

Pautas para delimitar el Derecho Penal Indígena

*David Chacón Hernández**

Un Derecho Penal Indígena puede ser deseable pero no necesariamente existente.

En todo caso, existe pero no exactamente con los mismos criterios que los del derecho penal estatal (DPE). En primer lugar, la conceptualización de lo antisocial y de la sanción o castigo no es igual en una sociedad donde impera el derecho legislado que en aquella en que norma el derecho consuetudinario; en segundo término, porque para los indígenas la división normativa no es un hecho real, lo que impide determinar un ámbito material de validez para las normas que rigen la comunidad; en tercero, puesto que la normatividad de los indígenas no atiende al mismo ámbito espacial de validez como las normas del derecho positivo, debido a que el área de influencia es cultural y no exactamente con los límites de la normatividad positiva.

An Indigenous Criminal Law may be desirable but not necessarily existing. In any case, it exists, but it is not exactly with the same criteria as the State Criminal Law. First, the conceptualization of antisocial and the penalty or punishment is not the same in a society ruled by the statutory law as the one where customary law prevails, and secondly, because the regulatory division is not real fact for the indigenous people, what prevents defining a material scope of validity for the rules governing the community; third, since the regulations of indigenous people is not addressed to the same scope of validity as the rules of the positive law, given that the area of influence is cultural and not exactly with the limits of positive regulation.

SUMARIO: Introducción / I. Es posible un Derecho Penal Indígena? / II. El derecho positivo estatal y el derecho consuetudinario / III. Los usos y costumbres indígenas / IV. Un Derecho Penal Indígena o un Derecho Penal para los Indígenas / V. Los indígenas fuera y dentro de su comunidad / VI. Conclusiones / Bibliografía

* Doctor en Derecho, Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción

Casi como acto reflejo, quienes nos formamos como juristas sucumbimos a la lógica de percibir al derecho y a las normas jurídicas que lo agrupan como materias diversas o como un conjunto de ramas, no importa si se trata del derecho mexicano o de otros países. De esta forma, creemos que existe un derecho penal en cada orden jurídico y, lo que es más, para justificar su carácter científico, debemos unificar conceptos que le den a la disciplina un estatus universal. Esta formación nos impide, en muchos casos, tal vez en la mayoría, aceptar como válido, y de hecho como único existente al derecho positivo, olvidando otros sistemas cuyas normas no son creadas, como es el caso del derecho estatal. En cuanto a el derecho consuetudinario que, en todo caso, sí estamos dispuesto a aceptarlo, entonces lo sometemos, epistemológicamente, a los mismos criterios del derecho estatal. Uno de esos criterios es que en las comunidades étnicas, los usos y costumbres que los rigen, deben también clasificarse como el derecho positivo, es decir, en ramas u órdenes jurídicos específicos. De esta forma, tal vez hablar de un probable Derecho Penal Indígena signifique un cierto desconocimiento de lo que implica el mundo normativo de los pueblos indígenas.

I. ¿Es posible un Derecho Penal Indígena?

En ocasiones confundimos lo deseable con lo posible. En este caso, habría que pensar para quien es deseable que exista un Derecho Penal Indígena (DPI), si por esta categoría se puede entender un conjunto de normas coactivas legisladas por un órgano estatal competente con las que se reprimen las conductas consideradas antisociales, con independencia de que se puedan conjuntar algunos elementos teóricos, y materiales para ello. Tal vez, con el propósito de que los jueces, los abogados, los ministerios público y hasta los mismos indígenas, conozcan las normas que regulan los conflictos suscitados en las comunidades indígenas, o bien, fuera de ellas, que involucren sujetos indígenas, haría más digerible la existencia de un ordenamiento que, al estudiarse, tal como las normas penales estatales, se pueda conocer y aplicar con los mismos o semejantes criterios. Lo anterior responde en parte la pregunta ¿para quién es deseable un DPI? No obstante, tal vez a los indígenas que viven en comunidades independientes —como sociedades tradicionales y, por ello, un tanto cerradas— no les interese un derecho penal tan especializado, debido a que el conjunto de normas que regulan su comunidad no se divide como suele hacerse en las sociedades abiertas. En parte, porque la cantidad de normas que regulan las comunidades étnicas en nuestro país y en muchos otros no son tan abundantes como las legislaciones nacionales.

