caso notable de polisemia en ciencias sociales. Fenómenos muy diversos han sido nombrados con ella, incluyendo el caso de los estados confederados y el de la pluralidad de fuentes jurídicas. Principalmente han sido juristas europeos y estadounidenses quienes han usado la expresión en esos sentidos... “Usaremos la expresión pluralismo normativo, para designar el fenómeno que consiste en la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenece a órdenes o sistemas normativos distintos”. Correas, Óscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003, pp. 101-102. Sobre el diferentes usos de la expresión, véase Arnaud, André Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, 2a. ed., París, LGDJ, 1944, pp. 446 y ss.

² “Como todo término substantivado a partir de un verbo acción, el término “cultura” admite dos grandes familias de acepciones: las que se refieren a la acción o proceso de cultivar (donde caben significados tales como formación, educación, *paideia*, cultura animi, cultura *vitae*, etcétera); y las que se refieren al estado de lo que ha sido cultivado, que pueden ser, según los casos, estados subjetivos (tales como buen gusto, hábitos o maneras distinguidas, modelos de comportamiento, acervo de conocimientos, estilos de vida, *habitus* o *ethos* cultural en el sentido de Bourdieu, etcétera) estados objetivos (como cuando se habla de “patrimonio” artístico cultural, herencia o de capital cultural, de instituciones culturales, de culturas objetivas”, de “cultura material”, etcétera). Giménez Montiel, Gilberto, “La problemática de la cultura en las ciencias sociales”, *La teoría y el*

dola por una “concepción total” basada en el doble postulado de la relatividad y de la universalidad de la cultura.

Para los antropólogos, todos los pueblos sin excepción, son portadores de cultura y deben considerarse como adultos. Según Lévy Strauss, carece de fundamento la “ilusión arcaica” que postula en la historia una infancia de la humanidad. Por otra parte, no existen culturas inferiores y debe reconocerse, al menos una preocupación metodológica, la igualdad en principio de todas las culturas.³

El iniciador de esta especie de revolución copernicana fue el antropólogo inglés Edhard Burnet Tylor, en su obra *Primitive Culture* que introduce por primera vez la “concepción total” de la cultura.

De esta manera se superaron las “concepciones elitistas y etnocéntricas que dividían a los hombres en pueblos con historia y pueblos sin historia”.

En el plano teórico, su principal acierto radica en haber señalado desde el principio el carácter ubicuo y *total* de la cultura, en oposición a las concepciones restrictivas y paralizantes. La cultura se encuentra en todas partes y lo abarca todo, desde los artefactos materiales hasta las más refinadas elaboraciones intelectuales, como la religión y el mito.

México y Guatemala, son países de variadas culturas y nunca han tenido una cultura unificada, desde el mundo prehispánico, colonial, conservador, liberal y actual. El régimen colonial por definición fue contrario a la unificación cultural, los siglos XIX y XX, se esforzaron por construir sociedades segregacionistas y más “benignamente” integracionistas. En ambas circunstancias actitudes colonialistas, externa e internas (criollos y luego ladinos) siempre han remarcado que las diferencias de culturas separa a los buenos (es decir, los colonizadores) de los malos (los colonizados). Ideológicamente la empresa se presenta como impulso redentor y civilizador, el colonizador cumple su destino iluminando al conducir por el buen camino al colonizado y de esa manera para México y Guatemala por ejemplo “la distinción entre indios y no indios debe seguir, y a la par con las medidas indispensables que tiendan a facilitar comunicación y la expropiación del trabajo y sus productos, se implementarán otras que actúen en

análisis de la cultura, México, SEP-COMENCSO-Centro Regional de Tecnología Educativa y Universidad de Guadalajara, s. f.

³ Lévy Strauss, Claude, *Las estructuras elementales del parentesco*, Buenos Aires, Paidós, 1981, p. 125.

