



## CUARTA PARTE

# EL ESTADO, LOS INDÍGENAS Y EL DERECHO EN EL SIGLO XXI

## CAPÍTULO PRIMERO

### EL CONCEPTO DE DERECHO INDÍGENA\*

#### I. INTRODUCCIÓN

Los conceptos que describen o explican las conductas humanas son históricos, no son dados por la naturaleza, sino que son producto de la reflexión del hombre, se puede afirmar por ello que son *artificiales*. El concepto que expondré sobre el derecho indígena tiene un doble artificio: es el resultado de una reflexión teórico-práctica y no soy indígena.

Me impulsa el ánimo de querer entender las características del derecho indígena no habiéndolo estudiado en las aulas escolares. En este sentido, intentaré construir, de manera respetuosa, de buena fe, y con rigor académico, el edificio conceptual de la cultura indígena. Para ello, partiré de la noción de derecho como *la intuición que tienen los seres humanos de un orden*. Intuimos que por estar solos en el universo tenemos que crear nuestras propias reglas para relacionarnos entre nosotros y con nuestro entorno y así poder sobrevivir y ser felices.

Los pueblos indígenas han intuitido que las reglas que deben regir sus relaciones entre sí y con su entorno deben estar basadas en el respeto a los demás seres humanos y a la naturaleza. En este sentido, el derecho indígena es cosmológico y colectivista.

#### II. ELEMENTOS

##### 1. *La cosmología*

La creencia en un orden “natural” basado en la naturaleza del hombre, en su razón, es una idea que surge en la Antigua Grecia y que domina las

\* Esta es una versión actualizada del capítulo sobre el “Fundamento conceptual del derecho indígena”, publicado en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. IX, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 425-549.

mentalidades y prácticas jurídicas de nuestros días.<sup>1</sup> Esta idea se retoma a fines del XVI y se consolida en el siglo XVII como *iusnaturalismo* y sus estudiosos se agrupan alrededor de la Escuela del Derecho Natural, o mejor dicho, del Racionalismo Jurídico.<sup>2</sup> En este periodo la separación entre derecho y moral toma carta de naturalización. En el siglo XIX se adopta el estudio de dicha creencia como “filosofía del derecho”, la cual se va a constituir y dominar en el siglo XX como Escuela del Positivismo Jurídico.<sup>3</sup> Por su origen geográfico esta tradición jurídica se ubica en el continente europeo y fue adoptada por los juristas e intelectuales, en general, de los países de América Latina.<sup>4</sup>

Para los pueblos originarios del continente americano, en cambio, la intuición de su orden se manifiesta a través de la creencia en que dicho orden es cosmológico, es decir, que la norma no sólo es producto de la razón humana, sino también de razones extrahumanas. El hombre no es el centro, el omnipotente y egocéntrico legislador, existen también otras fuerzas-razones en la naturaleza (los ríos, las montañas, las piedras, el sol, la tierra, la luna, la lluvia, el mar, las plantas...) quienes dictan, sugieren, manifiestan sus reglas. La naturaleza es quien legisla, y el hombre no está por encima de ésta, él forma parte de ella: él legisla con ella, no contra ella. Esta creencia es milenaria y no existe separación entre lo ético y lo jurídico: “Nuestra forma de pensar, la capacidad de abstraer y ser concreto a la vez que tenemos los pueblos indígenas se debe a la com-

<sup>1</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 23 y ss.

<sup>2</sup> Este *iusnaturalismo* racionalista moderno, tiene sus raíces en el *iusnaturalismo* realista de Aristóteles, de la Jurisprudencia Romana y de Santo Tomás de Aquino, y en el *iusnaturalismo* empirista de Hobbes y Rousseau: Saldaña, Javier, “Derecho natural”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. D-E, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 333.

<sup>3</sup> Sobre la noción de “Positivismo jurídico”, véase Correas, Óscar, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo P, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 654-657; y sobre la noción de “Derecho positivo”, véase Tamayo y Salmorán, Rolando, *idem*, tomo D-E, pp. 1079-1142.

