

# LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA EN MÉXICO: COMO UN AUTENTICO DERECHO QUE INTEGRA UN SISTEMA JURÍDICO.

*Mtro. Juan Manuel Contreras Méndez\**

**Sumario:** Palabras clave. Resumen. Introducción. 1. ¿Cuál es la función del pluralismo jurídico en la determinación del Derecho indígena. 2. ¿La denominación: indios, indígenas y comunidad indígena resulta ser la más pertinente? 3. ¿Cuál es la relación que existe entre multiculturalismo y Derecho indígena? 4. Si es que los llamados derechos consuetudinarios indígenas o usos y costumbres indígenas ¿pueden ser considerados como verdaderos sistemas jurídicos? 5. ¿Si es que la reforma constitucional respeto el espíritu y las demandas de los acuerdos de San Andrés Laraizán? Conclusiones. Bibliografía.

**Palabras claves:** Indígena; Usos y Costumbres; Sistema Jurídico; Pluralismo Jurídico; Multiculturalismo.

## **Resumen.**

La integración de los llamados derechos indígenas en el artículo segundo dentro de nuestro orden constitucional se dio como resultado de un proceso histórico iniciado y no concluido por el Movimiento Zapatista, que desnudo un problema que se había mantenido oculto por largo tiempo la existencia de los pueblos indígenas pertenecientes a formaciones culturales anteriores a la formación del Estado moderno; por lo tanto, con todos los derechos que la constitución el sistema jurídico mexicano garantiza a todas las personas, pero también con una serie de derechos especiales o *derechos colectivos*, derivados de su pertenencia a un pueblo indígena específico, algunos de los cuales hasta ahora continúan sin reconocimiento constitucional, así como el reclamo de los pueblos indígenas de México por el reconocimiento a su derecho de autonomía por

parte del gobierno con lo que el espíritu de los Acuerdos de San Andrés Larráinzan quedo fuera del texto de nuestra constitución.

---

\* Maestro en Derecho Económico por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

## **Introducción.**

El presente artículo establece un análisis de la prevalencia el derecho indígena en México. La cuestión indígena representa una asignatura pendiente dentro nuestro país Pese a que los mencionados derechos indígenas han sido incorporados a nuestro texto constitucional - artículo segundo- en la práctica hay muchas situaciones que texto constitucional no previo debido al desconocimiento y comprensión de la identidad cultural y la cosmovisión de las culturas originarias que de alguna manera han prevalecido a través de las comunidades indígenas actuales en México. Además de que a nivel internacional se ha generado un fuerte movimiento de reconocimiento de los mencionados derechos indígenas (como el Convenio 169 de la OIT sobre el reconocimiento de los derechos indígenas) No se puede tener una comprensión adecuada de las necesidades y las demandas de estas comunidades sin un estudio transdisciplinario de su derecho (mal llamado usos y costumbres) que abarque disciplinas como: historia, filosofía, sociología, etnografía, antropología, lingüística, derecho entre otras disciplinas. Hay una serie de preguntas que resulta pertinente plantear y tratar de responder:

¿El termino usos y costumbre o derecho consuetudinario indígena es el más adecuado?,  
¿El termino pueblos o comunidades indígenas es pertinente?, ¿ La reforma a nuestra constitución en su artículo segundo incorporo todas las demandas incluidas en los Acuerdos de San Andrés Larráinzan?, ¿Cuáles serían los instrumentos legales y judiciales que deberían incorporarse para darle verdadero sentido a la aplicabilidad de los derechos indígenas dentro de las comunidades indígenas?; ¿Los llamados usos y costumbres indígenas constituyen un verdadero sistema jurídico?; ¿Cuál es la función del pluralismo jurídico en la determinación del derecho indígena como un derecho verdadero y autónomo?, ¿Cuál es la relación entre multiculturalismo y derechos indígenas?

