



CONCEPTOS
Y FENÓMENOS
FUNDAMENTALES
DE NUESTRO
TIEMPO

UNAM

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES SOCIALES

LA PLURALIDAD JURÍDICA Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN

MAGDALENA GÓMEZ

Mayo 2012

LA PLURALIDAD JURÍDICA Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN.

Por Magdalena Gómez¹

“Comenzaré por contar un hecho notable de la vida rural ocurrido en una aldea de los alrededores de Florencia hace más de 400 años...”

Estaban los habitantes en su casa o trabajando los cultivos, entregado cada uno a sus quehaceres y cuidados, cuando de súbito se oyó sonar la campana de la iglesia. En aquellos píos tiempos (hablamos de algo sucedido en el siglo XVI) las campanas tocaban varias veces a lo largo del día, y por ese lado no debería haber motivo de extrañeza, pero aquella campana tocaba melancólicamente a muerto, y eso sí era sorprendente, puesto que no constaba que alguien de la aldea se encontrase a puntos de fenecer. Salieron por lo tanto las mujeres a la calle, se juntaron los niños, dejaron los hombres sus trabajos y menesteres, y en poco tiempo estaban todos congregados en el atrio de la iglesia, a la espera de que les dijese por quién deberían llorar. La campana siguió sonando unos minutos más, y finalmente calló. Instantes después se abrió la puerta y un campesino aparecía en el umbral. Pero no siendo éste el hombre encargado de tocar habitualmente la campana, se comprende que los vecinos le preguntasen dónde se encontraba el campanero y quién era el muerto. “El campanero no está aquí, soy yo quien ha hecho sonar la campana”, fue la respuesta del campesino. “Pero, entonces, ¿no ha muerto nadie?, replicaron los vecinos, y el campesino respondió: “Nadie que tuviese nombre y figura de persona; he tocado a muerto por la justicia, porque la justicia está muerta”.

¿Qué había sucedido? Sucedió que el rico señor del lugar (algún conde o marqués sin escrúpulos) andaba desde hacía tiempo cambiando el sitio los mojones de las lindes de sus tierras, metiéndolos en la pequeña parcela del campesino, que con cada avance se reducía más. El perjudicado empezó por

¹ Académica de la Universidad Pedagógica Nacional y colaboradora de la sección de opinión del Periódico La Jornada.

protestar y reclamar, después imploró compasión, y finalmente resolvió quejarse a las autoridades y acogerse a la protección de la justicia. Todo sin resultado; la expoliación continuó.

*Entonces, desesperado, decidió anunciar urbi et orbi (una aldea tiene el tamaño exacto del mundo para quien siempre ha vivido en ella) la muerte de la justicia.*²

Introducción

En este texto presentaré una reflexión sobre la pluralidad jurídica en el caso mexicano. A partir del planteamiento de justicia que han practicado los pueblos indígenas como una de las formas de resistencia, mostraré el debate sobre su inclusión en el orden jurídico nacional y las posturas que al respecto fueron planteadas en los Acuerdos de San Andrés³. En un siguiente apartado daré cuenta de las implicaciones del principio de pluralidad jurídica, a fin de anotar algunas reflexiones sobre la relación que guarda con la jurisdicción indígena y los problemas que se presentan para su ejercicio y su reconocimiento en el complejo proceso hacia un nuevo orden jurídico que exprese la pluriculturalidad. Abordaré algunos ejemplos que muestran como el Estado mexicano ha regulado hasta ahora la pluralidad jurídica y sus efectos para las comunidades. Para concluir recupero una propuesta de regulación jurídica que podría retomarse si el Estado mexicano se planteara asumir en serio el conjunto de derechos cuyo reconocimiento se pactó en el marco de la negociación con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, cuestión que lamentablemente no se visualiza para el futuro inmediato.

La jurisdicción indígena en la camisa de fuerza del orden jurídico

No es un secreto que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han “administrado justicia” y ésta es una función exclusiva del Estado. Han establecido normas y sanciones, sin tener facultad legislativa reconocida y el hecho de que no hayan sido escritas o formalizadas no les exime de su naturaleza jurídica (Sieder 1997, Valdivia 1994). También han gobernado a sus pueblos a través de un sistema de cargos. Por lo tanto

² *Mensaje del escritor portugués y premio Nobel de Literatura en la clausura del Foro Social Mundial, José Saramago. La Jornada 8 de febrero de 2002.

históricamente han subsistido en la ilegalidad (Clavero,1994). A juicio del derecho, los pueblos indígenas no tienen atribuciones para tales actos considerados ilegales realizados por particulares (así consideran a las autoridades indígenas) a los que les está expresamente prohibido ejercerlas. Justamente ése es el meollo del asunto.

Pese a que las funciones de justicia, cada vez mas disminuidas, ejercidas por los pueblos indígenas, forman parte de lo que fueran sus gobiernos propios el Estado mexicano se ha resistido a reconocer su naturaleza pública y dejar de lado la consideración de que son simples actos privados, de particulares. Para ello en efecto se requieren modificaciones de fondo en el orden jurídico.