<sup>4</sup> Díaz, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1976, pp. 268 y ss; Adame Goddard, Jorge, “Derecho romano”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. III, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 203.

prensión total que tenemos del fenómeno de la vida donde los distintos aspectos existen en tanto es parte de un todo”.<sup>5</sup>

Entre los tacuates de Oaxaca:

La vida, la salud, los alimentos, dependen de fuerzas superiores que son sus dioses. Consideran todavía los astros, la tierra, el agua, el fuego, el aire, como sus dioses, de la misma manera que sus ancestros. Los respetan, los veneran y los temen, y esos elementos pueden ser tanto benéficos como nefastos.<sup>6</sup>

Nosotros (los tacuates) nos sentimos tranquilos y protegidos cuando llegamos a la montaña. ¡Qué bello es sentarse a la sombra de un gran árbol y mirar las montañas! Uno se siente feliz, todo es igual, todo es uno y todo. Tata Dios y la belleza que nos rodea son uno, formamos parte de todo, Tata Dios es todo lo que se ve.<sup>7</sup>

El principio cosmológico del orden indígena se fue transformando por la imposición del orden jurídico español y mexicano. En la actualidad, la mayor parte de los pueblos indígenas, a pesar de conservar el instinto maternal y paternal sobre la tierra y el entorno en que viven, se traduce en los hechos como una lucha por su conservación material, y en consecuencia cultural, pero que despojados de la clase gobernante y de sus funciones de intermediarios entre la naturaleza y los hombres, el derecho indígena se ha vuelto más racionalista, empirista, realista. Las excepciones son los pueblos donde la función pública de intermediación entre la naturaleza y los hombres se presenta en aquellos que, generalmente, se encuentran aislados geográfica y socialmente, de la mayoría de la población, como los pueblos wixárika (huicholes) de la sierra occidental de Nayarit, Jalisco, Durango y Zacatecas.

A mis estudiantes indígenas de maestría les consta que entre los mixes de Oaxaca la injerencia de mezcal es un rito en el que primero debe ha-

<sup>5</sup> Pacari, Nina, “La mujer indígena, medio ambiente y biodiversidad”, en Torres Galarza, Ramón (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado*, Quito, Abya Yala, p. 18.

<sup>6</sup> Cordero Avendaño de Durand, Carmen, *El combate de las luces. Los tacuates*, Oaxaca, Museo de Arte Prehispánico de México Rufino Tamayo, y Biblioteca Pública, 1992, p. 190. Los textos aquí citados de las obras de Carmen Cordero fueron tomados de nuestra traducción al francés.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 191.

cerlo la madre tierra. A mi me consta que entre los huicholes, igualmente, antes de beber el *tesgüino* lo ofrecen a los dioses de los cuatro puntos cardinales. Les consta que las prácticas culturales de los indígenas zapotecas del valle de Oaxaca ya no tienen mucha relación con la naturaleza; que su comunidad tzotzil de Chiapas sí está vigente en sus prácticas agrícolas respetuosas de la Madre Tierra. Entre los coras y huicholes de Nayarit y Jalisco, me consta que son todavía vigentes las ceremonias de culto al maíz. Y entre los indígenas de Guerrero autodenominados “Hijos de la lluvia”, consideran de importancia capital el acudir a la montaña más alta del lugar para realizar “el llamamiento de la lluvia”, para favorecer las buenas cosechas.<sup>8</sup>

## 2. La colectividad

Cuando la cultura jurídica europea continental consolida su creencia en que el orden que intuye tiene que estar basado sólo en lo que el hombre, “la razón humana”, apruebe, piensa como sujeto único de derecho a él mismo (“derecho subjetivo”), no como conjunto, sino como individuo. Éste es el origen de los tan de moda “derechos humanos”. Los modernos misioneros-doctrineros en los pueblos indígenas son ahora pregoneros de los evangelios de los derechos humanos: antes llevaban la luz de un solo Dios, ahora se lleva la luz de derechos individualistas. No importa que los indígenas sigan siendo animistas, o que dichos derechos no los entiendan, ni se apliquen, de esta manera nuestras buenas conciencias dormirán tranquilas después, quizá, de haber caminado varias horas, varios días, entre peñascos, y haber comido sólo frijoles una semana o un mes completo. Los apóstoles ya no pueden tener misiones permanentes entre la miseria, necesitan saciar su sed y hambre de “derechos humanos” en el libro del autor de moda, en el curso o conferencia *idem*, si se puede conseguir una beca al extranjero, mejor. Y volverán, como volvieron los otros, repues-