sentido contrario las prohibiciones, como las de dedicarse a ciertas ocupaciones o trasladarse a ciertos sitios, o imposiciones de tal o cual manera, caminar solamente a pie y pagar el tributo en ciertas especies y no en otras. De alguna manera hay que seguir siendo indios (esto es, colonizados) y parecerlo; para nuestra materia esto se traduce como tener una cultura diferente... Pero hay algo más... plantear la construcción de una cultura nacional unificada significa, inevitablemente, excluir a la mayoría. Porque esa cultura nacional es proyecto, no realidad presente; porque ese proyecto lo imaginamos algunos y lo sostienen otros, pero de ninguna manera recoge la condición cultural de todos y ni siquiera de los que son más; porque, en tanto proyecto propuesto para algunos implica que todos los demás están fuera, que deben acceder a la cultura nacional porque, como son, parte de ella. La cultura nacional no puede ser otra cosa que la organización de nuestras capacidades para convivir en una sociedad pluricultural, diversificada, en la que cada grupo portador de una cultura histórica pueda desarrollarse y desarrollar al máximo su potencialidad, sin opresión y con el estímulo del diálogo constante con las demás culturas. No es pues, la cultura nacional un todo uniforme y compartido, sino un espacio construido para el florecimiento de la diversidad.⁴

La colonización externa primero y luego la interna es la promotora de las acciones de rechazo al pluralismo cultural en Mesoamérica y se construye con base en prejuicios, al respecto Severo Martínez Peláez apuntó:

Tres son los prejuicios que con energía, insistencia y maña, se repiten a lo largo de todos los escritos elaborados por los grupos terratenientes en el conflicto de 1663. Uno es afirmar que los indios son haraganes, que no trabajan si no se les obliga. Otro consiste en decir que son inclinados al vicio, especialmente a la embriaguez, y que aumenta entre ellos la borrachera y los escándalos si no se les tiene ocupados con el trabajo obligatorio. Y el tercero consiste en expresar, en las más diversas y capciosas formas, que los indios no padecen pobreza, que viven conformes y tranquilos... Junto a los grandes prejuicios —riqueza en la miseria, haraganería, índole viciosa—, el criollismo echó a rodar para largos siglos un puñado de prejuicios menores, llamémosles así, que viene a ser, si se los examina con algún detenimiento, apéndices complementarios de los mayores: el indio es

⁴ Bonfil Batalla, Guillermo, "Pluralismo cultural y cultura nacional", *La semana de bellas artes*, México, núm. 104, 28 de octubre de 1981.

desconfiado y malicioso, rechaza los beneficios de la “civilización”, es abusivo cuando se le da trato amistoso.⁵

Por supuesto que el debate de Fray Bartolomé de las Casas, se abrió frente a los constructores de esa ideología de violencia y discriminación y las políticas denominadas indigenistas históricamente parten de una propuesta concreta, que es el de la destrucción cultural.⁶

Estos prejuicios generaron otros, en circunstancias muy puntuales, digamos el no querer reconocer el pluralismo jurídico, y como punto de partida se pretende analizar y calificar las construcciones y prácticas jurídicas indígenas siempre que sea correspondiente al ideario del colonizador que las califica como menos evolucionadas, dando juicios negativos desde sus pretensiones exclusivistas, olvidando que las pautas de la cultura de occidente de las cuales se calcan los modelos nacionales latinoamericanos, parten de procesos histórico-políticos diferentes, cuyo propósito es aceptar la otredad siempre que renuncien a su identidad y se integren al sistema dominante de corte colonizador. Se pretende forzosamente analogizar instituciones, y conceptos y categorías fundamentales de los pueblos indígenas sojuzgados que es francamente un absurdo.

José Castillo Ferreras ejemplifica:

Juicios negativos se han emitido frecuentemente por los estudiosos en todos los campos —incluyendo el derecho—, con una visión por demás exclusivista. Pero las pautas de la cultura occidental, por ejemplo —y esto frecuentemente no se advierte—, fallarían si pretendiésemos aplicarlas a otros pueblos, amén de que obtendrían perspectivas defectuosas. Así como (para citar sólo dos casos), Werner Jaeger, en relación con la Grecia clásica, o Miguel León Portilla, en lo que atañe a los antiguos mexicanos, intentan el estudio de sus respectivos tal y como ellos son y no como subjetivamente, moderna u occidentalmente, se quisiera que fueran.⁷

⁵ *La patria del criollo*, Costa Rica, EDUCA, 1973, pp. 197-253. Véase también Saint Lu, André, *Condición colonial y conciencia criolla en Guatemala (1524-1821)*, Guatemala, USAC, 1978; Stanley, J. y Stein, Bárbara, *La herencia colonial de América Latina*, México, Siglo XXI, 1975; Casaus Arzú, Marta, *Guatemala linaje y racismo*, Costa Rica, FLACSO, 1992; Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando *et al.*, *VI Jornadas Lascasianas. La problemática del racismo en los umbrales del Siglo XXI*, México, UNAM, 1997.