Pero más allá de esto, la cuestión penal, entendida como el mundo de las conductas delictivas, trasciende el ámbito geográfico de las comunidades y provoca que

muchas personas indígenas se involucren en actividades delictivas en los lugares a los que van a vivir, generalmente como resultado del fenómeno migratorio. Es por este hecho que un indígena en comparación con un no indígena al no comprender las conductas prohibidas, los principios de igualdad de la ley y el de la no exención de la aplicación de la norma por motivo de desconocimiento, deben sufrir una variación en razón de la identidad de la que son parte; lo cual genera excepciones forzadas con la exculpación por duda razonable o por error de prohibición.¹ Este trato que todavía no se generaliza, se interpone en el derecho penal clásico como una excepción que todavía muchos no aceptan.

En las circunstancias descritas, la alteración de los principios mencionados adquiere justificación si entendemos la composición social no como una unidad, es decir, como un conjunto homogéneo de personas que no sólo entienden lo mismo sino que desean lo mismo. Por el contrario, sociedades tan plurales como la nuestra hace que pensemos en más de un concepto de sociedad o, lo que es lo mismo, en la coexistencia dentro del espacio nacional de varias sociedades, en las que cada una de ellas tiene fines distintos. Tal vez desde la existencia del Estado moderno ninguna sociedad ha sido una unidad en sí misma, esto es, que la forma en como se agrupan los estados, aglutinando diversas identidades nacionales, impide que todas tengan un fin común.² En consecuencia, en general, todas las sociedades son heterogéneas, y lo son, no únicamente en el sentido de la identidad, sino en el de la normatividad jurídica, porque, aunque en estos Estados “centralistas” hay un orden jurídico común a todos los grupos, también en la mayoría de ellos existen órdenes jurídicos locales que llegan a variar en mucho o en poco del orden jurídico estatal o federal, según sea su denominación. Para el caso de pueblos con nacionalidades locales que se consideran étnicas, la pluralidad jurídica es todavía más compleja, porque a menudo esta variedad es disímbola cuando no contradictoria con el orden jurídico estatal.³ En este marco subyacen las reglas de muchos pueblos autóctonos que no siempre sancionan asuntos que en el derecho estatal consideramos de sentido penal o criminal. Es evidente que muchas conductas son consideradas delitos, tanto en sociedades no indígenas como en las indígenas; por ejemplo, el homicidio o las lesiones dolosas. La semejanza, y en cierta manera las analogías conceptuales, ha determinado que algunos afirmen con vehemencia la existencia del DPI basados en que ese conjunto normativo asocia a esos comportamientos antisociales determinadas consecuencias que normalmente denominamos sanciones o penas”.⁴ Igual-

¹ Isaac González Ruiz, *El error de prohibición y derechos indígenas*, Visión garantista del derecho penal. México, Ubijus, 2008.

² Sobre la falta de unidad en la comprensión del estudio de la sociedad véase a Alain Touraine, *La inútil idea de la sociedad, el hombre, las ideas y las instituciones*. en Francisco Galván Díaz, (Compilador). *Touraine y Habermas. Ensayos de teoría social*. México, Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, 1986, p. 89 y ss.

³ Óscar Vid Correas, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*. México, Fontamara, 2003.

⁴ Emiliano Borja Jiménez, *¿Existe el Derecho Penal Indígena?* México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Conferencias Magistrales núm. 13, 2005. p. 13.

Sección Doctrina

mente, se afirma su existencia con el criterio de que “hay un proceso formal para determinar la culpabilidad o inocencia del implicado o implicados, y para establecer si se determina la respectiva autoría, la sanción correspondiente.”⁵

Pese a lo anterior, considero que un DPI puede ser deseable para muchos, especialmente para los que defienden la visión occidental del derecho, pero no necesariamente es existente. En todo caso, si existiera, sería exactamente con los mismos criterios que los del Derecho Penal Estatal (DPE). En primer lugar, la conceptualización de lo antisocial y de la sanción o castigo no es igual en una sociedad donde impera el derecho legislado, que en donde norma el *derecho consuetudinario*; en segundo término, porque para los indígenas la división normativa no es un hecho real, lo que impide determinar un ámbito material de validez para las normas que rigen la comunidad, en tercero, puesto que la normatividad de los indígenas no atiende al mismo ámbito espacial de validez como las normas del derecho positivo, debido a que el área de influencia es cultural y no exactamente limitada por la normatividad positiva.

Para el caso del concepto de delito se considera que en las sociedades abiertas el delito es una acción u omisión simplemente prohibida por las leyes, más allá de que el sujeto que la comete esté convencido de ser una conducta impropia legalmente. Por su parte, en las comunidades tradicionales o étnicas,⁶ la conducta antisocial subyace en el ánimo de todos los miembros de la comunidad. Puede añadirse, que mientras en la sociedad abierta el delito es una norma impuesta heterónomamente, en la comunidad indígena el delito es una actitud autónoma que asume cada miembro de la comunidad.