En la medida en que podamos ir respondiendo cada una de estas interrogantes estaremos en posibilidad de tener una mejor comprensión del tema de los derechos indígenas en México y contrastar dos hipótesis básicas.

1). Que los llamados usos y costumbres indígenas constituyen un verdadero derecho con las cualidades y características de un sistema jurídico.

2), La necesidad de incorporar una serie de cambios legales y judiciales que le den mayor autonomía y aplicabilidad al derecho indígena dentro de las comunidades indígenas.

## **1. ¿Cuál es la función del pluralismo jurídico en la determinación del Derecho indígena?.**

El pluralismo jurídico como teoría de derecho se opone al paradigma del monismo jurídico, para éste último el derecho solo encuentra como medio de creación y de expresión los órganos legislativos y judiciales a través de los cuales el Estado crea el derecho positivo que se presume como únicamente válido y adecuado para resolver los conflictos judiciales. Sin embargo en muchas ocasiones observamos que este derecho positivo resulta ineficaz para resolver algunas controversias de ciertos grupos sociales que por sus características especiales y propias merecían ser resueltas de manera alternativa a través de otras fuentes legales diferentes a las que integran el derecho positivo es ahí que exista la necesidad de otros derechos diferentes al derecho positivo que puedan convivir con éste. Es ese el planteamiento del pluralismo jurídico. En conclusión. El pluralismo jurídico niega que Estado sea la única y exclusiva fuente de producción jurídica, bien porque se visualiza la presencia de diferentes órdenes normativos, de una pluralidad sistemas de derecho en el seno de una unidad de análisis determinada ya sea de carácter local, nacional e internacional.

Al respecto de este tema el autor Carlos Wolkmer en su obra "Pluralismo jurídico fundamentos de una nueva cultura de Derecho" establece la ineficiencia y el agotamiento del modelo clásico de occidental de legalidad positiva y, por otro lado reivindica, a partir de una toma de posición por lo que el autor denomina teoría crítica del Derecho a" la necesidad de construir los horizontes de un nuevo paradigma de legalidad basado en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas de las luchas sociales reales e insurgentes."<sup>87</sup>

---

87 Ver Antonio Carlos Wolkmer, "Pluralismo jurídico un nuevo marco emancipatorio en América Latina" en Mauricio Villegas y Cesar Rodríguez (coordinadores), obra citada, p.p. 247-248, tomado de Wolkmer, Carlos Antonio de Pluralismo jurídico fundamentos de una nueva cultura de Derecho, Traducción Davis Sánchez Rubio, Editorial Mac, España, 2006, p. 13.

Por otro lado las obras de Manilowki tuvieron gran influencia en el desarrollo del pluralismo jurídico visto bajo un enfoque social, para este autor la determinación del derecho va más allá de la forma en que se manifiesta, sino que también tiene que ver con la función del derecho, éste autor desarrollo el modelo etnográfico clásico insistió en la función antes que en la forma y que debería darse prioridad al estudio de las categorías culturales e ideológicas de los pueblos que se estudiaban. Pero su influencia llevo a enfoques diversos como el estructural funcionalismo y los estudios comparativos que insistían en buscar postulados legales en cada sociedad y se concentraban en estudios a pequeña escala.<sup>88</sup>

Para Pospisil cada sociedad comprende una multitud de sistemas legales con frecuencia jerárquicamente ordenados y siempre en dependencia del número de grupos que funcionan en una sociedad y bajo el supuesto de la ley yace sobre el consenso en el grupo social. Esta noción de consenso se ha derivado de la noción de obligación, derivado de la idea de que, tanto en la sociedad como en el Estado, todo sistema legal para ser considerado como tal, tiene estos cuatro atributos:

- a) la intención de una aplicación universal,
- b) la relación de obligación,
- c) la sanción.; y
- d) la autoridad: No se trata de cuatro criterios para definir que es derecho o qué es un sistema regular, se trata de una teoría de ley de una opción metodológica.<sup>89</sup>

Así tenemos que el pluralismo jurídico como doctrina teórica conlleva la necesidad de reconocer a otros actores sociales en el ámbito de determinación de su propia organización política y jurídica y la capacidad del Estado Nación de reconocer en el caso de los derechos indígenas su integración plena como sistemas jurídicos alternos al orden legal establecido.