Para presentar un sintético retrato de la situación de los indígenas es muy útil traer a colación las conclusiones de un seminario ad-hoc realizado por la Organización de las Naciones Unidas⁴ :

Los expertos expresaron su preocupación respecto de la discriminación y del racismo que sufren los pueblos indígenas en la administración de justicia e identificaron, entre otras, las siguientes causas:

- a) La negación histórica y persistente de los derechos de los pueblos indígenas y el creciente desequilibrio y desigualdad en el disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales;
- b) El fracaso de los sistemas ordinarios de justicia en el reconocimiento y protección de la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, incluyendo la violación de derechos derivados de tratados, convenios y otros acuerdos constructivos;;
- c) El fracaso en garantizar la igualdad ante la ley de los pueblos indígenas, el acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo debido a la falta

⁴ Conclusiones y recomendaciones del Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia. Presentado como adición al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Rodolfo Stavenhagen. 27 de enero de 2004, 60 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. Citado en Gómez Magdalena El sinuoso camino de los pueblos indígenas frente al derecho hegemónico en libro de Aplicación de Justicia en una comunidad indígena de Totonicapán Centro Pluricultural para la Democracia y otros, Guatemala 2005.

de servicios de traducción disponibles en todas las fases del sistema de administración de justicia y a la falta de capacidad para proporcionar una adecuada representación legal;

d) La debilitación o destrucción de los sistemas jurídicos indígenas debido a procesos de aculturación, desplazamiento, migración forzada, urbanización, violencia política y asesinato de autoridades indígenas;

e) Criminalización de prácticas culturales y jurídicas indígenas, así como persecución de autoridades indígenas que administran justicia, por parte del Estado;

f) Falta de reconocimiento oficial del derecho y la jurisdicción indígena, incluyendo el derecho consuetudinario indígena;

g) Subordinación del derecho y la jurisdicción indígena a la jurisdicción nacional o federal, así como limitación de la autoridad indígena a conocer de casos menores;

h) Falta de puesta en práctica de mecanismos y procedimientos adecuados mediante los cuales los sistemas jurídicos indígenas sean reconocidos y complementen a los sistemas nacionales de justicia;

i) No reconocimiento de las decisiones tomadas por las autoridades indígenas, por parte de los órganos del Estado;

j) Falta de reconocimiento de las leyes indígenas así como de la cultura y las tradiciones jurídicas indígenas, por parte de jueces y otros operadores judiciales;

Recuento mexicano

Hasta 1990, la legislación mexicana reflejaba el principio de igualdad jurídica contenido en la Constitución General, es decir prevalecía el monismo jurídico (Yrigoyen,1999). De esta manera cuando los indígenas entraban en contacto con las leyes nacionales podía observarse la rotunda contradicción entre sus valores, su cultura y los que buscaba proteger dicho orden jurídico: si se trata de asuntos de tierras, los pueblos indígenas se han visto sometidos a arbitrarias demarcaciones de sus límites territoriales, a despojos que han provocado la desarticulación de sus estructuras tradicionales. Recordemos que la tierra es el

espacio que alberga sus creencias, costumbres y tradiciones, es el sustento de su visión del mundo es, en síntesis, el asiento fundamental de su cultura.

El vacío jurídico constitucional se empezó a cubrir con la ratificación el 3 de agosto de 1990 y el registro el 4 de septiembre del mismo año, del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Gómez,1995). Así, sin consultas a los interesados el Senado de la República dictaminó que "el presente convenio no contiene disposición alguna que contravenga nuestro orden constitucional ni vulnere la soberanía nacional"⁵

En el plano interno se aprobó la adición de un párrafo al artículo cuarto constitucional que reconocía el carácter pluricultural de la nación mexicana sin asumir a ese nivel como sujeto de derechos a los pueblos indígenas y delegando a la ley la protección y desarrollo de una serie de derechos como las lenguas, usos y costumbres, formas de organización social y política.

Esta reforma fue rechazada por el movimiento indígena y se impulsó desde la soledad y el aislamiento del entonces Instituto Nacional Indigenista (INI). Habría que señalar que el procesamiento de ese párrafo no fue sencillo reflejaba lo que en aquel momento el Estado estaba dispuesto a "conceder".

La enunciada ley reglamentaria nunca existió y los esfuerzos del INI para su elaboración antes de 1994 se encontraron con la ausencia de voluntad política pero también con la dificultad de regular desde la ley derechos que requerían rango constitucional para evitar conflictos con leyes que ya abordan las materias relacionadas con ellos.

Por otra parte, durante el proceso para la exigua adición al 4º. constitucional se cruzó la que sería la verdadera reforma indígena del salinismo. El 6 de enero de 1992 culminó el proceso de reforma al artículo 27 constitucional, la cual entre otros planteamientos sentó las bases para que las tierras entren al mercado y se rijan por la ley de la oferta y la demanda. Entrar al mercado y al mundo del derecho civil y mercantil significa que los titulares de la tierra pueden rentar, vender o asociarse, entre otras facultades.

El artículo. 27 constitucional dispuso de una nueva ley agraria y de una ley Orgánica de los Tribunales Agrarios el 26 de febrero de 1992. Las tierras comunales, según la nueva ley agraria, continúan siendo inembargables, inalienables e imprescriptibles, pero establece la

⁵ Dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores, segunda sección, 26 de junio de 1990, formalizado el 3 de agosto de 1990 y registrado el 4 de septiembre de 1990

posibilidad de que la asamblea comunal decida aportar parte de sus tierras a una sociedad mercantil. Además, prescribe la facultad de solicitar el cambio de régimen de propiedad ejidal a comunal, situación que no se permitía en la legislación anterior. En la fracción VII del nuevo artículo 27 se indica que “la ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas” y la ley agraria declaró en su artículo 106 del capítulo Sobre la comunidad que “las tierras que corresponden a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo 40, y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional”.

Si recordamos que no existió reglamentación al contenido del párrafo primero del artículo cuarto constitucional, veremos que en la práctica hay un vacío de “protección a las tierras de los grupos indígenas”.