Para el caso de los ámbitos de validez, el derecho positivo se atiende tanto al espacial, al material, al personal y al temporal, mientras que en un sistema indígena, el ámbito de validez principal sería el personal, aunque con relativa incertidumbre, especialmente a la hora de comprobar el estatus de indígena de una persona que habita fuera de la comunidad. Debemos reconocer que los ámbitos de validez del derecho estatal son muy precisos. Por ejemplo, el de validez espacial o territorial, está determinado por los espacios fronterizos y costeros cuando un orden jurídico pertenece a un Estado ribereño con el mar. Cuando se trata de un orden jurídico positivo local —para el caso mexicano estatal—, el ámbito territorial se define por los límites oficiales de cada entidad federativa, medidos milimétricamente si eso es necesario. Por tal motivo, cada orden local vale dentro, sólo dentro y nunca más allá de esos límites físicos determinados generalmente en su carácter político. Por su parte, en el *derecho consuetudinario indígena*, los límites espaciales están determinados por

⁵ *Loc. cit.*

⁶ Comunidad étnica o grupo étnico serán entendido como cualquier agrupación humana que “solo tiene entidad en tanto en cuanto existen otros grupos o comunidades de las que resulta necesario diferenciarse y al mismo tiempo ser diferenciado, por lo que a la diversidad cultural hay que añadir otros factores, que es la ‘conciencia étnica’ compartida por el grupo.” Tomás Calvo Buezas, “Etnia”, En: Jesús Conill, (coord.), *Glosario para una sociedad intercultural*, Valencia, Bancaja, 2002, p. 162.

razones más bien naturales. Los pueblos o las culturas étnicas definen su área de influencia por los ríos, los lagos, las montañas, los valles, las colinas, los bosques y las costas. Todos estos espacios físicos naturales pueden, a su vez, significar una intersección con otros órdenes consuetudinarios o, lo que es lo mismo, en un valle, en una montaña, en un bosque, pueden coexistir y aplicarse más de un orden normativo de dos o más etnias, incluyendo normas estatales de lo que se considera el derecho positivo. Esto determina lo que es importante es el ámbito personal de validez, o bien, dicho en otro sentido, un *ámbito identitario de validez* diverso a los ámbitos ya mencionados.

Por lo que hace al ámbito material, el derecho consuetudinario indígena no se motiva por una clasificación normativa, ni de la división clásica, ni de la división contemporánea del derecho. En este caso, entiendo por división clásica, la más cercana a la división heredada por el derecho romano, para la que existe el derecho civil y el derecho de gentes —hoy derecho internacional—. En todo caso, surgido el Estado nación moderno —a partir del renacimiento—, la división entre derecho público y derecho privado, según la cual todas los actos de las personas que realizan actividad pública se rigen por las normas del primero, mientras que las relaciones entre particulares considerados como iguales se rigen por el segundo. Asimismo, entiendo por clasificación contemporánea aquella que añade a la división de derecho público y derecho privado, la del derecho social, especialmente en el sentido que Radbruch le imprime, que se inspira, no en “la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico”.⁷ Debo enfatizar que en un *orden jurídico consuetudinario*, no se contemplan normas de ámbito material, por lo que existe una unidad normativa sin una necesaria clasificación, incluso no sujeta al criterio de clasificación material a raíz de su ubicación en un código, ley o cuerpo normativo específico. Todas las normas son de la comunidad, creadas con un mismo propósito y criterio, regular a la comunidad y de allí a sus miembros. No opera tampoco la división normativa por el tipo de autoridad que la crea, puesto que en las comunidades no hay división de poderes, de hecho, no hay factor público, y esto se debe en gran medida a que el derecho estatal no les reconoce carácter de entidad pública. Lo que hay es división de tareas o actividades cotidianas de los propios miembros que no se ven a sí mismos necesariamente como sujetos de derecho privado, sino como miembros de un colectivo social orgánico. Por ello, las normas producidas en una comunidad, no pueden ser ni de derecho público ni de derecho privado; también existe un conflicto importante en determinar esas normas como de derecho social estatal. Esta problemática depende del concepto, porque si utilizamos las definiciones más difundidas, el derecho social sería un derecho de clase económicamente débil o en desventaja,

⁷ Gustav Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, Traducción de Wenceslao Roces, México, FCE, Colección Breviarios, núm. 42, Cuarta Edición, 1974, p. 162.