<sup>8</sup> Maestría en Derecho con especialidad en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derechos Indígenas, de la Facultad de Derecho de la UNAM, materia “Taller de Etnodesarrollo”, 25 de febrero de 2009. Trabajos relacionados: Broda, Johanna y Félix Báesz, Jorge (coords.), *Cosmovisión, ritual e identidad de los pueblos indígenas*, México, Fondo de Cultura Económica-Conaculta, 2001; Neurath, Johannes (coord.), *Por los caminos del maíz. Mito y ritual en la periferia septentrional de Mesoamérica*, México, Fondo de Cultura Económica-Conaculta, 2008.

tos, con nuevos derechos bajo el brazo, a convertirlos a esta cultura de derechos... individualistas, egocentristas.<sup>9</sup>

Las culturas jurídicas de los pueblos indígenas, sin embargo, cuando su conciencia de estar en la Tierra intuye que el orden deben estar en comunión con todas las fuerzas existentes en la naturaleza, piensa en el hombre —como parte de ésta— no como individuo, sino como conjunto. En este sentido, los derechos humanos que los sistemas jurídicos indígenas generan, no son derechos “subjetivos”, individuales, sino derechos comunitarios, colectivos, o si se prefiere intersubjetivos o polisubjetivos.<sup>10</sup>

Los dirigentes verdaderos reciben todo el respeto porque saben articular el pensamiento de la comunidad, y, en este sentido, obedecen a la comunidad. Como algunos dicen, mandan obedeciendo y no mandan mandando. La toma de decisiones, pues, está en manos de la comunidad. Las “autoridades” sólo las “verbalizan”. De este modo se evidencia que la decisión definitiva no depende de una sola persona, tampoco de la mayoría sino de todos. Se requiere, pues, el consenso unánime.<sup>11</sup>

Con lo anterior, no se excluye que los indígenas sean considerados en lo individual como sujetos de derechos, sólo que tienen esta categoría no únicamente por el hecho de considerarse seres humanos, sino además porque pertenecen a un conjunto de personas con tendencias culturales muy enraizadas en una concepción y práctica comunitarias:

No es que para los indígenas no existan derechos individuales ni que éstos se contrapongan a los derechos colectivos, lo que ocurre es que los derechos y obligaciones individuales derivan de los derechos y obligaciones que tienen por ser miembros de una colectividad.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Villey, Michel, “Critique au droits de l’homme”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 12, fascículo 2, Granada, 1972, pp. 9-16.

<sup>10</sup> Carlos Lenkersdorf menciona que si se toma como premisa que la lengua de un pueblo vehicula sus concepciones y prácticas culturales, la lengua de los tojolabales se destaca por su carácter *intersubjetivo*, que es una de las características del derecho tojolabal junto con el consenso, véase *Los hombres verdaderos. Voces y testimonios. Lengua y sociedad, naturaleza y cultura, artes y comunidad cósmica*, México, Siglo XXI-UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1996, p. 25.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>12</sup> Cruz, Rodrigo de la, “Los derechos de los indígenas. Un tema milenario cobra nueva fuerza”, Torres Galarza, Ramón (comp.), *op. cit.*, pp. 10 y 11.

Cabe la posibilidad, en todo caso, que dichas tendencias colectivistas hayan sido, históricamente, sobrevaloradas como resultado de medidas de autodefensa interna y de sobrevivencia como grupo, es decir, de su propio desarrollo, después de haber perdido el control del mismo. Por ello, el reconocimiento de los derechos indígenas en la década final del siglo pasado se centró no en los derechos individuales, sino en los derechos confiscados: los derechos colectivos de libre determinación y autonomía.