Por otra parte, durante el proceso para lograr la adición al artículo cuarto en 1992 (que tardó tres años), se realizaron diversas reformas legales y a Constituciones locales. Destacan entre ellas las que se promovieron al código federal de procedimientos penales y al de procedimiento penales para el Distrito Federal el 8 de enero de 1991 que establecieron la obligatoriedad del traductor cuando el indígena sea monolingüe o "no entienda suficientemente el castellano", la facultad de solicitar reposición de procedimiento en caso de incumplimiento a este requisito y la de ofrecer dictámenes periciales sobre los factores culturales que inciden en los hechos constitutivos del presunto delito (Sánchez, 2000). Con esta reforma se abrió la posibilidad formal de terminar con la práctica de procesar a los indígenas en un idioma que no entienden y sobre hechos que en su comunidad suelen tener otra valoración. (Gómez, 1990). Sin embargo aún no se aplica suficientemente en la práctica judicial.

A este respecto es necesario señalar que el capítulo del convenio 169 que aborda el tema, lo hace desde el punto de vista de esta segunda situación, es decir sugiere normas posibles para hacer más efectivo el acceso de los indígenas a la jurisdicción del Estado, señala que deberán tomarse en consideración las costumbres o que deberán preferirse los mecanismos de sanción propios de las comunidades entre otras consideraciones, pero no asume que un Estado de derecho moderno debería incluir a toda implicación la posibilidad de otorgar jurisdicción a los pueblos indígenas desde la base, desde el nivel comunitario (Gómez 1995 y 2006).

Este panorama nos muestra la tendencia normativa que establece "derechos " cuyo ejercicio saca a la comunidad de su dinámica, les impone una visión jurídica que les es ajena y, sobre todo, le obliga a utilizar servicios especializados de intermediarios profesionales con los que en lo general no cuenta. La adición al artículo cuarto constitucional, posterior a las reformas penales y a la ratificación del convenio 169, comentada líneas arriba, solo señaló que la ley garantice el efectivo acceso de los pueblos indígenas a la jurisdicción del Estado y que en los juicios y procedimientos agrarios se "tomarán en cuenta" sus prácticas y costumbres jurídicas, no aportó nuevos elementos respecto al reconocimiento de sistemas normativos indígenas. Las propuestas se plantearon después de los acuerdos de San Andrés ⁶.

Ya estallado el movimiento zapatista el hoy ex Presidente Carlos Salinas creó una Comisión , la de Justicia y Desarrollo Social para los Pueblos Indígenas cuyo objetivo era lograr la ley reglamentaria del cuarto constitucional. Luego el hoy ex Presidente Zedillo también intentó evadir el planteamiento de otra reforma constitucional y se insistió en la reglamentaria del cuarto constitucional lo cual no prosperó ante la férrea negativa del movimiento indígena (Gómez 1997).

El principio de la pluralidad jurídica

En los Acuerdos de San Andrés se expresaron los consensos logrados acerca de la pluralidad jurídica. Sin embargo, hasta ahora, el Derecho no tiene respuestas suficientes para expresar la pluriculturalidad.

No es mi propósito ubicarme exclusivamente en el plano teórico, sin embargo las propuestas normativas deben pensarse en función de la necesidad de impulsar un cambio en la naturaleza del orden jurídico vigente , de establecer verdaderas relaciones contrahegemónicas y transformativas (Santos,2002). Me parece que en este terreno se debe asumir sin ambigüedades las implicaciones del reconocimiento del derecho indígena en el marco del Estado Nacional, situación que demanda una profunda reforma del mismo y del orden jurídico que lo expresa, para que refleje el principio de pluralidad jurídica en su

⁶ Estos Acuerdos son el resultado de la Mesa Uno sobre Derechos y Cultura Indígena realizada entre septiembre de 1995 y febrero de 1996, en el marco del Diálogo y Negociación del gobierno federal mexicano con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional.

lógica y naturaleza y no simplemente como un reconocimiento de que existen tantos sistemas jurídicos como pueblos indígenas.

Uno de los planteamientos que no alcanzaron consenso en los acuerdos de San Andrés, es el relativo al reconocimiento a la pluralidad jurídica, entendida como la multiplicidad de sistemas jurídicos, tantos como pueblos indígenas. En mi opinión no se profundizó en las implicaciones de esta demanda, ni de parte de los asesores del EZLN, ni de los delegados del Gobierno Federal quienes la rechazaron al entender que cuestionaba la llamada unidad nacional o el orden jurídico mismo, no obstante que habían aceptado una serie de consensos que presuponen el principio de pluralidad jurídica.

El asunto no es trivial, es necesario abordarlo o en todo caso intentar su precisión toda vez que puede tocar extremos. Si lo asumimos como el reconocimiento a tantos ordenes jurídicos como pueblos indígenas existen, estamos presuponiendo que la relación de los pueblos indígenas con el orden jurídico nacional es en todos los casos impuesta y que su ideal es vivir en sus dinámicas internas con escaso o nulo contacto con el orden jurídico nacional. Por otra parte, con esta posición estaremos suscribiendo la tesis de que debe existir una normatividad para indígenas y el resto para los que no lo son, con ello pierde sentido la argumentación sobre la necesidad de promover la modificación de la naturaleza misma del orden jurídico y la reforma del Estado.