La costumbre en las comunidades étnicas tiene un papel más protagonista y hasta más eficiente que lo que las normas jurídicas pueden hacer en ámbito urbano.

incluso un derecho reivindicativo de la clase obrera. Sólo que hay que recordar que los indígenas no son especialmente reconocidos como una clase social especial.

Otra problemática respecto de un probable DPI es la autonomía normativa en relación a otras ramas jurídicas, por ejemplo, un *derecho civil indígena*. No cabe duda de que en este caso el elemento estructural es absolutamente occidental, ajeno a la cosmovisión indígena. Pero el problema de la autonomía no es sólo en relación a otras ramas paralelas del derecho indígena, sino al derecho penal estatal. Estoy seguro que muchos de quienes acepten la existencia actual o la futura formación de un DPI lo verán como subordinado al DPE, condenado a ser una especie de normas aisladas, con poca o ninguna sistematización, simplemente auxiliar del orden jurídico positivo. Es de adivinarse el ánimo de las autoridades estatales, como las procuradoras de justicia y los impartidores de justicia, y a la vez, los propios abogados formados en escuelas jurídicas clásicas, o bien, de corte occidental y hasta conservador, para los que la unidad del orden jurídico no debe socavarse por un derecho no estatal como así se califican los sistemas normativos consuetudinarios étnicos.

Pero la subsunción de un deseable y en su caso probable DPI no tiene como obstáculo principal su carácter auxiliar, sino otros aspectos que van desde las actitudes discriminatorias sobre su no consideración como una necesaria rama jurídica, o bien, la naturaleza normativa de lo que puede materialmente integrar el DPI. Las normas del DPI no son, ni pueden ser exactamente como las normas penales estatales, es decir, legisladas por un órgano “parlamentario”, porque su instauración no

es por decreto, sino por la aceptación paulatina por la comunidad hasta que éstas alcance un grado de consenso amplio en la respectiva comunidad donde se apliquen las costumbres. Tampoco son escritas y no necesariamente deben serlo, aunque hay comunidades que han hecho, más que un código, un catálogo de usos y costumbres. Por su parte, el derecho estatal es fundamentalmente escrito, aún en los sistemas del *Common Law*, que aunque muchas normas no están redactadas, sí hay una base común gráfica. Por tanto, el DPI que hasta ahora se puede proyectar, tiene que ser un derecho no escrito, no legislado, pero a la vez, tendría que contener una categoría de ser un derecho estrictamente formal, cuyos ámbitos de validez serían también variantes de las normas positivas.

Por todo ello, no es fácil asimilar la distinción normativa existente entre el derecho penal estatal y el indígena, aún cuando una sistematización de éste último podría acercarnos más a su comprensión. Esto es importante debido a que la actitud dominante es negar la validez e incluso la existencia del *Derecho Consuetudinario Indígena* o, en el mejor de los casos, subordinarlo al derecho estatal. No obstante, atendiendo a la pluralidad jurídica de facto, existente tanto en el propio derecho estatal con marcos legislativos locales y federal, así como la enorme variedad de sistemas consuetudinarios a lo largo y ancho del país, lo más justo sería la integración de todos los sistemas. Me refiero no al *integracionismo* que habitualmente suele tomarse como sinónimo de *asimilacionismo*,⁸ sino a la conjunción igualitaria de todos los ordenamientos con las salvedades que cada uno debe tener en su propio ámbito de aplicación.

II. El derecho positivo estatal y el derecho consuetudinario⁹

Una de las distinciones más marcadas entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario es de carácter formal. Mientras que el derecho positivo es legislado por órganos oficiales del Estado encargados de ello, el derecho consuetudinario no puede surgir por decreto.¹⁰ El primero tiene como fuente la ley misma y el segundo la

⁸ V. mi artículo "Pueblos indígenas: de la integración política a la integración jurídica", En: Durand Alcántara, et. al., *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*, México, Plaza y Valdés, 2000, pp. 83-97.

⁹ El término Derecho Consuetudinario será igual al de orden jurídico consuetudinario o sistema jurídico consuetudinario por ser ellos un conjunto de normas no contradictorias entre sí, que pueden aplicarse con sentido lógico y que pueden tener una posición jerárquica o prioritaria. Debe además añadirse que, independientemente de que haya sociedades urbanas con alguna de estas características, serán aplicadas sólo a comunidades indígenas, por ser lo consuetudinario, la características que las define en cuanto a su forma de regirse.