⁶ La problemática la abordo en *Rostros de las prácticas etnocidas en Guatemala*, México, UNAM, 1996.

⁷ Castillos Ferreras, José, *Las costumbres y el derecho*, México, Setentas, 1973, p. 72.

Para el caso de derecho no es sólo las construcciones filosóficas y su practicidad sino también su organización político administrativa, me refiero a los sistemas de gobierno indígenas, sistemas de autoridad y/o sistemas de cargos.

Este perjuicio parte del propósito firme de no reconocer su cultura y de no aceptar su contribución en el proceso civilizatorio, en el cual su resistencia es un elemento fundamental en tanto condenados de la tierra, como alude Franz Fanón, en *Los condenados de la tierra*.

El monismo legal imperante sólo concibe la existencia de un sistema u orden jurídico exclusivo que viene desde la invasión española con la *Querrela de los justos títulos de la Corona para imponerse en las Indias*, que se agravó con el juspositivismo, bajo las premisas comtianas de los postulados sociológicos de la estática y la dinámica, o sea el “orden y el progreso”, tomando como referencia, como la única fuente principal y primigenia la ley como fuente principal del derecho, creando en los operadores de justicia una actitud dogmática y fetichizada.

El Estado de corte etnocrático para el caso, monopoliza la violencia, legitima la producción jurídica por medio de los poderes del Estado. La costumbre jurídica es aceptada siempre que no sea contraria a la ley y además si fuese el caso, se puede tipificar como delictuosa por pretender afectar el orden público, la seguridad del Estado y por supuesto el Estado de derecho. Para el caso guatemalteco son pertinentes los planteamientos de Raquel Irigoyen, que siguen este sentido.⁸

Si equiparáramos al sistema jurídico indígena con la costumbre jurídica de occidente, podríamos encontrar aceptable el principio del *jus vivens*, en la medida que las prácticas jurídicas indígenas actúan paralelamente a la ley y en muchos casos son legales. Esa actuación paralela y conjunta del derecho indígena no sólo tiene su expresión en materia penal sino también administrativa, civil.

Lo anteriormente expuesto tiene que ver con otra cuestión, al decir de Guillermo F. Margadant, que es la de saber cuánto del derecho precortesiano sobrevive, no al margen de la legislación oficial, sino incorporado a ella y otro tema ligado al anterior, es el análisis de la psicología social que se manifiesta en el derecho precortesiano y el estudio de la elemental

⁸ *Justicia y pluralismo legal en Guatemala*, tesina presentada en la Especialización sobre Derecho Indígena, Guatemala, Facultad de Derecho, USAC-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

permanencia de ciertos elementos de ella en la realidad jurídica actual (se refiere a México en particular).⁹

También en toda sociedad existen consensos sobre principios de conducta socialmente necesarios, que su incumplimiento puede ser motivo de sanción, y esto ilustra también otro principio expresado en la herencia jurídica romana, por ejemplo, con la fórmula de Cicerón *ubi societas, ibi jus*: donde existe una comunidad, existe el derecho.

Por supuesto que no reconocer la existencia del derecho indígena y consecuentemente con ello el pluralismo jurídico, con el argumento que el derecho indígena no es codificado o más bien escrito, resulta a estas alturas falso, es francamente impertinente y un prejuicio, fruto de la fetichización del derecho en la ley.

El derecho escrito o no escrito, está sujeto a su época y a la forma en que se configuran las relaciones económicas, sociales y culturales. Las formas jurídicas, como se ha dicho, no constituyen condiciones “naturales” ni “básicas” de la existencia humana.

La codificación del derecho, como lo hemos señalado, en las sociedades occidentales, es un fenómeno relativamente moderno.

Una ideología jurídica es la formulación, mediante un sistema de normas de derecho, de las aspiraciones, propósitos y valores de un grupo social.

Una ideología jurídica puede constituirse en diversas clases de aseveraciones, explícitas o implícitas, puede incluir reglas de reconocimiento, que determinan la competencia de ciertas personas para ejercer funciones,¹⁰ lo que para el derecho consuetudinario indígena ha denominado la antropología social sistemas de cargos.

En el derecho indígena se identifican dos fuentes principales para el ejercicio de la autoridad o sistema de cargos.

1) La experiencia, y

⁹ *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, Esfinge, 1986, pp. 24 y ss. Se informa sobre el asunto en Aguirre Beltrán y Pozas, R., “Instituciones indígenas en el México actual”, *Memorias del Instituto Nacional Indigenista*, México, núm. VI, 1954; Redfield, R., *Yucatán: una cultura en transición*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944.