En el extremo de quiénes rechazan el pluralismo jurídico encontramos la posición que tiende a considerar una especie de inamovilidad de los principios que sustentan el orden jurídico. Este planteamiento se enfrenta a una oposición ideológica fuerte, expresada incluso por algunos que se reivindicaban como partidarios del reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas. Es el caso de la posición del entonces Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Jorge Madrazo Cuéllar, planteada en el contexto de la consulta nacional convocada por el Congreso de la Unión y la Secretaría de Gobernación (5 de enero de 1996):

"Entonces, el gran reto que tenemos delante es encontrar los principios rectores de la reforma indígena que resulten compatibles y armónicos con las decisiones jurídico-políticas fundamentales de nuestra constitución, decisiones que se han edificado desde 1814, es decir, se trata de principios que no pugnen con la idea de la soberanía nacional, el reconocimiento y tutela de los Derechos Humanos, el control efectivo del poder público y

su distribución, el sistema de la democracia representativa, el régimen republicano, el sistema federal, la supremacía constitucional y sus controles, la separación entre el Estado y las iglesias y la existencia de un Estado de Derecho en donde las autoridades sólo pueden hacer lo que les está permitido y los gobernados todo excepto aquello que les está expresamente prohibido. Estoy absolutamente convencido de que es posible encontrar las mejores fórmulas que permitan impulsar el desarrollo indígena, impedir la discriminación, garantizar la autonomía, reconocer derechos específicos, hacer a los indígenas verdaderamente justiciables y redimir su pobreza, dentro de los marcos fijados por las mencionadas decisiones jurídico-políticas fundamentales del Estado Mexicano." Con anterioridad había señalado a propósito de la reforma del 92 al artículo cuarto Constitucional:

"Nunca se pensó en la adición constitucional como el cambio de los principios jurídico-políticos fundamentales del Estado Mexicano, ni se pretendió hacer una reforma que nada dijera para que todo siguiera como antes" (Madrazo, 1994).

La paradoja en los acuerdos de San Andrés Larraínzar Chiapas, es que el pluralismo jurídico quedó como una demanda unilateral no aceptada y en el texto de los documentos, la gran mayoría de los acuerdos reflejan a dicho principio. ¿Cómo reconocer las modalidades de participación política y de elección propias de los pueblos indígenas, si no es a partir de pluralidad jurídica que deviene de la cultural?, ¿cómo plantear que la educación debe ser intercultural, si no se transforma la concepción monocultural que prevalece en el artículo tercero constitucional?, ¿y el reconocimiento a las prácticas de medicina tradicional? y ¿la libre determinación para unos sujetos colectivos llamados pueblos indígenas cuyos miembros son mexicanos como todos y además deben reconocerles derechos relacionados con su identidad?, ¿no es ello pluralismo jurídico como un nuevo principio que se debería reflejar en las nuevas normas constitucionales y legales?. En conclusión, los sistemas normativos de resolución de conflictos que se practican en los pueblos indígenas son una parte del todo que comprende modalidades de autogobierno, normas propias y modificación de las mismas, prácticas y concepciones distintas en el ejercicio de la medicina, el desarrollo sustentable, en la cosmovisión, la organización social y política entre otras.

La jurisdicción indígena como expresión del principio de pluralidad jurídica.

Es necesario enfatizar que tratándose del orden jurídico de la pluriculturalidad, estamos frente a un proceso político que expresa al movimiento de los pueblos indígenas y a sus reivindicaciones en materia de reconocimiento de derechos anteriores a la creación misma del Estado. Al mismo tiempo, nos encontramos ante el desafío de cuestionar los principios del orden jurídico excluyente de la diversidad que cada vez mas crecientemente demanda de nuevas categorías y conceptos, también, dicho sea de paso, demanda de todos, del conjunto de la sociedad una profunda transformación ética e ideológica que nos permita combatir las múltiples caras de la discriminación hacia los pueblos indígenas e incluso de racismo, del cual hemos sido partícipes.

En este proceso, y en el interés de dar cuenta de situaciones que no se han visto reflejadas en el orden jurídico, hemos recurrido a conceptos que en última instancia continúan subordinando al derecho indígena. Es el caso de la utilización de las expresiones “usos y costumbres”, “costumbre jurídica” e incluso “derecho consuetudinario”.

El “pluralismo legal” se ha utilizado con el ánimo de romper con la visión de las otras expresiones y de promover el reconocimiento de sistemas alternativos al del orden jurídico nacional. Incluso, se le ha relacionado con experiencias no indígenas de resolución alternativa de conflictos, como una respuesta a la ineficacia de los sistemas nacionales de administración de justicia. La tesis implícita de esta posición es que ante la crisis del Estado, requerimos menos Estado y más Sociedad, en lugar de plantear la necesidad de su profunda reforma. Así, de manera mecánica, vemos que se ha puesto atención al sistema normativo de resolución de conflictos en el medio indígena, suponiendo que se trata de una simple jurisdicción, en el sentido que la entiende el derecho tradicional, olvidando que en el medio indígena se resuelven conflictos como uno mas de los múltiples factores que integran a una cultura y una identidad y que el indígena que acepta los veredictos de la jurisdicción indígena lo hace por la previa e histórica voluntad de mantenerla. De esta concepción proviene la confusión entre pluralismo jurídico y jurisdicción indígena, donde pluralismo jurídico significa asumir la diversidad de sistemas de resolución de conflictos y con ello se reducen las potencialidades de un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural.