¹⁰ La expresión Derecho Consuetudinario no se toma en este trabajo como las costumbres de cualquier sociedad que un Poder Legislativo ha decidido que se tornen Derecho Positivo, sino la normatividad no escrita de ciertas sociedades tradicionales. Stammner negaba la postura de la Corriente Histórica del Derecho según la cual, había una absoluta supremacía del derecho consuetudinario sobre las demás fuentes

costumbre. Para el derecho estatal, la costumbre sólo es una fuente complementaria de la ley y tiene, básicamente, dos funciones. De forma primaria: o es una especie de fuente social que puede o no llegar a ser una norma legislada, o bien sirve para la interpretación de las normas oficiales, lo que le da un sentido marcadamente suplementario y subordinado. En realidad, “(...) la costumbre no engendraría ninguna clase de efectos jurídicos si el Derecho, expresamente, no se remitiera a ella (...)”¹¹ Esto es, la costumbre se redime a la ley, puesto que si existe una norma positiva se aplica aún por encima de la costumbre, por lo que ésta última subsiste sólo en caso de que la norma jurídica no tenga suficiente alcance. Pero la costumbre que suele secundar a la norma jurídica no es igual a la costumbre que es una norma aplicable de forma obligatoria en una comunidad étnica. Es cierto que en ambos casos la costumbre es un evento social, pero el ámbito social lo hace distinto. En las sociedades modernas, la práctica social puede ser intrascendente si no genera conflicto entre los apegados a ella, o bien, si no se opone a algunas disposiciones jurídicas. Mientras que en los pueblos indígenas, la práctica social no tiene como referente el derecho estatal, aunque en ciertos casos la autoridad pública puede obviar a la propia costumbre para aplicar la norma positiva.

No obstante, la diferencia entre un ámbito urbano y uno étnico, más bien rural, la costumbre en las comunidades étnicas tiene un papel más protagónico y hasta más eficiente que lo que las normas jurídicas pueden hacer en ámbito urbano. Por ello, y dada la eficacia, es por lo que la costumbre indígena puede ser llamada con toda legitimidad derecho, es decir, un orden jurídico consuetudinario con todas las características del orden jurídico estatal, puesto que aquél, como éste, son órdenes coactivos de la conducta humana.¹²

Desde la perspectiva de las sociedades más abiertas, es decir, las de corte urbano, la costumbre no es del todo algo obligatorio. La práctica social es una especie de adaptación a la convivencia, o, dicho en otros términos, es una especie de convencionalismo —aunque no exactamente— de carácter subjetivo que no tiene relevancia jurídica. Es por esta característica que nada obliga a las instituciones legislativas a elevarlas a rango jurídico. La costumbre es vista de esta manera más cerca de la moral que del derecho, porque su aplicación se mueve más en la esfera, o de las reglas de trato social, o bien, de las tradiciones. De hecho, una costumbre no obedecida no trae como consecuencia una sanción jurídica, sino, al menos, una sanción social. En

del derecho. En cambio, se pronunciaba en el sentido de que la validez del orden jurídico existe más allá de que las costumbres como voluntad del pueblo. Rudolf Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*. Obra reproducida en México por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2003, p. 175 y ss.

¹¹ Radbruch, *op. cit.*, p. 57.

¹² V. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*. Traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1983. Aquí se señala que “de los sistemas sociales designados como “derecho”, es que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (esto es: con un mal), como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y otros, ante ciertas circunstancias consideradas como indeseables ...”, p. 46.

las normas del orden jurídico no existen sanciones más que para quien transgrede ese mismo orden. Además, las sanciones jurídicas deben ser señaladas antes de que la transgresión se consume, esto es, tanto la norma como hipótesis de conducta, tanto la sanción por su incumplimiento, deben estar previamente establecidas.

Situación distinta ocurre en el mundo de la moral y de los convencionalismos. Digamos que la norma como hipótesis de conducta es igualmente establecida previamente a su rompimiento. Mas la sanción no es igual. Un desacato a las normas morales o sociales no tiene una sanción específica, y la sociedad reacciona de forma distinta en cada caso; bien puede decirse que *según el pecador es la penitencia*, no así en el derecho, según el cual, la sanción depende del pecado en sí.