## **2. ¿La denominación: indios, indígenas y comunidad indígena resulta ser la más pertinente?**

Por lo que hace a la denominación “indios”, “indígenas”, “pueblos indígenas” se trata de denominaciones heredadas de concepciones coloniales, así lo manifiesta el autor Guillermo Bonfil

---

88 Ochoa García, Carlos, “Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico”, Cholsamaj, Guatemala, 2002, p. 98.

89Ibídem. p. 100.

quien señala: “La categoría de indio, en efecto, es una categoría supra-étnica que denota ningún contenido específico de los grupos que abarca, sino una particular relación entre ellos y otros sectores del sistema global del que los indios forman parte. La categoría de indio denota condición de colonizado y a hace referencia a la condición colonial.”<sup>90</sup>

Desde el punto de vista social indio debe entenderse como cuestión de identidad, tal y como lo señala Guillermo de la Peña: “La atención debe fijarse principalmente en la identidad asumida: si una persona es considerada o no indio, indígena o miembro de una etnia. Y como la identidad siempre implica sentido de pertenencia a un grupo, debe establecerse cuál es el grupo de referencia pertinente: la comunidad, el barrio, el vecindario, la familia, la parentela la asociación ritual o la organización étnica militante.”<sup>91</sup>

En cuanto al concepto comunidad indígena. Para Thompson parece estar asociada a lo que históricamente se conoce como el calpul que los españoles tempranamente tradujeron como barrio. El Barrio generalmente lleva el nombre de un santo seguido de locativo indígena y en él la membrecía se adquiere por herencia o por residencia. La función eminente del barrio o *capulli* debe buscarse en la organización política (ayuntamiento regional), la organización religiosa (mayordomías) y la organización dl trabajo cooperativo (*tequio*)

En conclusión la comunidad indígena se conceptualiza como: “Una unidad cooperativa de producción autosuficiente. Constituye una unidad cultural autónoma con lengua propia o cuando menos con un dialecto a variación dialectal suficiente para distinguirlo de comunidades vecinas, forma una unidad política independiente con autoridades privativas organizadas bajo un patrón propio que funciona *sub rosa* respecto de la constitución política nacional...posee pautas, normas y reglas particulares que regulan la conducta y la vida social.”<sup>92</sup>

### **3. ¿Cuál es la relación que existe entre multiculturalismo y Derecho indígena?**

---

90 Zolla Carlos, Zolla Márquez Emiliano, Pueblos indígenas de México, 100 preguntas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 13.

91 ídem. p. 16.

92 Ibídem. p. 21.

En cuanto al tema multiculturalismo y derecho indígena. Por lo que hace al multiculturalismo este aparece muy recientemente como consecuencia de la globalización y de los procesos de integración y regionalización que trajeron consigo la crisis del Estado-Nacional desarrollista, generándose una serie de movimientos sociales de las minorías étnicas, que lograron imponer el tema de la diversidad cultural en la agenda política nacional de muchos países e incluso en la agenda política internacional. Se empezó a dar mayor importancia a los procesos culturales poniendo en tela de juicio la identidad nacional promovida por Estado moderno, de tal manera que se dio visibilidad a las entidades étnicas y culturales hasta entonces silenciadas.