¹⁰ Miuchael, Tigar y Levy, Madeleine, *El derecho y el ascenso del capitalismo*, México, Siglo XXI, 1978.

- 2) Las concepciones fundacionales de la cultura, que determina la racionalidad y los lineamientos generales que definen¹¹ los contenidos espirituales y los valores que subyacen en los comportamientos y prácticas, en estricto sentido conforman fuentes doctrinales y étnicas del derecho indígena.

Estos sistemas de cargos, en sociedades, en donde el Estado nacional, no goza exactamente de legitimidad y de credibilidad de sus operadores de justicia, funciona con un sistema de normas no escritas, por no ser permitidas y además porque no se desea que sean conocidas, dada la persecución que ejerce el Estado de ese derecho y porque en los pueblos indígenas, quienes ejercen la administración de justicia son relativamente autónomos, pero sus fallos son consensuados por la comunidad y de esa manera tanto el contenido como las formas de aplicación de las reglas en detalle, que rigen la conducta se dan como resultado de un ejercicio colectivo, es decir, juzgar obedeciendo; se trata no de mantener el orden, que es un concepto liberal burgués, sino buscar el equilibrio y la armonía, que no es lo mismo también aplicar el derecho, concepto ajeno a esta práctica, ni tampoco una subordinación a la autoridad judicial; la ideología jurídica no se encuentra por lo tanto, fuera o por encima de la comunidad, sino como construcción de ese colectivo en donde a quienes se les aplica el derecho, a su vez son constructores del derecho, o digamos, la autosanción, que les corresponde, porque también, por lo general, se les pregunta si ellos están de acuerdo con el caso. La sanción no sólo es reparadora del daño social, sino educativo y reivindicadora del prestigio de las partes en el conflicto, digamos “víctimas y victimarios”.

En este sistema, a diferencia del derecho estatal, para el caso: el guatemalteco o ladino como se le califica por los propios indígenas, la tendencia apuntada arriba, reside en la preeminencia de la socialización y la democracia, y la institucional reglada, en la administración y la autoridad, más bien, del sentido de la autoridad político jurisdiccional que moral en algunos casos.

Las debilidades del derecho estatal para funcionar en el “perfeccionamiento” jurídico de la igualdad formal, pone de manifiesto:

¹¹ Véase Consejo Coordinador de Saqb'ichil, *Más allá de la costumbre: cosmos, orden y equilibrio*, Guatemala, Copmagua-Minugua, 1999.

- 1) La imposibilidad de una ciencia del derecho que no sea al mismo tiempo una ciencia económico-social.
- 2) La limitación práctica de una sociedad que aún “necesitando” un igualitarismo formal, se manifiesta como sociedad desigual *de ipso*.
- 3) La limitación teórica de una ciencia económica que no tenga en cuenta la “complementación” jurídica.
- 4) La posibilidad-necesidad de que la igualdad social se desarrolló hasta el punto de hacer inútil o superflua la igualdad jurídica.
- 5) La posibilidad práctica de que este proceso de igualdad social venga estimulado por el proceso de igualdad política.
- 6) La necesidad teórica de una ciencia social integrada que nos dé cuenta de cada uno de los niveles de la sociedad y de las interconexiones del conjunto de ellos.¹²

Así, la aceptación del pluralismo jurídico es sólo una parte de un problema más amplio, es el reconocimiento del pluralismo cultural, en el nivel ideológico, que en lo jurídico se define en última instancia por lo económico, lo social y lo cultural, y en este último por la psicología. Pero además, la revisión conceptual y política de los sistemas jurídicos convivientes a la luz de principios jurídicos democráticos construidos por la sociedad en su conjunto, bajo mecanismos que por ahora resultan seriamente cuestionados como los partidos políticos y la forma de la organización del Estado en su clásica división de poderes, recogida de la experiencia francesa y norteamericana de hace dos siglos. También en la “modernidad” la construcción de ese orden jurídico, neoliberal y su compatibilidad con los intereses nacionales en el marco de un Estado-nación pluriétnico, pluricultural, plurilingüe y de distintos intereses económicos y sociales de los colectivos nacionales en todas sus manifestaciones.