Jurisdicción indígena, reconcimientto a sistemas normativos de resolución de conflictos internos.⁷

Los sistemas normativos de resolución de conflictos son un pilar fundamental para mantener la cohesión social, identidad y reproducción cultural de los pueblos indígenas. (Gómez 2002) Por ello, en los acuerdos de San Andrés se propuso su reconocimiento en la Constitución. Sus principales elementos son:

- a) Organos generalmente pluripersonales, con facultades expresas reconocidas por el propio pueblo.
- b) Reglas de conducta de cumplimiento obligatorio, que han sufrido variaciones y adaptaciones pero que, en general, han sido asumidas por consenso. y gozan de legitimidad.
- c) Sistema de sanciones y coacción que en general, ha mantenido el objetivo de reconducir y reintegrar a la colectividad al individuo transgresor de las normas comunitarias.
- d) Normas de naturaleza oral que expresan principios generales, lo que las hace sumamente flexibles. Precisamente su falta de codificación escrita y los rasgos anotados les ha permitido a los pueblos una enorme experiencia para aplicarlas frente a situaciones concretas y con ello, mantener el consenso y la cohesión social.
- e) Procedimientos que reflejan las garantías fundamentales de tipo procesal que marca la Constitución General.

Implicaciones del reconocimiento a los sistemas normativos de resolución de conflictos

- a) Se establecería su capacidad de "decir" su derecho no escrito de acuerdo a su cultura y con respeto a los derechos fundamentales, en especial los de la mujer.
- b) Se definiría la facultad jurisdiccional indígena por delegación que hace el Estado a favor de los pueblos indígenas y con competencias delimitadas.

⁷ Esta propuesta fue elaborada por la autora de este texto en el contexto de la esperada aprobación del Congreso de la Unión de una reforma congruente con los Acuerdos de San Andrés, cuestión que no se reflejó en 2001. Fue incluida en el capítulo Derecho Indígena y Constitucionalidad: el caso mexicano, del libro Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del del derecho, coordinado por Esteban Krotz, Anthropos. UAM. México, 2002

c) Se otorgaría fuerza jurídica a las decisiones comunitarias en esta materia y status de derecho público ya que entre particulares, si bien se puede convenir o conciliar, la validez jurídica de sus acuerdos demanda un acto posterior ante las autoridades competentes. Por otra parte, el artículo 17 constitucional establece que "ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho". Por tanto, la justicia indígena, al ser reconocida constitucionalmente, no tendría el carácter de justicia entre particulares y sus órganos de autoridad quedarían investidos de esta facultad.

d) Se haría explícita la limitación de que dicho reconocimiento se ejercerá sin contravenir a los derechos fundamentales, en especial los de la mujer. Así se considera en las regulaciones similares de otros países latinoamericanos, inclusive en el convenio 169 de la OIT.

e) Se constituiría en excepción a lo establecido en el artículo 21 constitucional en el sentido de que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial".

Dicha excepción se fundamenta en razón de que la autoregulación de conflictos internos, a partir del respeto a las culturas diferentes que existen en los pueblos indígenas, es un elemento vital para su propia supervivencia. Además, en estos casos, los conflictos tienen dimensiones distintas a la mera clasificación en materias penales o civiles, de hecho la tienen de carácter comunitario.

f) Se haría el reconocimiento constitucional a estos sistemas normativos, por lo que se dotaría de fuerza jurídicas a las resoluciones de las autoridades indígenas sin delimitar materia específica. En consecuencia, la Ley Orgánica del Poder Judicial establecería los mecanismos para articular estos ámbitos con sus estructuras.

La regulación de los sistemas normativos, se haría conforme a los siguientes criterios:

a) Las comunidades acreditarían a sus autoridades ante el Municipio y demás instancias y niveles de gobierno, así como ante las autoridades judiciales correspondientes.

b) **Ámbito espacial y material de competencia en asuntos de interés colectivo o de naturaleza pública:** las comunidades indígenas, a través de sus autoridades resolverían los conflictos que se presenten en su ámbito espacial, sean o no indígenas los involucrados, cuando se trate de conflictos que afectan directamente el interés colectivo, salvo que las mismas decidan trasladarlo a las autoridades externas que correspondan en razón de la materia de que trate el conflicto o, que se trate de delitos tipificados como graves.

c) **Opción de jurisdicción en asuntos individuales o privados:** si se trata de conflictos que afecten intereses individuales de las partes, sean o no indígenas y sobre hechos que tuvieron lugar en la comunidad, se entenderá que optan por la instancia indígena al solicitar su intervención y que se obligan a acatar la resolución correspondiente. Las autoridades decidirán en todo caso si aceptan la intervención en este tipo de conflictos o si lo remiten a la autoridad externa.

d) **Que las resoluciones comunitarias internas tienen el nivel de primera instancia y que se presume su carácter de cosa juzgada si en un plazo determinado no se presenta inconformidad con las mismas ante las autoridades competentes según la materia de que se trate.**

e) **En todos los casos, se conserva la posibilidad de apelación.** Los tribunales ordinarios de primera instancia, según la materia de que se trate, sustanciarán, en calidad de apelación, las causas que, en un plazo determinado, les remitan los inconformes con una resolución comunitaria. La autoridad judicial deberá trasladarse a la comunidad donde sucedieron los hechos para recoger testimonios de manera directa y obtener la declaración de las autoridades indígenas, a la que se le dará el carácter de "informe justificado".

f) **Que los asuntos o conflictos internos que deriven en delitos graves se juzgarán fuera de la comunidad. Existen varias razones para esta limitación:**

1) **Las comunidades indígenas tradicionalmente han transferido ese tipo de asuntos en virtud de que generalmente van precedidos de una secuencia de conflictos previos donde se ha intentado conciliar y no se ha logrado restablecer la cohesión social. La reincidencia. es un factor que se**

castiga con gran severidad en virtud de que esta suele evidenciar desconocimiento o rebeldía a la estructura de gobierno en una comunidad.