El derecho indígena se podría definir, con base en lo hasta aquí expuesto, como *la intuición del orden que desarrollan los pueblos originarios de un territorio-país-Estado, basada en la creencia de que todas las fuerzas-elementos-energías-razones que existen en la naturaleza son orgánicamente solidarias, y donde el hombre es tomado en cuenta como parte de ellas como ente colectivo.*

Con la intención de hacer comprensible, para nosotros —los no indígenas—, la explicación del fenómeno jurídico indígena utilizando algunas de nuestras características conceptuales, mas no para encasillarlo, cabría preguntarse: ¿existe un órgano encargado de establecer las reglas? ¿Cuáles son éstas y cuáles son los valores y derechos del orden jurídico indígena?

### III. CARACTERÍSTICAS

El órgano encargado de establecer las normas es, en términos generales, el Concejo de Ancianos y/o la Asamblea Comunitaria. Las reglas indígenas son consuetudinarias y orales. Los valores que el derecho indígena persigue tienen que ver con el mantenimiento del equilibrio inestable entre todas las fuerzas-energías existentes en la naturaleza, y los derechos de la tradición jurídica indígena son intersubjetivos, polisubjetivos, comunitarios.

#### 1. *El órgano legislativo*

El anciano de un pueblo indígena puede ser el que sabe, el que puede ver, por tanto quien interpreta, quien re-actualiza las reglas. Un anciano puede saber porque ha ejercido todos los cargos públicos. Un anciano puede ver porque ha cumplido todos los requisitos para ser vidente. El Concejo integrado con personas que tienen estas cualidades se encuentra legitimado para establecer los mandatos que tienen que actualizarse según

los casos concretos. Estos se establecen con base en acuerdos de la naturaleza: las fuerzas-energías existentes íntimamente relacionadas generan una intención. La función de la energía humana no es más que ponerse en sintonía a través de su propio intento con la intención del mundo.<sup>13</sup> De esta manera, el anciano wixárika (huichol) en Wirikuta (Real de Catorce, San Luis Potosí), reactualiza la regla electoral del nuevo gobernador de su pueblo, San Andrés Coamiata, Jalisco, así:

A medianoche, hora escogida por los dioses para manifestar su voluntad, El Sol, el Fuego y la Estrella de la Mañana se le aparecieron como tres puntos luminosos. Acercándose a él, éstos tomaron la forma de pequeños cristales de roca en apariencia humana, vestidos como huichol. Gracias a sus atributos, el marakame los reconoció inmediatamente: el Guerrero celeste llevaba su escudo deslumbrante, y su sombrero estaba adornado de radiantes plumas multicolores de pájaros; durante el día, dicen los indios, el escudo de oro del sol es la única cosa que los hombres pueden ver del poderoso guerrero, cuando se levanta y comienza a subir los escalones de la pirámide celeste.

El viejo dios del Fuego apareció coronado por los colores resplandecientes de las flamas; el chamán reconoció inmediatamente sus cajas ceremoniales y sus plumas reales.

En el rastro dejado por la Estrella de la Mañana, percibió un minúsculo hombre-cristal, cuyos rasgos eran lo suficientemente claros para identificar un hombre de su comunidad. El Sol avanzó hacia el hombre-cristal y le ofreció la vara de poder más prestigiosa, la de tlatoani, gobernador. Inviéndole con esta carga suprema, lo encomió a ser fuerte y sabio, de honrar la justicia, de hacer respetar la tradición y de cumplir siempre la voluntad divina.<sup>14</sup>

El anciano chatino de Oaxaca recomienda a las personas de su pueblo a contribuir con trabajo, para satisfacer las necesidades colectivas, legitimado en la fuerza-energía principal, el sol:

Señores, ayuden, hechen una mano al Municipio, al Templo, al Pueblo. Nuestro Santo Padre Sol todo arregló desde siempre: el Municipio, el Templo, el Pueblo. Es él quien determinó el estado de cosas, nuestro Santo

<sup>13</sup> Matus, Juan, en Castañeda, Carlos, *El conocimiento silencioso*, Buenos Aires, Emecé, 1993, pp. 12 y 13.