En el continente americano el multiculturalismo se manifestó como componente central en la lucha por autodeterminación de la identidad cultural de pueblos indígenas. Las reivindicaciones de los pueblos indígenas constituyeron un triple desafío para el Estado nacional. En primer lugar el derecho a la autodeterminación y la identidad cultural fue formulado como un derecho colectivo. El legalismo liberal que subyace en el Estado moderno es marcadamente individualista por ello tiene una gran dificultad para integrar la idea de derechos colectivos. En segundo lugar las reivindicaciones indígenas implican un nuevo ordenamiento territorial en la medida en que los derechos ancestrales están inscritos en un territorio específico sustraído, en aspectos esenciales, a la intervención del Estado. En tercer lugar, la autodeterminación de la identidad cultural implica un reconocimiento de las instituciones y de los órdenes jurídicos totalmente extraños al derecho y las instituciones propios del Estado nacional.<sup>93</sup>

Por primera vez en sus resolutivos de 1994, la Comisión de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas reconoció que las para críticas jurídicas de los pueblos indios del mundo constituyen sistemas de derecho. Al respecto el artículo cuarto de la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas establece *Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales así como sus usos y costumbres o sistemas jurídicos.*

#### **4. Si es que los llamados derechos consuetudinarios indígenas o usos y costumbres indígenas ¿pueden ser considerados como verdaderos sistemas jurídicos?**

---

93 De Sousa Santos, Buenaventura, García Villegas Mauricio; El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001, p. 4.

Por lo que hace a la consideración de los llamados derechos consuetudinarios indígenas o usos y costumbre indígenas debemos de partir del problema de la ignorancia de estos derechos indígenas como auténticos derechos que constituyen sistemas jurídicos alternos parte de que las ciencias jurídicas ancladas en el derecho positivo ignoraban por completo (o mejor dicho) negaban las existencias de sistemas jurídicos alternativos como los indígenas. En el devenir del constitucionalismo latinoamericano actual se ha manifestado cierta tendencia de incorporar los derechos indígenas a sus órdenes constituciones: algunas constituciones reconocen estos derechos pero no permiten que las autoridades indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales sobre la base de sus propios sistemas jurídicos.

Otro problema son las políticas gubernamentales respecto de los pueblos indígenas que bajo el concepto indigenismo que como señala *Stanvenhagen*, es inseparable de la ideología nacionalista. La construcción de los nuevos Estados el lograr *la unidad nacional* conllevaba consigo la necesidad de *integración* a la nación a que pertenecen ya sea la peruana, la mexicana, etc., así se hablaba de mexicanizar al indio, es suma, se trataba de *asimilar* estos pueblos a la *cultura-nacional* de la sociedad blanca o mestiza dominante.<sup>94</sup>

Se trataba de integrarlos en el proceso de acumulación capitalista, de transformar sus formas socioeconómicas de producción consideradas *atrasadas e improductivas* a las del nuevo sistema jurídico traído de Europa. Así, pues, vemos cómo estas políticas integracionistas serán completas, en el sentido de llevarse a cabo en todos los sentidos (educativo, cultural, económico y por supuesto en el plano jurídico).

Otro problema es la armonización de los derechos humanos con los derechos y costumbre de los pueblos autóctonos con los sistemas constitucionales modernos debida a la difícil relación entre los sistemas jurídicos estatales y las normas propias de los derechos indígenas. Hay que destacar que también que las comunidades y pueblos tienen sus propias reglas, usos y costumbres que en general no se encuentran codificadas que representan reglas de naturaleza consuetudinaria.<sup>95</sup>

La determinación de los derechos indígenas como auténticos sistemas normativos que incluyen un conjunto de prácticas, valores, procedimientos, autoridades e instituciones

---

94 Peña Jumpa, Antonio, Cabedo Mayol, Vicente, López Bárcena Francisco, Análisis constitucional justicia y derecho Oaxaqueño (México) justicia y derecho Aymara (Perú) Pontificia Universidad Católica de Perú. Fondo Editorial Perú. 2002, p.p. 29-30.