Pero más allá de estas diferencias, destaquemos el hecho de que la teoría clásica, especialmente los positivistas jurídicos, ha separado el mundo jurídico de la moral. Lejos de señalar simplemente su distinción, creen que la moral no puede ser parte de lo jurídico, esto si acaso se pretende elevar al derecho a rango científico.¹³ Por tal motivo, no se pueden admitir expresiones tales como los derechos morales o el derecho consuetudinario. Lo anterior parece una contradicción, pues desde la visión positivista, lo que es moral no es jurídico y lo jurídico no debe ser moral. Mientras que lo consuetudinario es social y moral y, por tanto, no es jurídico. Como ya se dejaba ver, la costumbre es una fuente jurídica si y sólo si una instancia jurídico estatal facultada para ello decide o legislarla o aplicarla como elemento de interpretación, más si una costumbre no es tomada en cuenta para convertirse en norma, simplemente no podrá ser considerada una costumbre jurídica.

Muy distinto a lo anterior se observa en el ámbito de una sociedad tradicional, es decir, en las sociedades étnicas. Al no haber un sistema de creación normativa análoga a la del Estado, la costumbre adquiere todas las características de una norma jurídica. Quiere decir que las costumbres y ciertos usos, son impuestos con una convicción de regular por anticipado conductas que dañen al grupo social o algún miembro de la comunidad. Además, el carácter coactivo complementado con la convicción del sujeto sancionado de cumplir con el castigo, producen un sistema normativo altamente eficaz.

A todo esto, si consideramos además que en las comunidades tradicionales no existe difusión del orden jurídico estatal, se produce un fenómeno de sustitución, en cierto modo casi completo. Quiero decir que el orden jurídico nacional o local legislado, no se observa al menos por las siguientes causas: al Estado no le interesa difundir sus leyes; los pueblos indígenas, de acuerdo a su cosmovisión, no las comprenden; no se adaptan al tipo de conductas que ellos acostumbran regular; las sanciones que el Estado se encarga de imponer no se ajustan a la realidad de las relaciones sociales en las comunidades. En conclusión, la no observancia del derecho estatal no es una renuencia cultural al derecho mismo y al Estado, sino el apego a una forma de entender el mundo distinto a las sociedades abiertas. En todo caso, la

¹³ Kelsen, *Idem.*, p. 15.

producción de un orden normativo propio por los *pueblos originarios* se debe más a un sentido de supervivencia que a un desafío jurídico o político para medir fuerzas de efectividad. Por tanto, al conjunto de costumbres que rigen a las comunidades étnicas, ya puede ser considerado con toda legitimidad como *sistema jurídico consuetudinario*, sin que la expresión resulte ser contradictoria. Sólo que el carácter jurídico no puede derivarse de la forma en cómo las normas son creadas, sino de su sentido de obligatoriedad adicionado con el grado de eficacia. Mientras que en las sociedades en donde rige el derecho positivo, el carácter jurídico depende de la validez formal establecido por las instituciones, en las comunidades étnicas la validez depende del reconocimiento de la comunidad en sí.

Puede incluso observarse que en las sociedades modernas, como también suelen caracterizarse aquellas que se señalan como abiertas, que en la producción de normas existe una franca diferencia entre quien legisla y aquellos a quienes sustantivamente van dirigidas las normas. En términos reales, si los ciudadanos son los destinatarios de las leyes, las normas no siempre son expresión de su propia voluntad. Las más de las veces el legislador pone aquello que cree lo más adecuado, mientras que los ciudadanos están determinados a aceptar lo que sus autoridades han puesto. Por su parte, conforme al derecho consuetudinario, especialmente de pueblos indios, la producción normativa sí es de los miembros de la comunidad, en el sentido de que no existe una separación entre quienes pueden ser autoridad y quienes no lo son. De hecho, no se puede distinguir como en las sociedades urbanas entre legislador y ciudadanos. Para estos efectos, los ciudadanos son súbditos, lo que quiere decir que la comunidad —o lo que es lo mismo, sus propios miembros— son los que determinan las normas que los obligan, de lo que surge una conclusión: que la autoridad no es una clase política, no es un grupo de personas que ocupan un cargo por determinado tiempo, sin que la autoridad es siempre la comunidad. Si bien es cierto que en las sociedades modernas, también puede aplicarse el término comunidad, en ella no existe en realidad una voluntad legisladora, sino de quienes tienen el poder político y jurídico, y ello es, principalmente, una clase política, diferenciada absolutamente, y en casi todos los casos, divorciada de quienes están obligados a respetar el orden jurídico.

