

# CONSTITUCIONES, DERECHO Y JUSTICIA EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA

---

Análisis constitucional  
Justicia y Derecho oaxaqueño (México)  
Justicia y Derecho aymara (Perú)

Antonio Peña Jumpa / Vicente Cabedo Mallol / Francisco López Bárcenas



Pontificia Universidad Católica del Perú  
FONDO EDITORIAL 2002

*Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América Latina*

Copyright © 2002 Fondo Editorial de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Plaza Francia 1164, Lima 1  
Teléfonos: 330-7410, 330-7411  
E-mail: feditor@pucep.edu.pe

Derechos reservados.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier  
medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Primera edición: agosto del 2002  
500 ejemplares  
Impreso en Perú - Printed in Peru

Hecho el Depósito Legal, Registro N° 1501222002-2857  
ISBN: 9972-42-485-5

Diseño y diagramación y carátula: Gisella Scheuch

Impresión: Siklos S.R.Ltda.

PARTE II

DERECHO Y JUSTICIA EN  
EL ESTADO DE OAXACA - MÉXICO

LA LEY DE LA COSTUMBRE:  
JUSTICIA Y DERECHO INDÍGENA EN OAXACA

*Francisco López Bárcenas*

## INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la existencia de los sistemas normativos indígenas y su validez para la resolución de conflictos —y, en general, para la organización de su vida social interna— es un derecho y una demanda específica de los pueblos nativos latinoamericanos bastante añeja que apenas comienza a incorporarse en algunas legislaciones internacionales y nacionales, incluso en nuestro país. Un antecedente internacional de este reconocimiento lo constituye *El Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* de la Organización de las Naciones Unidas, también conocido como Informe Martínez Cobos. Después una amplia investigación en diversas partes del mundo, este documento, desde 1987, concluía:

Ante la existencia de un orden jurídico nacional y otros órdenes jurídicos consuetudinarios que rigen la vida de las poblaciones indígenas, se recomienda que:

- a) Se respeten los órdenes jurídicos indígenas y se admita la existencia de un pluralismo jurídico, sin preeminencias injustificadas de parte del sistema jurídico nacional;
- b) Se acepten los criterios de fuero personal y de consideraciones geográfico-demográficas para la aplicación de los sistemas jurídicos existentes, según corresponda a las circunstancias;

c) Se definan los límites del pluralismo jurídico y se delimiten los espacios culturales en los que no debe interferir el orden jurídico nacional; y se definan también aquellos aspectos que inevitablemente deben quedar regidos por el orden jurídico nacional, en la medida en que se refieren a la vigencia de valores y derechos considerados internacionalmente en la actualidad como fundamentales e indispensables a la vida contemporánea en sociedad.<sup>1</sup>

A estas conclusiones y otros trabajos en el ámbito internacional, se unieron varias declaraciones y tratados, especialmente el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a pueblos indígenas y tribales en países independientes. En él, entre los artículos octavo y duodécimo de su Parte general, se hace referencia a este derecho.

En la presente década también se han registrado avances sustanciales. La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de la Organización de Naciones Unidas incorporó en el Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>2</sup> la facultad de estos de conservar y reforzar sus sistemas jurídicos. Diversos documentos jurídicos y políticos, internacionales y nacionales, se han formulado en la misma línea. Así, el Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas expresa que «[...] el derecho indígena deberá ser reconocido como parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados [...]», y afirma que «[...] los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y refor-

<sup>1</sup> MARTÍNEZ COBOS, JOSÉ, R. *El Problema de la Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 1987.

<sup>2</sup> «Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas». *América Indígena*. México: Instituto Indigenista Interamericano, n.º 3-4, vol. LVIII, julio-diciembre de 1996.

zar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades [...],<sup>3</sup> incluso los relacionados con la resolución de conflictos, la prevención del crimen y el mantenimiento de la paz y armonía.

Otros documentos políticos de bastante importancia que abordan el tema son el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas,<sup>4</sup> firmado por el gobierno de Guatemala y la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), y los Acuerdos del Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) sobre Derechos y Cultura Indígena.<sup>5</sup> El primero contiene todo un apartado sobre Derecho consuetudinario y varias partes del segundo obligan al Estado a reconocer y respetar los sistemas normativos indígenas.

Estos y otros documentos similares tienen en común que recogen una demanda central de los pueblos indígenas para que se acepten sus normas jurídicas de convivencia y se les reconozca oficialmente como sistemas normativos, Derecho consuetudinario o Derecho indígena. El objetivo es dejar atrás el lenguaje anacrónico y confuso que los denominaba *usos y costumbres* o *costumbre jurídica*. Plantean, así mismo, un problema que comienza a poner en aprietos a la Teoría general del Derecho, sobre todo en lo que se refiere a fuentes de producción de las normas jurídicas y su validez. Ello no es obstáculo para reconocer que es la propia Teoría general del Derecho la que aporta los elementos necesarios para diferenciar las normas ju-

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, 31 de marzo de 1995, suscrito en la ciudad de México por el gobierno de la república de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.* Guatemala: Oficina de información pública de MINUGUA, 1995.

<sup>5</sup> *Acuerdos del Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional sobre Derecho y Cultura Indígena (formalizado el 16 de febrero de 1996).* México: Instituto Nacional Indigenista, 1996.

ridicas del Derecho indígena de las que no lo son —aunque mucho se les parezcan—, para que se puedan hacer valer ante los tribunales.

A partir de estos documentos, diversos Estados nacionales comenzaron a reformar sus Constituciones políticas para incluir en ellas el derecho de los pueblos indígenas a utilizar su propio Derecho en la solución de sus conflictos internos, cada uno a su manera, con diferentes alcances y utilizando diversas denominaciones.<sup>6</sup>

A inicios de la presente década, el Estado mexicano se sumó a los que se encaminaban por la senda del reconocimiento de los derechos indígenas. Lo cierto es que se hizo con tal ambigüedad que al principio simplemente se plantearon derechos de carácter limitado y, al final, ni siquiera estos fueron admitidos en plenitud. El resultado fue que, en la actualidad, solo contamos con una tibia declaración insertada en el artículo 4.º de la Constitución Federal sobre la composición pluricultural de la Nación mexicana, que se sustenta en la presencia de los pueblos indígenas. A esta le sigue otra donde se especifica que una ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lengua, culturas, recursos, costumbres y formas específicas de organización social. De igual manera, el artículo 27.º de la propia carta magna establece que la ley protegerá las tierras de los grupos indígenas. Con esta afirmación, reduce a los pueblos indígenas a la categoría de grupos y sus territorios a la mera condición de tierras.

Sin embargo, a partir de esa disposición, y valiéndose del Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el Estado de Oaxaca ha reconocido los sistemas normativos indígenas y el derecho de sus pueblos y comunidades para aplicarlos en la solución de conflictos internos.

<sup>6</sup> Un recuento de la legislación latinoamericana sobre derechos indígenas puede encontrarse en: *Derechos de los Pueblos Indígenas, Legislación en América Latina*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

Con esta determinación, se comienza a pagar la deuda histórica que en este aspecto guarda con los pueblos nativos. No hay que olvidar que este fue el primero en incorporar a su legislación los principios del Código Civil napoleónico. En ellos se señalaba que «[...] contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario», disposición que condenó a la ilegalidad al Derecho indígena.<sup>7</sup>

A partir de las reformas introducidas en la Constitución estatal, en el mes de junio de 1998, se reconoció legalmente la existencia y validez de los sistemas normativos indígenas, también denominados por los estudiosos y los mismos indígenas *usos y costumbres*, Derecho consuetudinario o, con mayor propiedad, Derecho indígena. Como consecuencia de tal reconocimiento, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca desarrolló su contenido y el alcance de su ejercicio por los titulares de él: los pueblos y comunidades indígenas del Estado.

De eso trata el presente trabajo, que consta de las siguientes partes generales. En primer lugar, se exponen los presupuestos teóricos del Derecho estatal y del Derecho indígena, sobre la base de las diversas formas de entender el Derecho, las normas y los sistemas normativos jurídicos. Enseguida, se analizan los fundamentos jurídicos del reconocimiento de los sistemas normativos indígenas en el Estado de Oaxaca, con énfasis en los constitucionales, internacionales y la Constitución Política del Estado. En un tercer apartado, se analiza la forma en que los sistemas normativos indígenas se reglamentan en la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca; se destacan algunos aspectos que guar-

CLAVIERO, Bartolomé. *Ley de código: trasplantes y rechazos constitucionales por España, y por América*. Estracto dal volume QUADERNI FIORENTINI, per la storia del pensiero giuridico moderno 23, Dott. A. Milán: Giuffrè, 1994.

dan relación con el ejercicio de este derecho, especialmente en las definiciones que la propia ley proporciona y se agregan otras que, aunque no se establecen en ella, son necesarias para el ejercicio del derecho ahí consagrado. En la cuarta parte, se aborda el asunto de la impartición de justicia por las autoridades indígenas a través de sus propios sistemas normativos, la competencia que la ley les reconoce para ello, el procedimiento a seguir, los requisitos que deben reunir las resoluciones para ser válidas y las formas de ejecutarlas.

Con este trabajo esperamos seguir contribuyendo a que el ejercicio de los derechos reconocidos sea una realidad, sin abandonar el debate sobre la mejor forma de reconocer los derechos indígenas en nuestro país y en todo el mundo, que tarde o temprano serán una realidad. Comencemos.

FRANCISCO LÓPEZ BÁRCENAS

## CAPÍTULO 1

# EL DERECHO INDÍGENA Y LA TEORÍA DEL DERECHO

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas como esta cuestión: ¿qué es el Derecho? Algunas de las dificultades para definirlo nacen de la adhesión a ciertas concepciones teóricas o ideológicas, lo que trae como resultado que no se tenga una idea precisa de los presupuestos que se deben tener en cuenta cuando se define una expresión semejante. De ahí que algunos estudiosos del tema se pregunten si no sería más razonable y útil establecer qué tienen presente los juristas cuando pronuncian la palabra *Derecho*, en lugar de definirlo.

### 1.1. ALGUNAS FORMAS DE ANALIZAR EL DERECHO

Se puede admitir que para el estudio del Derecho no es condición haberlo definido antes. De lo que no es posible prescindir es de las características definitorias que le son adscriptas por los juristas, puesto que, si bien no dan la *esencia* o *naturaleza* de él, muestran la coherencia y utilidad de las operaciones cognitivas a desarrollar. Con ello se evitan restricciones o ampliaciones arbitrarias de las características

de fenómenos a los que debe corresponder el objetivo descrito por la ciencia jurídica o dogmática como Derecho. En síntesis, «[...] una clara concepción del Derecho y sus funciones permite entender y comprender el alcance de los argumentos jurídicos, los cuales son de enorme significado práctico. De hecho, la gran mayoría de cuestiones jurídicas presupone una referencia al concepto de Derecho y la forma como este opera».<sup>8</sup> Pero dicha concepción se puede formular al final del estudio, no necesariamente al principio. En este sentido, la teoría jurídica ha caracterizado al Derecho al menos de tres maneras distintas aunque no excluyentes: como una institución, como una relación intersubjetiva y como un sistema normativo.

### 1.1.1. El Derecho como institución

Los elementos constitutivos del Derecho como una institución son la sociedad, el orden y la organización. La primera es la base de la que deriva su existencia; la segunda, fin al cual tiende el Derecho; y la última, el medio para realizarlo. Así, desde esta perspectiva «[...] existe Derecho cuando hay organización de una sociedad ordenada, o también, en palabras análogas, una sociedad ordenada por medio de una organización, o un orden social organizado».<sup>9</sup> De los tres elementos manejados por esta teoría para identificar al Derecho el más importante es el de la organización porque es lo que permite que un grupo social desorganizado se institucionalice.

La importancia de esta teoría radica en haber roto el cerrado círculo de la teoría estatalista del Derecho, donde se consideraba

<sup>8</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Derecho. Diccionario Jurídico Mexicano*. 4.<sup>a</sup> ed. México: UNAM-Porrúa, 1991, p. 924.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 2.<sup>a</sup> reimpresión. Madrid: Debate, 1993, p. 20.

Derecho solo al estatal, dando la misma categoría a cualquier tipo de orden social organizado, sin importar que no tuvieran origen en el Estado. Gracias a ella los juristas descubrieron que no todas las normas jurídicas provenientes del Estado contribuían al orden y la organización social y, por tanto, no podían considerarse jurídicas. Existían, al mismo tiempo, normas que, sin provenir de él, contribuían a dicho fin, lo que les daba carácter de jurídicas. Desde esta perspectiva, atribuir valor jurídico solo a las normas dictadas por el Estado pasó a significar la restricción del ámbito del Derecho. Ahora bien, para que existiese organización, tenía que haber distribución de funciones, a fin de que cada uno participase en el logro del bien común, según sus capacidades y competencias. Mas, para lograrlo, era necesaria la existencia de normas, porque sin su existencia no se podría pensar en organización ni en orden.

### 1.1.2. El Derecho como una relación intersubjetiva

La doctrina jurídica que concibe al Derecho como una relación intersubjetiva, igual que la anterior, nació de la idea que el Derecho era un fenómeno social con orígenes en la organización de la colectividad. Se fundamentó en el jusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, según el cual el Derecho era producto de la unión de dos o más voluntades particulares. Uno de los exponentes importantes de esta teoría fue Emmanuel Kant, quien definió al Derecho como «[...] el conjunto de condiciones a través de las cuales el arbitrio de uno puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad».<sup>10</sup> De acuerdo con este autor, los elementos del

<sup>10</sup> KANT, Emmanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. Introducción de Arnaldo Córdoba. 1.ª reimpresión. México: UNAM, 1978.

Derecho eran su racionalidad, exclusivamente exterior entre personas; su carácter voluntario, puesto que se da con relación al arbitrio de los demás; y su formalismo, pues no se refería a la materia del arbitrio entre ambos. En este sentido, *tener derecho* significa también tener el poder para hacerlo cumplir, ser titular de una acción y, para ello, se necesita el marco de una norma que lo justifique. De la misma forma, *tener una obligación* implica el deber de comportarse de determinada manera, para lo cual también se necesita de la existencia de normas que así lo prescriban. No basta, entonces, el mero acuerdo entre arbitrios.

Puede decirse que ninguna relación jurídica existe en sí misma. Solo existe cuando está regulada por una o varias normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico. En otras palabras, «[...] relación jurídica es aquella que, cualquiera que sea su contenido, es tomada en consideración por una norma jurídica, integrada en un ordenamiento jurídico y *calificada* por una o mas normas que pertenezcan a un ordenamiento jurídico».<sup>11</sup>

### 1.1.3. El Derecho como un sistema normativo

La referencia al Derecho como un sistema normativo se puede formular diciendo que se compone de un conjunto de normas que prescriben y *evalúan* la conducta humana. Junto a ellas podemos encontrar disposiciones jurídicas no normativas como definiciones, disposiciones derogatorias, reglas existenciales, ónticas, etcétera. En este sentido, el Derecho guía la conducta humana estableciendo razones jurídicas en virtud de las cuales el individuo ha de comportarse. Estas razones jurídicas pueden traducirse en deberes y derechos,

<sup>11</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 30.

en donde un deber es la razón única que determina una acción, con exclusión de las demás; en este caso, la conducta habrá de ajustarse a la razón única, pasando por alto las excluidas. En sentido contrario, las normas que confieren derechos o facultades conducirán la conducta en forma no excluyente; «[...] la pauta proporcionada por estas disposiciones depende de otras razones (no jurídicas) del agente. En virtud de ello el titular del derecho tiene libertad para decidir qué hacer».<sup>12</sup>

Es importante notar que la teoría que concibe al Derecho como un sistema normativo no excluye la idea de este como una institución ni la de la relación intersubjetiva. Por el contrario, las considera complementarias, porque si estas necesitan de las normas para existir, también aquella, por su carácter sistemático y coherente, precisa de instituciones y de relaciones, puesto que las normas jurídicas pueden existir fuera del Estado y del acuerdo entre dos individuos.

## 1.2. LAS NORMAS JURÍDICAS Y LOS SISTEMAS NORMATIVOS

De lo que hemos expuesto se desprende que, en principio, una forma de entender el Derecho es equipararlo a un sistema normativo. Así, cuando se habla de sistemas normativos indígenas implícitamente se reconoce la existencia de un Derecho indígena. Mas para entender los sistemas normativos hay que referirnos a la norma, pues entre esta y aquel existe la misma relación que entre la parte y el todo. Un sistema normativo no puede concebirse sin normas, pero estas, sobre todo las jurídicas, no pueden explicarse si no es en relación con el primero.

<sup>12</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una Teoría del Derecho*. México: Themis, 1996, pp. 215-216.

### 1.2.1. La norma jurídica

Una manera de acercarnos a las normas en general es aceptar la estrecha relación entre ellas y el lenguaje. De ahí que una forma de concebirlas sea «[...] caracterizarlas como significados de expresiones lingüísticas usadas para prescribir, es decir, para calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados de cosas resultantes de ellas».<sup>13</sup> Hablamos de significados de expresiones lingüísticas y no del significado de la norma misma en un sistema jurídico. Esta distinción hace posible diferenciar entre la norma jurídica como expresión lingüística y como significado que resulta de tal expresión. Por virtud de la primer manera de entenderla, tenemos que dos formulaciones distintas podrían tener un mismo significado en el marco jurídico; y, viceversa, por obra de la segunda manera de entenderla, una misma formulación puede admitir varios significados.

De lo anterior se desprende que lo correcto es considerar las normas como los significados que se desprenden de las expresiones, más que con la manera en que estas se expresan. Dicho de otra manera, solo se puede hablar de normas una vez que se hallan interpretado de manera unívoca las formulaciones normativas, que se tenga claro que significan. No está de más apuntar que los problemas de las antinomias y lagunas jurídicas de los sistemas jurídicos solo pueden resolverse una vez que las normas han sido interpretadas, cuando se les dota de un significado definitivo.

Lo que hemos anotado con anterioridad vale para todo tipo de normas, sean morales, sociales o jurídicas. Nos queda todavía resol-

<sup>13</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, «Norma Jurídica». En GARZÓN VALDEZ y Francisco LAPORTA. *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid: Trotta, 1996, p. 134.

ver la cuestión de si las normas jurídicas poseen alguna característica específica que las distinga de las que no lo son. Ha sido Norberto Bobbio quien más se ha preocupado de esclarecer este asunto. Al respecto afirma que «[...] normas jurídicas son aquellas cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada». Él mismo explica que «[...] cuando se habla de sanción institucionalizada se entienden las tres siguientes cosas, aunque no siempre se encuentren en conjunto al mismo tiempo: (1) para toda violación de una regla primaria se ha establecido su sanción relativa; (2) se establece, si bien dentro de ciertos términos, la medida de la sanción; (3) se establecen las personas encargadas de cumplir la ejecución».<sup>14</sup>

### 1.2.2. Los sistemas normativos

Tres conceptos muy importantes ligados a la norma jurídica son los de existencia, validez y eficacia, sobre los cuales se han desarrollado también diversas posturas, según la idea que se tenga del sistema jurídico, pues tales conceptos solo pueden explicarse a partir de la totalidad a la que pertenecen. Algunos de los rasgos recurrentes del concepto de validez, como han sido utilizado en obras muy diversas en relación con la justificación de las normas son: (a) predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma particular, *es afirmar que tiene fuerza vinculante*, que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar; (b) desconocer la validez de un sistema jurídico o de una norma *equivale a negar su existencia*, ya que se considera que la falta de validez implica que el sistema o la norma no tiene las consecuencias estipuladas por el sistema; (c) aunque la adscripción

<sup>14</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 125.

de validez debe depender de ciertos hechos, *el significado de validez no es descriptivo, sino normativo*: decir que un sistema o una norma son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas;<sup>15</sup> esto, de manera general, pero la Teoría general del Derecho ha dado lugar a diversas corrientes jurídicas, de las cuales nos interesa destacar los postulados del positivismo y el realismo normativo.