Hay que tener presente que el derecho es un fenómeno específico y en sí consistente, aunque no autógeno ni totalmente autónomo por hallarse subordinado frontal y funcionalmente a la política (en cuanto a discurso del poder) y a la economía (en cuanto a discurso del capital).¹³

Pero el derecho también es un fenómeno ideológico. Según Gramsci “el significado más alto” de ideología es el de una “concepción del mun-

¹² Véase Cerroni, Umberto, *Introducción a las ciencias sociales*, Madrid, Grijalbo, 1977, p. 160.

¹³ Jiménez, Gilberto, *Poder, Estado y discurso*, México, UNAM, 1989, p. 99.

do que se manifiesta implícitamente en el arte, en el derecho, en la actividad económica y en todas las manifestaciones de la vida individual y colectiva".¹⁴

Para Boaventura de Sousa Santos, las situaciones del pluralismo son:

- 1) Una situación colonial, por la coexistencia del derecho impuesto y el derecho nativo.
- 2) La presencia del derecho oficial y sistemas jurídicos indígenas.
- 3) Situaciones revolucionarias o de modernización que generan presencia simultánea de sistemas.
- 4) Sociedades modernas con grupos que crean su propia legalidad paraestatal: grupos excluidos: pobres, habitantes de barrios marginales, etcétera.
- 5) Ciertos grupos con poder económico: grupos con alguna característica común: religiosa, cultural, racial, territorial, gremial, etcétera.
- 6) Regulaciones de carácter transnacional que se superponen a las nacionales: (como la *lex mercatorum*).
- 7) Formas de pluralismo jurídico interno por la desregulación, fragmentación e informalización de las agencias del propio Estado.¹⁵

II. LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

Naturalmente que esto pasa con relación a las formas en que se manifiestan las relaciones sociales y en la forma en que socialmente se produce y reproducen la vida económica en Guatemala, marcada por una sociedad capitalista atrasada y dependiente que convive con otras formas productivas, digamos comunitarias o, como algunos la denominan, precapitalista, como es la de los indígenas, que como advierte Pierre Clastres,

...no sólo son sociedades sin Estado sino sociedades contra el Estado por estar dotadas de una forma de organización eco-nómica y cultural que impide la nucleación de un poder coactivo suprasocial que pueda ser asumido por un individuo o un grupo destacado por encima de los demás miem-

¹⁴ *El materialismo histórico y la filosofía de B. Croce*, México, Juan Pablos editor, 1975, p. 16.

¹⁵ Entrevista en *Desfatiendo Entuertos*, Lima, núms. 3 y 4, 1994.

bros de la comunidad¹⁶ y lamentablemente de servidumbre, que generan prácticas sociales y jurídicas y que manifiestan en una forma de gobierno, de corte etnocrático, que no permiten la participación política real del mundo indígena en la vida nacional y que conlleve a un proceso autonómico, que deberán definir los propios pueblos étnicos indígenas y para el caso, algunos de ellos binacionales: México y Belice que implicará a futuro la relación con la especificidad de lo político dentro de la sociedad considerada, es decir, la forma de gobierno.

Por ahora, mientras se define la construcción de un Estado nacional pluriétnico y pluricultural, veamos algunas experiencias como ilustración. René Kuppe alude conforme a las experiencias en Australia:

- 1) Incorporación general: el derecho aborigen puede ser “codificado” en forma de un estatuto legislativo por el Estado. Un ejemplo sería el Código del Derecho Nativo, que aspira codificar el derecho consuetudinario aborigen de esa provincia sudafricana.
- 2) Incorporación específica: la incorporación legislativa también puede limitarse solamente a una o a unas normas específicas del derecho consuetudinario, transformándose éste en parte del derecho reconocedor.
- 3) Incorporación por referencia: la legislación estatal puede incorporar el derecho consuetudinario, sin constatar en forma explícita su contenido; por ejemplo, la legislación que protege sitios sagrados puede permitir el acceso a esos sitios “de acuerdo con la tradición aborigen”.
- 4) Reconocimiento por exclusión del derecho general: esa técnica del reconocimiento, se basaría en la exclusión explícita del derecho en general con respecto a algunas áreas jurídicas, lo cual significa que en aquellas áreas excluidas habría libertad de aplicar las reglas consuetudinarias. Un ejemplo sería en cuestiones de herencia, se excluye el derecho estatal, dejando espacio libre para aplicar entonces el derecho consuetudinario.
- 5) Reconocimiento como traducción: esta forma de reconocimiento equipara a una institución del derecho consuetudinario con una institución del derecho reconocedor, y atribuye a la primera, en el caso

¹⁶ *La société contre l'Etat*, París, Editions de Minuit, 1974.

de ser reconocida, todas las consecuencias que tiene la segunda en el caso del derecho reconocedor. Por ejemplo, el reconocimiento de un título tradicional a la tierra concede también al propietario los derechos que tiene un propietario en el derecho reconocedor, aunque estos no tengan equivalencia en el derecho consuetudinario; así el título tradicional a la tierra reconocido conlleva al propietario a la participación de beneficios (*royalties*) en actividades de minería, aun cuando en el derecho consuetudinario no se contemplen esas actividades.