III. Los usos y costumbres indígenas

Es común que en el discurso se empleen los usos y costumbres como términos ligados, inseparables y hasta sinónimos. Es igualmente común que no se distinga entre las prácticas sociales de las sociedades abiertas y las de las sociedades tradicionales.¹⁴ Aunque no es el propósito de este trabajo, en realidad una sociedad es siempre

¹⁴ Tomo aquí un poco el sentido de Weber respecto de la cuales una comunidad es abierta cuando proyecta sus acciones sociales hacia el exterior o dicho en otros términos, hacia la relación de otras comunidades, principalmente en el aspecto económico. Una sociedad o comunidad es tradicional cuando sus acciones

abierta, mientras que las relaciones humanas de grupos cerrados es una comunidad. Pero el objeto aquí, aunque a ambas relaciones sociales les digamos sociedades o comunidades, es definir que lo que se entiende por uso y costumbre no es igual en lo moderno que en lo tradicional, por tanto, hay que tomar uno, y otro, de manera distinta.

Llamaremos costumbre a las prácticas sociales, sistemáticas y generalizadas de un grupo humano, con características de obligatoriedad y hasta con algún tipo de coacción; por otra parte, se entenderá por uso, las prácticas sociales cuyo acatamiento generan identidad y pertenencia a un grupo humano, sin ser socialmente obligatorias ni coactivas.¹⁵ Quiere decir que, mientras las costumbres son una presión del grupo, los usos quedan, en este enfoque, al arbitrio de cada persona. Sin duda, la costumbre tiene mayor grado de presión social.

En las sociedades abiertas, algunas prácticas sociales son consideradas costumbres, no obstante, al menos llegan en realidad a ser usos. Las ciudades que son prototipo principal de esta clase de sociedades, no tienen costumbres cuya obligatoriedad pueda superar a la norma jurídica positiva. La costumbre puede llegar a ser un convencionalismo social, cuya falta de aceptación simplemente no genera coacción, sino apenas una crítica o un reproche, generalmente sin importancia. En ese sentido, y pese a ser considerado un comportamiento social, una costumbre, en las urbes, en realidad se le interpreta más bien como un uso. En ese caso, es necesario advertir que la costumbre, pese a ser considerado un hecho productor de derecho o, lo que es lo mismo, una fuente jurídica, no tiene un grado de obligatoriedad, sino al menos de carácter supletorio. Quiero decir que la costumbre es un aspecto normativo que, si no está establecido como una norma jurídica, entonces simplemente, ni es jurídico ni es obligatorio y mucho menos coactivo.

En muchas ocasiones el carácter supletorio de la costumbre sirve para interpretar algunas normas jurídicas cuando su alcance es corto. En este caso también se observa un carácter meramente supletorio, y lo que es más, queda al arbitrio de la autoridad jurisdiccional tomarla en cuenta para definir un caso concreto o determinar la aplicación normativa en otro sentido. Por ejemplo, existe una práctica común de descansar laboralmente algunos días, lo que no establece la obligatoriedad generalizada de convertir esos días en asueto total, y mucho menos incorporarlo a la ley. Sin embargo, el hecho de que algunas fuentes de empleo lo descansen, constituye para la autoridad laboral una facultad discrecional de señalarlos como días extraordinarios en caso de ser trabajados por un empleado. En tal caso, un día festivo nunca será jurídicamente obligatorio si no se contempla expresamente en la ley, dejando a la salvedad los contratos colectivos o individuales de trabajo.

sociales tienen significado de manera esencial hacia el interior, evitando en la más el contacto cultural, lingüístico o económico con otras comunidades. Tienen mucho sentido las relaciones familiares. Max Weber, *Economía y sociedad*, Traducción de José Medina Echavaria *et al.*, México, FCE, Segunda Edición, 1984, pp. 35 y ss.

¹⁵ Tomo el sentido que les otorga Recasens Siches a estos dos ámbitos de la conducta humana. Luis Recasens Siches, *Sociología*, México, Porrúa, 1989, pp. 218 y 219.

Sección Doctrina

Otro ejemplo en materia de conductas penales, que en su época no constituyó un derecho procedente de norma legal, era la práctica más o menos amplia de portar armas. La tolerancia de la autoridad en las épocas del México rural no constituyó una excluyente para el delito de portación indebida de armas de fuego. La costumbre de hacerlo tal vez constituyó, supletoriamente, una actitud de la autoridad juzgadora y hasta persecutora de atenuar la pena o su consignación, sin embargo, ese comportamiento jamás derogó una disposición expresa. Por tal razón, hay que decir que en las sociedades abiertas, la costumbre no es una fuente sino en caso de que la propia ley cambie manifiestamente, por lo que, en todo caso, sólo es un fenómeno factual que inspira un cambio legal, pero no un hecho productor directo de normas.