Para el positivismo jurídico, representado en la obra de Hans Kelsen,<sup>16</sup> la validez puede verse desde tres puntos de vista: como fuerza vinculante, como equivalencia de existencia y como un concepto normativo. En el primer caso, afirmar que una norma es válida implica aceptar que «[...] tiene fuerza vinculante para aquellos cuyas conductas regula [...]», distinguiendo de esta manera entre normas y órdenes, ya que solo las primeras obligan a los individuos a quienes van dirigidas. En el segundo caso, hablar de la validez de la norma equivale a aceptar la existencia específica de esta pues «[...] la existencia de una norma es su validez; y la validez de una norma jurídica, aunque no idéntica con ciertos hechos, está condicionada por ellos». Por último, cuando se equipara la validez a un concepto normativo se expresa que su creación requiere estar autorizada por otra norma que es válida por sí misma. En otras palabras, presuponer que una norma es válida equivale a sostener el mismo juicio de otra norma superior que autoriza su creación, estableciendo las autoridades facultadas y el procedimiento para hacerlo; para el caso, la norma superior del sistema es una norma presupuesta a la que se le denomina norma básica o fundamental. Así, «[...] la norma básica es

<sup>15</sup> SANTIAGO NINO, Carlos. *La validez del Derecho. Colección mayor Filosofía y Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 8.

<sup>16</sup> KJELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y el Estado*. 4.<sup>a</sup> reimpresión. México: UNAM, 1988; y *Teoría pura del Derecho*. 8.<sup>a</sup> ed. México: Porrúa, 1995.

un juicio de validez, el juicio de validez primitivo que formulan los juristas, en el cual deben basarse todos los otros juicio sobre la validez de las normas cuya creación es directa o indirectamente autorizada por la Constitución». En este sentido tenemos que «[...] un conjunto de normas constituye un sistema jurídico unitario, cuando adscribimos validez a todas ellas sobre la base de una y la misma norma básica [...]» o bien, «[...] un sistema jurídico es válido cuando presuponemos una norma básica que prescribe qué debe ser lo que sus normas establecen».<sup>17</sup>

De los conceptos sobre existencia, validez y eficacia de las normas jurídicas, a Kelsen le interesan solo los dos primeros y los hace equiparables al definir la validez de la norma jurídica como existencia de la misma. Con esta exclusión de la eficacia, hace descansar en la autoridad facultada para crearlas la forma de llevar a cabo la ejecución de la norma. Para él, tal concepto ya no es asunto de la Teoría general del Derecho sino de la Sociología jurídica. Le importa cómo se crea el Derecho, pero no sus efectos en la sociedad o, más concretamente, la conducta de los hombres a los que van dirigidas las normas.

El realismo jurídico, representado en la obra de H. L. Hart,<sup>18</sup> constituye una manera distinta de estudiar los sistemas jurídicos, pues no le interesa el proceso de creación de las normas sino el de la utilización de estas por los órganos encargados de aplicarlas. Para este autor, un sistema jurídico es, en primer lugar, un conjunto de normas o reglas cuya existencia o vigencia puede verificarse empíricamente a través de:

<sup>17</sup> SANTIAGO NINO, *op. cit.* pp. 10-15.

<sup>18</sup> HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*. 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

a) la presencia de un tipo de conducta reiterada; b) presión social en favor de la permanencia de esa conducta; c) la reacción desfavorable contra el individuo que en las circunstancias adecuadas se aparte de esa conducta. Si se trata de una norma jurídica, su violación traerá aparejada como reacción típica la aplicación de sanciones físicas; d) la convicción por parte de los miembros de un grupo de que aquella conducta es *correcta*, que tiene que ser seguida como modelo o pauta de comportamiento.<sup>19</sup>

Lo anterior vale para las normas cuando no integran un sistema, porque cuando esto sucede el asunto es distinto. Hart explica la integración de un sistema jurídico clasificando las reglas o normas en primarias y secundarias, y subdividiendo estas últimas en reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. Las reglas primarias «[...] son las que prescriben a los individuos realizar ciertos actos, los quieran o no; imponen, en cierto sentido, obligaciones, puesto que tienen fuerza compulsiva y sirven de base para la crítica o el elogio de la conformidad». Son reglas primarias porque se ocupan directamente de la conducta de los individuos y las demás reglas del sistema se refieren a ellas.

Las reglas secundarias se ocupan de las primarias y según su función se dividen en reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. Las de reconocimiento tienen como función la indicación de las características que tendrán que poseer las normas, «[...] sirven para identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico y cuáles no». En otras palabras, establecen criterios de identificación del Derecho. Las reglas de cambio «[...] permiten dinamizar

<sup>19</sup> CARACCILO, Ricardo. *La noción de sistema en la Teoría del Derecho*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México: Fontamara, 1994, p. 69.

el ordenamiento jurídico indicando procedimientos para que las reglas primarias cambien de sistema; confieren potestades a los funcionarios y a los particulares para, en ciertas condiciones, crear reglas primarias de las cuales surjan derechos y obligaciones». Por último, las reglas de adjudicación, dan competencia a ciertos individuos —los jueces— para establecer si, en una ocasión particular, se ha infringido o no una norma primaria.<sup>20</sup>

Como puede verse, para el realismo jurídico una norma existe cuando es vigente, es decir, cuando determinados actos se materializan sobre la base de su contenido y si la mayoría del grupo social se ajusta a ella, entonces además de existente es válida. Entre existencia, validez y vigencia no hay mayor diferencia; son más bien características que dependen una de otra y entre todas dan forma a la norma jurídica.

Todo lo que hemos expuesto sobre las normas y los ordenamientos jurídicos es necesario para explicar los sistemas normativos como derecho colectivo de los pueblos indígenas, la necesidad de su reconocimiento por los Estados en los cuales estos habitan y la posibilidad de su ejercicio. Dada la confusión que se ha producido al denominarlos de manera indistinta *usos y costumbres*, sistemas normativos, Derecho consuetudinario o Derecho indígena, es de interés exponer que el término *usos y costumbres* refiere a fenómenos distintos de los sistemas normativos, del Derecho consuetudinario o del Derecho indígena. Estos vocablos, en cambio, según la teoría expuesta, pueden equipararse por las características que los componen y los fines que persiguen.

<sup>20</sup> SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al Análisis del Derecho*. 6.ª ed. Barcelona: Ariel, 1995, pp. 88-93.

### 1.3. LAS NORMAS JURÍDICAS Y LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS

El estudio del Derecho indígena presenta varios problemas conceptuales. Uno de ellos es que la mayoría de quienes se acercan a él, abogados o no, identifica al Derecho con las normas producidas por el Estado y casi siempre en su función de arreglar conflictos, con lo cual se reduce a ser una de sus partes y se ignoran sus múltiples funciones sociales. Ciertamente es que las normas legislativas que emite el Estado son fuente importante del Derecho, pero no por eso puede confundírseles con el todo. Por otro lado, además de arreglar conflictos, el Derecho cumple otras finalidades, como establecer directivas que se cumplen voluntariamente. Por el contrario, a la costumbre se le concibe siempre subordinada a las normas legales. De esta forma, se le da carácter de fenómeno esencial a lo que no es más que la expresión de una ideología jurídica de una época histórica determinada.

Ya en el terreno de las normas consuetudinarias, es usual identificarlas indistintamente como usos, costumbres, costumbre jurídica, Derecho consuetudinario, sistemas normativos o Derecho indígena como si fueran los mismos. No establecer distinción entre estos términos conduce al problema de no contar con categorías de análisis comunes para fenómenos similares, o, sea el caso, distintas para fenómenos diferentes. Cuenta para la confusión el hecho de que el análisis de los sistemas normativos indígenas solo se haya hecho desde la Antropología jurídica y no desde la Teoría general del Derecho, lo que supone el problema de un estudio desde categorías distintas a las del Derecho y se pretenda que arroje resultados válidos para este último.

Así las cosas, uno de los primeros objetivos de las siguientes líneas será explicar las diferencias entre *usos y costumbres* y norma jurídica indígena, y después trataremos de abordar los sistemas normativos indígenas desde la Teoría general del Derecho.

### 1.3.1. La costumbre

La costumbre no tiene un concepto unívoco aun cuando es general la aceptación de que constituye una manifestación esencial de la vida humana en sociedad, y su significado como fuente del Derecho es mucho mayor de lo que la teoría jurídica se siente inclinada a reconocerle, especialmente en los países de formación romanista. Una concepción bastante aceptable de ella la describe como un hecho social susceptible de percepción consistente en la reiteración de una determinada conducta cuando los miembros de un grupo social enfrentan las mismas circunstancias. A esto se añade que, al afirmar la existencia de determinada costumbre, no solo se hace referencia al mismo tipo de acto humano, sino también a su ejecución en circunstancias similares.<sup>21</sup> Si atendemos a que la reiteración de una conducta debe realizarse en relación con un mismo hecho y en circunstancias similares veremos que, como en el caso de la jurisprudencia, cuando se habla de repetición se alude a la conducta con un mínimo de similitud. La determinación de la similitud de los actos, tanto por referencia al contenido de las acciones ejecutadas, cuanto a las circunstancias en que tienen lugar, no se logra mediante procedimientos lógicos ni mecánicos. Ello requiere la captación directa, intuitiva, de los sentidos de conducta, expresados por determinados comportamientos y su comprensión como especies de un género común. O, como en el razonamiento por analogía, en el que, para atribuir al caso no regulado las mismas consecuencias atribuidas al caso regulado, es necesario que entre ambos exista una *semejanza relevante*, es decir, sacar de los casos una *cualidad común* a ambos, que sea al mismo tiempo la *razón*

<sup>21</sup> CUETO RÚA, Julio. *Fuentes del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 81.

*suficiente* por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra.

### 1.3.2. Los usos sociales

El significado de los usos sociales ha causado gran confusión entre los teóricos del Derecho. De ellos, Del Vecchio opinaba que eran reguladores morales de la conducta del hombre; Radbruch decía que representan una etapa embrionaria de las normas del Derecho; Austin las denominó moralidad positiva; Jhering los equiparó a convencionalismos sociales; Nicolai Hartman los catalogó como reglas de trato externo; Stammler los consideró normas convencionales; Recaséns Siches se refirió a ellos como reglas de trato social; y García Maynez dijo que son lo mismo convencionalismos sociales y usos sociales.<sup>22</sup> Si quisiéramos seguir indagando sobre los diversos sentidos que a estos vocablos se ha dado, seguramente encontraríamos tantos como autores hay que intentan definirlos.

Para efectos prácticos de la diferenciación entre usos y norma jurídica nos parece importante definir a estos como «[...] el tipo de costumbre cuya violación no entraña una sanción administrada por un órgano comunitario».<sup>23</sup> Conviene reparar que se utiliza el término costumbre para definir al uso social. Con ello se ha querido poner en evidencia que en el uso social se da una conducta repetida ante la misma circunstancia como en la costumbre. La diferencia específica consiste en que, por la valoración que el mismo grupo hace de la gravedad de la violación, se aplican sanciones de diferente

<sup>22</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. 38.<sup>a</sup> ed. México: Porrúa, 1986, pp. 25-26.

<sup>23</sup> CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 94.

intensidad, según la costumbre violada. El uso social es una costumbre cuya violación es castigada por los mismos integrantes del grupo, pero no por los órganos comunitarios. De ahí se desprende, en primer lugar, que los usos son una especie de costumbre que no se consideran obligatorios para todos los miembros de una comunidad y, por tanto, no todos se sienten constreñidos a actuar conforme a ellos.

Atendiendo a esta concepción, el uso social no podría tener carácter jurídico ya que, si bien su violación trae como consecuencia una sanción, no se establece la medida de ella ni los órganos encargados de aplicarla, requisitos que, según vimos con anterioridad, son necesarios para reconocer carácter jurídico a una norma.

### 1.3.3. Las costumbres jurídicas

Del mismo modo que los usos sociales, la costumbre jurídica es una especie de la costumbre en general, solo que, mientras aquellos se caracterizan por no ser generalizados ni obligatorios, la costumbre jurídica es general, obligatoria y su violación trae aparejada una sanción cuya medida se conoce de antemano, lo mismo que el órgano social encargado de ejecutarla. Al respecto se ha dicho que

[...] en ciertas circunstancias, el hecho de que un miembro de la comunidad se aparte de las prácticas consuetudinarias pone en marcha la actividad de los órganos comunitarios a quienes se ha confiado la represión de la conducta lesiva de los intereses de aquella. En estos casos, la conducta del infractor compromete de tal manera el orden, la seguridad, la paz, la solidaridad y la cooperación entre los integrantes del sector social, que la sanción no queda librada al juicio autónomo de cada uno de los integrantes del núcleo. Los intereses comprometidos exigen que se aplique un castigo ejemplar,

dotado de la eficacia que suministra la administración por un órgano especializado de la comunidad. A la costumbre, cuya violación entraña una sanción administrativa por el órgano de la comunidad se le da el nombre de costumbre jurídica.<sup>24</sup>

Vale la pena recordar que la costumbre jurídica, igual que las normas jurídicas escritas, no solo se expresa en el ámbito de resolución de conflictos. Sirve también para que los miembros de una comunidad determinada guíen su conducta cotidiana o, como antes expresamos, funcionan como *razón única* para actuar en aquellos casos donde se ven comprometidos intereses colectivos. Olvidar esto es tanto como mutilar el campo de la actuación jurídica, eliminando uno de los fenómenos más iluminadores que exhibe la vida social para comprender el Derecho en la plenitud de su sentido. En otras palabras, el Derecho no es solo un fenómeno jurisdiccional, por más que en los casos de conflicto su rol sea más necesario y su operación más visible. El adecuado conocimiento del Derecho como fenómeno humano se ha visto perjudicado por la excesiva atención prestada al fenómeno jurisdiccional, con olvido de manifestaciones comunitarias espontáneas lícitas, como vehículo positivo del entendimiento comunitario. Kantorowics acostumbraba decir que el jurista, preocupado por los casos patológicos del Derecho, le hacía recordar a los gusanos que no crecían sino en madera podrida.

Con lo que hasta este punto hemos argumentado se puede concluir que la diferencia entre uso, costumbre y costumbre jurídica no es de esencia sino de grado; obedece al criterio con que se juzgan las consecuencias sociales del incumplimiento. Usos sociales y costumbre jurídica son especies diversas de un mismo género: el de las costumbres *lato sensu*.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 95.

### 1.3.4. Las normas jurídicas consuetudinarias

Todo lo anterior es insuficiente para explicar las normas jurídicas consuetudinarias. Recordemos la caracterización que hacíamos al principio, en la cual establecimos que las normas podían ser conceptualizadas «[...] como significados de expresiones lingüísticas usadas para prescribir, es decir, calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas determinadas conductas o estados de cosas resultantes de ellas». Congruente con este postulado debemos admitir que siendo la costumbre un hecho social susceptible de percepción no puede ser ella la norma sino solo la forma en que se manifiesta, igual que en el Derecho escrito la norma no es el cuerpo de una ley sino su significado. La norma consuetudinaria expresa conceptualmente un hecho social de similitud regular; señala que dada determinada circunstancia, debe seguirse por todos los integrantes del grupo social el mismo comportamiento que se ha seguido habitualmente en el pasado. En síntesis, «[...] la norma consuetudinaria es la expresión conceptual normativa del fenómeno humano consistente en el cumplimiento de la misma conducta en circunstancias similares, por los integrantes del mismo grupo social».<sup>25</sup>

Dicho de otra manera: la norma consuetudinaria no es un hecho social, es una estructura ideal, un concepto que jamás podemos *ver* o intuir sensiblemente. La confusión que comúnmente se comete al equiparar la norma consuetudinaria con la costumbre proviene de la relación existente entre ambas, similar a la existente entre el concepto que se menciona y el objeto mencionado. Pero esto no debería llamar a confusión a los juristas, pues la misma relación existe entre el Derecho como ciencia y objeto de estudio al mismo tiempo.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 115.

Algunas diferencias que encontramos entre norma jurídica escrita y norma jurídica consuetudinaria son que la primera consta en documentos, es producto de la voluntad estatal y su producción es anterior a la conducta debida; mientras en la segunda la norma se manifiesta en el comportamiento diario de los hombres que someten su conducta a ella, su fuente es diversa a la voluntad del Estado —que solo las reconoce y las incorpora a su sistema jurídico por la vía de la recepción— y su formulación es paralela al acaecimiento de la conducta debida. Estas diferencias de ninguna forma afectan la esencia de las normas pues se refieren a la manera en que se manifiestan en la práctica, no a su contenido ni a sus fines.

La teoría jurídica dominante, sobre todo la referida a los sistemas romano-germánicos, considera que la costumbre para ser jurídica debe integrarse con un elemento objetivo, conocido como la *inveterada consuetudo*, consistente en la práctica suficientemente prologada de ella, y otro elemento subjetivo, *la opinio juris necessitatis*, caracterizado por la convicción de que dicha práctica es obligatoria.<sup>26</sup> Aun cuando, insistimos, esta es la postura de la teoría dominante, no podemos pasar por alto las objeciones que se le han enderezado y que afirman que tales elementos conducen al más absoluto subjetivismo, pues la validez y vigencia de las normas como tales se hace depender de la conciencia o convicción de los particulares. Esto no es así puesto que las normas consuetudinarias poseen una naturaleza objetiva, similar sentido, estructura lógica, pretensión formal de validez e imperio inexorable que las demás normas jurídicas.<sup>27</sup> Se ha

<sup>26</sup> CORNEJO CERTUCHA, FRANCISCO M. «Derecho consuetudinario y derecho escrito». En: *Diccionario Jurídico Mexicano*. 4.ª ed. México: Porrúa-UNAM, 1991, tomo D-H, pp. 974-977.

<sup>27</sup> DIEZ PICAZO, LUIS. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1973, pp. 131-133.

criticado también que tales elementos fueron retomados de la Escuela histórica del Derecho, que fundamentaba la existencia de los ordenamientos jurídicos en el *espíritu del pueblo* y no encontraba otro medio de sustentación que no fuera la convicción popular —a diferencia de los sistemas romano-germánicos, que basan su validez en su forma de creación. Además de ello, lo que en definitiva atribuye valor jurídico a las normas consuetudinarias es el hecho de ser respetadas por los miembros de la comunidad y aplicadas por los órganos encargados de impartir justicia al decidir situaciones conflictivas, independientemente de la forma diversa de objetivación y cumplimiento.<sup>28</sup> Esta opinión no debe echarse en saco roto en el momento de analizar las normas jurídicas de los pueblos indígenas pues, dada la rapidez con que suceden los cambios sociales, estas se ven en la necesidad de adaptarse a ellos, muchas veces retomando elementos de las leyes estatales.

