

# De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena

*Vicente Gabedo Mallol\**

## INTRODUCCIÓN: EL MONISMO JURÍDICO Y LA NEGACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA

La concepción monista del derecho identifica el derecho con el Estado. Según esta ecuación Estado-derecho, únicamente se considera derecho al sistema jurídico estatal y, por tanto, es imposible que existan diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio (espacio geopolítico). Es el Estado, a través de sus órganos, el único que puede crear normas jurídicas.

Esta monopolización de la producción jurídica y del uso de la fuerza por parte del Estado debe situarse en un momento histórico determinado: el nacimiento del Estado moderno en el siglo XVI. La centralización del Estado, del poder, tenía como objetivo suprimir el poder de los señores feudales —los fundos constituían auténticos ordenamientos jurídicos— y de la Iglesia y el imperio. Este dogma de la unidad del derecho se acentuará con la formación de los estados-nación liberales y, posteriormente, la expansión capitalista y la implantación del modelo fordista-keynesiano.<sup>1</sup> Este modelo de Estado-nación es el que adoptaron en América los nuevos estados surgidos tras independizarse de España y Portugal.

En el plano jurídico, la concepción monista del derecho encuentra su apoyo en el positivismo jurídico. El positivismo va a primar la ley escrita, en detrimento de la costumbre.

\* Universidad Politécnica de Valencia, España.

<sup>1</sup> Nos explica Germán Palacios cómo “la imposición del modelo fordista-keynesiano y, por tanto, del Estado como mecanismo clave de la regulación social y política, convirtió también al derecho en instrumento de esa regulación. Fue entonces imposible pensar en derecho sin Estado, y lo que más se desarrolló fue el derecho del intervencionismo estatal: fue el periodo del predominio de la racionalidad técnico-jurídica sobre la contractual [...], la época del monismo jurídico [estatal]”. Germán Palacios, “Pluralismo jurídico, neoamericanismo y postfordismo: notas para descifrar la naturaleza de los cambios jurídicos de fines de siglo”, *Crítica jurídica*, núm. 17, Facultades de Brasil, Paraná (Brasil), 2000, *on line* en [www.unibrasil.com.br/criticajuridica/17](http://www.unibrasil.com.br/criticajuridica/17)).

De este modo el derecho es concebido como el sistema de normas escritas emanadas por el Estado. El máximo exponente del positivismo sería Hans Kelsen con su *Teoría pura del derecho*. Esta idea estatista<sup>2</sup> del derecho sería complementada por Hart con el concepto de reglas secundarias.<sup>3</sup>

La estrategia, en América Latina, del derecho hegemónico (positivo, estatal) —de sus operadores— frente al derecho indígena durante siglos ha sido negar dicha naturaleza jurídica a la normatividad indígena, constituyendo un claro ejemplo de intolerancia. Por ello, la primera cuestión que debe resolverse es la existencia o no de auténticos sistemas jurídicos indígenas.

#### EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA COMO AUTÉNTICO SISTEMA JURÍDICO

La concepción monista del derecho identificaba al mismo, como hemos visto, con la normatividad escrita emanada por el Estado, el cual —se dice— goza del monopolio del uso legítimo de la violencia. De este modo, dentro del territorio de un Estado únicamente cabría hablar de la existencia de un sistema jurídico: el derecho estatal.

Desde esta visión monista y etnocéntrica del derecho, el derecho indígena es minusvalorado al referirse a él con el término *costumbre* o *usos y costumbres*. “En términos valorativos, por lo general, el uso del concepto ‘costumbre’ va asociado a una subvaloración de los indígenas, a los que se busca sujetar a tutela y control. En términos políticos, se propone la represión o criminalización de prácticas indígenas que están en contra de la ley (*contra legem*).”<sup>4</sup>

En realidad, esta concepción del derecho indígena es acorde con la concepción misma que sobre el indígena se tuvo. En su día, fueron tratados como “salvajes”, o “atrasados”, y sometidos a procesos de aculturación mediante las políticas de asimilación y, posteriormente, de integración a la sociedad hegemónica, al “progreso”. La intolerancia de la diferencia, la diversidad.

Lo curioso de las reflexiones sobre si el derecho indígena está constituido por normas jurídicas, si constituye un sistema jurídico, es que parten de unos conceptos elaborados por la teoría general del derecho, que fueron la herramienta del positivismo y que son obra,

<sup>2</sup> Ballón califica al “estatismo” como una ultrateoría de la forma, puesto que “consiste en conducir la teoría positiva a un extremo para el cual todo producto jurídico nace del Estado y está referido a normas dispuestas por él” (Francisco Ballón, “Introducción al derecho de los pueblos indígenas”, *Justicia comunitaria en los Andes*, vol. I, Allpanchis, núm. 59/60, Sicuani, Cuzco, Perú, Instituto de Pastoral Andina, 2002, p. 19.

<sup>3</sup> Para Hart estas reglas secundarias permiten identificar una norma como perteneciente a un sistema jurídico (reglas de reconocimiento), también indican quiénes y cómo se crean, modifican o derogan las normas primarias (reglas de cambio) y, por último, establecen los órganos que aplican las normas a los casos concretos (reglas de adjudicación). *Vid.* caps. V, “El derecho como unión de reglas primarias y secundarias”, y VI, “Los fundamentos de un sistema jurídico”, de la obra de H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

<sup>4</sup> Yrigoyen, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Mirna Mack, 1999, pp. 17 y 18.

obviamente, de la cultura occidental. Cabe preguntarse hasta qué punto no resulta viciado o contaminado nuestro análisis. Es elocuente Correas<sup>5</sup> cuando, entrando a debatir si los pueblos indígenas cuentan con sistemas normativos o con sistemas jurídicos, cita como ejemplo a otro sector marginado, como son los Sin Tierra brasileños, y se pregunta: ¿qué diferencia a estos sistemas normativos, obedecidos por grupos pequeños, sin procedimientos complicados de aplicación, de un sistema jurídico?; y responde que probablemente haya muchas diferencias, o probablemente no tantas, pero en realidad ello poco importa. Sin embargo, nosotros sí hemos pretendido demostrar en nuestras investigaciones que la normatividad indígena es derecho, es decir, que constituye un sistema jurídico, con el único fin de reivindicar el reconocimiento de la pluralidad jurídica, de situar al derecho de los pueblos indígenas al mismo nivel que el derecho estatal.

Por tanto, en primer lugar, debemos analizar, desde la misma perspectiva positivista, qué es o, mejor dicho, cuándo estamos en presencia de un sistema jurídico. En este sentido, será trascendental referirnos a Hart y las *reglas secundarias*.<sup>6</sup>

Según Hart, un sistema jurídico está formado por dos tipos de reglas: *las primarias* y *las secundarias*. Las primarias serían predicables respecto de todo tipo de sociedad, mientras que las secundarias representarían, en palabras de Hart, el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico. Desde este punto de vista, las llamadas sociedades “primitivas” carecerían de estas últimas reglas y, por ende, sus normas de control social no conformarían un auténtico sistema jurídico. <sup>7</sup> De ahí que nuestra atención se centre en las susodichas reglas secundarias.