<sup>14</sup> Benzi, Marino, *A la quête de la vie. Un pelerinage indien, une plante magique, une saison rituelle*, París, Chêne, 1977, p. 106.

Padre Sol [...] Es él quien decide nuestra vida, porque no sabemos hacer como él [...] Él es el principio supremo, la fuente original de toda vida terrestre.<sup>15</sup>

El anciano yaqui transmite el conocimiento de la existencia de un “poder que gobierna el destino de todos los seres vivos”. Dicho poder legisla, de tal manera, que el hombre pueda preservar lo esencial: su conciencia. Por ello, estableció su regla:

El poder que gobierna el destino de todos los seres vivos se llama el Águila, no porque sea un águila o porque esté ligada de alguna manera con un águila, sino porque aparece al vidente como una águila inmensa, negra azabache, levantada a la manera de un águila hasta una altura infinita [...] este poder [...] es el reflejo de todas las cosas vivas -de la misma manera y en el mismo tiempo [...] El Águila, aunque insensible a las condiciones de todas las cosas vivas, ha otorgado un don a cada uno de estos seres. Cada uno de ellos, a su modo y medida, posee si lo desea el poder de conservar la flama de la conciencia, el poder de desobedecer la orden de morir y ser consumidos. Cada cosa viva, si lo desea, recibe el poder de buscar una apertura. Para el vidente que la ve, o para las criaturas que la atraviesan, es evidente que el Águila ha otorgado ese don a fin de perpetuar la conciencia.

Para guiar a las cosas vivas por esta apertura, el Águila creó el Nagual. El Nagual es un ser doble a quien la regla fue revelada. Sea bajo la forma de un humano, de un animal, de una planta o de cualquier ser vivo, el Nagual es empujado, por el hecho mismo de su dualidad, a buscar este pasaje escondido [...] El Águila creó el primer hombre nagual y la primera mujer nagual como videntes, y los colocó inmediatamente en el mundo para ver. Los proveyó de cuatro guerreros mujeres —acechadoras— de tres guerreros hombres y un mensajero hombre, a los que debe alimentar, sublimar y conducir a la libertad [...] Cuando el primer Nagual y su clan estuvieron listos para atravesar el pasaje, la primera mujer nagual los estaba esperando para guiarlos. Recibieron entonces la orden de llevar a la nueva mujer nagual con ellos al otro mundo para servir de faro a su clan, mientras que el nuevo hombre nagual quedaba en el mundo para repetir el ciclo.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Cordero Avendaño de Durand, Carmen, *Stina Jo'okucha. El santo padre sol. Contribución al conocimiento socioreligioso del grupo étnico chatino*, Oaxaca, Biblioteca Pública de Oaxaca, Cultura y Recreación, Gobierno del Estado, 1986, pp. 203 y 204.

<sup>16</sup> Juan Matus, en Castañeda, Carlos, *Le Don de l'Aigle*, París, Gallimard, 1982, pp. 162-167.

Esta regla del nagual fue establecida a través del tiempo por los videntes, quienes concluyeron

que a condición de romper el cascarón luminoso que encierra lo humano de cada uno, es posible encontrar en el Águila el débil reflejo del hombre. Los edictos irrevocables del Águila pueden, entonces, ser aprehendidos por los videntes, interpretados de manera práctica luego acumulados en forma de sumas directivas.<sup>17</sup>

La función pública que tenía el sacerdote, chaman u hombre de conocimiento, en los pueblos prehispánicos comenzó a perder su fuerza y prácticamente desapareció en la mayoría de los pueblos indígenas de la actualidad. En los casos donde ha sobrevivido forman parte de un Concejo de sabios que ejerce funciones de mera consultoría y debilitados por la fuerza de los jóvenes intelectuales indígenas quienes no se sienten tomados en cuenta por esta manera gerontocrática de ver la vida. En otros casos, los hombres de conocimiento de la época prehispánica se incorporaron a las funciones seculares novohispanas, donde a veces podían seguir con sus prácticas ancestrales e incluso deslizarlas en los ritos católicos. El mismo indígena Juan Diego, recientemente canonizado, podría considerarse un vidente indígena al servicio de la ideología católica dominante. En algunos casos se ha descubierto que dentro de las imágenes santorales católicas se encontraron imágenes rituales prehispánicas, como en la iglesia de Huejotzingo, Puebla.