En contraste, las formas de reconocimiento 1-4 (arriba) introducen la regla reconocida en el sistema reconocedor con sus propias formas, sin tomar en consideración que el sistema reconocedor posiblemente no tenga una regla equivalente. Por ejemplo, el reconocimiento de un “título tradicional” a la tierra, en forma de la incorporación, significaría que el derecho reconocedor aplicaría los derechos implicados por el uso tradicional de la tierra.

- 6) Reconocimiento como acomodación: una forma de reconocimiento es la modificación o acomodación del derecho reconocedor, sin una incorporación específica de las instituciones consuetudinarias.¹⁷

Naturalmente que este es un tema apasionante, pero circunscribiéndome a la posible legalidad del sistema jurídico indígena, encontramos que para México y Guatemala conforme el Convenio 169 de OIT, que es la única normación internacional que lo regula, están obligados:

Artículo 8o. 1. “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberá tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Lo que implica que es una obligación del juzgador aplicar el Convenio. Debe recordarse, que es un principio general del derecho que no puede alegarse ignorancia, desuso o práctica en contrario y se puede tener responsabilidades.

1. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni

¹⁷ “El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena. Experiencias y propuestas en Australia”, *Desfaciendo Entuertos*, Lima, octubre de 1994, pp. 4-6. Véase “Reporte final: The Law Reform Commission, Report 31”, *The Recognition of Aboriginal Customary Laws*, ts. 1 y 2. Puede verse, también, *Summary Report Government*, Canberra Australian Publishing Service, 1998.

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. 2. Aquí hay un reconocimiento al derecho “consuetudinario”. Para el derecho nacional, existe la prohibición de no ser incompatible también con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (digamos la tortura, la imparcialidad e imparcialidad de la justicia, el cohecho, etcétera).

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

Pero también son aplicables los artículos 9o., 10, 11 y 12, en los que, en términos generales, permiten que en la medida que sean compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a que los pueblos indígenas y tribales recurren en materia penal; que las autoridades deben tomar en cuenta las costumbres de dichos pueblos en materia penal; se ordenan los estudios de carácter antropológico y socioeconómicos y de sanciones distintas a los encarcelamientos y finalmente se les concede la gracia de acciones judiciales frente a la violación de sus derechos en la materia.

Las disposiciones del Convenio 169 de la OIT son limitadas en la medida que no reconocen expresamente un proceso autónomico de los pueblos indígenas, para aplicar su propio derecho, recrear sus propias construcciones jurídicas y dialectizarlas para superarlas y participar en la construcción del derecho nacional, más allá de su etnicidad, sino a lo que se denomina el bien común.

Es decir, el Convenio 169 de la OIT es limitado con relación al desarrollo de los derechos colectivos de los pueblos y para el caso de los pueblos étnicos que constituye una seria limitación de naturaleza socio-política. Sus limitaciones se deben seguramente a las reservas en su construcción por parte de las representaciones gubernamentales.

Constitucionalmente en México, se le ha dado legitimidad constitucional conforme el último párrafo del artículo 4o., que establece: “en los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y sus costumbres jurídicas en los términos que lo establezca la ley”.

Y por supuesto, en México y en Guatemala existen disposiciones similares en varios cuerpos de leyes con esta orientación. Para el caso, hay una serie de disposiciones importantes en la legislación del estado de Oa-

xaca, en su Constitución y en leyes ordinarias, especialmente en materia electoral, en donde se aceptan los denominados “usos y costumbres” de los pueblos indígenas.¹⁸

Cabe hacer la observación que la pluriétnicidad se reconoció en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 4 de enero de 1992 y en la Constitución de Oaxaca el 29 de octubre de 1990, en su artículo 16, párrafo primero, que a la letra dice: “el estado de Oaxaca tiene una composición étnica plural sustentada en la presencia de los pueblos indígenas que la integran”.