Las reglas secundarias incluirían reglas de *reconocimiento*, de *cambio* y de *adjudicación*. La ausencia de estos tres tipos de reglas conllevaría, respectivamente, una falta de certeza, un carácter estático y una insuficiente presión (en todo caso, difusa) en el cumplimiento de las reglas primarias. Serían, pues, estos tres elementos —desde esta perspectiva formalista— determinantes a la hora de calificar un sistema como jurídico. Aceptando estos postulados, cabría preguntarse si los pueblos indígenas (“las comunidades primitivas”) cuentan o no con un derecho pleno.

<sup>5</sup> Cfr. Correas, “Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia”, *InfoJus*, Boletín 81, México, III-UNAM, 1995.

<sup>6</sup> *Vid.* caps. V, “El derecho como unión de reglas primarias y secundarias”, y VI, “Los fundamentos de un sistema jurídico”, de la obra de Hart, *op. cit.*

<sup>7</sup> Esto es de por sí, nos advierte Durand Alcántara, debatible “al haber ‘dilucidado’ el autor [Hart] la normatividad indígena bajo patrones jurídicos occidentales” (Carlos Humberto Durand Alcántara, *Derecho nacional, derechos indios y derecho consuetudinario indio: los triquis de Oaxaca, un estudio de caso*, México, Universidad Autónoma Chapingo/Universidad Autónoma Metropolitana, 1998 p. 196).

Como señala Esther Sánchez, en realidad “intentar verificar si los pueblos indígenas tienen o no sistemas jurídicos a partir de nuestra propia idea de lo que es un sistema jurídico, atenta contra el propósito mismo de reconocer y proteger la diferencia”. Sánchez Botero, *La jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1999, p.128.

Es la propia realidad la que nos despeja el interrogante, constatando que en la normatividad indígena no se da esa falta de certeza, de seguridad jurídica, ni el carácter estático, ni, por supuesto, esa falta de control “jurisdiccional”. En este sentido, en un interesante artículo sobre los aguaruna,<sup>8</sup> Francisco Ballón nos muestra cómo este grupo étnico conoce (reconoce) sus propias normas primarias, y es notorio además el cambio de dichas normas con el paso del tiempo; también se observa en estas comunidades lo que podría ser, en términos occidentales, “un sistema institucionalizado o formalizado de justicia nativa”.

Visto que no podemos negar la naturaleza jurídica a los sistemas normativos indígenas con las tesis de Hart y sus reglas secundarias, debemos seguir reflexionando acerca de las razones por las cuales se minusvalora el derecho de estos pueblos, y se les niega tal naturaleza.

El “problema” en el reconocimiento del derecho indígena, su tolerancia, por parte de los positivistas, radica o se asocia al propio carácter consuetudinario<sup>9</sup> del mismo. Para la ideología jurídica dominante, la de las facultades de derecho, la costumbre se sitúa en una posición desventajosa frente a la norma escrita, y queda convertida en una fuente de derecho que no puede ser contraria a la ley (escrita), *contra legem*. A ello se une que, como bien expresa Durand Alcántara, la costumbre jurídica indígena “forma parte de un conjunto de categorías más amplias, como son la costumbre general y la cultura de los pueblos indios, las que a su vez nos permiten reconocer la identidad grupal que subyace en cada uno de ellos”.<sup>10</sup> Pero es que, como también señalan acertadamente Esther Sánchez<sup>11</sup> y Raquel Yrigoyen,<sup>12</sup> no tiene por qué exigirse que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social. Lo contrario supondría una actitud etnocentrista.

Como puede verse, conforme avanzamos en la comprensión de qué es un sistema jurídico, nos (re)situamos más en una dimensión política y menos científico- jurídica. Y éste es el punto al cual queríamos llegar, pues no puede comprenderse, si no es por razones políticas, cómo se pretende verificar si los pueblos indígenas cuentan o no con sistemas jurídicos desde el punto de vista occidental. Imponer nuestra idea de sistema jurídico, dirá Esther Sánchez, “atenta contra el propósito mismo de reconocer y proteger la diferencia”.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Vid. Francisco Ballón Aguirre, “Sistema jurídico aguaruna y positivismo”, Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (comps.), *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, pp. 117-139.

<sup>9</sup> Oscar Correas comenta que lo primero que habría que hacer es dejar de lado ese término confuso (costumbre), y hablar, simplemente, de derecho escrito y no escrito. Con ello, según este autor, terminaría la lamentable cuanto inútil discusión acerca de si las normas de las comunidades son derecho o no lo son, y acerca de la diferencia entre derecho y costumbre (Correas, “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 14, Lima, UNMS, 1994, p. 21).

<sup>10</sup> Durand, *op. cit.*, p. 198.

<sup>11</sup> Sánchez, *La jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>12</sup> Yrigoyen, *Pautas de coordinación...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 128.

Por lo tanto, resultará fundamental primero entender estas razones políticas para, posteriormente, ofrecer una definición de sistema jurídico que supere esos condicionamientos y, de este modo, resolver la cuestión planteada inicialmente: la existencia de sistemas jurídicos indígenas.

Quien más ha reflexionado sobre la teoría general del derecho, el pluralismo jurídico y el derecho indígena, es sin duda Óscar Correas.<sup>14</sup> Para este autor, la posibilidad de reconocer el pluralismo jurídico, es decir, la coexistencia de diversos sistemas jurídicos, choca o se enfrenta con una ideología fortísima, cual es la ideología de la *soberanía*. Recuerda Correas en sus ensayos cómo el Estado moderno se ha constituido alrededor de la idea de soberanía, y, en este sentido, se afirma que no hay ningún otro poder por encima de él. Con esta ideología resulta obvio que las normas sólo pueden ser producidas por el poder (el Estado “soberano”).<sup>15</sup> Pero es que, además, el derecho —apunta Iturralde— se convertirá en una pieza clave en la estrategia del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar así su hegemonía.<sup>16</sup> Son, pues, razones políticas y no jurídicas, en principio, las que impedirían, si se quisiera, analizar si las normas de los pueblos indígenas son derecho.

Dichas razones políticas, junto con el hecho de que la teoría general del derecho ha elaborado el concepto de sistema jurídico sobre la base de los sistemas europeos, nos llevan a la necesidad de reelaborar un concepto de derecho, de sistema jurídico, que realmente sea “universal”, vocación que, por cierto, es la que persigue la propia teoría general del derecho.<sup>17</sup>

Correas nos propone un concepto sociológico del derecho, según el cual éste sería “un discurso prescriptivo autorizado que organiza y por ello legitima la violencia, y que es reconocido como tal”.<sup>18</sup> De esta definición extrae los siguientes elementos:

1. El derecho es discurso prescriptivo.
2. La amenaza de la violencia.
3. La autorización del discurso. Los funcionarios.
4. El reconocimiento del discurso.

<sup>14</sup> Al respecto pueden consultarse, entre otros artículos de este autor, “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 14, Lima, UNMS, 1994, pp. 15- 31; “El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante”, *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas: IV jornadas lascasianas*, México, UNAM, 1994, pp. 95-110; “Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia”, *InfoJus*, Boletín 81, México, III-UNAM, 1995. “El pluralismo jurídico y el derecho alternativo: algunos problemas teóricos”, *op. cit.*, pp. 37- 53; “El derecho entre dos mundos”, *InfoJus*, Boletín 86, México, III-UNAM, 1997.