Dicho lo anterior, queda todavía analizar los sistemas jurídicos o sistemas normativos indígenas, o Derecho indígena, como se les denomina en diversos textos legales y políticos.

### 1.3.5. Los sistemas normativos indígenas

Anteriormente afirmamos que es importante estudiar las normas como parte de un sistema para definir su existencia, validez y eficacia. Estas son características esenciales de las normas jurídicas en el Derecho escrito que, consideramos, deben existir también en el Derecho consuetudinario. Dicho de manera distinta, hay que demostrar que las normas consuetudinarias poseen una naturaleza

<sup>28</sup> CORNEJO CERTUCHA, Francisco M. «Derecho consuetudinario...», pp. 974-977.

objetiva, sentido, estructura lógica y pretensión formal de validez similar a las de cualquier sistema jurídico si se pretende considerarlo como tal.

Al principio, explicamos dos maneras distintas de cómo la Teoría general del Derecho concibe los sistemas jurídicos: uno con base en la forma en que se crean las normas que lo integran y otro en la manera en que se aplican. Para el primero, propio de la corriente positivista, dijimos que el sistema se construye a partir de una norma fundamental o básica, con validez en sí misma, que es la que determina la forma de crear las normas inferiores a ella, estableciendo las autoridades competentes para hacerlo y una vez que ha sido creada sirve de fundamento a las demás, y así hasta el infinito. De ahí surgía una forma de concebir la validez de las normas que lo integran, junto a las cuales se encontraban otras identificadas como *existencia* y *fuerza vinculante*.

Si quisiéramos construir los sistemas jurídicos indígenas a partir de este esquema, tendríamos que aceptar que son inexistentes. No porque no exista norma fundamental o básica que los fundamente, sino porque siendo normas consuetudinarias las que lo integran, no es posible identificar autoridad alguna que las cree, ni procedimiento específico para hacerlo. A menos, ciertamente, que se entienda como autoridad al propio pueblo al que van destinadas las normas, y como procedimiento al comportamiento cotidiano de sus integrantes, lo cual nos parece insostenible y perjudicial para los intereses de los propios pueblos, por más que se hiciera de buena fe.

Hay que observar que, no obstante ello, las normas consuetudinarias que integran el Derecho indígena pueden fundar su validez en su carácter vinculante y su equiparación a existencia, pues, igual que las leyes promulgadas por el Estado, son obligatorias para los integrantes de los pueblos indígenas y siempre se manifiestan a través de la conducta de los ciudadanos, aunque no hallan sido promulgadas por autoridad alguna ni se encuentren escritas.

Visto que ese no es el camino correcto para explicar los sistemas normativos indígenas, podemos intentarlo con la segunda forma de concebirlo: el realismo jurídico. Según expusimos, el realismo jurídico normativista, sobre todo en la obra de H. L. Hart, construye el sistema jurídico a partir de la clasificación de las reglas o normas en primarias y secundarias, subdividiendo estas últimas en reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. Las reglas primarias son las que prescriben a los individuos realizar ciertos actos obligatorios. Las secundarias indican las características que deben poseer las normas para formar parte de un sistema jurídico, los procedimientos para que las reglas primarias cambien de sistema y den competencia a ciertos individuos; su objetivo es establecer si en una ocasión particular se ha infringido o no una norma primaria.

Este modelo es más adecuado que el anterior para explicar los sistemas normativos indígenas. Es claro que en ellos podemos encontrar normas o reglas que establecen derechos y obligaciones para los individuos que forman parte del pueblo que reclama su derecho de regir su vida por su propio sistema normativo. En México, podemos encontrar varios casos muy notorios, entre ellos los sistemas de cargos, el tequio y la forma de resolución de conflictos, por mencionar algunos. Estas normas corresponderían a las reglas primarias del sistema.

Así mismo, podemos encontrar criterios para determinar cuándo una norma es jurídica y cuándo es una costumbre *lato sensu* o uso social, lo que equivaldría a las reglas de reconocimiento. Además, este criterio es muy importante porque, dado que los sistemas normativos responden a una racionalidad distinta a la del Derecho legislado, la motivación de sus normas es diferente y se encuentran casos en que lo prescrito por una norma estatal puede parecer sin sentido en el Derecho indígena y viceversa.

Del mismo modo, la regla de adjudicación, es decir, la que otorga competencia a ciertos individuos para decidir si se ha infringido o

no una norma primaria, se cumple cabalmente en los sistemas normativos indígenas, puesto que en todos ellos podemos encontrar instituciones y autoridades encargadas de tal función. Es más, según el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (que ha servido de modelo a las legislaciones nacionales), un pueblo que no las tuviera no podría ser reconocido como tal. Para que un pueblo indígena sea reconocido como tal se requiere que conserve sus propias instituciones, o al menos parte de ellas.<sup>29</sup> Que sean distintas a las creadas por el Estado, que sus funciones no concuerden con las que ejercen aquellas, no quiere decir que no existan o no sean autoridades competentes y se les pretenda desconocer. Por el contrario, debe reconocérseles como tales en ejercicio del derecho a la diferencia y pueden ayudar mucho a hacerlo las reglas de adjudicación, en el caso específico de las autoridades con funciones judiciales.

Un punto que puede ser problemático es el de las reglas de cambio, las que establecen los procedimientos para que las reglas primarias cambien de sistema y confieren potestades a funcionarios y particulares para que, en ciertas condiciones, creen reglas primarias. Dado el carácter consuetudinario del Derecho indígena, no es posible determinar tales reglas. Lo que sí puede hacerse es reconocer cuando una norma ha dejado de pertenecer al sistema, se ha modificado o ha ingresado a él otra nueva. Habría que pensar si por este hecho el realismo jurídico dejaría de considerar sistemas jurídicos a los conjuntos de normas jurídicas de los pueblos indígenas. O también si su concepción de sistema puede enriquecerse tomando elementos de los sistemas jurídicos indígenas para ello.

<sup>29</sup> *Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989*. San José de Costa Rica: Organización Internacional del Trabajo, Oficina para América Central y Panamá, 1996, pp. 5-6.

De lo anterior, se puede concluir que el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas por los Estados de los que forman parte representa un problema que impacta a la Teoría general del Derecho, pero, al mismo tiempo, es ella la que aporta los elementos para resolverlos. Una de esas dificultades consiste en caracterizar al Derecho indígena desde las categorías de la teoría jurídica, para que pueda ser ejercido por los interesados en defender sus derechos y para que los tribunales estén en posibilidad de resolver conflictos conforme a ellos.

Esto lleva a otro asunto que aquí hemos obviado, aunque se encuentra implícito en toda la exposición: el del pluralismo jurídico. Por principio, hablar de pluralismo jurídico se justifica por la existencia de diversas culturas, cada una con su propia identidad y racionalidad para concebir el orden, la seguridad, la igualdad y la justicia. En este sentido, tenemos que aceptar que todas las formaciones sociales viven en el presente y en el mismo espacio, sin que sea válido hablar de culturas atrasadas o avanzadas.

Mas la pluralidad cultural no puede llevarnos a la idea de renunciar a la teoría para explicar los fenómenos sociales, bajo el argumento de haber surgido desarrollado en otro tipo de sociedades. La teoría, como tal, presenta cierto grado de generalidad y como tal aporta elementos importantes que habrá que contrastar con la realidad y, de encontrarse puntos de divergencia entre ambas, buscar nuevas categorías de análisis, pero no desecharla. En este caso concreto, el Derecho indígena deberá explicarse a través de la Teoría general del Derecho, lo que no quiere decir reducirse a ella para explicar su existencia y funcionamiento.

La relación del Derecho indígena con otros saberes jurídicos tampoco debe olvidarse, pero sin que estos pretendan sustituir a aquella. En especial habrá que privilegiar el papel de la Antropología jurídica, que es el conocimiento que puede auxiliar a diferenciar a las

conductas que se ajustan a los sistemas normativos indígenas de aquellas que responden a usos o costumbres únicamente.

No está de más advertir que el Derecho indígena realmente existente en la actualidad es un Derecho subordinado; de ahí que de lo que se trata es de sacarlo de esa situación y colocarlo en la misma posición jerárquica que el Derecho estatal. Se hace necesario establecer mecanismos de articulación entre ambos Derechos, al tiempo de realizar una nueva distribución competencial entre las autoridades indígenas y estatales.

No se trata, como algunos sugieren, de que la existencia del Derecho indígena sea solo expresión de la debilidad del Derecho estatal y que, tan luego este recobre su vitalidad, el Derecho indígena dejará de existir. Al contrario, la fortaleza del Derecho indígena será también la del Derecho estatal y con ello se contribuirá a la creación de un nuevo Estado de Derecho, democrático y pluricultural.

## CAPÍTULO 2

# FUNDAMENTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS

Antes de comenzar a analizar el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas, tal como se establecen en la Constitución Política del Estado de Oaxaca y la ley reglamentaria que especifica la manera en que, gracias a ellos, podrán aplicar justicia las autoridades indígenas, es necesario analizar sus fundamentos jurídicos, es decir, los principios, razones y motivos en que se sustentan como parte del orden jurídico del Estado. Entre estos, nos importa destacar los fundamentos de la Constitución Federal, por ser la norma suprema donde se establecen los principios que rigen en toda la nación y, después de ella, los contenidos del Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por ser un tratado referido a los derechos indígenas, aplicable en todos los Estados de la República.

## 2.1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

El reconocimiento de los sistemas normativos indígenas por el Estado de Oaxaca tiene como fundamento principal la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el párrafo 1.º de su artículo 4.º, establece una norma del siguiente tenor:

La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.<sup>30</sup>

Esta disposición constitucional se compone de cuatro partes que es necesario analizar. La primera reconoce la composición pluricultural de la Nación mexicana, cuyo fundamento es la existencia de los pueblos indígenas. La declaración es importante porque, en términos jurídicos, un sujeto que existe también tiene derechos, ya que no se conciben sujetos sin derechos ni derechos sin titulares de ellos. El segundo aspecto se refiere precisamente a los derechos de los cuales serían titulares los pueblos indígenas. En él se establece que una ley secundaria «protegerá y promoverá» el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social. Por la forma en que la norma constitucional está redactada, el ejercicio de estos derechos queda supeditado a lo que la ley establezca y, si no hubiera alguna que lo hiciera, con seguridad se presentarían problemas para poder ejercerlos. También por la estructura de la norma se entiende que no es una ley específica sino cualquier ley. Por ello, lo que bien puede decirse es que la Constitución Política del Estado de Oaxaca, al reconocer los sistemas normativos indígenas —equivalentes de *usos y costumbres*—, y la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado

<sup>30</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1992.

de Oaxaca, al reglamentarlos, están desarrollando el contenido del precepto contenido en la Constitución Federal.

La tercera parte del primer párrafo del artículo 4.º de la Constitución está ligado al deber del Estado de garantizar el efectivo acceso de los pueblos indígenas y las personas que los integren a la Jurisdicción de este. Se trata de una disposición que también fundamenta el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas, pues no reconocer sus propias instituciones de impartición de justicia y las normas que utilizan para hacerlo es una forma de negar a los indígenas el acceso a la Jurisdicción del Estado. En sentido contrario, al reconocerlos, se está facilitando su acceso a la Justicia estatal. Si se liga esta disposición con la que expresa que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus *usos y costumbres*, tenemos que el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas en el Estado de Oaxaca no riñe con lo dispuesto en la Constitución Federal, sino lo complementa, pues la primera solo se limita a reglamentar lo que esta última reconoce como garantía y, de esa manera, poder dar cumplimiento a lo prescrito en ella. Recordemos que los términos *usos y costumbres*, *costumbre jurídica*, *Derecho consuetudinario*, *sistemas normativos indígenas* y *Derecho indígena* se usan como sinónimos y el hecho de que en un texto de denominen de diversa manera que en otro no afecta su contenido ni impide que se refieran a la misma materia.

El último aspecto del primer párrafo del artículo 4.º de la Constitución Federal se refiere a que en los juicios y procedimientos agrarios en los cuales los indígenas son parte se tomen en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas, en los términos que establezca la ley. En este caso, estamos en un supuesto similar al anterior, pero específicamente en materia agraria, por lo que la ley a que se refiere no puede ser otra que la Ley Agraria, ya que ella reglamenta los procesos de ese tipo.

## 2.2. EL CONVENIO N.º 169 DE LA OIT

Otro documento que sirve de fundamento para el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas en el Estado de Oaxaca es el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Este documento es un tratado internacional firmado por el Presidente de la República y ratificado por la Cámara de Senadores. Ello hace de él, por mandato del artículo 133.º de la Constitución Federal, «norma suprema de toda la Unión», es decir, que puede ser aplicado en toda la república igual que cualquier otra ley. El mismo artículo determina que los jueces de cada Estado —y por extensión todos los funcionarios de ellos— se atengan a su contenido a la hora de resolver conflictos «[...] a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados». Afortunadamente este no es el caso porque en lugar de presentar algún conflicto tanto el Convenio n.º 169 como la Constitución Política del Estado de Oaxaca y la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca se complementan.

En efecto, en el 8.º artículo del Convenio n.º 169 de la OIT se establece lo siguiente:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados se deberán tomar debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos en el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. 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.<sup>31</sup>

Esta disposición contiene tres derechos y una condición para su ejercicio. El primer derecho es de interpretación elemental. Consiste en que las autoridades estatales tomen debidamente en cuenta las costumbres o Derecho consuetudinario de los pueblos de que se trate al aplicar las leyes del Estado.

Pero una primer expresión que necesita explicación es la de «tomar debidamente en cuenta». Con ella, se establece una obligación a cargo de las autoridades estatales de utilizar, en igualdad jerárquica con las leyes nacionales, las normas que integran el Derecho consuetudinario de los pueblos. En otras palabras, aplicar el Derecho consuetudinario igual que si se tratara de una ley no es una facultad discrecional de quien la aplica, sino una obligación que la ley le impone y el afectado puede reclamar si no se cumple voluntariamente.

Otra expresión que también merece una explicación es la de legislación nacional. En un sentido *lato*, por ley debe entenderse toda norma jurídica de carácter general, impersonal y abstracto, susceptible de aplicarse válidamente en el territorio nacional. Así, por legislación nacional se deben entender las leyes federales, aprobadas por el Congreso de la Unión; las estatales, aprobadas por las cámaras locales; los reglamentos elaborados por el Presidente de la República, así como los de los gobernadores de los diferentes estados; y los tratados internacionales que reúnen los requisitos exigidos por la Constitución Federal.

<sup>31</sup> *Convenio n.º 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, pp. 13-15.

Un segundo derecho consiste en que los pueblos indígenas conserven sus costumbres e instituciones propias. Como en el caso anterior, por costumbres habrá que entender al Derecho consuetudinario, que aquí se usa de manera indistinta, o bien sistemas normativos o Derecho indígena que, como ya explicamos, son expresiones mejores. En segundo lugar, las instituciones indígenas constituyen las formas específicas en que los pueblos se organizan, sin importar que no sean las establecidas por los Estados en su legislación correspondiente. Como ya se dijo, que conserven sus propias instituciones o parte de ellas es una condición para el reconocimiento de los pueblos indígenas como tales, según el artículo 1.º del mismo Convenio.

El último derecho contemplado en este artículo consiste en la obligación del Estado de establecer procedimientos adecuados para solucionar los conflictos que surjan de la aplicación del Derecho consuetudinario y el Derecho estatal en el mismo ámbito. La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca no es clara al respecto. En su artículo 44.º, referido al tequio, expresa que en cualquier controversia que surja entre las autoridades y los miembros de los pueblos indígenas por su implementación podrá intervenir la Secretaría de Gobierno para buscar una solución. Tal afirmación es incorrecta ya que, al no ser autoridad judicial, el conflicto puede politizarse por esa vía y resolverse respondiendo más a intereses de las partes que a derechos de los pueblos. Pero eso dice la ley y a eso hay que atenerse mientras no se reforme. Otra solución puede ser acudir ante los tribunales federales a solicitar amparo por la violación de la legalidad contenida en este en este Convenio.

La única condición establecida para el ejercicio de estos derechos es que ni las normas del Derecho consuetudinario ni las instituciones indígenas sean incompatibles con los derechos humanos reconocidos tanto en la legislación nacional como la internacional. Para saber si dichas normas o instituciones son contrarias al conte-

nido de tales ordenamientos habrá que conocer en cada caso cuál es el contenido de ellos; pero, como esto es bastante difícil, podemos decir que los derechos humanos universalmente reconocidos, aunque en diversas manifestaciones, son la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad de todas las personas, y ninguno de ellos puede ser violado argumentando la defensa de otros derechos o valores culturales.

En este mismo sentido, el artículo 9.º del Convenio n.º 169 de la OIT establece:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Este artículo consagra dos derechos de los pueblos, uno en cada uno de sus párrafos. El primero de ellos es el respeto que los órganos estatales deben tener hacia los métodos que los pueblos indígenas utilizan para prevenir y sancionar la violación del orden interno, cuando los infractores son miembros de estos. Respetar no debe entenderse solo como guardar cierta consideración a dichos métodos; incluye también la obligación de ajustar el comportamiento y las decisiones a lo que disponen determinadas normas —en este caso, de los sistemas normativos de los pueblos indígenas—, pues solo ellos pueden determinar cuáles son los métodos que utilizan para mantener el orden social en su interior, las sanciones que corresponden a los infractores, así como las autoridades encargadas de aplicarlas.

Este derecho se complementa con el contenido en la fracción dos, la cual establece que las autoridades estatales tomen en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas en materia penal. Aquí también caben dos observaciones. Como ya hemos dicho anteriormente, la costumbre debe entenderse como sistemas normativos o Derecho indígena y tomarse en cuenta y aplicarse en igualdad de circunstancias, junto con el Derecho positivo creado por el Estado.

El mismo artículo establece la limitación a la observancia de esta norma, la cual consiste en que ni los métodos utilizados por los indígenas para la solución de conflictos ni lo dispuesto por las normas del Derecho consuetudinario sean contrarios a los derechos humanos reconocidos por el Derecho nacional e internacional.

Por último, el artículo 10.º del mismo documento jurídico expresa:

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas en la legislación general a los miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse preferencia a los tipos de sanción distintos al encarcelamiento.<sup>32</sup>

El contenido de esta disposición complementa a la primera, solo que, en ese caso, se refiere fundamentalmente a la imposición de penas. El derecho de tomar en cuenta las características económicas, sociales y culturales cuando se impongan sanciones penales previstas en la legislación nacional también está incorporado en la legislación del Estado sobre la materia, por lo que habrá que tenerlas presentes y relacionarlas al momento de dictar sentencia.

<sup>32</sup> Por mayor claridad, los artículos o fragmentos de artículos de las Constituciones y de las leyes se citarán generalmente con sangrado, incluso cuando sean breves.