El artículo 12, párrafo primero, reconoció el trabajo indígena comunitario gratuito, institución de apoyo solidario entre los comuneros indígenas.

“Las autoridades municipales preservarán el tequio como expresión de solidaridad comunitaria, según los usos de cada región étnica”. El tequio forma una parte esencial del derecho indígena.

Antes de ello, el 26 de septiembre de 1986, se promulgó la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa Indígena.¹⁹

En algunas regiones de América del Sur, existe también el trabajo cooperativo, las mingas o migaco, en cuya virtud los indígenas se obligan a realizar gratuitamente, o a cambio de chicha, que es una bebida alcohólica elaborada con maíz fermentado.

Jorge Icaza, apunta varios ejemplos en su famosa novela *Huasiungo*, y David Guevara en *Las mingas en el Ecuador*.²⁰

¹⁸ En Oaxaca se modificó la constitución y el Código de Instituciones Políticas y Procesos Electores (CIPPE). Constitucionalmente se dice que “la ley protegerá las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas, que hasta ahora han utilizado para la elección de sus ayuntamientos” (artículo 25). En el artículo 109 del Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del estado, define al derecho consuetudinario en los siguientes términos: “En este Código se entiende por derecho consuetudinario las disposiciones de nuestra Constitución particular, relativas a la elección de Ayuntamientos en municipios que se rigen por usos y costumbres” (artículo 109). Las aplicaciones para este caso en exclusiva pero el reconocimiento al derecho indígena es innegable. En Guatemala, la elección y toma de cargos del 1o. de enero se rige en la práctica por el derecho indígena.

¹⁹ Véase Pacheco Bribiesca, Ricardo Claudio, “El tequio y los derechos indígenas en la legislación de Oaxaca”, *Ce-Acatl. Revista de la Cultura del Anáhuac*, México, núm. 89-90, diciembre de 1997, pp. 4-20.

²⁰ Acercamiento a estas prácticas jurídico-comunitarias las encontramos en Castillos Farreras, José, *Las costumbres y el derecho*, México, Setentas, 1973.

Oaxaca conjuga la mayor multiculturalidad de México, con la existencia de 16 pueblos indígenas y con 80% de población indígena y una de las regiones en donde el derecho indígena tiene una extraordinaria vigencia. Carmen Cordero de Durand, pionera de estos estudios no sólo en Oaxaca sino en México, señala que los pueblos indígenas de Oaxaca, le denominan “Ley del Pueblo”.²¹

Finalmente, no debemos dejar de lado las concertaciones políticas, a saber: los Acuerdos sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y los Acuerdos de San Andrés, en que fue aceptada la regulación del sistema jurídico indígena. Podrá decirse que no son disposiciones de carácter normativo y que les falta el elemento de la coercibilidad; sin embargo, su incumplimiento puede ser un problema político a futuro.

En las Propuestas Universales y Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, se trata también el asunto.

Por otro lado, cabe recordar que el Convenio 169 de OIT, es una norma mínima en derechos humanos y no puede darse paso atrás.

Otro aspecto importante, es que el sistema²² jurídico indígena tiene legitimidad y legalidad en su mundo, lo que demuestra que es un sistema, es decir, que tiene una concepción del mundo, una manera de vivir o hacer su vida y una manera de regular normativamente su existencia; cuenta con operadores del derecho especializados, cuyos cargos se ejercen

²¹ *Supervivencia de un derecho consuetudinario en el Valle de Tlacolula*, Oaxaca, Fonapaz, 1982; *El Combate de las luces. Los tacuates*, México, Museo de Arte Prehispánico de México Rufino Tamayo y Biblioteca Pública, 1992; Stina Jo’o Kuchá, *El santo padre Sol*, Oaxaca, Gobierno del estado de Oaxaca, 1986; “El derecho consuetudinario indígena”, *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios. Memorias de las V Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 1999, pp. 33-45. Un informe reciente, sobre la aplicación del derecho indígena en México, fruto de un taller con dirigentes indígenas, en *Academia Mexicana de Derechos Humanos, Impartición de justicia y derechos humanos en comunidades indígenas*, México, 1999. Para el caso de Guatemala véase Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Derecho consuetudinario indígena y programas estatales de justicia integrados*, Informe para el Banco Interamericano de desarrollo, Guatemala, marzo-abril de 1998. Inédito.