<sup>15</sup> A la misma conclusión llega Rodolfo Stavenhagen, quien formula la siguiente interrogación retórica: ¿cuál es el Estado que se arriesga a desprenderse de esos elementos fundamentales de su “soberanía”? Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos/El Colegio de México, 1988, p. 103. La respuesta es, sin duda, obvia: ninguno.

<sup>16</sup> Iturralde, “Uso de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado”, en *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*, Quito, Abya-Yala, 1993, p. 125.

En esta misma línea, De la Cruz nos explica que “la ley se ha transformado en un instrumento eficiente para consolidar la dominación y destrucción de [...] los pueblos indígenas”. Rodrigo de la Cruz, “Aportes del derecho consuetudinario a la reforma del Estado”, en *Derecho, pueblos indígenas...*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>17</sup> La teoría general del derecho se centró en la dogmática jurídica, cuando aquella debería proporcionar elementos a otras ciencias jurídicas, como es el caso de la sociología jurídica.

<sup>18</sup> Correas, “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, *op. cit.*, p. 17.

Con esta definición de derecho, Correas se plantea, en relación con los pueblos indígenas, la siguiente pregunta retórica: ¿usan normas que amenazan con la violencia (entiéndase tanto física como simbólica) y que son cumplidas y hechas cumplir por funcionarios autorizados? Su respuesta es que sí, que se cumplen en estas sociedades los elementos apuntados de la definición de derecho que propone. A igual conclusión llega Yrigoyen con su definición de sistema jurídico.<sup>19</sup> Pero el autor va aún más allá y, siguiendo a Kelsen, se plantea si los indígenas cuentan con un sistema válido de normas jurídicas. Para concluir con este apartado y zanjar la cuestión de la existencia de los sistemas jurídicos indígenas, hay que señalar, por una parte, que coincidimos con Ballón en cuanto a que “es necesario escapar —como hemos podido comprobar— al encasillamiento que supone definir la génesis de un sistema jurídico, basado en criterios formales, y reorientar el análisis en función a los criterios políticos y sociales que hacen coherente cualquier sistema normativo”;<sup>20</sup> y, por otra, que consideramos superada esta polémica desde el momento en que el mismo Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU,<sup>21</sup> en su artículo 4º reafirma nuestra hipótesis inicial al señalar que “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus [...] *sistemas jurídicos*” (las cursivas son nuestras).

#### EL DERECHO EN LA MODERNIDAD Y EN LA POSMODERNIDAD

La modernidad, como pensamiento que surge en la Ilustración, da primacía a la razón y a instaurar una racionalidad instrumental. Esta nueva forma de pensar —comenta Fernando de Trazegnies— “era verdaderamente revolucionaria: toda tradición debía ser replanteada a la luz de los fines del individuo y de la razón instrumental. Ello significa que las tradiciones no tienen derecho alguno por sí mismas y que deben ser más bien objeto de desconfianza y de inspección”.<sup>22</sup> De este modo, cada hombre decide racionalmente su futuro, y las diferencias culturales, las tradiciones, representan un obstáculo a su propio progreso y a su libertad.

En el plano jurídico, esta racionalidad se traduce en la creación de un derecho nacional y, presuponiendo que la razón es universal porque es parte de la naturaleza humana, se llega, con Kant, incluso al convencimiento de que es posible un derecho universal. Esta homogeneidad jurídica de la modernidad impide considerar un pluralismo jurídico al margen del Estado. El derecho, con los postulados del monismo jurídico, se define como “un grupo de

<sup>19</sup> Para esta autora, “se llama sistema jurídico o ‘derecho’ a los sistemas de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social y resolver conflictos. También incluye normas que establecen cómo se crean o cambian las normas, los procedimientos, las instituciones y autoridades”. Yrigoyen, *Pautas de coordinación...*, op. cit., p. 20.

<sup>20</sup> Ballón, op. cit., p. 137.

<sup>21</sup> El Proyecto de Declaración puede consultarse en Antonio Peña Jumpa, Vicente Cabedo Mallol y Francisco López Bárcenas, *Constituciones, justicia en los pueblos indígenas de América Latina*, Lima, PUCP, 2002, pp. 479-492.

<sup>22</sup> De Trazegnies, “Posmodernidad y pluralismo jurídico”, en *¿Qué modernidad deseamos?: el conflicto entre nuestra tradición y lo nuevo*, Lima, Epígrafe Editores, 1994, p. 195.

normas, instituciones y patrones de conducta emanadas de una autoridad central, que aspiran a una coherencia interna y cuya aplicación debe hacerse de manera consistente por una organización judicial centralizada a partir del Estado”.<sup>23</sup>

Desde el punto de vista económico, el derecho se va a convertir en una herramienta fundamental de la burguesía para imponer determinada racionalidad (instrumental, organizacional, lógico-formal, de dominación totalizadora), pretendiendo lograr una integración homogeneizadora. Dicha integración u homogeneización resulta de vital importancia para el desarrollo de la sociedad moderna capitalista, y de este modo se facilitan los intercambios comerciales y, en definitiva, la economía privada de mercado.<sup>24</sup> Es así como el formalismo jurídico entronca con el economicismo, el cual conduce —como explica el profesor Jesús Ballesteros— “a un vaciamiento en el contenido del derecho, que quedará reducido a instrumento al servicio de la clase que representa el desarrollo de la economía, esto es, la burguesía”.<sup>25</sup> La máxima expresión de este pensamiento correrá a cargo de la escuela utilitarista.

La posmodernidad —según comenta De Trazegnies— es un desencanto exasperado frente a esta modernidad, es decir, frente al carácter universalizante del pensamiento moderno.<sup>26</sup> Es, en suma, una reacción a la homogeneización y universalización a través de una cultura pretendidamente superior.

La posmodernidad, por lo tanto, va a necesitar de una nueva racionalidad ante el agotamiento y crisis de los paradigmas de la modernidad (el idealismo individual, el racionalismo liberal y el formalismo positivista). Esta nueva racionalidad es descrita por Jürgen Habermas, en su *Teoría de la acción comunicativa*,<sup>27</sup> como práctico-comunicativa (diálogo-consensual, reflexiva-trascendental). “La expresión ‘acción comunicativa’ —dirá Habermas— designa aquellas interacciones sociales para las cuales el uso del lenguaje orientado al entendimiento asume un papel de coordinación de la acción.”<sup>28</sup>

La racionalidad para Habermas —explica Barbara Freitag— “ya no es una facultad abstracta, inherente al individuo aislado, sino un procedimiento argumentativo por el cual dos o más sujetos se ponen de acuerdo sobre las cuestiones relacionadas con la verdad, la justicia y la autenticidad. El concepto de razón únicamente tiene sentido en cuanto razón dialogada”.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> De Trazegnies, *Posmodernidad y derecho*, Lima, Ara, 1996, p. 72.

<sup>24</sup> Esta homogeneización también va a ser de vital importancia para la planificación económica llevada a cabo en los estados socialistas.