2) Actualmente hay problemas muy graves que están penetrando a las comunidades, es el caso de los delitos contra la salud. Las autoridades indígenas han expresado que corresponde al Estado enfrentar estas situaciones y brindar protección a las comunidades, siempre de común acuerdo con sus autoridades.

g) Cuando se trate de conflictos que involucren a una o más comunidades de uno o más municipios, se establecerá un jurado colegiado con representación de las autoridades de todas ellas, siempre que se trate de conflictos que involucren el interés colectivo de uno o más pueblos indígenas.

h) Obligación de no salvar la instancia comunitaria cuando se trate de un conflicto colectivo que se presente de manera directa ante un tribunal externo sin que la comunidad lo haya conocido o decidido declinar la competencia a favor del mismo. En ese caso, la autoridad externa deberá declararse incompetente para que se reponga la instancia comunitaria.

i) Delegación de competencia a favor de la comunidad por parte de autoridades externas. En ciertos casos de delitos graves, por ejemplo el homicidio imprudencial, se podrá delegar a la comunidad , siempre que esta manifieste su acuerdo o así lo solicite.

j) Recurso de revisión para las autoridades comunitarias frente a la instancia superior a la que hubiese desechado o modificado su resolución comunitaria. Este sería uno de los efectos del reconocimiento de la comunidad indígena como entidad de derecho público, le daría personalidad jurídica para representarla

La reforma mutilada

En 2001 fue aprobada una reforma con la cual el Estado cumpliría supuestamente los Acuerdos de San Andrés. El Senado dictaminó el 25 de abril de ese año, un texto de reforma que dejó a medio camino el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (Gómez,2005). El nuevo contenido del artículo Segundo de la Carta Fundamental establece

en un primer apartado el reconocimiento de la libredeterminación y de la autonomía para los pueblos indígenas, con una serie de derechos importantes aunque provistos, cada uno, de toda una cerrajería por ejemplo, se evitó señalar que el acceso al uso y disfrute de recursos naturales se dará en sus tierras y territorios y fue sustituido por “los lugares que habitan u ocupan”.

Respecto a jurisdicción indígena se señaló II.8 “Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”.

En un siguiente apartado se insertó la ratificación de la política indigenista en base a un listado de programas sociales que a varias décadas de prístino le dieron tan malos resultados. Sin duda entre algunos legisladores existe la percepción tradicional de que lo que cuentan son las políticas públicas, las llamadas obligaciones del Estado.

Para esta adición a la iniciativa Cocopa⁹ poco importaron las consideraciones de técnica jurídica. Se olvidaron de que la Constitución tiene dos grandes objetivos: determinar los derechos y organizar al Estado. Las obligaciones que le resulten en términos de políticas y programas van en las leyes.

En base a la libertad del legislador se definió que es lo que a su juicio resulta verdaderamente importante. Así, se considera a los derechos como meras declaraciones frente a la fuerza de las obligaciones del Estado. Y no es que exista oposición a que se hagan caminos, clínicas o se den becas de estudios o despensas, tampoco es que se desconozca la grave situación de los pueblos indígenas en materia de acceso a los mínimos de bienestar. Precisamente se trata de obtener derechos para que los pueblos se reconstituyan y como nuevos sujetos políticos participen con otros sectores de la sociedad para lograr un Estado con responsabilidad social en una lógica distinta que parta del respeto real a la diversidad cultural.

⁹ Integrada por representantes de todos los partidos en el Poder Legislativo, esa instancia elaboró un proyecto de iniciativa de reforma constitucional que fue avalado por el EZLN y rechazado por el gobierno federal.

Siguiendo con la autonomía del Congreso, se decidió también que había que evitar a toda costa el consignar como derechos aquellos aspectos que en la iniciativa de Cocopa se plantearon como vías para aterrizar la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas.

Reconocer constitucionalmente la libredeterminación y la autonomía y a la vez negar que ésta tenga implicación para su ejercicio en los ámbitos territoriales en que están ubicados refleja por lo menos incompreensión sobre el sentido de esta reforma.. Se tuvo especial empeño en suprimir de la propuesta el contenido planteado para el 115 constitucional que era un puente de acceso para la reivindicación del ejercicio de los derechos que dan contenido a la autonomía. El derecho para asociarse se limitó a las comunidades indígenas alegando que ya existe para los municipios, Para ello no se tomó en cuenta que no todos los pueblos indígenas tienen la aspiración de convertirse en municipios y que algunos de ellos están ubicados en varios o en municipios que pertenecen a dos entidades federativas. El reconocimiento de las comunidades como entidades de derecho público se impuso que fuera como entidades de interés público y se delegó a las entidades federativas la definición de las normas para tal efecto.

No se consideró que la iniciativa Cocopa era producto de una negociación, que no expresaba solo la voluntad de los pueblos indígenas, que ya les llegaba con candados y acotaciones, Conscientemente los partidos mayoritarios le dieron la espalda al movimiento social real que se ha movilizado y pagado costos para impulsar la propuesta que estaban dictaminando. De manera destacada al EZLN, al Congreso Nacional Indígena y a los amplios sectores de la sociedad civil nacional e internacional.

Regulación de la justicia indígena en las entidades federativas

En la República mexicana 11 estados que expresamente adoptan la denominación de sistemas normativos al reconocer la forma de impartir justicia al interior de las comunidades y pueblos indígenas. Algunas de estas constituciones al reconocer los sistemas jurídicos retoman textualmente lo dispuesto por el artículo 2 de la Constitución Federal, incluso en su última parte que remite el otorgamiento de validez del sistema a una norma secundaria; otros, como en los casos de Durango, Tabasco y Morelos, retoman el texto constitucional sin esta última parte. En el caso de la Constitución del estado de Oaxaca, no sólo las denomina como sistemas normativos, sino que explícitamente les

otorga validez y reconoce jurisdicción a las autoridades indígenas, su artículo 16 establece que “Se reconoce los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como jurisdicción a las autoridades comunitarias de los mismos”(OACNUDH,2008:48).