En la región tojolabal de Chiapas, cuando la o las comunidades en Asamblea han discutido un problema, al final el anciano expresa *nosotros pensamos y decidimos*:

En este ‘nosotros’ todos los participantes se saben igualmente representantes. El anuncio manifiesta la capacidad del anciano o responsable. Sabe captar el pensar de la comunidad exteriorizado en el hablar-escuchar simultáneo de todos [...] están formando comunidad y pueden hacer la afirmación [...] que dice *lajan lajan `aytik...* Es decir, ‘nosotros somos iguales y el anciano, gracias al hecho de tener corazón ya (esto es, tiene juicio) intuye nuestro pensar comunitario (es decir, el respeto mutuo) y la anuncia.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 167. Las enseñanzas de don Juan Matus podrán considerarse sin sustento práctico comunitario, sin embargo, en algunas comunidades esta cosmovisión, como ya se mencionó, sigue estando vigente.

<sup>18</sup> El énfasis es mío, y lo que está entre paréntesis es una síntesis de los pies de páginas del autor, Lenkendorf, Carlos, *op. cit.*, p. 80.

La Asamblea Comunitaria es la que en la mayor parte de los pueblos indígenas tiene la fuerza creadora para establecer las normas de la comunidad y para decidir cómo aplicarlas para resolver los casos que se presentan. El colectivo suele delegar dicho poder o *imperium* en miembros de la propia comunidad, quienes suelen ser personas respetables, conocedoras del idioma del pueblo y de sus reglas. Estas personas electas suelen ser, en general, hombres casados, con funciones de acuerdo a su edad, sus méritos y respetabilidad.

La mujer indígena sigue teniendo un papel secundario en la toma de decisiones públicas, esto todavía en contra del mandato constitucional que establece que las autoridades indígenas deben respetar los derechos de las mujeres, incluyendo sus derechos políticos. Se trata que la mujer recupere la participación activa que tenía en las sociedades prehispánicas, ya que fue excluida su participación política cuando se impuso el municipio español a los pueblos indígenas como forma de gobierno, el cual desde la misma España medieval ya excluía a las mujeres.

La obligación de respetar derechos humanos de los indígenas de las comunidades por parte de sus autoridades constituye un nuevo proceso de adaptación y apropiación jurídica en vías de transformación.

## 2. *Las normas*

### A. *La consuetudinariedad*

La concepción clásica del derecho natural, de la tradición jurídica europea continental, quizá, se identifica con la filosofía actual del derecho indígena. Dicha concepción consideró que el orden estaba basado en la voluntad divina y en la naturaleza misma de las cosas: la regla era un dato natural. Sin embargo, la concepción moderna del derecho natural hizo de la regla una obra de la razón.

La razón del hombre está llamada, a partir de entonces, a convertirse en la única guía; en el tiempo de la filosofía de las luces, los juristas, inspirándose en un ideal de universalismo, buscaron proclamar las reglas de justicia de un derecho universal, inmutable, común a todos los tiempos y a todos los pueblos. Estas concepciones reforzaron la tendencia a una amalgama de costumbres locales y regionales; la exaltación de la razón, el nuevo pa-

pel reconocido a la ley por las doctrinas voluntaristas prepararán la vía a la codificación.<sup>19</sup>

Los procesos de codificación iniciados en el siglo XIX consolidarían, pues, la creencia de que el orden producto de la razón humana tenía que estar por escrito, unificado, estructurado. De esta manera, las costumbres tendrían carácter de obligatoriedad sólo cuando la ley escrita así lo determinara.