<sup>25</sup> Jesús Ballesteros, *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 41.

<sup>26</sup> De Trazegnies, “Posmodernidad y pluralismo jurídico”, *op. cit.*, p. 202.

<sup>27</sup> Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, ts. I y II, Madrid, Taurus, 1987.

<sup>28</sup> Habermas, “Acciones, actos del habla, interacciones lingüísticamente mediadas y mundo de la vida”, *El pensamiento postmetafísico*, Madrid, Taurus, 1990, p. 70.

<sup>29</sup> Barbara Freitag, *Teoría Crítica: Ontem e Hoje*, Sao Paulo, Brasil, Brasiliense, 1987, p. 59. Cita extraída de Antonio Carlos Wolkmer, “Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas”, en *El otro derecho*, núm. 7, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1991, p. 35.

La posmodernidad va a aceptar la diversidad y a reconocer el pluralismo jurídico que la misma conlleva (una racionalidad emancipatoria). Pero el pluralismo jurídico no puede conllevar una desorganización axiológica, social y jurídica, una mera yuxtaposición de lo diferente. Precisamente esa razón dialogada a la que alude Habermas permitirá, sin perder la heterogeneidad, articular las diferencias, logrando una unidad, una integración no homogeneizadora de lo diferente. Se trata de superar el falso dilema universalismo *versus* particularismo cultural.

Para lograr esta integración de lo culturalmente diverso, Ana Teresa Martínez<sup>30</sup> propone articular las diversas identidades haciendo prevalecer una u otra según las circunstancias, es decir, debemos analizar el problema de las relaciones entre sujetos y grupos culturalmente diversos en el seno de una sociedad según un modelo comunicacional. Es necesario — continúa explicando esta autora— un entendimiento, el cual no podrá basarse en los valores culturales no compartidos. El respeto, la reciprocidad y la igualdad serán valores — universales— necesarios de todo diálogo (el suelo legitimador de un diálogo intercultural).

Para Karl-Otto Apel,<sup>31</sup> comenta Wolkmer,<sup>32</sup> la nueva ética universalista debe basarse en una “ética de la responsabilidad”, construida por el consenso y la solidaridad de voluntades reafirmadas, de la comunidad real. Una ética dialogada que se articula a través de la interacción social.

En este sentido, el nuevo derecho “debe —dice De Trazegnies— rescatar la diversidad cultural y normativa, debe abandonar sus urgencias universalistas y establecer un orden dentro de lo variado, una unidad que no sacrifique lo múltiple”.<sup>33</sup> El diálogo entre los sistemas jurídicos alternativos y el sistema jurídico estatal no debe suponer la subordinación de los primeros, pero tampoco la mera yuxtaposición de todos. Ello requerirá una reformulación del concepto de derecho capaz de abarcar la pluralidad jurídica.

González Galván<sup>34</sup> entiende que un derecho pluricultural, en cuanto derecho común, comunitario, debe redefinir:

- a) El principio del *derecho a la igualdad jurídica* (corregir la tendencia de las diferencias culturales a discriminar a algunos).
- b) El principio de *derecho a la diferencia cultural* (corregir la tendencia de aplicar el principio de igualdad ignorando las diferencias).
- c) El principio de la *tolerancia* (corregir la tendencia a imponer el criterio del más fuerte).
- d) El principio de *solidaridad* (corregir la tendencia a olvidar la corresponsabilidad).

<sup>30</sup> Cfr. Ana Teresa Martínez, “Pluralismo jurídico y diversidad cultural: hacia un replanteamiento del concepto de derecho”, en *Filosofía y sociedad: en busca de un pensamiento crítico*, Cusco, Perú, Instituto de Pastoral Andina/Centro de Estudios Regionales Andinos “Bartolomé de Las Casas”, 1995, pp. 45-47.

<sup>31</sup> Karl-Otto Apel, *Estudios éticos*, Barcelona, Alfa, 1986.

<sup>32</sup> Cfr. Wolkmer, *op. cit.*, pp. 35-37.

<sup>33</sup> De Trazegnies, “Posmodernidad y derecho...”, *op. cit.*, p. 81.

<sup>34</sup> Cfr. Jorge Alberto González Galván, “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT”, en *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 2000, p. 95.



Este derecho común, comunitario, nos recuerda, salvadas las distancias, al *ius gentium* romano entendido como derecho intercultural. Otfried Höffe describe al Imperio romano como “un Estado multiétnico, cuya población integra una sociedad que, según la terminología de hoy, calificaríamos de alta complejidad multicultural”.<sup>35</sup> En ese contexto, al *ius gentium* se le considera un derecho intercultural. Reflexionando sobre esta articulación de las diferencias, De Trazegnies plantea la noción de *interés general* para articular los derechos consuetudinarios (en relación con los sistemas jurídicos indígenas) con el derecho oficial.<sup>36</sup> El problema es definir ese concepto de interés general para que no sea expresión de uno de los grupos culturales participantes.

Apel, por su parte, plantea la necesidad de una “norma moral fundamental”, en el sentido de que “solamente este tipo de norma básica, universalmente válida, de fundamentación consensual-normativa, es la que puede posibilitar la convivencia de las personas, de los pueblos y de las culturas, con diferentes intereses y tradiciones valorativas de mundos vitales”.<sup>37</sup>

Esa norma fundamental a la que hace referencia Apel podría encontrarse, según Ana Teresa Martínez,<sup>38</sup> en la *reciprocidad*. La reciprocidad, como estructura básica de los derechos humanos universales, sería intercultural al ser propia del ser humano. Por su parte, De Trazegnies considera a los derechos humanos como el punto de encuentro, en cuanto constituirían la base de toda cultura.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Otfried Höffe, *Derecho intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 37.

<sup>36</sup> Cfr. De Trazegnies, “Posmodernidad y derecho...”, *op. cit.*, pp. 210-212. Comentando a De Trazegnies, Ramiro Molina advierte que “el reto del pluralismo jurídico es permitir ese diálogo entre la noción de la unidad y la diversidad, de tal modo que se garantice a la vez la aplicación de los derechos humanos (noción universalista) y el de los derechos consuetudinarios de los grupos culturales (noción particularista)”. Ramiro Molina Rivero, “Una aproximación histórica y contemporánea al derecho indígena: el tratamiento de la Ley de Justicia Comunitaria en Bolivia”, en *Desafíos de la democracia en la región andina: ensayos sobre nuestra realidad*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1998, pp. 51-52.

Como habrá podido comprobarse, De Trazegnies relaciona el fenómeno del pluralismo jurídico con el multiculturalismo, lo cual, aun siendo cierto, resulta ser una visión reduccionista (una concepción dualista de los sistemas jurídicos), tal y como ha señalado Armando Guevara. Para este último autor la ecuación pluralidad legal (o jurídica)/ multiculturalismo describiría únicamente el pluralismo jurídico clásico. La diversidad cultural no es la única fuente del pluralismo jurídico, el cual, como ya hemos visto, comprende todos aquellos fenómenos jurídicos de los espacios sociales semiautónomos. Vid. Guevara, “La antropología del derecho en el Perú: una disciplina marginal y periférica”, *América Indigenista*, vol. LVIII, núms. 1-2, México, 1998, pp. 343-373.