²² Para Rolando López Godínez, el derecho consuetudinario indígena es eminentemente conciliador, oral, fundamenta su vigencia y posibilidades en el consenso y tiene como ventajas frente al derecho nacional la celeridad procesal y resulta económicamente favorable en la medida que los operadores del derecho operan *ad honorem*, etcétera. “Las relaciones étnico jurídicas en la sociedad guatemalteca”, *Etnicidad y derecho un diálogo postergado entre los científicos sociales. V Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 1996.

con base en una designación colectiva y para lo que se requiere conocimientos y experiencia, solvencia política y moral y al contrario de otros sistemas no gozan de antejuicios ni fueros de beneficio alguno, como en la experiencia de las comunas, como puede ser nombrado puede ser destituido si incurre en faltas; su base procedimental es el método de estudio de casos y los estudios de carácter socioeconómico, sociológicos y la administración de justicia es pública y permite al denominado *amicus curia* (el pueblo puede hacer valer su opinión ante el juez).

Se resuelven los conflictos vía la equidad, el consejo, la disculpa pública y el perdón, la conciliación, la reparación del daño y la búsqueda del equilibrio con la naturaleza y la paz social como un elemento básico de la armonía. Por supuesto que en la práctica jurídica indígena podemos encontrar acciones similares a lo que en el derecho del Estado se denominan vía voluntarios o juicios voluntarios, en la medida que no son contenciosos (juicios cognoscitivos) y las llamadas medidas cautelares iniciadas en el derecho romano y desarrolladas con amplitud en los códigos procesales civiles europeos y americanos.

De lo anterior se colige que tienen una visión diferente del mundo, como lo indica Guillermo Bonfil Batalla, “en la civilización india el hombre es parte integrante e indisoluble del cosmos, y su realización plena consiste en ajustarse armónicamente al orden universal de la naturaleza, no domina ni pretende dominar: convive, existe en la naturaleza como un momento de ella”.²³

²³ Bonfil Batalla, Guillermo, *Utopía y revolución*, México, Nueva Imagen, 1981. Sobre el sistema jurídico indígena consultar: Stavenhagen, Rodolfo *et al.*, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, El Colegio de México e Instituto Interamericano de Derechos Humanos; *Entre la ley y la costumbre*, México, El Colegio de México-Instituto Indigenista Interamericano, 1990; Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, “Bibliografía sobre administración de justicia y operadores del derecho; derecho institucional reglado y justicia indígena en América Latina”, *Revista Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994; Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho*, tesis de grado, Guatemala, Facultad de Derecho, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1970; Ordóñez Mazariegos, Carlos, “Selective Bibliography on Law Anthropology”, en Gómez, Gerardo y Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coords.), *Power and Law: The Land Matter the Indigenous People*, México, Universidad Autónoma de Chapingo, 1995. Edición bilingüe inglés-español que contiene las ponencias presentadas a la Reunión del Comité Internacional de Sociología del Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tokio, Japón en julio de 1995.

Pero, no obstante los avances señalados en el Convenio 169, el derecho indígena como todas las prácticas culturales indígenas, sigue siendo subordinado y no hace posible la practica del pluralismo jurídico en la medida que se estima que la concepción jurídica occidental es superior a la indígena. Se hace necesario hacer efectivos los principios a la igualdad jurídica, a la diferencia cultural, la tolerancia y la solidaridad en el marco de sociedades no sólo pluriétnicas sino también pluriculturales.²⁴

Un caso práctico en torno al pluralismo jurídico, lo encontramos en los Estados Unidos de América, en donde se recogieron las experiencias del derecho estatal y se advierte:

Cortes de Tribu: Muchas tribus utilizan sistemas de corte tribal imitando los sistemas de corte federal y estatal. Una gran porción de casos juzgados por Cortes Tribales se refieren a actividades criminales de miembros de la tribu. Por razones expuestas más abajo, estos casos se refieren a lo que desde el sistema judicial criminal de la sociedad dominante se considerarían como delitos leves antes que delitos graves. Los procedimientos en las cortes tribales son a menudo más informales que los de corte estatal equivalentes.²⁵

²⁴ Véase Sousa Santos, Boaventura de, *Towar a New Common Sense Law, Science and Politics in the Paradigmatic, Framework*, Praeger, Nueva York, 1982.

²⁵ Newton, Nell Jessup y Welsh, Diane, "Indígenas americanos en el sistema judicial penal de los Estados Unidos", mimeo, s.e., s.f.