95 Odello Marco, El derecho a la identidad de los pueblos indígenas de América: Canadá y México, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2012.

que sirve para regular la vida social, resolver conflicto y organizar el orden, así como reglas para cambiar las reglas, que tiene legitimidad y eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico y establecer si tales elementos se agotan en la definición del derecho de los pueblos indígenas.<sup>96</sup>

## **5. ¿Si es que la reforma constitucional respeto el espíritu y las demandas de los acuerdos de San Andrés Laraizan?**

De esta manera constituye un reto para los científicos sociales, para el movimiento indio y sus intelectuales orgánicos, establecer los argumentos que con suficiencia expliquen ésta nueva adecuación de los otros sistemas de derecho y su viabilidad en el mundo posmoderno.

La discusión central se ubica en intentar explicar el significado peculiar que adquieren las relaciones jurídicas que se desarrollan en el medio indígena, y si a partir de esto es viable reconocer el derecho consuetudinario indio como un sistema legal. Una segunda fundamentación radica en formular la existencia de relaciones sociales en las que subyace un sistema pluralista de derecho, con lo cual según Wener Krawietz se requiere “una interpretación sociológica del derecho que surge como una crítica a la dogmática jurídica, cuyo fundamento es la comprensión es la formación de los fenómenos jurídicos, a partir de la praxis jurídica.”<sup>97</sup>

La construcción epistemológica de los sistemas de derecho indígena, forma parte de un conjunto de categorías más amplias como son, entre otras, la cosmovisión y la cultura de los pueblos indígenas, las que a su vez nos permiten reconocer la identidad grupal que subyace en cada uno de ellos. De esta manera al identificar al sistema de derecho indígena, es indispensable adecuarlo en el medio sociocultural en el que se reconoce y aplica.

En cuanto a la integración de los llamados derechos indígenas en el artículo 2º dentro de nuestro orden constitucional se dio como resultado de un proceso histórico iniciado y no concluido por el Movimiento Zapatista que hizo explosión en 1994 y que desnudo un problema que se había mantenido oculto por largo tiempo la existencia de los pueblos indígenas pertenecientes a formaciones culturales anteriores a la formación del estado moderno por lo

---

96 Yrigoyen Fajardo, Raquel, Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino, en Mikel Bearrondo (Coordinador), Pueblos indígenas y derechos humanos, España, Universidad de Deusto Bilbao, 2006, p. 538.

97 Durand Alcántara, Carlos H. y otros, (Coordinadores) Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india., Plaza y Valdez, México, 2000, pág. 7.

tanto con todos los derechos que la constitución, las leyes y, en general, el sistema jurídico mexicano garantiza a todos los ciudadanos, pero también con *derechos colectivos*, derivados de su pertenencia a un pueblo indígena específico, los cuales hasta ahora continúan sin reconocimiento legal y constitucional así como el reclamo de los pueblos indígenas de México por el reconocimiento a su derecho a la autonomía por parte del gobierno con lo que el espíritu de los Acuerdos de San Andrés Larraínzan quedó fuera del texto de nuestra constitución. Para enfrentar la cuestión indígena es indiscutible que se necesita una reforma a nuestro sistema jurídico, las instituciones y políticas diseñadas hasta ahora sobre el tema, una reforma que atienda al espíritu y las demandas expresadas en los Acuerdos de San Andrés, El Estado de derecho, democrático y multicultural al que todos aspiramos no puede no lo pueden construir los pueblos indígenas solos se requiere el concurso de todos los mexicanos.

Mientras esto sucede, muchos pueblos y comunidades indígenas han decidido no esperar pasivamente y se han enrolado en la creación de gobiernos autónomos desatando procesos en donde se ensayan nuevas formas de entender el derecho, imaginan otras formas de ejercer el poder y construyen otro tipo de ciudadanía. De acuerdo con estas ideas el derecho se mide más por la eficacia de la norma que lo regula, por la legitimidad de quien lo reclama, el poder tiene sentido en la medida en quien lo detenta lo reparte entre todo el grupo hasta el grado de que él no cree privilegios, que es lo que se traduce el famoso “mandar obedeciendo” y la ciudadanía; es decir, la característica que da sustento al ejercicio de los derechos políticos no se mide por alcanzar cierta edad, sino porque se está en actitud de asumir compromisos sociales y que se cumplan con la comunidad,, cualidad muy propia de las comunidades indígenas en México.<sup>98</sup>

## Conclusiones.

Que el movimiento de reconocimiento de los derechos indígenas se ha manifestado a partir de los fenómenos de globalización, integración y regionalización, que han desgastado el modelo de Estado Nación, favoreciendo el protagonismo de grupos sociales como el indígena, que propugnan por el reconocimiento de su autonomía política y jurídica.