<sup>37</sup> Karl-Otto Apel, *op. cit.*, p. 93 (citado en Wolkmer, *op. cit.*, p. 36).

<sup>38</sup> Martínez. *op. cit.*, p. 68.

<sup>39</sup> De Trazegnies, “Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidad y límites”, *op. cit.*, p. 35.

Como más adelante tendremos la oportunidad de comprobar, los derechos humanos —su respeto— constituyen el límite que se ha establecido, tanto en constituciones como en el Convenio 169 de la OIT, para el ejercicio de la jurisdicción indígena. De modo que los derechos humanos constituirían el nexo integrador entre los sistemas jurídicos indígenas y el sistema jurídico oficial.

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 14 DE AGOSTO DE 2001

El 5 de diciembre de 2000, el recién elegido presidente de la república mexicana, Vicente Fox Quesada, sometió al H. Senado de la República la iniciativa de reforma constitucional en materia indígena elaborada por la Cocopa.<sup>40</sup> El dictamen de esta iniciativa sería aprobado por dicha cámara<sup>41</sup> el 25 de abril de 2001 y, tres días después, por el Congreso de la Unión. Con posterioridad, tal y como prevé el artículo 135 de la Constitución para llevar a cabo reformas a la misma, dicho dictamen sería aprobado por la mayoría de las legislaturas de los estados (se superarían los 16 votos necesarios). Finalmente, el 14 de agosto de 2001 se publicaba en el *Diario Oficial de la Federación* la tan esperada reforma.

La reforma constitucional afectó a los artículos 1, 2, 4, 18 y 115. De este modo, el artículo 1 pasa a contar con dos nuevos párrafos, uno que reproducía el contenido del antiguo artículo 2 (relativo a la prohibición de la esclavitud), y otro, de nueva creación, que —como nos dice Carbonell—<sup>42</sup> constituye una “cláusula formal de igualdad”, que prohíbe todo tipo de discriminación. El nuevo artículo 2, por su parte, pasa a ser, tras la reforma, la norma clave que regula la materia indígena. Por ello, desaparece el párrafo primero del artículo 4° (adicionado en 1992). Al artículo 18 se le añade un nuevo párrafo, el sexto, que aborda la cuestión del traslado o internamiento de presos a centros próximos a su domicilio (afecta a todos los presos, indígenas o no). Por último, en el artículo 115 se añade a la fracción III un párrafo que establece que las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse, y se remite a una futura ley.

### *El nuevo artículo 2° de la Constitución mexicana, especial referencia al derecho indígena*

La reforma, como hemos indicado, se concreta básicamente en el artículo 2° de la Constitución mexicana, cuyo contenido ha sido objeto de numerosas críticas y ha motivado que estados tan importantes como Oaxaca o Chiapas voten en contra del dictamen del Congreso de la Unión. Estas discrepancias están motivadas, con razón, en el hecho de que la redacción final de la norma se ha separado en algunos puntos de la iniciativa de la Cocopa, y se ha acercado, por cierto, a la propuesta por el presidente Ernesto Zedillo. Antes de analizar estas críticas debemos explicar la estructura de dicho precepto.

<sup>40</sup> La iniciativa presentada puede consultarse en [www.laneta.apc.org/rci/leyes/mex/iniale/for.html](http://www.laneta.apc.org/rci/leyes/mex/iniale/for.html).

<sup>41</sup> El dictamen puede consultarse en: [www.senado.gob.mx/gaceta/50/50bbis.html](http://www.senado.gob.mx/gaceta/50/50bbis.html).

<sup>42</sup> Miguel Carbonell, “Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001”, en Miguel Carbonell y Karla Pérez Portilla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México IJ-UNAM, 2002, p. 15.

## *Estructura del nuevo artículo 2°*

Es significativo que el artículo 2° comience proclamando que la nación mexicana es única e indivisible, principio de unidad sobre el que se vuelve a insistir en el párrafo quinto al reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, la cual —nos dice el precepto— “se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional”. Un falso temor de secesión impregna, como vemos, el reconocimiento del derecho a la autodeterminación, por no entender que el mismo únicamente implica autogobierno o, si se quiere, una autodeterminación interna, dentro del Estado.

Tras el referido principio de unidad se reconoce, en idénticos términos que en el antiguo artículo 4°, la composición pluricultural de la nación, “sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”. La novedad consiste en que, tomando como referencia el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, define quiénes son estos pueblos indígenas: “aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Se complementa esta definición con el siguiente párrafo, que nos sitúa en el criterio de autoidentidad: “conciencia de su identidad indígena”. Por su parte, el párrafo cuarto nos explica qué debe entenderse por comunidades indígenas.

El párrafo quinto es, sin duda, clave en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, al reconocer, como ya anticipamos, el derecho a la libre determinación. Tras dicho reconocimiento nos encontramos ante dos apartados distintos: el A y el B.

El apartado A concreta ese derecho a la libre determinación y a la autonomía de los pueblos indígenas en una serie de derechos (fracciones I a VIII), como “decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural”; “aplicar sus propios sistemas normativos”; “elegir, de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para garantizar sus formas de gobierno interno”; etc. En el apartado B (incluye fracciones I a IX), como explica Carbonell, “se enlistan una serie de medidas de carácter positivo que deberán llevar a cabo las autoridades federales, las locales y las municipales para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas”<sup>43</sup> (v. gr. “impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas”; “garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural”; “asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud”; etc.). Por tanto, junto al reconocimiento de una serie de

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 25 y 26.

derechos colectivos de los pueblos indígenas, se encomienda a los poderes públicos la tarea, propia de un Estado social, de lograr que la igualdad sea real y efectiva en un sector de la población mexicana tan marginado económica y socialmente como es el indígena.

### *Críticas a la redacción final dada al artículo 2°*

No pretendemos realizar un análisis exhaustivo de todas las críticas que se han vertido sobre este precepto. Únicamente queremos destacar dos aspectos importantes que separan la iniciativa del presidente Fox (basada en la propuesta de la Cocopa) del dictamen aprobado definitivamente. Estos puntos son: *a)* La consideración de las comunidades indígenas como entidades de *derecho público* (iniciativa) o como entidades de *interés público* (dictamen); y *b)* El acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus *tierras y territorios* (iniciativa) o acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la *tierra* establecidas en la Constitución y a las leyes de la materia, así como los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales (dictamen).

Respecto a la naturaleza de las comunidades indígenas, es unánime en la doctrina la crítica a su consideración como entidades de “interés público”. Dicha calificación resulta totalmente inadecuada, puesto que no puede predicarse de sujetos sino de objetos o cosas. En este sentido, Eduardo Sandoval<sup>44</sup> explica que el interés público “alude a todo aquello que, por un lado, es de incumbencia general a personas indistintas; y, por otro, que por ser de beneficio o de aprovechamiento público, obliga a la intervención del gobierno o de algún concesionario de éste para garantizar esa condición pública”. Por ello, coincidimos con el autor en que considerar a las comunidades indígenas entidades de *interés público* conlleva negarles su condición de sujetos de derecho —de autoridades del Estado, dirá González Galván—,<sup>45</sup> condición imprescindible para que puedan ejercer sus derechos, su autonomía.