Para los pueblos indígenas, por el contrario, la costumbre es ley: su obligatoriedad no depende de una legitimación escrita. Entre la mayoría de los pueblos indígenas de México, las palabras castellanas que identifican sus creencias jurídicas, éticas y políticas se expresan en el binomio: *el costumbre*. En este sentido, como parte de los elementos de explicación del derecho indígena, podría hablarse de un derecho costumbrista o un derecho ancestral, es decir, de *un orden basado en reglas cuya obligatoriedad-legalidad está legitimada-justificada en la repetición de conductas cuyo origen se remonta a los inicios de su mundo, al mundo de los ancestros, los ante(s)pasados, próximos y lejanos*.

### B. La oralidad

El instrumento de recreación de este derecho no ha sido la palabra escrita, sino la palabra hablada. En nuestra sociedad “papelito habla”, en las comunidades indígenas la palabra vale. De esta manera, los yaquis de Sonora cuando van a recibir un cargo público lo aceptan después de escuchar estas reglas ancianas:

Para ti no habrá ya sol  
Para ti no habrá ya noche  
Para ti no habrá ya muerte  
Para ti no habrá ya dolor  
Para ti no habrá ya calor  
ni sed, ni hambre, ni lluvia  
ni aire, ni enfermedades,  
ni familia

<sup>19</sup> David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9a. ed., París, Dalloz, 1988, p. 48.

Nada podrá atemorizarte  
Todo ha concluido para ti  
excepto una cosa:  
el cumplimiento del deber  
en el puesto que se te designe  
allí quedarás para la defensa de tu nación,  
de tu pueblo, de tu raza, de tus costumbres,  
de tu religión.

Una vez que los ancianos wirárika (huicholes) de Jalisco han nombrado a una persona para ejercer el cargo de alcalde, ésta tiene que declarar si acepta. Después de haberse negado una vez, los ancianos la citan de nuevo:

Habla uno de los ancianos.

- Decíamos pues, en aquella ocasión, que si era tu voluntad ser servidor a tu gobierno y a tu pueblo; pero como tú te negaste rotundamente, queremos saber si aún persiste tu negativa. Pero antes que nada, queremos que comprendas que nuestro más grande deseo, consiste en ver en tí la satisfacción, madre de la alegría; queremos de tí afán y entusiasmo hacia tu gobierno y hacia tu pueblo.

Responde el elegido.

- Comprendo claramente todo lo que se me ha dicho hasta el momento, y mi entusiasmo es tan grande como mi preocupación. Diría que poco interés tiene lo que me hace huir del cargo: soy soltero. Imagino que para tener un cargo se necesita una compañera. Se necesita ser casado para evitar penas y levantar comentarios sobre uno mismo. Imagino que deberé tener mis alimentos y ¿quién me los va a preparar?... A no ser que ustedes tengan compasión de mí y pidan para mí una compañera, no me quedará más que aceptar. Considero lo mismo que ustedes afirman: cumplir la voluntad del gobierno y la del pueblo para después llevar una vida tranquila, sin mirar mi pasado con duda.

El anciano vuelve a tomar la palabra.

- Te diremos que existen casos difíciles de resolver, pero un caso como el tuyo no requiere más dificultad que pronunciar unas cuantas palabras y resuelto está todo. ¡Brindemos pues por el nuevo cargo que te brindará alegría y también sinsabores, pero hará que te sientas más seguro y respetable!<sup>20</sup>

¿Cuál es la finalidad de la normatividad indígena?

<sup>20</sup> Mata Torres, Ramón, *La vida de los huicholes*, Guadalajara, 1980, p. 30.