Que el pluralismo jurídico como corriente teórica del derecho se ha constituido en una doctrina que manifiesta la necesidad de establecer nuevas formas de expresión del derecho, diferentes a las creadas tradicionalmente por el Estado. Estableciendo la necesidad de que existan otros entes diferentes al Estado Nación, bajo los cuales se exprese el derecho, que sean capaces

---

98 López Bárcena, Francisco, *Autonomía y Derechos Indígenas en México*, CEIICH/UNAM, Ediciones Colocan, México, 2002, pp. 143-144.

de dar respuesta a las demandas de los nuevos actores sociales como minoría social (Comunidades indígenas) y de integrar nuevas formas de organización políticas y jurídicas que convivan con el Estado Nación.

Que las comunidades indígenas han constituido a lo largo de la historia verdaderas organizaciones políticas y jurídicas que se han integrado como comunidad a partir de una serie de valores, normas e instituciones determinando una propia identidad cultural diferente de la cultura occidental y del sistema capitalista que a través de un orden estatal a tratado equivocadamente, por medio de políticas gubernamentales de integrarlas a una pretendida unidad nacional, sin entender que estas comunidades indígenas constituyen una identidad cultural propia, que lejos de ser absorbida por el Estado, deben ser respetadas en cuanto a su organización económica, política, social y jurídica.

Que el multiculturalismo como fenómeno de la modernidad ha constituido el sustento teórico, integración de las llamadas minorías, entre ellas las comunidades indígenas, que reclaman su propio lugar, así como el reconocimiento de su existencia y autodeterminación propia en todo aquello que afecta a sus intereses.

Que a pesar de haber sido incorporados los llamados derechos indígenas a nuestro texto constitucional, se hace necesario implementar una serie de cambios legales y jurídicos que contribuyan a dotar de una verdadera autonomía política y legal que les permita a dichas comunidades poder por sí solas resolver sus propias problemáticas o conflictos.

## **Bibliografía.**

- De Sousa Santos, Buenaventura, García Villegas Mauricio; *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001
- Durand Alcántara, Carlos H. y otros, (Coordinadores) *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india.*, Plaza y Valdez, México, 2000.
- Ochoa García, Carlos, “Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico”, Cholsamaj, Guatemala, 2002
- Odello Marco, *El derecho a la identidad de los pueblos indígenas de América: Canadá y México*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2012.

- Peña Jumba, Antonio, Cabedo Mayol, Vicente, López Bárcena Francisco, *Análisis constitucional justicia y derecho Oaxaqueño (México) justicia y derecho Aymara (Perú)* Pontificia Universidad Católica de Perú. Fondo Editorial Perú. 2002
- López Bárcena, Francisco, *Autonomía y Derechos Indígenas en México*, CEIICH/UNAM, Ediciones Colocan, México, 2002
- Ver Antonio Carlos Wolkmer, “Pluralismo jurídico un nuevo marco emancipatorio en América Latina” en Mauricio Villegas y Cesar Rodríguez (eds), obra citada, tomado de Wolkmer, Carlos Antonio de *Pluralismo jurídico fundamentos de una nueva cultura de Derecho*, Traducción Davis Sánchez Rubio, Editorial Mac, España, 2006
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, en: Mikel Bearrondo (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, España, Universidad de Deusto Bilbao, 2006
- Zolla Carlos, Zolla Márquez Emiliano, *Pueblos indígenas de México, 100 preguntas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004