En este punto, como en otros tantos, el dictamen aprobado, en vez de seguir la propuesta de la Cocopa (plasmada en la iniciativa del presidente Fox), regresa a la contrapropuesta del ex presidente Zedillo. Ya entonces recibió numerosas críticas la calificación de interés público. Bárbara Zamora<sup>46</sup> señalaba en noviembre de 1997 que la

<sup>44</sup> Eduardo Andrés Sandoval Forero, “Ley para los indios: una política de paz imposible en un mundo donde no caben más mundos”, en *Alertanet en Derecho y Sociedad*, —<http://www.geocities.com/alertanet2/f2b-Esandoval.htm> — 2001.

<sup>45</sup> Este autor explica que la noción de interés público no hace referencia a las personas, sino a la finalidad de las normas que emite el Estado, por lo que podrá reconocer organizaciones de individuos como empresas e instituciones de interés público cuando los fines que persiguen son de beneficio colectivo, pero no serán consideradas autoridades del Estado. González Galván, “La validez del derecho indígena en el derecho nacional”, en Miguel Carbonell y Karla Pérez Portilla (coords.), *Comentarios a la reforma...*, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

<sup>46</sup> Bárbara Zamora, “La reforma constitucional indígena”, *La Jornada*, México, 23 de noviembre de 1997.

propuesta gubernamental de Zedillo, “lejos de reconocer la personalidad jurídica de las comunidades, en un rango asociado con su autonomía y con la estructura del Estado, las expone a la intervención directa y permanente del gobierno”, y citaba ejemplos de interés público para demostrar el esperpento y lo absurdo que supondría catalogar de este modo a las comunidades. Del mismo modo, López Bárcenas escribía en aquellas fechas: “El colmo de esta propuesta es que ni siquiera se reconoce a la comunidad indígena como sujeto de derecho público; esto es, como parte de la estructura gubernamental y con competencias específicas”.<sup>47</sup> Cabría preguntarse cómo se pretende que puedan ejercer, por ejemplo, funciones jurisdiccionales, si se les niega la condición de sujetos de derecho público. Lo dicho, absurdo.

Igual de criticable resulta el apartado relativo al uso y disfrute de los recursos naturales. En la iniciativa del presidente Fox éstos se vinculan, muy acertadamente, no sólo con las tierras sino también con los territorios. El indígena está estrechamente unido a su territorio, puesto que en su cosmovisión el hombre es un elemento más de la naturaleza, forma parte de la misma. Es vital, por tanto, el territorio para reproducirse como pueblos. Sin embargo, el dictamen elimina la referencia al territorio y añade una serie de limitaciones a ese uso y disfrute (que ya no se dice que es “colectivo”) que, en cualquier caso, sería sólo “preferente”. El acceso a ese uso y disfrute vendría limitado o condicionado por: 1) Respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en la Constitución y las leyes; 2) Respeto a los derechos adquiridos por terceros (es decir, no indígenas) o por integrantes de la comunidad; y 3) No tratarse de áreas estratégicas. De nuevo el dictamen se acerca a la contrapropuesta que en su día hizo Zedillo: “De acuerdo con las formas y modalidades de propiedad previstas en el artículo 27 de esta Constitución, acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponda a la Nación”.

Frente a estas y otras críticas, Carbonell llama la atención acerca de lo poco que se ha reparado en que la reforma constitucional no zanja definitivamente el debate sobre la cuestión indígena, al remitirse el párrafo cuarto del nuevo artículo 2º a las constituciones y leyes de las entidades federativas. En opinión de este autor, “bajo este marco —respetando los ‘principios generales’ y las bases del artículo 2º— la legislación local podrá desarrollar tan ampliamente como lo considere oportuno los derechos y prerrogativas a favor de las comunidades indígenas”.<sup>48</sup> En cualquier caso, sin entrar a debatir si estos desaguisados podrán ser enmendados en las legislaciones locales, consideramos graves los cambios producidos en la

<sup>47</sup> López Bárcenas, “Iniciativas de reforma constitucional y derechos indígenas en México”, en *Memoria del II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 212.

<sup>48</sup> Carbonell, *op. cit.*, p. 14.

iniciativa del presidente Vicente Fox (que era la propuesta de la Cocopa), retomando puntos de la iniciativa formulada por Ernesto Zedillo, la cual fue duramente criticada.

En honor a la verdad, tampoco podemos dejar de mencionar que el dictamen finalmente aprobado mejora en algunos aspectos la primera iniciativa. Así, por ejemplo, González Galván<sup>49</sup> opina que el dictamen mejora la iniciativa en aspectos como el hecho de incorporar, para identificar a los pueblos indígenas, el criterio de autoidentidad o definir (la iniciativa no lo hacía) qué, debe entenderse por comunidades indígenas.

### *El reconocimiento del derecho indígena*

El actual artículo 2º, en su apartado A, fracción II, reconoce el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para “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”.

Como se aprecia, la Constitución mexicana, tras la reforma aprobada, reconoce tanto el derecho como la propia jurisdicción indígena. Se suma, en este sentido, a sus homólogas de los países andinos analizadas. Sin embargo, este reconocimiento de la norma mexicana presenta peculiaridades (al no reproducir las cartas magnas andinas), por lo que debe analizarse detenidamente.

El precepto en cuestión, de entrada, está reconociendo *los sistemas normativos* de los pueblos indígenas, con todo lo que ello representa. Sabemos que un sistema jurídico o normativo<sup>50</sup> lo conforman tanto normas sustantivas como adjetivas o procesales, siendo apreciables en su interior las normas primarias y secundarias a las que alude Hart. Por tanto, reconocer estos sistemas indígenas equivale a reconocer el pluralismo jurídico. De ahí que la aclaración que posteriormente realiza la norma (“en la regulación y solución de sus conflictos internos”) resultaría en principio innecesaria. Sin embargo, dadas las reticencias positivistas para aceptar que la normatividad indígena constituye efectivamente un sistema jurídico, que es derecho, consideramos acertada dicha aclaración. La referencia a “la regulación” alude al derecho sustantivo (no circunscrito a unas materias determinadas) y la de “solución de conflictos” al derecho procesal.

<sup>49</sup> Cfr. González Galván, “La validez del derecho indígena en...”, *op. cit.*, p. 42.

<sup>50</sup> En anteriores trabajos hemos explicado la distinción entre sistema normativo y jurídico y la dificultad (o imposibilidad) para separar en el mundo indígena lo jurídico de la moral o, si se quiere, de lo mágico-religioso. A ellos nos remitimos.

Si comparamos el artículo 2º con sus homólogos colombiano, peruano, boliviano, ecuatoriano y venezolano, observamos una importante diferencia: el objeto de la norma. En el caso mexicano es el reconocimiento expreso de los sistemas normativos indígenas, y en los restantes, la función jurisdiccional de las autoridades indígenas. Ciertamente es que ambas formulaciones conducen a reconocer el pluralismo jurídico, pero el camino seguido es distinto: citando el nombre del producto (sistema jurídico) o los componentes del mismo (normas, procedimientos, funciones jurisdiccionales). La diferencia no resulta baladí, puesto que, a nuestro entender, ese “atrevimiento” de la norma mexicana puede servir para terminar con la subordinación a la que han estado sometidos los ordenamientos indígenas.