A grandes rasgos se puede señalar que en la regulación estatal de la justicia indígena existen dos posiciones, una que la vincula a el sistema estatal de impartición de justicia y otra que se mantiene sin la intervención del Estado como organización propia y autónoma. Señalaremos algunas experiencias, para ilustrar estas posturas:

En Quintana Roo se inicio la estrategia (Buenrostro 2006, Gabbert, 2006)con la promulgación de una "ley de justicia indígena del estado de Quintana Roo" en 1997 Con esa ley, se nombraron desde el estado a los jueces indígenas. Pedían como requisito, que tuvieran prestigio en la comunidad pero no los nombraba la comunidad. Al paso de los años estos jueces indígenas son empleados del gobierno. Lo que creo fue un programa de empleo, no creó una justicia indígena porque el estado les impuso su forma de operar y afectó al sistema de cargos tradicional. Obviamente ser indígena no es garantía de que se represente a la justicia indígena.

El 30 de abril de 1997, se reformó el artículo 13 de la constitución del estado de Quintana Roo, quedando de la siguiente manera: “Los miembros de las etnias que habitan en las comunidades indígenas, podrán resolver sus controversias de carácter jurídico de acuerdo a sus usos, costumbres y tradiciones; la Ley instituirá un sistema de justicia indígena para las comunidades de la zona maya del estado, a cargo de jueces tradicionales y, en su caso, de Magistrados de Asuntos Indígenas que funcionen en Sala, en Tribunales Unitarios, o en las instituciones que de acuerdo con las comunidades indígenas determine el Tribunal.

...La ley protegerá, regulará y validará el desarrollo y ejercicio de sus lenguas, cultura, usos y costumbres, actos, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado”.

Los jueces tradicionales se nombran en las comunidades que lo soliciten. En una asamblea comunitaria, se elige a la persona para ocupar el cargo. Una vez que es reconocido por la comunidad, el poder judicial, a través del Tribunal Superior de Justicia del Estado, le otorga un nombramiento y una credencial.

En Campeche, los juzgados de conciliación también se establecieron en 1997, para resolver conflictos civiles y familiares que no necesiten juez de primera instancia, que solo ameriten amonestación. Se trata de conflictos menores, no problemas graves, sobre los cuales los estados deciden. Las resoluciones que toman éstos juzgados no tienen un carácter definitivo y en caso de inconformidad pueden acudir a otras instancias. Sólo son mediadores. La mediación es importante cuando resulta en un acuerdo que toda la comunidad respeta. Pero aquí no se traduce en eso. Los jueces son designados por el tribunal pleno y los requisitos son entender y hablar la lengua, ser de esa "etnia" y conocer usos y costumbres, tener buena reputación, haber terminado la primaria y vivir en la población.

Sin embargo también hay posiciones intermedias como la experiencia de Cuetzalan Puebla, donde a partir de una decisión del estado de crear juzgados indígenas, las comunidades se apropiaron de los mismos y le dieron sentido comunitario ello ha implicado que el Estado no los incluya en su ley orgánica del poder judicial.

La creación de Juzgados indígenas a nivel municipal, surge de un Acuerdo de Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla del 14 de marzo de 2002, en diciembre del mismo año, mediante reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Puebla, se reconoció a los Juzgados Indígenas como Juzgados de Primera Instancia.

Posteriormente, la reforma al Código de Procedimientos Civiles del estado, que entró en vigor en enero de 2005, reconoció las prácticas, usos, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas como medios alternativos a la justicia ordinaria.

Por parte del Tribunal de Justicia existe mucho control administrativo que propicia más cercanía con la justicia oficial que con la indígena. Cuando un caso no se logra resolver en este espacio, o el acuerdo no es respetado, se turna con el Ministerio Público (Terven, 2005).

Un caso paradigmático de autonomía es el de la policía comunitaria en Guerrero (CRAC). En las zonas donde nació había mucha inseguridad, asaltos frecuentes. Por ello formaron su policía comunitaria. Cuando las comunidades vieron que si las protegían empezó a bajar enormemente la violencia en esa zona. Luego observaron que detenían a los delincuentes, los entregaban al Ministerio Público y éste los liberaba. Así que fueron ampliando sus facultades, fueron reconstruyendo su organización indígena de gobierno.

Ahora ellos juzgan, han pasado de policías a juzgados, y de juzgados a centros de reeducación. Se creó también una Comandancia Regional. Cuando se inicia una investigación, llaman al comisario de la comunidad y piden informes tanto del acusado como de los que acusan. La justicia es pública, se busca la conciliación y reparación del daño si es delito grave se le detiene. Cuando no hay conciliación, se procede a la reeducación la cual consiste en que se manda al acusado a una comunidad a realizar trabajos. Las autoridades de la misma le dan seguimiento y supervisan, hablan con él. El tiempo de la reeducación depende de la gravedad del caso. Esta experiencia tiene 15 años. Su lema es que quieren respeto y no reconocimiento. Ha sido un proceso en constante conflicto y negociación (Peral 2006, Sierra, 2006).