El derecho contenido en el segundo párrafo consistente en dar preferencia a sanciones distintas al encarcelamiento responde a las características culturales de los pueblos y comunidades indígenas, en las que se prefiere la reparación del daño causado con el ilícito a que este se castigue. Impera en ellas la idea de que cuando se castiga al infractor con encarcelamiento tanto sus familiares como los del ofendido se perciben como perjudicados, pues dejan de recibir ingresos para su manutención. Así, ni el castigado se readapta, que es el fin de encarcelamiento, ni el daño cometido es reparado, y además sufren perjuicio los familiares de los involucrados.

No obstante las bondades de esta norma, en la actualidad los códigos sobre la materia no guardan congruencia con ella, por lo que deberían reformarse. Pero mientras tal situación persista, nada impide a las autoridades indígenas sujetarse a las normas del Convenio n.º 169, pues las resoluciones se refieren a los mismos pueblos y por tanto deben realizarse de acuerdo con sus propios sistemas normativos, respetando los derechos humanos, y, solo en caso de que hubiera necesidad, a través de la aplicación de las disposiciones de la legislación estatal.

### **2.3. RECONOCIMIENTO DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN OAXAQUEÑA**

Congruente con las disposiciones anteriores, el Poder Legislativo de Oaxaca adicionó un párrafo 7.º al artículo 16.º de la Constitución Política del Estado. En él se estipula lo siguiente:

Se reconocen los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como jurisdicción a las autoridades comunitarias de los mismos. La ley reglamentaria establecerá los casos y formalidades en que proceda la jurisdicción mencionada y las

formas de homologación y convalidación de los procedimientos, juicios, decisiones y resoluciones de las autoridades comunitarias.<sup>33</sup>

Nótese que esta norma constitucional no define lo que son los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas ni la Jurisdicción de sus autoridades comunitarias. Ello es correcto porque una Constitución Política, por ser un documento general, solo debe establecer las garantías que, si fuera el caso, después reglamentan leyes secundarias. En el tema de los sistemas normativos indígenas es la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca la que establece lo que debe entenderse por sistemas normativos, pueblos y comunidades indígenas y autoridades comunitarias. La Jurisdicción no se define en ella, pero eso no representa problema. El término jurídico en cuestión es de uso común, con un significado generalmente aceptado dentro de la doctrina jurídica y, por tanto, su definición legal se vuelve innecesaria.

Lo que sí debe de subrayarse en el artículo, por un lado, es el reconocimiento de la existencia y la validez de los sistemas normativos indígenas y, por lo mismo, la autorización legal para que las autoridades indígenas encargadas de impartir justicia los utilicen. Y, por otro lado, la remisión a la ley reglamentaria del establecimiento de los casos y formalidades en que podrá hacerse, así como las formas de homologación y convalidación de los procedimientos, juicios, decisiones y resoluciones que se tomen sobre la base de ellos.

Es de observarse que el contenido de esta disposición presenta una antinomia o contradicción con el artículo 9.º del Código Civil

<sup>33</sup> «Decreto número 258, mediante el cual se reforman y adicionan diversos artículos en materia indígena, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca». *Periódico Oficial del Estado* n.º 23, t. LXXX, 6 de junio de 1998, pp. 11-17. Todas las referencias a la Constitución Política del Estado de Oaxaca provienen de esta fuente, a menos que se indique lo contrario.

del Estado que prescribe: «Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario».<sup>34</sup>

Una lectura rápida de esta disposición nos indica que su contenido es contrario al artículo 16.º, párrafo séptimo, de la Constitución Política del Estado, que reconoce los sistemas normativos indígenas. Se presenta, pues, una antinomia. Aquí aparece porque dos normas de un mismo sistema jurídico no pueden ser validas en un mismo tiempo y espacio, puesto que mientras una prohíbe la existencia de los sistemas normativos indígenas y proscribire su validez, otra admite lo contrario.

Este es un problema que se resuelve de acuerdo con las reglas de la Teoría general del Derecho, pero antes de explicarlo es necesario insistir que las antinomias solo se presentan cuando un sistema jurídico contiene dos disposiciones que no pueden ser al mismo tiempo verdaderas, y las relaciones normativas de incompatibilidad se presentan en los siguientes casos: entre una norma que *manda* hacer una cosa y otra que la *prohíbe*; entre una norma que *manda* hacer y otra que *permite no hacer* y entre una norma que *prohíbe* hacer y otra que *permite* hacer.

En la doctrina jurídica suele hablarse por lo menos de cuatro tipos de antinomias: de principio, de valoración, teleológicas y jurídicas. Las tres primeras también se denominan *antinomias impropias* pues se fundan en criterios extrajurídicos. Las de principio toman en cuenta el hecho de que un ordenamiento jurídico esté o no inspirado en valores contrapuestos o en ideologías opuestas. Las de valoración se presentan cuando una norma castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor; en este caso, más que

<sup>34</sup> «Código Civil para el estado libre y soberano de Oaxaca». En *Compilación de Códigos y Reglamentos de la Administración Pública Estatal*. Oaxaca: Gobierno del Estado de Oaxaca, 1995, p. 13.

antinomía, hay injusticia. Y, por último, hay antinomia teleológica cuando existe contradicción entre la norma que prescribe el medio para alcanzar el fin y la que prescribe a este, de tal modo que si se aplica la norma que prevé el medio no se puede alcanzar el fin, y viceversa.

Las antinomias jurídicas pueden ser de tres tipos, según la mayor o menor extensión de la contradicción entre las dos normas excluyentes. Así, suele hablarse de antinomia *total-total*, *parcial-parcial* y *total-parcial*. En el primer supuesto, ninguna de las dos normas opuestas puede aplicarse sin generar conflicto con la otra; esto sucede cuando ambas normas tienen igual ámbito espacial de validez. En el segundo caso, las normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diverso y en este último bien puede aplicarse cada una en los espacios de validez que no les son comunes y no generar contradicción. Por último, la antinomia total-parcial se presenta si dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez igual al de la otra, pero más restringido o, en otras palabras, su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra, y se produce antinomia total de la primera norma respecto de la segunda, pero solo parcial de la segunda con respecto a la primera, de tal forma que esta se puede aplicar validamente sin contradecir a la otra en el espacio en que no hay contradicción.<sup>35</sup>

La Teoría general del Derecho ha establecido tres métodos de solución de las antinomias mediante los cuales una de las normas incompatibles se elimina para que subsista la que debe regular determinada materia sin generar ninguna contradicción. Estos son el cronológico, el jerárquico y el de especialidad, y cada uno se aplica según el caso de que se trate.

El método cronológico establece que entre dos normas incompatibles de la misma jerarquía, prevalece la de promulgación poste-

<sup>35</sup> BOBBIO, *op. cit.*, pp. 189-219.

rior, bajo el criterio de que la voluntad última deroga la precedente, y si el legislador emite nuevas normas sobre una materia que ya estaba regulada lo hace para mejorar su normatividad, atendiendo a los cambios de la realidad social.

El método jerárquico sostiene que entre dos normas incompatibles, donde una es de mayor jerarquía que la otra, prevalece la primera. El argumento que subyace detrás de este criterio consiste en que una norma inferior no puede contradecir a la superior que es la que prevé su creación y alcances regulatorios, y si llegara a excederse o contradecirla sería nula jurídicamente y su aplicación no generaría ninguna consecuencia jurídica válida.

El método de especialidad se presenta cuando una norma de carácter general y otra de carácter especial, que regulan la misma materia, entran en contradicción. Aquí la regla es que la especial derogue a la general, ya que la primera sustrae parte de la materia para someterla a su reglamentación. Las antinomias de este tipo corresponden a las clasificadas como total-parcial.

Con estos criterios podemos afirmar que, efectivamente, entre el contenido del artículo 9.º del Código Civil del Estado y del artículo 16.º, párrafo séptimo, de la Constitución Política del Estado existe una antinomia de carácter total-parcial, pues mientras la disposición del Código Civil es de carácter general, la de la Constitución solo opera en materia de derechos de los pueblos indígenas. En otras palabras, la disposición que establece que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso o práctica en contrario es válida para todo el Derecho, a excepción de materia indígena, pues la norma constitucional es clara al dar validez a los sistemas normativos indígenas solo en esta materia.

Establecida la antinomia y su carácter, es necesario encontrarle solución. Aplicando los métodos de resolución de antinomias enunciados con anterioridad, el cronológico nos llevaría a establecer que prevalece la disposición constitucional por ser de posterior aproba-

ción; el jerárquico que prevalece la misma norma por ser la Constitución de jerarquía superior respecto del Código Civil; y el de especialidad arrojaría el mismo resultado porque las normas del Código Civil rigen en todas las materias, incluidos los derechos indígenas cuando derivan de actos que no tienen relación con su pertenencia a un grupo cultural, mientras las normas que reconocen derechos indígenas solo operan en el caso contrario.

También puede decirse que el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas en la Constitución del Estado derogó el contenido del artículo 9.º del Código Civil en materia de derechos indígenas; no así en otras materias, en las cuales se seguirá aplicando de manera válida.

Otra disposición de la Constitución del Estado en materia indígena se encuentra en su artículo 138.º, bis A, en el que se establece la Jurisdicción indígena en los siguientes términos:

La Jurisdicción indígena se ejercerá por las autoridades comunitarias de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, dentro del marco del orden jurídico vigente y en los términos que determine la ley reglamentaria del artículo 16 de esta Constitución.

En este caso, como en el anterior, la norma jurídica no define a la Jurisdicción porque, como ya anotamos, es un término con un significado generalmente aceptable dentro de la doctrina jurídica, y su utilización no debería prestarse a dudas. Hay que señalar, sin embargo, que al disponer que este derecho se ejercerá por las autoridades comunitarias «[...] de acuerdo con los usos y costumbres [...]» se vuelve al lenguaje anacrónico, ya superado en el artículo anterior.

De cómo se regula el uso de los sistemas normativos indígenas y la Jurisdicción indígena en la ley hablaremos más adelante.

## CAPÍTULO 3

### LA LEY Y LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS

En las páginas anteriores hemos analizado los fundamentos jurídicos del reconocimiento de los sistemas normativos indígenas en el Estado de Oaxaca y la forma en que esto se hace en la Constitución Política del Estado. Veamos ahora la forma en que se reglamenta su ejercicio en la legislación. Para hacerlo, es necesario referirnos al carácter de la ley, a la concepción que de este Derecho indígena se da en ella y algunas otras definiciones que guardan relación con el tema.

### 3.1. CARÁCTER DE LA LEY

La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca se promulgó días después de las reformas a la Constitución del Estado. El carácter de ella quedó establecido en su artículo 1.º, en cuyo primer párrafo se establece la siguiente declaración:

La presente Ley es reglamentaria del artículo 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca. Es de orden público e interés social, regirá en todo el territorio del Estado de Oaxaca

en materia de derechos y cultura de los pueblos y comunidades indígenas; así como en las obligaciones de los Poderes del Estado en sus distintos ámbitos de gobierno. Sus disposiciones constituyen las prerrogativas mínimas para la existencia, pervivencia, dignidad y bienestar de dichos pueblos y comunidades indígenas.

Las disposiciones de la presente Ley regirán supletoriamente en materia de derechos y obligaciones de los pueblos y comunidades indígenas; así como en las atribuciones correspondientes de los poderes del Estado en sus distintos niveles de gobierno, para todos los casos no previstos en otras leyes locales.<sup>36</sup>

La citada norma presenta una incongruencia que es preciso señalar. La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca no solo es reglamentaria del artículo 16.º de la Constitución Política del Estado sino de todos aquellos que contienen derechos indígenas. Entre estos podemos encontrar el 12.º, referido al tequio; el 94.º, al derecho de los municipios y comunidades indígenas para asociarse libremente; el 138.º bis A, a la Jurisdicción indígena; el 150.º, a la educación; y el 151.º, a la preservación del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas del estado, sobre todo en la implementación de proyectos turísticos y productivos. No obstante, esta denominación no afecta el contenido de la Constitución Política del Estado, pues la ley reglamentaria no puede estar por encima de las disposiciones que reglamente, por el principio de jerarquía de las leyes, el cual establece que si una ley inferior contradice a la superior habrá que atender a esta última. Además, la propia ley reglamenta las materias contenidas en aquellos artículos que excluye en su primera disposición.

<sup>36</sup> *Periódico Oficial del Estado*, 19 de junio de 1998. Igual que en la Constitución Política, todas las referencias a la presente ley provienen de la misma fuente, a menos que se indique otra cosa.

Más allá de eso, la misma norma establece que la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca «[...] Es de orden público e interés social [...]». El vocablo *orden público* no tiene un significado unívoco y se presta a múltiples interpretaciones. En una de ellas se afirma que «[...] el orden público equivale a normas de carácter imperativo y, por tanto, inderogables por la voluntad de las partes», lo cual es equivalente al contenido del artículo 6.º del Código Civil Federal que establece: «[...] La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros». <sup>37</sup> De ahí se puede deducir que, en realidad, todas las leyes son de orden público, lo cual implica que no se pueden modificar por acuerdos de las partes, y los derechos en ellas protegidas solo podrán renunciarse por su titular, siempre que con ello no se perjudiquen derechos de otras personas.

Igual sucede con la expresión *interés social*. Una concepción de él sostiene que se manifiesta de diversas maneras, entre ellas en la satisfacción de cualquier necesidad que padezca una comunidad, en el evitar todo daño que experimente o pueda sufrir una colectividad, o en la procuración de un bienestar que lleve al mejoramiento de las condiciones de vida de los sectores mayoritarios de la población o a la solución de sus problemas económicos, sociales o culturales. <sup>38</sup> En esta idea, si la ley que se comenta es de interés social, debe apuntar en tales sentidos y estos principios tienen que tomarse en cuenta al momento de interpretar y aplicar la ley a casos concretos.

Así mismo, establece los ámbitos espacial y material de validez de ella. El primero se refiere a los lugares en donde la ley se puede

<sup>37</sup> DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. 7.ª ed. México: Porrúa, 1989, t. 1, p. 526.

<sup>38</sup> BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. 22.ª ed. México: Porrúa, 1989, p. 468.

aplicar y el segundo a las materias que se regulan. En el primer caso, como bien dice este artículo, la ley se aplica en todo el territorio del Estado de Oaxaca, a todas las personas que se encuentren en él, sin importar si son o no ciudadanos oaxaqueños. Las materias que regula son las referentes a los derechos indígenas, esto es, todas aquellas en que un indígena se vea involucrado, siempre y cuando tenga que ver con su pertenencia cultural a un pueblo indígena, y no por actos que realice en lo individual como lo haría cualquier otro ciudadano.

Por último, establece que es supletoria de las demás leyes del Estado que contengan menos derechos indígenas, es decir, que primero hay que atenerse al contenido de otras leyes sobre la materia y solo cuando no lo hubiera se aplicará a continuación la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca. Esto es una novedad que pocas veces se presenta en las leyes, porque generalmente establecen que en caso de existir vacíos jurídicos, serán otras leyes las que los subsanen. Sin embargo, en este caso se hizo de manera contraria, pensando en que antes de la aprobación de la ley ya existían en el Estado diversas disposiciones jurídicas de las cuales esta podía ser un complemento. Así, se estableció en la su exposición de motivos que «[...] la ley cumplirá una función supletoria, para todos los casos no previstos en otras leyes del Estado, en relación con los pueblos y comunidades indígenas».

Entre las leyes anteriores a esta que regulan la materia indígena, y de las cuales es supletoria, se encuentran el Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca, la Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca, la Ley Estatal de Educación, la Ley Orgánica de la Junta de Conciliación Agraria, el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, el Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, la Ley Orgánica de la Procuraduría para la Defensa del Indígena, la Ley del Instituto Oaxaqueño de las Culturas, la Ley que crea la Corporación

Oaxaqueña de Radio y Televisión, la Ley Estatal de Salud, la Ley para el Fomento y Desarrollo Integral de la Cafecultura en el Estado de Oaxaca y la Ley que crea el Instituto Estatal de Desarrollo Municipal.<sup>39</sup>

Dada esta situación es válido cuestionar si en realidad la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca es reglamentaria del artículo 16.º de la Constitución —y de otros artículos más referidos a los derechos indígenas—, o en realidad lo son las leyes de las que es supletoria. Cualquiera que sea la respuesta, no impide que se ejerciten los derechos en ellas contenidos y que se procure armonizarlas a la hora de su aplicación, con el fin de conseguir un mejor resultado.

Es importante aclarar que una ley solo puede suplir los vacíos o lagunas jurídicas que otra presenta cuando la ley a suplir contempla una figura jurídica o institución que no se completa en sí misma y requiere completarse para solucionar un problema. En otras palabras, no se puede traer a una ley suplida instituciones que le son ajenas bajo el razonamiento de que existen en otra ley que se ha declarado supletoria. Otra condición es que no exista disposición jurídica que reglamente tal figura jurídica, o que las existentes no la satisfagan completamente. Por último, se requiere que ambas leyes no se opongan directa o indirectamente, es decir, que no riñan ni con las disposiciones específicas que reglamentan la institución jurídica a suplir ni con el espíritu de ella.

Lo anterior es congruente con la siguiente tesis jurisprudencial de la Federación Mexicana:

<sup>39</sup> LÓPEZ BARCENAS, FRANCISCO y SALVADOR MONSIVÁIS. *Legislación en materia indígena para el Estado de Oaxaca*. México: Instituto Nacional Indigenista, 1997.

SUPLETORIEDAD DE LA LEY. REQUISITOS PARA QUE OPERE. Los requisitos necesarios para que opere la supletoriedad de una norma respecto de otras son: a) Que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio; b) La previsión de la institución jurídica de que se trate en el ordenamiento de la supletoriedad; c) Que no obstante esa prevención, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria; y d) Que las disposiciones o principios con que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen de algún modo las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.<sup>40</sup>

Esta explicación se da porque afecta el contenido de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, aunque no es aplicable a la materia de los sistemas normativos indígenas, pues de las leyes vigentes en el orden jurídico del Estado de Oaxaca no hay otra que contemple disposición alguna sobre esta materia. Por tanto, no hay nada que suplir en esta materia.

### 3.2. DEFINICIONES

Dicho lo anterior, es importante abordar el significado de algunos términos que se usan en la *Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca* y guardan relación con la aplicación de los sistemas normativos indígenas. Varios de ellos se encuentran en

<sup>40</sup> CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. «Supletoriedad de la ley. Requisitos para que opere». *Semanario Judicial de la Federación*, 8.<sup>a</sup> época, t. IX, junio, tesis y 4.<sup>o</sup> C. 42K, p. 429.

la propia ley y otros son definidos de acuerdo con la doctrina jurídica, que también es fuente de Derecho. Entre los términos a definir se encuentran los referidos a los sujetos titulares del derecho, a la naturaleza y características de este y las autoridades encargadas de impartir justicia.

### 3.2.1. Sujetos de derecho

Los sujetos de derecho son las personas que se ven beneficiadas con determinados derechos y pueden reclamarlos en caso de que no se cumplan, se cumplan parcialmente o se haga de manera diversa a como la ley lo establece. En Derecho se reconoce dos tipos de sujetos, llamados también personas: una física, individual, integrada por un ser humano en particular, y otra colectiva, también llamada jurídica o moral, integrada por varios individuos pero que actúan como si solo fueran uno. En ambos casos, al final quienes se benefician son los individuos en lo particular, aunque las formas de ejercer el derecho sean diferentes.