Por el contrario, en relación con los límites a este derecho para aplicar sus sistemas normativos, la norma mexicana resulta ser, con diferencia, la más restrictiva (salvo, tal vez, la venezolana por la referencia al orden público). Efectivamente, el artículo 2º condiciona o sujeta ese derecho y jurisdicción indígena no sólo al respeto de *los derechos humanos*, como prescribe el Convenio 169, sino también a los *principios generales de esta Constitución*, las *garantías individuales*, y a *la dignidad e integridad de las mujeres*. Al respecto conviene hacer algunos comentarios.

En relación con los *principios generales* de la Constitución, tomando como referencia la jurisprudencia colombiana, consideramos que debería precisarse en las constituciones locales o, en último término, por la vía jurisprudencial, que no todos los principios de la Carta Magna mexicana priman sobre el principio de la diversidad étnica y cultural que la misma norma recoge. Habría que estarse al caso concreto y ponderar los principios en colisión. En todo caso, como regla de interpretación podría adoptarse la que utiliza la Corte Constitucional colombiana de *la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas* y — correlativamente— *la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía*.

Otro problema de igual envergadura lo representa el respeto de las *garantías individuales*. ¿Qué entendemos por garantías individuales? La Constitución mexicana dedica el capítulo I de su título primero a *las garantías individuales* (arts. 1º a 29). En estos preceptos se regulan derechos y libertades, pero también prohibiciones (v. gr. art. 28.1: “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos...”) y principios de toda índole (v. gr. art. 26.1: “El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación”; art. 14.1: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”). Cabe preguntarse y reflexionar sobre la aplicabilidad de todos estos derechos, libertades, prohibiciones y principios a los pueblos indígenas. La tolerancia, el

respeto a la diversidad étnica y cultural y a la libre determinación de los pueblos indígenas, conllevan la necesidad de ponderar la aplicación de las garantías individuales recogidas en el capítulo I del título I de la Constitución mexicana. En caso contrario, al trasladar todas esas garantías al mundo indígena, dejaría inoperantes los sistemas normativos de estos pueblos, puesto que, no lo olvidemos, su cosmovisión es diferente y su derecho es consuetudinario, no escrito. Son trasladables, por tanto, las reflexiones de la Corte Constitucional colombiana al respecto.

Después de las garantías individuales, el artículo 2º cita también como límite de los sistemas jurídicos indígenas la sujeción a los derechos humanos. Al respecto no tenemos nada que objetar, puesto que dicho límite es el que refleja el Convenio 169, el cual México ha ratificado. Nótese cómo se refiere a los “derechos humanos” y no a los derechos fundamentales, por lo que queda claro que no serían únicamente los reconocidos en la norma fundamental.

Es de destacar que la norma mexicana se refiere a un caso concreto de ese respeto a los derechos humanos: la dignidad e integridad de las mujeres. Para Magdalena Gómez<sup>51</sup> estas alusiones tienen “una gran importancia, pues significan una restricción constitucional explícita al ejercicio del derecho de los pueblos y abre con ello la posibilidad de que las mujeres indígenas se re coloquen al interior de los mismos”, y se argumenta que “hay conciencia de que la mujer indígena, con su doble problemática, la de género y la de pertenencia étnica, continúa fuera de la normatividad jurídica, tanto la interna de los pueblos como la nacional e internacional, pues hasta ahora sólo se tienen derechos en tanto mujeres y éstos no suelen respetarse ni dentro ni fuera de sus pueblos”. No ponemos en duda la realidad de la mujer indígena que la autora nos comenta, pero no creemos que la mejor manera de lograr esas readaptaciones o readecuaciones de la normatividad indígena que ella pretende sea trasladando la problemática a la Constitución y en forma de límites. El plano del diálogo intercultural, preconizamos, es el lugar adecuado para conseguir que la cultura indígena llegue a respetar los derechos de las mujeres indígenas. En todo caso, estamos de acuerdo con González Galván en su apreciación de que “por *derechos humanos* se incluyen los derechos de las mujeres”,<sup>52</sup> por lo que no debería haberse citado expresamente a la mujer. ¿Es que acaso, por respetable que sea, la dignidad de la mujer es superior al derecho a la vida, el cual no se menciona?

<sup>51</sup> Magdalena Gómez, “Lo que debe usted saber de la iniciativa de la Cocopa”, en *Alertanet en Derecho y Sociedad*, –<http://geocities.com/alertanet/F2b-Mgomez.htm>-, 2000.

Sobre la reforma y la discriminación de la mujer indígena puede consultarse a Rosa María Álvarez de Lara, “Algunos comentarios sobre el reconocimiento de la costumbre y la discriminación de la mujer en la reforma constitucional en materia indígena”, en Miguel Carbonell y Karla Pérez Portilla (coords.), *Comentarios a la reforma...*, *op. cit.*, pp. 111-125.

<sup>52</sup> González Galván, “La validez del derecho indígena...”, *op. cit.*, p. 45. El mismo autor entiende que la expresión *derechos humanos* también incluiría “todas las garantías sociales e individuales”, por lo que da a entender que tampoco debería haberse hecho mención a las *garantías individuales* como límites a los sistemas normativos indígenas. González Galván, “La validez del derecho indígena en...”, *op. cit.*, p. 42.



La fracción II del apartado A del artículo 2º concluye señalando que una ley establecerá “los casos y procedimientos de validación (la iniciativa decía *convalidación*) por los jueces o tribunales correspondientes”. González Galván, al comentar la reforma aprobada, considera que “al reconocer a los pueblos indígenas como entes de derecho público, como parte del Estado mexicano, sus juicios, procedimientos y resoluciones están sujetos a respetar la legislación vigente y por tanto someterlo, como a cualquier autoridad, no a la convalidación, validación u homologación de otra autoridad, sino a su *revisión* por un órgano jurisdiccional del Estado”. Discrepamos por completo de esta interpretación. Se confunden dos realidades distintas: *a)* la del mero *reconocimiento* de actos y decisiones de las autoridades indígenas, que precisamente por ser entidades de derecho público y formar parte del Estado, no tienen por qué serles revisadas sus decisiones por la jurisdicción ordinaria; y *b)* la de la garantía de amparo que asistiría a todo indígena, como ciudadano, al cual se le puede haber violado algún derecho fundamental. Por otra parte, la sujeción a la legislación vigente, como pretende González Galván, vaciaría de contenido este reconocimiento del pluralismo jurídico.

#### A MODO DE CONCLUSIÓN: EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INDÍGENA O EL PRINCIPIO DEL FIN DE LA INTOLERANCIA DE LA PLURALIDAD JURÍDICA

La realidad indígena, presente en la mayoría de los estados de América Latina, durante mucho tiempo ha sido silenciada, ignorada, en los textos constitucionales de estos países. La pretendida homogeneidad cultural de las sociedades latinoamericanas era una ficción que contrastaba con la propia realidad social.