### 3. *Los valores*

Los fines que el derecho indígena persigue son ecológicos: el mantenimiento del equilibrio inestable que caracteriza la relación entre las fuerzas-seres-energías-elementos existentes en la naturaleza. Esta solidaridad orgánica entre dichas energías puede ser benéfica o perjudicial, de tal manera que la regla ecológica pretende que el equilibrio no se pierda. Cuando un conflicto se presenta, sea humano o natural, es porque el equilibrio entre todas las fuerzas se rompió, la hermandad entre los elementos se alteró, la unión familiar está en juego. Los guardianes del orden, los ancianos, interpretan y aplican la regla para restablecer el orden, el *kosmos*, es decir, el *continuus*, la vida misma. En este sentido, el valor principal del derecho indígena es la fraternidad. Así, la función del hombre en este *kosmos* es una función fraternal con los demás elementos de la naturaleza. En ésta él es el hermano hombre, el fuego el hermano fuego, el agua la hermana agua, el viento el hermano viento..., todos ellos bajo la protección y cuidado de la madre tierra y el padre sol: “Todos somos partícipes y compañeros; corresponsables los unos de los otros y también del todo en su conjunto”.<sup>21</sup>

### 4. *Los derechos*

Los derechos que se generan del derecho indígena son de carácter polisubjetivo, intersubjetivo, es decir, de espíritu colectivo, comunitario:

- Derechos lingüísticos: derecho a practicar sus idiomas; derecho al reconocimiento como idiomas oficiales en sus territorios; derecho a nombrar (lugares) y nombrarse (personas) en sus idiomas.
- Derechos religiosos: derecho a practicar sus creencias; derecho a preservar sus lugares y objetos sagrados.
- Derechos educativos: derecho a aprender en su idioma y con sus programas; derecho a aprender otras idiomas y sus culturas.
- Derechos políticos: derecho preservar su forma y régimen de gobierno.

<sup>21</sup> Lenkendorf, Carlos, *op. cit.*, p. 116.

- Derechos a la salud: derecho a practicar su medicina y reconocimiento oficial a sus médicos.
- Derechos jurisdiccionales: derecho a decir su derecho, su *juris dictio*: crear y aplicar sus normas en sus territorios oficialmente reconocidos.
- Derechos económicos: derecho a practicar sus propios ritmos de producción.
- Derechos territoriales: derecho a recuperar, preservar y utilizar sus tierras.
- Derechos ambientales: derecho a recuperar, preservar y utilizar la flora, el espacio, los recursos del subsuelo y la fauna existente en sus territorios.
- Derechos sociales: derecho a una vivienda digna, a la asistencia y seguridad pública.
- Derechos informativos: derecho a tener sus propios medios de comunicación masiva.

Por lo expuesto, proponemos los siguientes elementos de explicación del derecho indígena: *la intuición del orden que desarrollan los pueblos originarios de un territorio-país-Estado, basada en la creencia de que todas las fuerzas-elementos-energías-razones que existen en la naturaleza son orgánicamente solidarias, y donde el hombre es tomado en cuenta como parte de ellas como ente colectivo y cuya obligatoriedad-legalidad de sus reglas orales está legitimada-justificada en la repetición de conductas que se remontan a los inicios de su mundo, al mundo de los ancestros, los ante(s)pasados, próximos y lejanos.*

El derecho indígena por formar parte de un Estado que reconoce el pluralismo cultural, el cual está en vías de reestructurarse, aspira al reconocimiento de estos derechos para el pleno desarrollo de sus pueblos (ámbito interno del principio de igualdad jurídica=respeto a las diferencias culturales), y al reconocimiento, por otra parte, de los derechos como miembros del todo (ámbito externo del principio de igualdad jurídica=respeto al desarrollo cultural). De esta manera, un pueblo indígena tiene derecho a su derecho, medicina, medios informativos, educación, gobierno, territorio, recursos naturales, economía, asistencia y seguridad propios, así como el derecho a acceder al derecho, medicina, medios informativos,

educación, gobierno, territorio, recursos naturales, economía, asistencia y seguridad que los estados federal y locales, y municipios deben ofrecer.

La convivencia de los derechos humanos de carácter individualista, de la tradición jurídica europea continental, y los derechos humanos de naturaleza colectivista, de la tradición jurídica indígena americana, dará lugar a una tradición jurídica diferente. Ésta tendrá que estar fundada en una filosofía del derecho compleja: donde cada una de las tradiciones conserva su originalidad, colabora en sus complementariedades y respeta sus contradicciones. El derecho a la diferencia y el principio de la tolerancia debe acercarnos al camino de una vida digna, solidaria y justa para todos.