En este caso específico, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política del Estado, los sujetos de derecho son tanto colectivos como individuales. Los primeros se constituyen por los pueblos y comunidades indígenas, los reagrupamientos de ellos y las comunidades afroamericanas, mientras los segundos los constituyen los individuos que forman parte de pueblos indígenas de otros estados de la República Mexicana que por una u otra circunstancia se encuentren en el Estado de Oaxaca.

Así se desprende del segundo párrafo del artículo 16.º de la Constitución Política del Estado, que dice:

Los pueblos indígenas del Estado de Oaxaca son: Amuzgos, Cuicatecos, Chatinos, Chinantecos, Chocholtecos, Chontales, Huaves,

Ixcatecos, Mazatecos, Mixes, Mixtecos, Nahuas, Triques, Zapotecos y Zoques. El Estado reconoce a las comunidades indígenas que los conforman, a sus reagrupamientos étnicos, lingüísticos y culturales. La ley protegerá a las comunidades afromexicanas y a los indígenas pertenecientes a cualquier otro pueblo procedente de otros Estados de la república y que por cualquier circunstancia, residan dentro del territorio del Estado de Oaxaca.

En términos similares, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca establece lo siguiente:

Esta ley reconoce a los siguientes pueblos indígenas: Amuzgos, Cuicatecos, Chatinos, Chinantecos, Chocholtecos, Chontales, Huaves, Ixcatecos, Mazatecos, Mixes, Mixtecos, Nahuas, Triques, Zapotecos y Zoques, así como a las comunidades indígenas que conforman, aquellos pueblos y sus reagrupamientos étnicos, lingüísticos y culturales, como el caso de los Tacuates.

Las comunidades afromexicanas y los indígenas pertenecientes a cualquier otro pueblo procedentes de otros Estados de la república y que residan temporal o permanentemente dentro del territorio del Estado de Oaxaca, podrán acogerse a esta ley.

La propia ley abunda sobre este tema al definir lo que se debe entender por pueblos y comunidades indígenas. El artículo 3.º, fracción II, define a los pueblos indígenas como:

Aquellas colectividades humanas que, por haber dado continuidad histórica a las instituciones políticas, económicas, sociales y culturales que poseían sus ancestros antes de la creación del Estado de Oaxaca, poseen formas propias de organización económica, social, política y cultural; y afirman libremente su pertenencia a cualquiera de pueblos mencionados en el segundo párrafo del artículo 2º de este ordenamiento. El Estado reconoce a dichos pueblos indígenas el carácter jurídico de personas morales de derecho público, para

todos los efectos que se deriven de sus relaciones con los Gobiernos Estatal, Municipales, así como con terceras personas.

Y la tercera fracción del mismo numeral define a las comunidades indígenas como:

Aquellos conjuntos de personas que forman una o varias unidades socioeconómicas y culturales, en torno a un asentamiento común que pertenecen a un determinado pueblo indígena de los enumerados en el artículo 2º de este Ordenamiento y que tengan una categoría administrativa inferior a la del municipio, como agencias municipales o agencias de policía. El Estado reconoce a dichas comunidades indígenas el carácter jurídico de personas morales de derecho público, para todos los efectos que se deriven de sus relaciones con los Gobiernos Estatal y Municipales, así como con terceras personas.

La ley no define los reagrupamientos étnicos, lingüísticos o culturales ni las comunidades afro-mexicanas, pero eso no quiere decir que dejen de ser sujetos de derecho, pues mal haría una ley reglamentaria en desconocer lo que la Constitución le ordena reglamentar. En todo caso, queda el problema de saber quiénes las constituyen. En el primer caso, podemos decir la ley se refiere a comunidades que proviniendo de un pueblo indígena determinado, que por efecto de acontecimientos históricos han sufrido transformaciones culturales al grado de que actualmente se consideran diferentes al pueblo del que eran parte. Es el caso de los tacuates. En ese mismo sentido, por comunidades afro-mexicanas debemos entender aquellos conjuntos de personas cuyos descendientes eran originarios del continente africano, pero que fueron traídos a estos lugares, en donde su cultura se ha mezclado con rasgos de la cultura local y ha dado origen a otra con elementos de ambas.

### 3.2.2. Naturaleza del derecho

Mucho se ha dicho que los derechos indígenas son colectivos, pero la ley de derechos indígenas de Oaxaca presenta una concepción distinta de ellos. En el mismo artículo 3.º, fracción VII, se les identifica como derechos sociales y de ellos se dice que están constituidos por:

Las facultades y prerrogativas de naturaleza colectiva que en el orden jurídico oaxaqueño reconoce a los pueblos y comunidades indígenas en los ámbitos político, económico, social, cultural y jurisdiccional, para garantizar su existencia, pervivencia, dignidad, bienestar y no-discriminación basada en la pertenencia a aquellos.

La definición presenta varias confusiones. En primer lugar, los derechos sociales no son lo mismo que los derechos colectivos. Para explicar las diferencias entre ellos es necesario aclarar que, históricamente, se han elaborado diversas clasificaciones de los derechos, siendo la más común la que los agrupa en cuatro categorías: los derechos individuales, los derechos sociales, los derechos culturales y los derechos ecológicos.<sup>41</sup> En el primer punto, se trata principalmente del derecho al igual goce de los derechos fundamentales, sin discriminación alguna por motivos de raza, color de la piel, sexo, lengua y otros del mismo tipo consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Los derechos sociales, en cambio, contemplan principios y procedimientos protectores de grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos colocados en desventaja social frente al resto de ella; entre estos derechos se incluye

<sup>41</sup> COMANDUCCI, PAOLO. «Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neo-ilustrado». *Isonomía*, n.º 3, octubre de 1995.

el de la seguridad social, el trabajo, un salario digno, el descanso, un estándar adecuado de vida, la educación, el acceso a la cultura y la libertad de asociación. Los derechos culturales incluyen básicamente la necesidad de mantener y respetar la identidad propia y, por lo mismo, la diferencia cultural, manifestada en rasgos como la lengua, la religión, formas específicas de organización y determinadas prácticas culturales diferenciadas de la cultura dominante. Por último, los ecológicos se resuelven en la preservación de un ambiente adecuado para la vida humana y que conserve una amplia multiplicidad de especies vivientes.

Según esta clasificación, los derechos indígenas serían del tipo de los denominados derechos culturales y no sociales, como la ley los define, aunque la definición que se da de ellos parece referirse más a los culturales que a los sociales. La imprecisión, pues, está en dar una denominación distinta de un derecho a la aceptada de manera general. Semejante situación, aunque no implica problemas para su ejercicio, sí crea confusiones conceptuales.

### 3.2.3. Sistemas normativos indígenas

En la ley también se establecen las características y cualidades particulares de los sistemas normativos internos, o Derecho indígena, comúnmente conocido en los pueblos y comunidades indígenas como *usos y costumbres*. De ellos se dice que son un:

Conjunto de normas jurídicas orales de carácter consuetudinario que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como válidas y utilizan para regular sus actos públicos y sus autoridades aplican para la resolución de sus conflictos.

En la definición encontramos palabras técnicas como *normas jurídicas orales y de carácter consuetudinario* que deben explicarse. Como se dijo en su oportunidad, está aceptado de manera general entre los juristas que una norma es el significado lingüístico de palabras usadas para calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados de cosas resultantes de ellas,<sup>42</sup> y tales normas se convierten en jurídicas cuando su ejecución está garantizada por una sanción externa institucionalizada, lo cual implica que para toda violación de la norma existe una sanción, de la cual se conoce la medida y las personas encargadas de aplicarlas.<sup>43</sup> En este sentido, ni la ley es la norma jurídica, como piensan algunos abogados, ni el comportamiento social de los indígenas, como piensan otros.

Entre los antropólogos hay concepciones diversas de las normas jurídicas. Una de ellas afirma que son «[...] el conjunto de elementos teóricos y prácticos mediante los cuales, en una sociedad dada, se encuentran definidos los conflictos sociales relevantes y mediante los cuales se justifican las decisiones relacionadas con esos conflictos».<sup>44</sup> Esta concepción de lo jurídico mantiene una relación directa entre lo jurídico y el poder, al mismo tiempo que se le relaciona con la forma en que una colectividad determinada define los conflictos sociales relevantes para ella y con los valores aceptados por esa colectividad como formadores de su identidad.

Si profundizamos en el análisis encontraremos que los fines que ambas concepciones son los mismos y que para lograrlos se necesita de una sanción externa institucionalizada, pues de otra manera no habría forma de distinguir entre normas jurídicas, normas sociales y

<sup>42</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, «Norma jurídica», p. 134.

<sup>43</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 125.

<sup>44</sup> KROTZ, Esteban. «Ordenes jurídicos, antropología del derecho, utopía. Elementos para el estudio antropológico de lo jurídico». En CHENAULT, Victoria y María Teresa SIERRA. *Pueblos indígenas ante el Derecho*. México: CIESAS-CFEMC, 1995, pp. 345-351.

morales, lo que nos llevaría a la anarquía y a la inseguridad jurídica. Cuando las normas jurídicas forman un sistema, es decir, guardan relación ordenada unas con otras, se dice que hay un sistema jurídico.

La característica de *oral* atribuida por la ley a cualquiera de los sistemas normativos indígenas está usada en sentido contrario a *escrito*, y denota una forma diferente de cómo las normas indígenas se manifiestan, en contraposición a las leyes producidas por el Estado, que son escritas. En este mismo sentido, se usa también la palabra *consuetudinario*, que hace referencia a la forma en que las normas de los sistemas indígenas se van formando a través de prácticas reiteradas que se dan en la comunidad y con el paso del tiempo se vuelven obligatorias, a diferencia de las leyes estatales que se crean mediante un proceso legislativo determinado establecido en una ley aprobada por el mismo Poder Legislativo.

El hecho de que las normas legales y consuetudinarias se produzcan y alcancen su validez por procesos diferentes no es razón para dar más valor a unas que a otras. Mientras ambas reúnan las características distintivas de las normas jurídicas, ambas lo serán, sin importar que las formas de producirse y manifestarse sean diferentes.

### 3.2.4. Autoridades indígenas

Una última definición contemplada en la ley que tiene relación con la aplicación de los sistemas normativos indígenas es la referida a las autoridades encargadas de aplicación. Así, la fracción X del artículo 3.º de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca establece que las autoridades comunitarias son:

Aquellas que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como tales sobre la base de sus sistemas normativos internos, las cuales

pueden o no coincidir con las municipales. Dentro de éste se encuentran las que administran la justicia.

Nótese que la ley no define quiénes deben ser reconocidos como autoridades comunitarias, sino que solo da los rasgos necesarios para serlo. Uno de ellos es que sus propias comunidades las reconozcan como tales, sin importar el nombre que les den, la forma de elegir las o la manera en que se integran. Generalmente, estas coinciden con los agentes municipales, síndicos y alcaldes, pero eso no impide que pueda haberlas de otro tipo.

Otro requisito es que se constituyan con base en sus propios sistemas normativos, es decir, en su propio derecho o *usos y costumbres*. En sentido contrario, no pueden ser autoridades indígenas comunitarias las impuestas por la ley y menos por una autoridad o persona de fuera que no tenga relación con la comunidad. Tampoco pueden considerarse autoridades comunitarias a las comisiones que nombre la delegación de gobierno, el ayuntamiento municipal, una organización política o social, o cualquier otra autoridad externa a la propia comunidad.

Suelen presentarse ocasiones en que las autoridades establecidas por la ley pasan a desempeñar cargos que la propia comunidad les encomienda o, al contrario, que las autoridades comunitarias ocupen cargos establecidos por la ley. Así, encontramos casos en que las autoridades agrarias cumplen funciones que no les asigna la ley agraria sino la comunidad, o que los miembros de los consejos de ancianos ocupen los cargos municipales. En tales situaciones, sus miembros sí pueden ser considerados autoridades comunitarias, pero solo en lo que atañe a las funciones que les encomienda su comunidad, de acuerdo a sus *usos y costumbres*.

En este punto, resulta cuestionable la denominación de autoridades comunitarias por ser un término restrictivo. La misma ley prevé que puedan ser también municipales y los municipios no se com-

ponen por una sola comunidad. También resulta restrictiva porque, al establecer a los sujetos de derecho, la misma ley contempla a los pueblos y a las comunidades indígenas y no solo a estas últimas. Mejor hubiera sido denominarlas únicamente autoridades indígenas, pero ni el gobernador ni los legisladores lo consideraron así. De todos modos, la denominación de autoridades comunitarias no debe ser obstáculo para que, en los casos de que lo sean de dos o más comunidades, cumplan sus funciones; para el caso, la de impartir justicia de acuerdo con su propio Derecho, sistemas normativos o *usos y costumbres*.

### 3.2.5. Jurisdicción

Un concepto muy ligado al tema de administración de justicia —que no se encuentra en la ley, pero que es necesario clarificar— es el de Jurisdicción, porque, como ya expusimos, el artículo 138.º, bis A, de la Constitución Política del Estado reconoce Jurisdicción a las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, sin expresar a que se refiere con esa palabra. De ahí que se requiera saber en qué consiste o de qué hablamos cuando nos referimos a ella.

Tradicionalmente, la Jurisdicción ha sido considerada como el Poder estatal para juzgar, entendiendo por tal la decisión de un juez o árbitro sobre una cuestión controvertida. Lo anterior implica que un órgano del Estado posee poder para imponer la ley sobre otros, decide una cuestión en la que los interesados acuden a él con el propósito de que haga justicia y da a cada cual lo que les corresponde, esto es, que se diga el derecho en un conflicto donde ambas partes creen tener el mejor.

Un concepto técnico de la Jurisdicción la explica como «[...] función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de

juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada». <sup>45</sup>

La Jurisdicción también ha sido clasificada y de diversas maneras. Aquí presentamos aquellas que tienen importancia para el ejercicio de la Jurisdicción indígena, de acuerdo con la regulación que establece la ley. Desde el punto de vista de la existencia o inexistencia de controversia, se le clasifica en Jurisdicción *voluntaria* y *contenciosa*. En la primera no existe conflicto, y si las personas acuden ante el órgano jurisdiccional a solicitarle su intervención es porque esta es necesaria para la declaración de la existencia de un derecho. En cambio, en la Jurisdicción contenciosa la función jurisdiccional siempre deriva de la existencia de una controversia entre partes.

Otra manera de clasificarla es desde el punto de vista de las autoridades que la ejercen. Desde tal perspectiva, la doctrina jurídica habla de la Jurisdicción federal, local o estatal y concurrente. En la primera, son los órganos pertenecientes al Poder Judicial de la Federación quienes ejercen la Jurisdicción; en el segundo caso, esta actividad corresponde a cada uno de los Poderes Judiciales de los Estados y del Distrito Federal. La concurrente se presenta cuando por, la naturaleza del asunto, pueden conocer de él cualquiera de los Poderes. En esta clasificación hay que añadir la Jurisdicción indígena, que corresponde ejercer a las autoridades indígenas.

Así mismo, existe la Jurisdicción propia y la Jurisdicción delegada. La Jurisdicción propia se ejerce por mandato de la ley para que el órgano jurisdiccional conozca y resuelva las controversias que se le presenten, sin necesidad de que un órgano jurisdiccional distinto le confiera la misión de desempeñar tales actividades. La

<sup>45</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3.ª ed., 6.ª reimpresión. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 40.

Jurisdicción delegada, por el contrario, se ejerce por encargo de otro órgano jurisdiccional con Jurisdicción propia. Este tipo de Jurisdicción funciona como coadyuvadora de la primera y todas las actividades que en ella se realizan tiene como límite el mandato de quien las encomienda.

Por último, de acuerdo con la materia de la cual derivan las controversias, la Jurisdicción puede ser civil, mercantil, penal, administrativa, fiscal, de amparo, laboral, agraria, etcétera. El Estado encarga esta Jurisdicción a distintos tribunales o jueces, que pueden ser federales o locales, según la materia se reserve a la Federación o a los Estados y el Distrito Federal.

La Jurisdicción indígena puede incluirse en todas las anteriores clasificaciones y, así, las autoridades de las comunidades indígenas podrán intervenir en asuntos en los que haya conflictos o en los que, sin haberlo, se necesite declarar un derecho, como los casos en que dos vecinos requieren confirmar sus límites. Del mismo modo, habrá casos en los que podrán resolver por ellos mismos, pero también otros en los que actuarán como auxiliares del Ministerio Público. De acuerdo con las materias, podrán resolver conflictos penales y civiles, en sentido amplio. La novedad, de todas maneras, es que no se trata de la Jurisdicción federal o de la estatal, sino de otra diferente a ambas: la Jurisdicción indígena, y como tal podrá ser concurrente, sobre todo con la Jurisdicción estatal.

No está de más aclarar que el reconocimiento de la Jurisdicción indígena no conlleva el otorgamiento de fuero alguno, pues no hay en ello privilegio de ninguna especie que se reconozca, ni a los indígenas en lo individual, ni a los pueblos o comunidades indígenas a las que se adscriben.<sup>46</sup> El reconocimiento de la Jurisdicción indígena

<sup>46</sup> Para un análisis de las diversas acepciones del vocablo *fuero*, véase BURGOA, *Garantías individuales...*; sobre todo el capítulo referido a las garantías de igualdad.

lleva en el fondo la finalidad de impartir justicia promoviendo la igualdad de acuerdo con la máxima aristotélica en la cual se pregona que la igualdad se promueve tratando igual a los iguales, y de manera desigual a los desiguales, ya que un trato distinto es «contrario a la naturaleza» del hombre.

### 3.2.6. Competencia

La competencia es otro concepto que se necesita definir, puesto que, de la misma manera la idea de Jurisdicción, se encuentra bastante ligado a la impartición de justicia. Comúnmente se le presenta como el límite de la Jurisdicción. Así, se le cataloga como «[...] el conjunto de causas sobre las cuales puede el juez ejercer, según ley, su fracción de jurisdicción».<sup>47</sup> En este mismo sentido se dice que «[...] todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer de determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuida a un juez».<sup>48</sup> Por juez hay que entender toda persona o institución encargada de impartir justicia, que resuelve conflictos en los cuales dos o más partes creen tener el mismo o mejor derecho sobre un bien determinado.

Existen diversas maneras de clasificar la competencia. Una de ellas, que atiende a la materia, es aquella que se instaura en virtud de la naturaleza jurídica del conflicto objeto del litigio, o por razón de la naturaleza de la causa; es decir, de las cuestiones jurídicas que cons-

<sup>47</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, t. II, p. 2.

<sup>48</sup> COUTURE, *op. cit.* p. 29.

tituyen la materia litigiosa del proceso. En síntesis, es la que se clasifica atendiendo a las diversas ramas del Derecho sustantivo, criterio que toma en consideración la necesidad de conocimientos especializados de las normas que tutelan los intereses jurídicos involucrados en el debate sujeto a juzgamiento.<sup>49</sup>

Otra clasificación, que se establece en función del grado o jerarquía, toma en cuenta la distribución de la facultad de conocimiento de los órganos jurisdiccionales en primera o segunda instancia, donde cada una de las instancias determina las etapas que puede tener un juicio.