Los nuevos estados latinoamericanos, surgidos en el siglo XIX tras lograr su independencia de España y de Portugal, adoptaron el modelo de Estado-nación liberal europeo. Las constituciones de estos nuevos estados, de acuerdo con este modelo de Estado-nación, partían del principio de igualdad formal liberal, haciendo tabla rasa de las diferencias. Se pretendía fundamentar la construcción nacional mediante la homogeneización cultural impuesta por la sociedad dominante (blancos y mestizos). De ahí los procesos de aculturación y asimilación a los que los pueblos indígenas fueron sometidos.

Esta concepción monocultural, reflejada en las cartas magnas de los estados latinoamericanos, empezaría a resquebrajarse a finales de la década de 1980, cuando las nuevas constituciones de dichos estados (o reformas de las mismas) comenzaron a reconocer la diversidad étnica y cultural presente en sus territorios. Se admite, de este modo, que el derecho a la diferencia que representan los pueblos indígenas, incorporado al más alto nivel normativo, no se contrapone al principio de igualdad. Al contrario, la igualdad, para que sea

real y efectiva, no puede basarse en la uniformidad, sino en el respeto y la tolerancia de la diferencia, la diversidad.

Este reconocimiento del pluralismo étnico y cultural y su traducción en una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas (derecho al territorio, derecho al respeto de sus lenguas, derecho al desarrollo propio...) es, por tanto, un fenómeno relativamente reciente que se proyectará, desarrollará y potenciará en este siglo XXI. Reconocimiento de los derechos indígenas que está estrechamente vinculado con los procesos de democratización de América Latina.

En este proceso de juridicidad en el plano estatal de los derechos de los pueblos indígenas, desempeñó un papel trascendental el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989. Este documento sustituye al Convenio 107, de 1957, y con él se abandonan las políticas integracionistas respecto a estos pueblos que este último convenio preconizaba.

Este reconocimiento constitucional de la diversidad que representan los pueblos indígenas y de sus derechos colectivos no está, sin embargo, exento de dificultades, reticencias y temores por parte de los estados. La propia consideración de "pueblos" y, consiguientemente, su malentendido derecho a la libre determinación, provocan falsos temores de secesión. Por estos motivos el Proyecto de Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU y el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA continúan estancados.

La libre determinación o autodeterminación interna, al contrario de lo que opinan sus detractores, no está reñida con la integración nacional. Ésta solamente se puede lograr, por un lado, reconociendo a los pueblos indígenas su identidad y todo lo que la misma representa, y, por el otro, en cuanto ciudadanos del Estado del cual forman parte, reconociendo su derecho de participación en la conformación de la voluntad nacional.

El reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción indígena romperá con una visión monista del derecho, que identificaba a éste con el Estado, con el poder soberano. Desde esta concepción, todavía no superada en muchos estados latinoamericanos, se niega la naturaleza jurídica a los sistemas normativos indígenas.

El derecho indígena, su preservación, resulta vital para la reproducción cultural de los pueblos indígenas, al igual que su lengua. Este hecho, junto con los problemas con los que se enfrenta el indígena ante un derecho y una justicia estatal que le resultan extraños a su cosmovisión, se presentarán como dos razones poderosísimas para el reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas.

Del estudio comparativo de las constituciones latinoamericanas se desprende:

1) Que únicamente reconocen el pluralismo jurídico que representan los sistemas jurídicos indígenas las cartas magnas de Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú, Venezuela y México. En dichas constituciones se reconoce tanto el derecho como la propia jurisdicción indígena.

2) Que la norma fundamental paraguaya reconoce el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, pero no el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de sus propias autoridades. Sería necesaria, por tanto, una reforma que incluyera el derecho de los pueblos indígenas a ejercer su jurisdicción.

3) Que las normas peruana y paraguaya son las únicas que sitúan expresamente el límite del derecho indígena en los derechos humanos, tal y como prescribe el Convenio 169 de la OIT. Resulta significativo el caso de Paraguay, ya que en el Estatuto de las Comunidades Indígenas, anterior a la Constitución actual y al Convenio 169, se establecía como límite de las normas consuetudinarias los principios de orden público. Se observa una evolución en los límites del derecho indígena.

4) Que la norma venezolana resulta muy criticable por incluir, precisamente, el orden público como límite de la jurisdicción indígena. Se aparta, en este punto, del resto de constituciones andinas que no hacen referencia a este límite; crítica que hay que extender a la norma mexicana por la amplitud en la fijación de dicho límite. El único límite que dichas Normas Fundamentales deberían reflejar sería el respeto de los derechos humanos; éstos en cualquier caso, deben ser interpretados a la luz de un diálogo intercultural sobre los mismos.

5) Que, en relación con el derecho y la jurisdicción indígenas, debe tenerse presente la rica jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense.

6) Que debe procederse, en aquellos estados que han reconocido los sistemas jurídicos indígenas, a la aprobación de una ley de coordinación o articulación entre el sistema jurídico estatal y los sistemas jurídicos indígenas. Dicha ley deberá, cuando menos, determinar la competencia de la jurisdicción indígena, establecer mecanismos para resolver los conflictos positivos de competencia entre la jurisdicción estatal y la indígena, prescribir que las presuntas violaciones de los derechos humanos por parte de la jurisdicción indígena serán resueltas por el Alto Tribunal del país (Tribunal, Corte o Sala constitucional) y señalar las formas (simples) de reconocimiento de las decisiones y resoluciones indígenas.

7) Que El Salvador, Honduras, Costa Rica y Chile deben proceder a reconocer constitucionalmente la diversidad étnica y cultural que representan los pueblos indígenas presentes en sus territorios. Reconocimiento que debe ir acompañado de una serie de derechos colectivos de estos pueblos, entre los cuales debe incluirse el derecho a tener su propio derecho y jurisdicción.

8) Que Guatemala, Nicaragua, Panamá, Brasil y Argentina deben reconocer en forma explícita el pluralismo jurídico en sus cartas magnas.

9) Que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de los derechos colectivos indígenas y, a nuestros efectos, del pluralismo jurídico, debe extenderse, en los estados latinoamericanos federales, a las constituciones de los estados que conforman dichas federaciones.

10) Que, aunque criticable en algunos aspectos, la norma constitucional mexicana resultaría la más progresista, al reconocer el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Este derecho incluye, por supuesto, el derecho de estos pueblos a su derecho y jurisdicción. Por ello, debería ser un ejemplo para el resto de estados latinoamericanos que cuentan con población indígena.

11) Que el pluralismo jurídico debe ser objeto de estudio tanto para las ciencias sociales como para las ciencias jurídicas, pues en los últimos años la disciplina constitucional creciente ha adquirido un protagonismo. En los últimos doce años, seis estados de América Latina han reconocido en sus constituciones el derecho y la jurisdicción indígenas. Por tanto, es previsible que próximas reformas o promulgaciones de nuevas cartas magnas latinoamericanas reconozcan también los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas. Por ello, es indudable la naturaleza constitucional de esta materia.

Extraído de: *Política y Cultura, primavera 2004, núm. 21, pp. 73-93* [en línea]  
<http://www.bvcooperacion.pe/biblioteca/bitstream/123456789/4891/1/BVCI0004349.pdf>