Perspectivas

Se observa que estas experiencias concuerdan con la preocupación que se ha señalado en el sentido de que los juzgados indígenas pueden estar en manos de indígenas, pero la justicia que aplican puede transformarse de tal manera que, sin dejar de ser un producto jurídico híbrido, sea un instrumento de refuncionalización del sistema de dominación jurídica estatal, ahora bajo el rótulo de «indígena». (Aragón, 2009)

En esos extremos funciona la justicia indígena y en definitiva su grado de autonomía y o de apropiación de los espacios que el Estado “legaliza” están muy vinculados a los niveles de reconstitución como pueblos. Por otra parte, es difícil evaluar los procesos de los pueblos sólo a partir de los sistemas normativos pues éstos dependen del respeto fundamental a sus territorios.

En el país si bien existen experiencias denominadas autonomías de hecho, entre las cuales también está el proyecto de las juntas de buen gobierno organizadas por el EZLN, su resistencia sigue siendo defensiva ante las políticas neoliberales que el Estado impone en sus territorios, por ejemplo otorgando concesiones sin la mínima consulta a estos pueblos.

Recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) colocó la mirada en las jurisdicciones indígenas. Acogiendo una solicitud del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS,¹⁰ la CIDH convocó, por primera vez en su historia, a una audiencia temática regional sobre “Jurisdicción indígena y derechos humanos”, la cual

¹⁰ Asociación civil de investigación y promoción de derechos indígenas con sede en el Perú.

tuvo lugar el 25 de marzo de 2011 En la audiencia se recibió información sobre la falta de respeto por la aplicación de sistemas jurídicos ancestrales indígenas. La abogada promovente Raquel Yrigoyen señaló que a pesar de que en Latinoamérica las constituciones “reconocen el derecho de los pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, mediante sus propias autoridades e instituciones, y de acuerdo a su propio derecho consuetudinario”. Tal reconocimiento constitucional, sin embargo, no se refleja en las leyes ni en las prácticas judiciales, las cuales buscan limitar la jurisdicción indígena a “casos menores entre indios”, como ocurría en era colonia”

En un comunicado de Prensa la CIDH se pronunció sobre la obligación de los estados de respetar el “ejercicio de la jurisdicción indígena pues constituye una manifestación del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, el cual está reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos.”¹¹.

Así encontramos un horizonte de largo plazo para alcanzar la justiciabilidad de los derechos de los pueblos en el que pelean al Estado palmo a palmo lo que les queda de espacio territorial sin el cual no hay justicia indígena, tampoco pueblos.

Bibliografía

- ARAGÓN ANDRADE ORLANDO
2009 El pluralismo jurídico en los juzgados comunales de Michoacán. Revista Digital Pueblos y Fronteras.UNAM. México
- BUENROSTRO ALBA, MANUEL
2006, «La justicia indígena de Quintana Roo impartida por los jueces tradicionales mayas». Ponencia presentada en V Congreso de la Red Latinoamérica de Antropología Jurídica. Oaxtepec, México
- CLAVERO, BARTOLOMÉ
1994 Derecho indígena y cultura constitucional en América Latina, México, Siglo XXI.
- GABBERT, WOLFGANG,
2006, «Los juzgados Indígenas en el sur de México». Ponencia presentada en V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Oaxtepec, México.

¹¹ Comunicado No 28/11 del 1-4-2011.

— GÓMEZ, MAGDALENA

-1990“La defensoría jurídica de presos indígenas” en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina, III-IIDH, México

-1995 Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, México, Instituto Nacional Indigenista

-1997 “Derecho indígena y constitucionalidad: el caso mexicano”, en Magdalena Gómez (Coord.), Derecho indígena, México, Asociación Mexicana para las Naciones Unidas (amnu) e Instituto Nacional Indigenista (ini), pp. 273-303.

-2002”Derecho Indígena y Constitucionalidad”, en Esteban Krotz, Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho, Anthropos-UAM, España, 2002.

-2005 “Pending Constitutionality: An Analysis of the Mexican Legal Reform Process Concerning Indigenous Peoples”, en Rene Kuppe y Richard Potz (Eds.), Law and Anthropology. International Yearbook for Legal Anthropology, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, vol. 12, pp. 175-195.

-2006 “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, en Mikel Berraondo (Coord.), Pueblos indígenas y derechos humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 133-151.

— MADRAZO CUÉLLAR JORGE

1994 "La adición al artículo cuarto constitucional”, en Modernización del Derecho Mexicano, Edit. Porrúa, México

— OACNUDH

2008 El reconocimiento legal y vigencia de los sistemas normativos indígenas en México

— PERAL MARTHA

2006- Seguridad e impartición de justicia comunitaria regional en la Costa Montaña de Guerrero.La Policía comunitaria. Ponencia presentada en V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Oaxtepec, México

— SANCHEZ, BOTERO ESTHER

- 2000 La jurisdicción especial indígena, Procuraduría generalde la Nación, Imprenta Nacional Bogotá , Colombia.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA
2002 La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, Colombia, Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
- SIEDER, RACHEL
1997 Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala FLACSO
- SIERRA TERESA
2006, «Justicia indígena y Estado: retos desde la diversidad». Ponencia presentada en el V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Oaxtepec, México
- TERVEN SALINAS, ADRIANA
2005, «Revitalización de la costumbre jurídica en el juzgado indígena en Coetzalan. Retos desde el Estado».Tesis de maestría. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, D. F.
- VALDIVIA DOUNCE TERESA
1994 (Coord.), Usos y costumbres de la población indígena de México. Fuentes para el estudio de la normatividad (Antología), INI, México.
- YRIGOYEN FAJARDO RAQUEL
1999.Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal . Edit. Fundación Myrna Mack. Guatemala