Una tercera es la competencia por cuantía, la cual toma como elemento de diferenciación el valor pecuniario de los intereses que se debaten en el proceso. Estos sirven para determinar si un juez es o no competente.

También existe competencia por territorio y se establece de acuerdo con la circunscripción geográfica previamente delimitada en la cual el juzgador puede actuar válidamente. Otra característica de la Jurisdicción territorial es que el caso controvertido queda sujeto al territorio y no puede juzgarse en otro, salvo casos excepcionales.

Igual que en la Jurisdicción material, la competencia de las autoridades indígenas implica materias penales y civiles en sentido amplio; sin embargo, mientras que aquella las establece de manera general, esta determina específicamente en qué casos se puede intervenir y en cuáles no, como se verá más adelante. En relación con el grado la competencia de las autoridades indígenas, este es de primer grado, pues serán las que inicien el conocimiento de los asuntos y solo

<sup>49</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa-UNAM, 1991, tomo I-C, p. 543.

cuando las partes estén inconformes con la resolución podrá acudir a otras a inconformarse. Respecto de la cuantía, la competencia es de asuntos menores, tanto en materia penal como civil, y la competencia territorial solo abarca el espacio de la comunidad.

Todos estos conceptos tienen relación con la impartición de justicia por las autoridades indígenas, a través de sus propios sistemas normativos, pero de cómo se da esto hablaremos enseguida.

## CAPÍTULO 4

# IMPARTICIÓN DE JUSTICIA A TRAVÉS DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS

Hemos llegado al punto en donde es necesario explicar cómo pueden las autoridades indígenas impartir justicia aplicando sus propios sistemas normativos, Derecho indígena o *usos y costumbres*, en el marco que establece la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca. Para hacerlo, dividiremos la exposición de la siguiente manera: la forma en que la ley reconoce y da validez a los sistemas normativos indígenas; los casos específicos en que las autoridades indígenas tienen competencia para resolver conflictos, la forma de determinarla y de solucionar los conflictos que surjan por ello; el procedimiento de impartición de justicia, incluyendo las formalidades y las condiciones para realizar detenciones administrativas cuando sean necesarias; los requisitos de las resoluciones, su compatibilización y convalidación; y la ejecución de las mismas.

#### **4.1. RECONOCIMIENTO DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS**

Un aspecto novedoso de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, también contenido en

la Constitución Política del Estado (y que no se encuentra en ninguna otra ley del Estado) es el reconocimiento de los sistemas normativos de dichos pueblos y comunidades. El asunto es importante por doble partida. En primer lugar, porque, al contrario de otro tipo de derechos —sobre todo los individuales—, la Constitución y la ley *reconocen*, no *otorgan*. La diferencia no solo es gramatical, sino que tiene implicaciones de fondo. Reconocer implica admitir que los sistemas normativos indígenas son anteriores a la creación del Estado y por lo tanto no son creación de él. Este reconoce que, siendo tales sistemas un derecho humano de los pueblos, le son indispensables para su existencia y por eso los acepta. Dicho reconocimiento, para ser pleno, debería ser sin condiciones, pero, desgraciadamente, como veremos más adelante, esto no es así. Se trata de un reconocimiento condicionado y restringido. Otorgar, en cambio, implica que el Estado los crea para que sus habitantes hagan uso de ellos, lo cual es completamente diferente.

En segundo lugar, el reconocimiento es importante porque al admitirlos como fuente independiente de Derecho los coloca al nivel de las leyes, por encima de la jurisprudencia y de la propia costumbre. Así, se deja atrás el anacrónico principio de que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario. Este se seguirá aplicando, pero no para la resolución de conflictos por las autoridades indígenas y en las materias que la propia ley determina.

El artículo 28.º de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, contenido en su capítulo V, denominado «De los sistemas normativos internos», establece con referencia a este tema:

El Estado de Oaxaca reconoce la existencia de sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas con carac-

terísticas propias y específicas en cada pueblo, comunidades y municipio del Estado, basados en sus tradiciones ancestrales, que se han transmitido oralmente por generaciones, enriqueciéndose y adaptándose con el paso del tiempo a sus diversas circunstancias. Por tanto en el Estado dichos sistemas se consideran actualmente vigentes y en uso.

Desde el punto de vista jurídico, lo realmente importante de esta disposición es la primera parte de ella, donde el Estado expresamente reconoce la existencia de los sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas. Los otros elementos referidos a las características propias y específicas de cada pueblo, comunidad o municipio, o que se basan en tradiciones ancestrales, o que se transmiten oralmente por generaciones y que se enriquecen y adaptan con el paso del tiempo, son aspectos secundarios, los más de ellos descriptivos, que enriquecen la primera frase del artículo, pero que aun si no estuvieran no habría problema, pues, como ya expusimos, la propia ley en su artículo 3.º define los que son los sistemas normativos internos.

Por otro lado, reconocer su existencia, en términos jurídicos, equivale a aceptar que son válidos y, como tales, los sistemas normativos de los pueblos indígenas tienen el mismo valor que las leyes. Por lo mismo, no hay razón para preferir uno sobre otro y deben utilizarse dándoles la misma jerarquía, sin subordinar uno a otro.

#### **4.2. SU VALIDEZ**

No obstante que al reconocer la existencia de los sistemas normativos indígenas se reconocía también su validez, la misma ley, en su siguiente artículo, lo especifica claramente en los siguientes términos:

El Estado de Oaxaca reconoce la validez de las normas internas de los pueblos y comunidades indígenas en el ámbito de las relaciones familiares, 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.

Igual que en el caso anterior, esta disposición es reiterativa. Habría bastado con que se dijera que se reconoce validez a los sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas para que sus autoridades pudieran aplicarlos sin caer en la ilegalidad, como antes del reconocimiento sucedía. Pero el gobernador, en su iniciativa de ley, lo mismo que los legisladores al aprobarla, consideraron necesario especificar que tales normas tendrían validez en los ámbitos de las relaciones familiares, vida civil, de la organización de la vida comunitaria y, en general, de la prevención y solución de conflictos al interior de cada comunidad. Lo hicieron con bastante mala técnica porque para incluir todas estas materias hubiera sido suficiente expresar que son válidos para la prevención y solución de conflictos al interior de las comunidades y pueblos indígenas. Además, la forma en que están expresados es bastante ambigua, por lo que, ateniéndose solo a ella, no es posible determinar los casos en que podrán aplicarse.

El reconocimiento de la existencia de los sistemas normativos indígenas y la validez de los actos realizados conforme a ellos tiene límites expresos en la propia ley. El primero consiste en que podrán usarse siempre y cuando no contravengan la Constitución Política del Estado y las leyes estatales vigentes; el segundo límite trata de que se admitirá siempre y cuando no vulneren derechos humanos ni de terceros. En principio, la declaración es correcta, pues un sistema jurídico que no tenga con fin proteger los derechos de las personas, y en

especial sus derechos humanos, no estaría cumpliendo su objetivo de buscar la justicia, y a través de ella una vida mejor para todos.

El problema de esta disposición se encuentra en que la Constitución y la mayoría de las leyes del Estado están diseñadas bajo la lógica de una sola cultura, y no de la diversidad cultural que en él existe. En esta situación, sujetar la validez de los sistemas normativos a dichas leyes nos lleva al problema de que cada vez que se presenten contradicciones entre las leyes y los sistemas normativos prevalearan los primeros. Para que no represente una traba al pleno ejercicio de los sistemas normativos indígenas, hace falta reformar el orden jurídico completo.

Lo mismo sucede con los derechos humanos y derechos de terceros, aunque en estricto sentido no se trate de derechos humanos. En principio, porque, aunque los derechos humanos sean anteriores al Estado, el reclamo de su violación, jurídicamente, solo se puede hacer mediante la ley, es decir, de aquellos que ella protege (lo mismo que los de terceras personas). Y como la ley está diseñada de acuerdo con la cultura dominante, no contempla las concepciones de derechos humanos que existan en otras culturas. De ahí que se convierta en otra restricción al ejercicio de los sistemas normativos indígenas.

Cuando una disposición de las leyes con vigencia anterior a la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca se contradiga con alguna norma de esta, será necesario investigar si se trata o no de las derogadas tácitamente por el artículo 4.º transitorio de la ley. Si así fuera, habrá que invocar esta disposición para que prevaleara la disposición de la ley derechos indígenas. En caso distinto, la contradicción deberá resolverse conforme a los métodos que proporciona la Teoría general del Derecho, mismos que se expusieron en el primer capítulo.

Así mismo, se podrán invocar tratados internacionales sobre derechos humanos que amplían la concepción de los derechos reco-

nocidos, sobre todo los que protegen derechos de las minorías y de los pueblos indígenas.

### 4.3. LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS

Uno de los primeros aspectos a determinar, antes de que las autoridades indígenas puedan impartir justicia, consiste en saber en qué casos estas tienen competencia.

#### 4.3.1. Casos en que tienen competencia

Para determinarlo debemos atender al contenido del artículo 38.º de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, que expresa:

Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas procurarán y administrarán justicia aplicando sus sistemas normativos internos en los casos y de acuerdo con las formalidades que se prescriben a continuación:

I. Las autoridades indígenas tradicionales ejercerán jurisdicción en los casos siguientes:

a) Tratándose de controversias en las cuales ambas partes sean indígenas, ya sea que pertenezcan a un mismo pueblo o a pueblos diferentes.

En esta disposición se confunde la Jurisdicción con la competencia. Como explicamos anteriormente, la Jurisdicción es una función pública en virtud de la cual, mediante un juicio, se determina el derecho de las partes, dirimiendo sus conflictos y controversias. En

cambio, la competencia es el conjunto de causas o asuntos sobre las cuales puede un juez ejercer su fracción de Jurisdicción. La disposición citada no trata sobre el poder de las autoridades indígenas para juzgar, sino sobre las materias en que pueden intervenir. No se refiere a las facultades para resolver, sino en qué casos específicos pueden hacerlo. Por eso decimos que se refiere a la competencia, no a la Jurisdicción. Ciertamente, un juez competente también tiene Jurisdicción, pero quien tiene Jurisdicción no necesariamente tiene competencia.

Por lo demás, y tomando la referencia a la Jurisdicción como si fuera a la competencia, esta disposición es bastante clara. Si el hecho a juzgar involucra solo a indígenas, en principio podemos pensar que se trata de un caso que las autoridades del pueblo donde aconteció pueden juzgar y resolver, aun cuando los indígenas involucrados pertenezcan a comunidades o pueblos diversos. En otras palabras, la norma fija la competencia personal y territorial de las autoridades indígenas.

Otro supuesto se encuentra en el siguiente párrafo de la misma fracción y dice:

Cuando el conflicto de que se trate involucre como partes a indígenas y no indígenas, el infractor tratándose de asunto penal, o el demandante si el asunto es de materia diversa a la penal, podrá elegir a la autoridad a la que someterá la controversia.

Esta disposición contiene un supuesto distinto al anterior y dos modalidades de él. En primer lugar, se trata de un suceso acaecido en el territorio de una comunidad indígena en donde se ve involucrado una persona perteneciente a ella y otra que, además de que no es del lugar, tampoco es indígena.

Si el asunto fuera de carácter penal, el infractor tiene el derecho de decidir si se somete a las autoridades de la comunidad indígena o

si acude ante los órganos del Estado a que se resuelva el conflicto. Con esta norma, queda protegido el derecho individual del ofensor, que es ajeno a la comunidad, pero no protege a esta. Tomemos en cuenta que se trata de juzgar conforme a los sistemas normativos de la comunidad en donde suceden los hechos y, por tanto, sobre aspectos que importan a ella y no al ofensor. Tal como está redactada, esta norma no protege a la comunidad, sino a los infractores, pues difícilmente podremos encontrar una persona ajena a una comunidad indígena que, habiéndola ofendido, quiera someterse a sus autoridades, quienes lo juzgarán de acuerdo a sus propias normas. Mejor habría sido que la decisión se tomara de acuerdo con el ámbito afectado por la violación, si se restringía a los intereses de la comunidad o trascendía a estos. En el primer caso, correspondía sujetar al infractor a las autoridades comunitarias y, en el segundo, dejarlo en libertad de decidir. Pero no fue así, y mientras la norma no se modifique hay que atenerse a su contenido.

Otro supuesto es que el conflicto involucre materias diferentes a la penal, es decir, civiles en sentido amplio. Para este caso, la ley dispone que el demandante decida si acude ante la autoridad de la comunidad indígena respectiva o a los tribunales estatales. En tal situación, parece correcto permitir que quien reclama sus intereses decida por sí mismo, porque solo es su derecho el que se encuentra en juego, y no el de la comunidad ni el de terceros. Se trata de derechos privados, no públicos, y el resultado del juicio solo afecta o beneficia a quien decide a qué tribunal acudir. Sin embargo, no hay que olvidar que también se afecta el interés de uno de los miembros de la comunidad, que puede estar interesado en la resolución del conflicto dentro de ella, lo cual no será posible si el demandado se opone. Lo más justo sería que ambas partes decidieran ante qué autoridad acudir y, en caso de no haber acuerdo, que escogiera quien ve afectados sus derechos.

La fracción b del mismo artículo establece los límites de la competencia material en los siguientes términos:

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 éstos 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 de 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.

La disposición es bastante confusa y se presta a diversas interpretaciones. Una de ellas, literal, conduce a sostener que, al tratarse de delitos que están sancionados en el Código Penal del Estado con pena económica o corporal que no excede de dos años de prisión, las autoridades indígenas no pueden ejercer ni Jurisdicción propia ni competencia alguna, limitándose a actuar como auxiliares del Ministerio Público o del juez de primera instancia, según se trate. En cambio, tienen competencia para juzgar en asuntos de *tenencia* individual de la tierra, faltas administrativas y de policía, atentados contra las formas de organización, cultura, servicios comunitarios, trabajos y obras públicas, cuestiones de *trato* civil y familiar, e incumplimiento del deber de los padres y madres 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.

Esta interpretación surge porque, después de enunciar los delitos sancionados con pena económica o pena corporal que no excede de dos años de prisión, se encuentra la expresión «en estos casos», dando a entender que se refiere a los delitos mencionados con anterioridad. Sin embargo, se tropieza con varios inconvenientes. El primero de ellos es que si ese fuera el sentido de la norma, el legislador no la habría incluido (por lo menos no en esos términos), pues sería suficiente con que se mencionara que, en delitos tipificados en el Código Penal, las autoridades indígenas actúan como auxiliares de los Ministerios Públicos o jueces de primera instancia. Otro inconveniente para sostener esta interpretación consiste en que si en esos casos las autoridades indígenas son auxiliares, en los demás simplemente carecen de Jurisdicción, caso en el cual no habría necesidad de distinguir entre ambos.

Una segunda interpretación, también literal pero bastante forzada, da como resultado que, efectivamente, en los delitos sancionados por el Código Penal con pena económica o corporal que no excede de dos años de prisión, las autoridades comunitarias indígenas son auxiliares del Ministerio Público y los jueces de primera instancia, pero que con tal calidad pueden resolver. Esta interpretación nos parece insostenible lógicamente, porque una autoridad auxiliar no puede suplir en sus funciones sustanciales a la autoridad que auxilia; más bien, debe limitarse a ayudarla a sacar adelante sus trabajos. En este sentido, las autoridades indígenas no podrían resolver controversias sin la intervención del Ministerio Público o de los jueces de primera instancia.

Puede darse una interpretación distinta a las anteriores si las palabras «en estos casos» no se liga a los delitos cuya sanción sea económica o corporal que no excede de dos años de prisión, sino a los que excedan estos límites. Esto es posible si las palabras «en estos casos» no se relacionan con los delitos, sino con la sanción de ellos, es decir, solo con la frase «exceda de dos años de prisión». En

este sentido, estamos frente a tres grupos de materias en las que las autoridades pueden intervenir: en dos como autoridades juzgadoras, resolviendo los casos que se le presentan para ese efecto, y en uno como auxiliares del Ministerio Público o los jueces de primera instancia.

El primer grupo de materias en que podrían resolver incluye los delitos tipificados en el Código Penal del Estado cuya sanción es económica o corporal que no excede de dos años de prisión. De acuerdo con el Código Penal dichos delitos serían: evasión de presos, quebrantamiento de sanción, ataques a las vías de comunicación, violación de correspondencia, desobediencia y resistencia de particulares, oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo público, quebrantamiento de sellos, delitos cometidos contra funcionarios públicos, delitos contra la moral pública, corrupción de menores y de incapacitados, provocación de un delito o apología de este o de algún vicio, revelación de secretos, ejercicio indebido y abandono de funciones y coalición de funcionarios, abuso de autoridad por embriaguez habitual, concusión, enriquecimiento ilegítimo, falsedad en declaraciones judiciales o informes dados a la autoridad, variación del nombre y domicilio, juegos prohibidos, delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones, lesiones que no pongan en peligro la vida y tardan menos de quince días en sanar, aborto procurado o consentido, abandono de personas, golpes y otras violencias físicas simples, difamación, robo y abuso de confianza que no exceden de cien salarios mínimos, retención y daños.<sup>50</sup>

En estos delitos, y tratándose de pueblos y comunidades indígenas, el Ministerio Público ha dejado de tener competencia para integrar averiguaciones previas y para consignarlas ante el Juez de Primera Instancia. Por la misma razón, este también ha dejado de

<sup>50</sup> *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca*. 9.<sup>a</sup> ed. Puebla: Cajica, 1999.

tener competencia para conocer de ellos. Aquí se sigue el artículo 4.º transitorio de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, el que deroga todas las disposiciones que se opongan a ella. Y como la Constitución Política del Estado y la misma ley reconocen Jurisdicción y competencia a las autoridades indígenas para juzgar estos delitos, es claro que se oponen y deben de considerarse derogadas tácitamente. En este mismo sentido, operan los métodos de resolución de antinomias o contradicciones que hemos expuesto con anterioridad.

Un segundo grupo, este en materia civil, lo integrarían casos de *tenencia* individual de la tierra en las comunidades indígenas, faltas administrativas y de policía; atentados contra de 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, en todos aquellos casos en los que los ascendientes o los esposos y esposas no se conduzcan como buenos padres y madres de familia.

En este caso, las facultades reconocidas a las autoridades comunitarias no son tan amplias como pudiera desprenderse de una rápida lectura de esta norma jurídica. En primer lugar, la denominación de *tenencia* individual de la tierra no puede referirse a cualquier derecho derivado de la propiedad o posesión individual de ella, pues si así fuera se hubiera expresado de esta manera. Por *tenencia* aquí solo pueden entenderse los actos derivados de la ocupación y posesión de las cosas, es decir, los que afectan la relación del tenedor con otras personas o con la comunidad, sin entrar a controvertir el derecho mismo. Por ejemplo, podrían resolver si una persona causó un daño a un predio, pero no si fue despojado de él. En la primera situación, se afecta la relación entre personas respecto del predio, pero en la segundo se resuelve sobre el mejor derecho de ambos sobre el predio en disputa.

Igual sucede con una serie de materias, que pudiéramos considerar de interés comunitario, entre las cuales se enuncian las faltas administrativas y de policía; los atentados contra de las formas de organización, cultura, servicios comunitarios, trabajos y obras públicas. La forma en que tales materias se establecieron en la ley es bastante confusa, lo cual representa varios problemas. No se sabe si por faltas administrativas se entienden a todas las que pudiera haber en la legislación, a las que se establecen en el Bando de Policía y Buen Gobierno que expide el ayuntamiento municipal, o solo a las que atañen a la administración de la propia comunidad. En nuestro concepto, cuando habla de faltas administrativas y de policía, la ley incluye a las que pueden establecerse en los bandos de policía y buen gobierno por el ayuntamiento municipal y las propias de la administración comunitaria. Pero eso solo podemos deducirlo del parecido que tienen ambas expresiones, y no de una equiparación legal clara entre ellas. Si este fuera el caso, las infracciones que podrían castigar las autoridades comunitarias serían únicamente las que se establecen en tal documento y las que tengan relación con el orden en la comunidad.

Lo anterior se complementa con las demás materias que la ley faculta resolver a las autoridades comunitarias. Respecto de ellas dice que podrán atender controversias sobre atentados a las formas de organización, la cultura; los servicios comunitarios, trabajos y obras públicas, pues, en sentido amplio, las infracciones que pudieran surgir sobre esta materia constituyen faltas administrativas.

Otro tipo de materias del mismo grupo, en las que la ley reconoce la competencia de las autoridades indígenas comunitarias, es en cuestiones de *trato* civil y familiar, en el incumplimiento del deber de las madres y los 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. No es claro qué entender por *trato* civil y

familiar, aunque, al parecer, los legisladores se refieren a las relaciones interfamiliares. Del mismo modo, es confuso determinar en qué casos los esposos no se conducen como buenos padres de familia.

Un tercer grupo de materias en el cual las autoridades no puede resolver es el integrado por aquellos delitos tipificados en el Código Penal del Estado cuya sanción consiste en pena corporal, siempre que exceda de dos años de prisión. En tales conflictos solo pueden actuar o como auxiliares del Ministerio Público, integrando o aportando elementos para que este constituya la averiguación previa, o como auxiliares de los Jueces de Primera instancia, realizando algunas actividades administrativas propias del proceso judicial (como las notificaciones).

Nosotros nos inclinamos por dar este sentido a la norma jurídica que se comenta porque deriva de una interpretación sistemática de toda la ley, como debe ser, y no de la norma jurídica sola, como si existiera de manera aislada. Responde al reconocimiento de la igualdad de jerarquías de los sistemas normativos indígenas y de las leyes del Estado, además de que es congruente con el carácter de interés social de la ley. Esta, como expresamos anteriormente, debe tender a la satisfacción de las necesidades de la comunidad, evitar cualquier daño que experimente o pueda sufrir una colectividad, y procurar el bienestar y mejoramiento de las condiciones de vida de los sectores mayoritarios de la población, o a la solución de sus problemas económicos, sociales o culturales. Ello es altamente congruente con los fines que persigue el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas.

Además de esto, si el Poder Legislativo no hubiera querido otorgar competencia a las autoridades indígenas en tales materias, no las habría mencionado o lo hubiera hecho para excluirlas expresamente, que no es el caso. Aquí la confusión no se encuentra en si las autoridades tienen competencia o no en tales materias, sino en el alcance de esta.

Todavía cabe otra aclaración. La referencia al Código Penal del Estado para establecer la competencia material de las autoridades indígenas no incluye el que estas juzguen de acuerdo con las leyes de dicho Código, pues, si así fuera, se anula su derecho constitucional de impartir justicia de acuerdo con sus propios sistemas normativos. La remisión al Código Penal solo es para determinar, mediante una regla común a otra ley, en qué materias pueden intervenir y en cuáles no, pero tal intervención seguirá siendo de acuerdo con sus propias normas. Mal actuarían las autoridades indígenas aplicando una ley que les es ajena, pues con ello no defenderían sus derechos, sino que se convertirían en auxiliares de otras autoridades ajenas a su comunidad.

#### 4.3.2. Formas de determinar la competencia

La ley también contiene reglas para fijar la competencia territorial. Se encuentran contenidas en los incisos a y b de su artículo 39.º, que a la letra dice:

Para determinar la competencia de las autoridades indígenas, se observarán las siguientes reglas:

- a) Es competente la autoridad indígena del lugar en donde se cometió el delito o la infracción; [...]

La afirmación que aquí se presenta es bastante clara si las personas que se ven involucradas en un conflicto pertenecen a la misma comunidad, caso en el que ni siquiera sería necesario enunciar la competencia, pues es evidente que quien debe juzgar es la autoridad de la comunidad. Pero si no se enunciara, presentaría problemas cuando se vieran involucradas personas de la comunidad con otras de fuera, aunque ambas fueran indígenas; personas indígenas de una

comunidad distinta al lugar en donde sucede el hecho a juzgar; personas de la comunidad con otras de fuera que no son indígenas; o personas de fuera que son ambas indígenas. En estos casos, si la competencia territorial no estuviera determinada, podrían presentarse problemas para determinar a qué autoridad corresponde atender y resolver el conflicto. Por eso es indispensable que se fije la competencia territorial. El supuesto de esta fracción opera cuando la infracción cometida afecta a las personas directamente, o a sus bienes o a derechos sobre ellos, siempre que sean muebles.

Cuando la infracción no afecte a las personas directamente, a sus bienes muebles o a derechos sobre ellos, deberá atenderse el contenido del inciso b, del mismo artículo, que dice:

Tratándose de bienes o cosas, la del lugar en donde se ubiquen los bienes o cosas materia de la controversia.

Esta disposición también se refiere al lugar donde suceden los hechos, dado que siempre será el del lugar donde se encuentren los muebles de que se trate. En Derecho, se entienden por bienes todos aquellos objetos que pueden ser objeto de apropiación, o lo que es lo mismo, los que no están fuera del comercio. Entre las diversas clasificaciones de ellos, la que aquí nos interesa es la que los separa en bienes *muebles e inmuebles*. Los primeros pueden trasladarse de un lugar a otro, sea por una fuerza exterior o por ellos mismos; entre ellos se incluyen los semovientes o animales domésticos. En cambio, los inmuebles van unidos al suelo y, por lo mismo, no pueden trasladarse de un lugar a otro.<sup>51</sup> Como la ley no establece distinción entre los bienes sobre los que las autoridades indígenas deben juzgar, se entiende que es en ambos. Ahora bien, cuando se

<sup>51</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo A-CH, pp. 338-339.

trate de bienes inmuebles no habrá problemas pues, como no pueden moverse, la Jurisdicción a que pertenecen siempre será la misma. Sin embargo, con los muebles pueden presentarse problemas ya que, siendo movibles, los propietarios de los bienes pueden ser de una comunidad, estos pueden estar en otra y el infractor pertenecer a una tercera. Para evitar problemas, las autoridades indígenas deben tomar en cuenta si el hecho a juzgar sucedió o no en su comunidad, y, si así fuera, deberán resolverlo, aunque los propietarios y el infractor pertenezcan a otras comunidades.

### **4.3.3 Conflictos de competencia**

En materia de competencias pueden presentarse problemas entre las autoridades indígenas y las estatales, sea el Ministerio Público o el juez de primera instancia, para los cuales la ley no prevé una solución específica y clara. Cuando expusimos los delitos contenidos en el Código Penal del Estado que dejaron de ser competencia de los Ministerios Públicos y pasaron a serlo de las autoridades indígenas, afirmamos que la competencia de los primeros fue derogada y por tanto carecían de facultades para integrar averiguaciones previas y consignarlas a los jueces para que inicien el proceso correspondiente.

No obstante que eso es meridianamente claro para cualquier jurista, pueden presentarse situaciones en que los agentes del Ministerio Público o los jueces de primera instancia decidan seguir ejerciendo las facultades de las que han sido despojados por la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca. Ante tal actitud, las autoridades indígenas tendrán que confrontarse con ellos si desean defender el derecho de sus pueblos o comunidades y mantener su competencia.

La ley no establece un capítulo de Derecho conflictual y queda la duda sobre qué pueden hacer las autoridades indígenas en estas situaciones. La misma ley ofrece algunas posibilidades y otras se encuentran en otros ordenamientos jurídicos. Un camino de carácter administrativo consiste en acudir a la Procuraduría de la Defensa del Indígena, la encargada de vigilar la aplicación de la ley, para que, de manera análoga a lo que disponen los artículos 12.º y 44.º en caso de controversias entre agencias municipales o de policía, intervenga y haga valer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas. En caso de que no hubiera acuerdo, podría conocer del asunto la Secretaría de Gobierno por las mismas razones. La analogía es posible dado que los conflictos que prevé la ley son entre autoridades y es el mismo caso cuando se trata de agentes del Ministerio Público o jueces de primera instancia.

Otra posibilidad, en el caso de que jueces de primera instancia insistan en ejercer una prerrogativa que ya no tienen, consiste en que las autoridades indígenas promuevan un conflicto de competencia por declinatoria del juez que conozca del asunto, pidiéndole se abstenga de hacerlo por carencia de facultades. Para ello se pueden invocar las disposiciones contenidas en los artículos que van de 78.º al 83.º del Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca.<sup>52</sup>

Un tercer camino consiste en que las autoridades comunitarias acudan al juicio de amparo por violación de la garantía de seguridad jurídica contenida en los artículos 14.º y 16.º de la Constitución Federal, los cuales prescriben que:

<sup>52</sup> *Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca*. 9.ª ed. Puebla: Cajica, 1999.

[...] nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes establecidas con anterioridad al hecho, y que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papales o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, respectivamente.

Cualquiera que sea el camino que las autoridades indígenas decidan seguir, podrán acompañarlas de una denuncia ante las autoridades judiciales para que cualquier intento de mantener una competencia que legalmente no se tiene, sea sujeto a proceso penal por el delito de ejercicio indebido de funciones.

#### **4.4. PROCEDIMIENTO PARA LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA**

Hasta ahora hemos visto la validez de los sistemas normativos indígenas, las materias en las que las autoridades indígenas pueden intervenir y la forma de fijar su competencia para la resolución de conflictos. Nos corresponde ahora analizar las formalidades que la ley establece para que puedan resolver los problemas que se les presentan, a las cuales invariablemente tendrán que ajustarse, pues, de otra manera, caerían en la ilegalidad y sus actos podrían ser nulificados ante la autoridad correspondiente.

Las reglas para hacerlo se encuentran en el artículo 38.º de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, que a continuación se analiza.

#### 4.4.1. Formalidades

Este artículo, en su primer párrafo, expresa lo siguiente:

Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas procurarán y administrarán justicia aplicando sus sistemas normativos internos en los casos y de acuerdo con las formalidades que se prescriben a continuación: [...]

Son dos las facultades que esta norma jurídica reconoce a las autoridades comunitarias indígenas: administrar y procurar justicia. Son dos facultades que afectan tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Judicial, pues técnicamente administrar justicia corresponde a los jueces y procurarla a los agentes del Ministerio Público. En este sentido, la ley confiere a las autoridades indígenas funciones de ambos poderes, que tendrán que ejercer de la manera como sus sistemas normativos lo indiquen. No tiene que ser de manera separada, como lo hacen los órganos del Estado, pero nada impide que así se haga si esa es su forma de organización interna.

Además, se enfatiza lo que ya se explicó anteriormente con referencia a la competencia: las autoridades indígenas no pueden intervenir más allá de los casos en que la propia ley las faculta para hacerlo. En este punto, por formalidades hay que entender las formas o maneras precisas que la ley permite y que hay que cumplir para que las resoluciones que se tomen sean válidas. Dichas formalidades se enuncian en los apartados que siguen. El primero de ellos expresa:

Las autoridades indígenas tradicionales ejercerán jurisdicción con base en las formalidades siguientes: [...]

Aquí no existe ninguna formalidad que respetar en el proceso, solo una reiteración de la necesidad de ellas. Además, se sigue con-

fundiendo Jurisdicción y competencia, cuando, como ya explicamos, son ideas diferentes y la ley nos habla de la competencia, no de la Jurisdicción.

Una primer formalidad establecida por la ley determina que: «Las audiencias serán públicas; [...]».

Una audiencia es el acto mediante el cual las autoridades escuchan las versiones de las partes sobre el asunto que estas someten a su conocimiento y posterior solución. Que las audiencias sean públicas no quiere decir que a ellas deba acudir todo el pueblo o se hagan en lugares en los que normalmente acuda mucha gente. La palabra *pública* se emplea aquí como contraria a privada o secreta. Así, por *audiencia pública* se debe entender que el juicio se realizará en los lugares en los que las autoridades celebran los actos de interés para la comunidad y que cualquier ciudadano que desee puede asistir a ella.

Otra formalidad que se debe observar en la impartición de justicia por las autoridades indígenas es que: «El infractor y en su caso el demandado serán oídos en justicia; [...]».

Ser oído en justicia es una frase que no nos dice mucho con respecto de los derechos de un procesado, sin importar la autoridad ante quien se le esté juzgando. Más claro es decir que se le respetará su derecho de audiencia, además de ser más congruente con la garantía consagrada en el artículo 14.º de la Constitución, fracción segunda, el cual establece:

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*. México: PGR-UNAM, 1994, p. 63.

Dicho de manera diferente, la vida, la libertad, la propiedad, las posesiones sobre bienes de cualquier tipo —aun cuando no sea como dueño— y todos los derechos solo pueden afectarse por una autoridad después de que su titular ha sido juzgado y condenado a sufrir la afectación correspondiente. Mas para que esto sea legal deben observarse las formalidades del procedimiento.

En la doctrina jurídica se entiende por *formalidades esenciales del procedimiento* las condiciones necesarias para la validez de un acto judicial, que abarcan: el derecho de la persona que va a ser juzgada de que se defienda, incluyendo que se le notifique de la demanda en su contra y el nombre de quien la hace; que se le brinde oportunidad de aportar pruebas en su descargo; que se tomen en cuenta tales pruebas; y que la resolución que se dicte al final sea conforme a lo demandado, a las pruebas aportadas y de acuerdo con su propio sistema normativo.

Ahora bien, el citado artículo establece que las formalidades deben ser conformes con las leyes establecidas con anterioridad al hecho, pero esta condición, si se toma literalmente, no se podría aplicar en el caso de la impartición de justicia por las autoridades indígenas, pues ellas lo harían con base en su propio Derecho. El problema se salva si por ley no se entienden solo a las normas elaboradas y aprobadas por el Poder Legislativo, sino toda norma jurídica de carácter general, impersonal y abstracto, que es el sentido con que la doctrina jurídica usa la palabra. Siendo así, nada impide que los sistemas normativos indígenas sean considerados dentro del vocablo ley, siempre que reúnan esas condiciones.

Además, la propia Constitución Federal establece en su artículo 4.º que se respetarán las costumbres indígenas. Siendo ambas normas de la misma jerarquía, deberá armonizárselas en su contenido antes de proceder a su aplicación. Una forma de hacerlo es que, debido a que se trata de pueblos y comunidades indígenas, se

apliquen los *usos y costumbres* como si fueran leyes creadas por el Estado.

En síntesis, para que las resoluciones que emitan las autoridades indígenas en sus juicios sean válidas estas necesitan notificar a la persona acusada cuáles son los hechos que se le imputan y el nombre de quien lo hace, darle la oportunidad de que se defienda y pruebe su dicho, tomar en cuenta tales pruebas y resolver conforme lo demandado y a las pruebas antes mencionadas. Todo esto deberán hacerlo utilizando sus propios métodos, pues, siendo su Derecho, no es necesario que sea de acuerdo con las leyes estatales.

#### 4.4.2. Detenciones

La ley también prevé requisitos para que las autoridades indígenas puedan ordenar la detención de las personas a quienes se va a juzgar, cuando sea necesario. Como veíamos anteriormente, la Constitución Federal prohíbe privar a cualquier ciudadano de su vida, su libertad, sus posesiones o derechos, mientras no se le juzgue y condene a ello; solo que, frente a este derecho individual, existen también los de la sociedad, como el de mantener su orden y el de sancionar a quienes lo hayan violado. Por eso, en ciertos casos las propias leyes permiten a las autoridades realizar detenciones para mantener el orden social, siempre y cuando se sujeten a ciertas condiciones. En las comunidades indígenas, es común que esto suceda. Por eso, las autoriza la ley, aunque no de manera absoluta. Los requisitos para hacerlo se encuentran en dos párrafos del inciso c, de este mismo artículo. El primero de ellos dice:

La detención no podrá exceder de 36 horas si el asunto es administrativo. Si se trata de probable delito, la detención no excederá de 48 horas.

En principio, la ley establece dos tipos de detenciones, de acuerdo con la infracción por la que se realiza. La primera de ella es administrativa, la segunda por probable delito. Esta disposición hay que relacionarla con la parte del artículo 38.º de esta misma ley en la cual se establecen dos tipos de materias en las que las autoridades indígenas pueden juzgar: tenencia individual de la tierra; faltas administrativas y de policía; atentados contra las formas de organización comunitaria, cultura, servicios comunitarios, trabajo y obras públicas; cuestiones de trato civil y familiar, incumplimiento de los padres de su obligación de enviar a sus hijos a la escuela, y, en general, todos los casos en que no se conduzcan como buenos padres de familia; y 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.

De manera general, podemos decir que las primeras constituyen faltas administrativas y los segundos delitos. Con este criterio, podemos concluir que cuando la falta que se juzga corresponde al primer grupo, la detención no puede exceder de 36 horas, es decir, día y medio, mientras que, tratándose del segundo grupo, puede durar hasta 48 horas, es decir, el equivalente de dos días. Las 36 y 48 horas son el tiempo máximo que la ley permite detener a una persona, lo que no quiere decir que, necesariamente, tenga que permanecer privada de su libertad ese tiempo. Puede ser por un lapso menor, de acuerdo con el tipo de infracción y las circunstancias en que haya sido cometida, pero por ninguna razón dicho término es susceptible de ampliación. Si se hiciera, tanto la autoridad que la ordena como la que lo ejecuta pueden incurrir en algún delito por el que pudieran ser juzgadas.

Otra condición para la detención de personas es la contenida en el párrafo 2.º del mismo inciso, que dice:

Todas las formas de incomunicación y de tortura del presunto infractor quedan prohibidas [...]

La detención de una persona no implica su incomunicación con el resto de la sociedad y mucho menos la violencia física, ni como castigo ni como medio de arrancar alguna confesión. De lo anterior se infiere que el lugar de la reclusión tiene que ser público y de acceso a cualquiera que desee tener contacto con el detenido. No necesariamente una cárcel, sino un espacio que el pueblo acostumbre usar para tales fines, siempre que garantice que el detenido no fugue y la autoridad correspondiente pueda juzgarlo, que es el fin de la detención.

Aislar al detenido, impidiéndole cualquier contacto con el resto de la población, o bien torturarlo como forma de castigo o para obtener alguna confesión, además de estar prohibido por la ley, son actos que pueden constituir delitos de privación ilegal de la libertad o de tortura, comprendidos en el Código Penal y la Ley para Prevenir la Tortura. Si alguna autoridad cometiera algunos de estos ilícitos, puede ser procesada por ello. Por tal motivo deben evitarse.

#### 4.4.3. Resoluciones

Una vez que la autoridad ha escuchado a las partes y examinado las pruebas que estas le hallan presentado para demostrar sus aseveraciones, deberá tomar una decisión final sobre el asunto del que trata. A esa decisión la ley la denomina resolución, aunque en las comunidades recibe otro nombre, por ejemplo *acta de conformidad* o *acta de conciliación*. Ciertamente, no importa el nombre que se le dé, ni que la ley la denomine resolución, pues con este término se entiende, de manera general, a una decisión de autoridad que pone fin a una controversia, y así, si la conformidad o conciliación

también son formas específicas de terminar con las desavenencias, ellas también pueden considerarse resoluciones. En cualquier caso, estamos hablando de resolución cuando se toma una decisión final sobre el asunto.

La ley no dice cómo deben ser las resoluciones. Solo exige requisitos mínimos que deben presentar para ser tales. Ello permitirá que las autoridades les den las formas que acostumbran según el sistema normativo de sus respectivos pueblos, siempre que en ellas se incorporen las pocas exigencias que establece la ley. Uno de estas se encuentra en el inciso d, del artículo que se viene comentando, el cual declara:

La resolución principal se asentará por escrito, y contendrá las razones motivo de la misma.

El primer requisito es que se haga por escrito. Este escrito no requiere una forma específica, como en el caso de las resoluciones dictadas por los jueces del Estado, sino solo que la decisión tomada por la autoridad para resolver el problema de su conocimiento esté por escrito. El escrito donde consta la resolución cumple las funciones de constancia para la autoridad que la dictó y para las partes. Así estas no podrán alegar que se les dictó una sentencia diversa a la dada, y las primeras tampoco podrán modificarla o alegar que era una distinta la decisión que se tomó. Además, como veremos más adelante, para que el juez de primera instancia convalide la resolución dictada también es necesario que se le presente constancia de ella y una buena forma de hacerlo es mediante escrito.

Otro requisito exigido a las autoridades indígenas es que, cuando dicten su resolución, expresen los motivos que los llevaron a tomar esa y no otra. En este sentido, podrán explicar la forma en que se enteraron del asunto; la manera en que se citó a las partes y las pruebas que ofrecieron; lo que sus usos y costumbres disponen

que se haga en caso de una infracción como la que dio origen al proceso; la gravedad del asunto; la negativa o anuencia del implicado a colaborar; y, finalmente, las razones por las que tomaron esa y no otra resolución.

Antes de emitir su decisión final sobre el asunto controvertido, las autoridades deberán constatar que la sanción que van a imponer al infractor se ajuste a lo dispuesto en el inciso e del mismo artículo, que dice:

Las sanciones que se impongan en ningún caso atentarán contra los derechos humanos ni contra las garantías individuales y sociales establecidas en la Constitución General de la República [...]

Como ya expresamos, los derechos humanos están protegidos en diversas leyes y tratados internacionales firmados por México. Para saber si se violan o no, habrá que consultar dichos documentos. Pero como es muy difícil conocerlos todos, para saber qué derechos específicos protegen, una forma general de hacerlo es que las resoluciones no atenten contra la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas, cualquiera que sea la forma en que estos derechos se manifiesten.

#### **4.4.4. Compatibilización y convalidación de las resoluciones**

Las decisiones que tomen las autoridades indígenas de acuerdo con sus propios sistemas normativos son válidas jurídicamente. Lo son porque la Constitución Política del Estado reconoce existencia y validez a las normas que los integran y porque ella misma reconoce Jurisdicción a las autoridades indígenas para juzgar sobre la base de ellos. No obstante, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunida-

des Indígenas del Estado de Oaxaca, en su artículo 34.º, establece un requisito en los siguientes términos:

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.

*Compatibilizar* y *convalidar* son dos palabras con significados muy semejantes. *Hacer compatible* una cosa con otra implica que ambas pueden existir. En este sentido, compatibilizar las resoluciones de las autoridades indígenas consiste en declarar que son iguales de válidas que si las hubiera dictado un juez del Estado. Por su lado, *convalidar* significa confirmar el valor que algo posee. Convalidar las resoluciones de las autoridades indígenas, entonces, es un acto de las autoridades del Estado mediante el cual declaran que las resoluciones tomadas por las autoridades indígenas tienen valor jurídico pleno por sí mismas.

Esta disposición merece varias observaciones. En primer lugar, si se interpreta en sentido contrario su primera frase, tenemos que las decisiones de las autoridades indígenas que ignoren sus propios sistemas normativos internos y sus ámbitos jurisdiccionales no podrán ser compatibilizadas ni convalidadas por las autoridades estatales.

En segundo, la ley no exige que todas las resoluciones de las autoridades indígenas se compatibilicen o convaliden, sino solo aquellas que las partes convengan. Desde este punto de vista, la compatibilización y la convalidación no constituyen una obligación de la autoridad que emite la resolución, sino un derecho de la persona juzgada. De solicitarse, el caso se podrá llevar ante una autoridad

estatal para que esta revise y determine si fue resuelto conforme a la ley y con apego a los *usos y costumbres* de la comunidad indígena. En estricto sentido, no constituye un recurso porque quien solicita la compatibilización no necesariamente está en desacuerdo con la resolución tomada por la autoridad indígena. Simplemente puede tener interés en confirmar que la resolución fue emitida conforme a Derecho.

En relación con la autoridad estatal que deberá realizar la compatibilización o convalidación, la ley es confusa pues solo hace referencia a «las autoridades estatales respectivas». En este sentido, tratándose de actividades propias del Poder Judicial, es posible entender por tales a los jueces de primera instancia, y para determinar a cuál de ellos en particular le corresponde la función se tendrá que atender a su Jurisdicción así como a su competencia. Así, será competente el que tenga Jurisdicción en el mismo territorio en que la tiene la autoridad indígena que emitió la resolución. Además, le corresponderá la compatibilización o convalidación en materia administrativa, civil y familiar a los jueces de primera instancia que tengan competencia tales materias, y los casos de materia penal serán tratados por los que la posean en estos. Cuando la competencia de los jueces sea mixta, ellos conocerán de todos los casos de compatibilización y convalidación.

Existe una reiteración en el sentido de que si la resolución por compatibilizar o convalidar contradice la Constitución Federal, no deberá ser compatibilizada o convalidada. Pero ello debería llevarse a cabo aunque la ley no lo dijera, pues, en caso contrario, estaríamos ante un caso notorio de violación de garantías constitucionales.

Lo que la ley no dice es qué debe hacer el juez en los casos en que las resoluciones sometidas a su conocimiento no se ajustan a Derecho. Al respecto, existen dos posibilidades: que el mismo juez emita otra resolución o bien que la devuelva a la autoridad indígena para que dicte una nueva, esta vez acorde con la Constitución Fede-

ral, la Constitución del Estado y la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado. Desde nuestro punto de vista, es esto último lo que el juez debe hacer. Si, en cambio, hiciera lo primero, estaría atrayendo el caso, despojando a la autoridad indígena de su Jurisdicción y de su competencia. Con ello se excedería en sus facultades, pues ningún precepto legal lo faculta a ello.

Otro vacío que existe en esta disposición es el periodo de tiempo del que dispone la persona que fue sometida a proceso para hacer uso de su derecho de compatibilización o convalidación. Mientras esta no suceda, la resolución no se podrá ejecutar y podría dilatarse enormemente la restitución del derecho protegido. Para subsanar la deficiencia, puede procederse en el mismo sentido en que se hace con las resoluciones dictadas por los jueces penales. Estos, al transmitirlos a los procesados, señalan también el derecho de este a interponer recurso si no está de acuerdo con ella. El procesado puede hacerlo de manera verbal en ese momento o, posteriormente, dentro del término que la propia ley establece.

Sobre la base de esto, consideramos correcto que, al dictar la resolución, la autoridad indique a las partes que intervinieron en el proceso su derecho de compatibilización o convalidación y que se les otorgue tres días para que hagan uso de él. En caso de no hacerlo efectivo en ese término, la resolución quedará firme y no podrá solicitarse su compatibilización o convalidación.

Por otro lado, la ley no establece un mecanismo de convalidación, lo cual puede llevar a los jueces a negarse a conocer las convalidaciones que se les presenten. Sin embargo, nos parece que, aún cuando es necesario especificar el proceso de compatibilización y convalidación, nada impide a los jueces resolver sobre ellas. En primer lugar, porque solo se trata de declarar un derecho, para lo cual no necesitan más que conocer la resolución emitida. Y, en segundo lugar, porque es un principio de Derecho, reconocido por la doctri-

na jurídica y reglamentado en el artículo 17.º del Código Civil del Estado, que «[...] el silencio, la obscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales a dejar de resolver una controversia»; así mismo, el artículo siguiente establece que las controversias civiles —es decir, las que no sean penales, como es el caso— «[...] deberán resolverse conforme a la letra de la ley o conforme a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios general del Derecho tomando en consideración las circunstancias del caso». Con fundamento en estas disposiciones, un poco de voluntad y otra pequeña dosis de sensibilidad, los jueces no deberían encontrar problema para compatibilizar o convalidar las resoluciones de las autoridades indígenas.

#### **4.4.5. Límites de la compatibilización y convalidación de las resoluciones**

El artículo 35.º de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca establece otro límite a la imposición de sanciones en las resoluciones de las autoridades indígenas, así como en su convalidación. Dice:

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.

Esta disposición es reiterativa de lo ya expuesto con anterioridad, por lo que no merece más comentario de los que ya se hicieron en su momento.

#### 4.4.6. Ejecución de las sentencias dictadas por las autoridades indígenas

Un último aspecto de la impartición de justicia por las autoridades indígenas a través de sus propios sistemas normativos internos es el relativo a la ejecución de sus resoluciones. Al respecto, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, en su artículo 40.º, dispone lo siguiente:

En los casos de rebeldía o resistencia a la ejecución de las resoluciones de las autoridades indígenas, estas últimas lo harán saber a las autoridades del Estado, a fin de que intervengan auxiliándolas en la eficaz ejecución de dichas resoluciones.

De esta disposición se desprende que existen dos formas de ejecutar las resoluciones de las autoridades indígenas. La primera de ellas se da cuando el procesado acepta cumplir voluntariamente la sentencia que le ha sido impuesta; en este caso es suficiente con la intervención de las autoridades comunitarias correspondientes para garantizar el cumplimiento de la sanción impuesta. La segunda se presenta cuando el procesado no acepta cumplir voluntariamente la sentencia que se le dicta y se resiste a ella.

Este último supuesto puede presentar diversos efectos. El primero es que la rebeldía pueda ser combatida por las propias fuerzas de la comunidad, con la intervención de la policía comunitaria o los topiles, en cuyo caso termina el problema. El otro es el que las instituciones comunitarias fueran incapaces de someter al rebelde; si esto llegara a suceder, las autoridades indígenas deberán pedir la intervención de las autoridades del Estado a fin de que las auxilien en la ejecución de sus resoluciones. El problema que aquí se presenta es que la ley no determina con claridad a qué autoridad del Estado se debe solicitar tal auxilio. Desde nuestro punto de vista, debería ser

directamente al Director de la Policía Preventiva. Este facilitará los elementos necesarios para obligar al condenado a cumplir la sentencia dictada en su contra.

Tomando en cuenta que en algunos procesos las autoridades indígenas fungen como auxiliares del Ministerio Público o de los jueces, algunos podrían pensar que estas son las autoridades a las que deberían dirigirse las autoridades indígenas para solicitar auxilio. Incluso se podría pensar que la Procuraduría de Defensa del Indígena es la institución a la que se debería solicitar el auxilio, ya que la ley también le encarga a ella la aplicación de la ley. Pero la analogía no prospera en estos casos ya que se trata de actos diversos. Además, si se actuara de este modo —en lugar de procurar la inmediata ejecución de las resoluciones— se darían pie a dilatar su ejecución. Por eso, somos de la idea de que las autoridades indígenas deben acudir directamente al responsable de la Policía Preventiva.

La sanción impuesta, es obvio, deberá cumplirse en la comunidad a la que pertenezcan las autoridades que emitieron la resolución. Y cuando la resolución emitida por las autoridades indígenas se ejecuta, el proceso acaba.

## CONCLUSIONES

El reconocimiento del Derecho indígena en México, por mucho tiempo denominado *usos y costumbres* y hoy denominado sistemas normativos indígenas, ha comenzado a abrirse paso para cubrir el reclamo de los pueblos indígenas de organizar su vida y resolver sus conflictos de acuerdo con sus propias normas. Dicho reconocimiento ha comenzado por el Estado de Oaxaca, el mismo lugar en donde, a principios de siglo, se abrió paso a los principios contenidos en el Código Civil napoleónico. En él se sostenía que «contra la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario». Con el cambio de la legislación en el Estado de Oaxaca se cierra el ciclo en el cual se desconocieron por completo las normas del Derecho indígena, y se abre otro en el que estas comienzan a ser reconocidas como un derecho inmanente de los pueblos indígenas, indispensable para su existencia. El pluralismo jurídico da un paso adelante para colocarse al lado del positivismo estatalista, que cede terreno ante su imposibilidad de dar respuesta a los desafíos que representa legislar la diversidad.

El reconocimiento de los sistemas normativos indígenas, sin duda alguna, todavía es bastante limitado como para satisfacer las demandas y expectativas de los pueblos indígenas. Pesa sobre él to-

davía la reiterada mención de las autoridades comunitarias de los pueblos indígenas cuando la propia ley reconoce como sujetos de derecho a los pueblos y comunidades. También es reiterada la validez condicionada de los actos emitidos sobre la base de las normas nativas, puesto que el Estado solo los acepta si no contravienen el orden jurídico del Estado, la Constitución Federal y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Validez condicionada innecesaria, pues es claro que ningún acto de naturaleza jurídica puede ser válido si contraviene tales derechos. En dichas disposiciones pueden constatarse resabios de la pasada discriminación hacia el Derecho indígena, que lo acusa *a priori* de no respetar los derechos humanos o por lo menos sospecha abiertamente de él; como si las leyes, por el solo hecho de ser tales, los respetaran. Además, es una incongruencia que una sociedad que se reclama a sí misma multicultural y pluriétnica exija que sus ciudadanos ajusten sus actos a un sistema jurídico que está diseñado y funciona como si todos pertenciéramos a una sola cultura. Cierto es que todos debemos respetar el orden jurídico, pero también es cierto que este necesita reformarse con el fin de incluir las diversas visiones del mundo existentes en la sociedad que busca regular.

Será el devenir del tiempo el que se encargue de mostrarnos las insuficiencias de la ley para ir las subsanando. Ya se notan algunas: la ausencia de facultades para las autoridades de los pueblos indígenas, restringidas en las comunitarias; la poca claridad sobre las competencias de estas, lo que mueve a confusiones; la ausencia de términos precisos para el ejercicio de algunos derechos, que puede derivar en inseguridad; y la inclusión de definiciones que no corresponden a lo avanzado en la doctrina jurídica, entre otras.

Seguramente aparecerán más con el paso de los años. Por lo pronto, hay que esperar para analizar qué tipo de apropiación harán los pueblos y comunidades indígenas de este instrumento jurídico para la defensa de sus derechos y los efectos que producirá en ellos.

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*. México: PGR-UNAM, 1994.

*Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989*. San José de Costa Rica: Organización Internacional del Trabajo, Oficina para América Central y Panamá, 1996.

«Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca». En *Compilación de códigos y reglamentos de la Administración Pública Estatal*. Oaxaca: Gobierno del Estado de Oaxaca, 1995.

*Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca*. 9.<sup>a</sup> ed.. Puebla: Cajica, 1999.

*Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y soberano de Oaxaca*. 9.<sup>a</sup> ed. Puebla: Cajica, 1999.

«Decreto número 258, mediante el cual se reforman y adicionan diversos artículos en materia indígena, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca». *Periódico Oficial del Estado*, n.º 23, t. LXXX, 6 de junio de 1998.

*Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1992.

«Ley de Derechos de los Pueblos y comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca». *Periódico Oficial del Estado*, 19 de junio de 1998.

### Doctrina

*Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas*, 31 de marzo de 1995, suscrito en la ciudad de México por el gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca. Guatemala: Oficina de información pública de MINUGUA, 1995.

- Acuerdos del Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional sobre Derecho y Cultura Indígena* (formalizado el 16 de febrero de 1996). México: Instituto Nacional Indigenista, 1996.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN. «Norma Jurídica». En GARZÓN VALDÉZ y Francisco LAPORTA. *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid: Trotta, 1996.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Teoría General del Proceso*. 3.ª ed.. México: Porrúa, 1989.
- BELLER TABOADA, Walter (coord.). *Las Costumbres Jurídicas de los Indígenas en México*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 2.ª reimpression. Madrid: Debate, 1993.
- BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. 22.ª ed. México: Porrúa, 1989.
- CARACCILO, Ricardo. *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política*. México: Fontamara, 1994.
- CLAVERO, Bartolomé. *Ley de código: trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América*. Estratto dal volume QUADERNI FIORENTINI, per la storia del pensiero giuridico moderno 23, Dott. A. Milán: Giuffrè, 1994.
- COMANDUCCI, Paolo. «Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado». *Isonomía* n.º 3, octubre de 1995.
- CORNEJO CERTUCHA, Francisco M. «Derecho consuetudinario y derecho escrito». En *Diccionario Jurídico Mexicano*. 4.ª ed. México: Porrúa-UNAM, 1991, tomo D-H.
- CORREAS, Óscar. «La Teoría general del Derecho frente al derecho indígena». *Crítica Jurídica*. México: IIJ-UNAM, n.º 14, 1990.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3.ª ed., 6.ª reimpression. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- CUETO RÚA, Julio. *Fuentes del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CHENAUT, Victoria y María Teresa SIERRA. *Pueblos indígenas ante el derecho*. México: CIESAS-CFEMC, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, t. II.
- DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. 7.ª ed. México: Porrúa, 1989, t. I.
- Derechos de los Pueblos Indígenas. Legislación en América Latina*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.
- Diccionario Jurídico Mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa-UNAM, 1991.
- DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1973.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. 38.ª ed. México: Porrúa, 1986.
- HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*. 2.ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- KANT, Emmanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. Introducción de Arnaldo Córdoba. 1.ª reimpression. México: UNAM, 1978.

- KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y el Estado*. 4.<sup>a</sup> reimpresión. México: UNAM, 1988.
- *Teoría pura del Derecho*. 8.<sup>a</sup> ed.. México: Porrúa, 1995.
- KROTZ, Esteban. «Órdenes jurídicos, antropología del derecho, utopía. Elementos para el estudio antropológico de lo jurídico». En CHENAUT, Victoria y María Teresa SIERRA. *Pueblos indígenas ante el Derecho*. México: CIESAS-CFEMC, 1995.
- MARTÍNEZ COBOS, José, R.. *El problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 1987.
- «Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas». *América Indígena*. México: Instituto Indigenista Interamericano, n.º 3-4, vol. LVIII, julio-diciembre de 1996.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al Análisis del Derecho*. 6.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel, 1995.
- *La validez del Derecho. Colección mayor Filosofía y Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985.
- STAVENHAGEN, Rodolfo y Diego ITURRALDE. *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Indígenas, 1990.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Derecho. Diccionario Jurídico Mexicano*. 4.<sup>a</sup> ed. México: UNAM-Porrúa, 1991.
- *Elementos para una Teoría del Derecho*. México: Themis, 1996.