Diferente es en las sociedades tradicionales, entre las que contamos con las comunidades indígenas. En realidad no son las únicas de este tipo pero sí las más ilustrativas, precisamente por ser comunidades esencialmente consuetudinarias. En ellas, las costumbres son prácticas obligatorias pero acompañadas de coacción en caso necesario. Por su parte, los usos son pautas de comportamiento un tanto más discrecionales que dan identidad y pertenecía al grupo que, siendo más reducido, la presión de su observancia sube de tono. Esto constituye, por supuesto, que los considerados usos, si sean, a diferencia de los usos ciudadanos, un hecho productor de costumbres, en la medida en que la comunidad decida añadir un carácter coactivo, que no es otra cosa que establecer un sistema de sanción, no siempre igual al imperante en el sistema estatal.

Todo esto nos indica que, en realidad, la costumbre en las comunidades étnicas es, en realidad, una verdadera norma jurídica, y que los usos hacen las veces de costumbre de las sociedades abiertas. Es probable que el uso deje de ser una práctica social en el sentido de desuso o de su acentuación, ya como una norma obligatoria. En el primer caso, muchas prácticas se derogan por el fenómeno de la transculturación, que no es sino la influencia de las sociedades abiertas. Este fenómeno se observa cuando las comunidades son altamente migrantes, tanto a las ciudades de su país como a otros centros de población extranjeros. El efecto es en ambos casos igual, cuando se trata de socavar, especialmente los usos y en menor medida la costumbre. Los hábitos, como también se le pueden llamar, suelen ser alterados por nuevas formas de comportamiento. De esta forma me permito citar el caso de los indígenas de varios pueblos en México, especialmente de los situados en el norte del país, en los cuales la adopción de la cultura chicana del sur de Estados Unidos, específicamente la cultura de “los cholos” en los jóvenes, ha significado que las conductas de dominación, de extorsión y de agresión al interior de las comunidades altere su *modus vivendi*. Los atuendos típicos o simplemente los que identificaban a las personas, han pasado a ser formas de ser de los ancianos, por lo que los usos, como medida de identidad, se transforman más bien para relativizar el sentido de obligatoriedad, al grado de que muchos de ellos dejan de ser considerados normas. Por su parte, también las costumbres pueden sufrir alteraciones con el transcurso del tiempo y con la transculturación. Una de las características del cambio lo constituyen el abandono del carácter coactivo, por ejemplo, la eliminación de los derechos sobre la parcela

en caso de abandono de ésta. Hoy, frente al proceso migratorio, la política de pago de cuotas y cooperaciones ya no establece la privación de derechos sobre la parcela, sino la conservación de los derechos ante la comunidad. Lo que antes se consideró una medida coactiva consuetudinaria, hoy es una nueva costumbre que permite la ausencia y el sostenimiento de una especie de ciudadanía comunitaria que ahora es una nueva costumbre. Lo anterior nos permite afirmar que pese a que la costumbre es un fenómeno de larga duración, también contempla cambios. Estos cambios se registran como un proceso consciente o inconsciente de los miembros de la comunidad a través del proceso de desuetudo, es decir, de desuso. Las nuevas costumbres, aun aquellos comportamientos que derogan la *inveterata consuetudo*, se incrustan del mismo modo que las costumbres en proceso de decadencia, es decir, son cambios paulatinos y casi nunca como actos intempestivos o declaración de decretos. En ese tenor se encuentran las medidas coactivas y las sanciones impuestas que están sujetas a la evolución social permanente. Debe decirse, para finalizar este apartado, que en las comunidades étnicas, una costumbre y un uso cambia en la medida que se transforma en cierta dirección la conciencia de todos o la gran mayoría de los miembros de la comunidad, siempre acorde a las nuevas pautas conductuales.

IV. Un Derecho Penal indígena o un Derecho Penal para los Indígenas

Considero sustantivamente distinto las normas de lo que ahora se llama derecho jurídico consuetudinario y las normas que el derecho positivo contempla en el sentido de otorgar ciertas garantías de protección a la causa étnica. He escuchado en algunos foros de discusión a analistas que piensan que el derecho indígena se forma tanto de las normas que el derecho estatal tiene de aplicación específicamente para indígenas —ya sea en situación individual o a grupos— como de aquellas que las propias comunidades producen. En su caso, el *derecho indígena* —independientemente de que no sea penal, civil, laboral, etcétera— se debe formar de manera mixta, tanto de normas estatales como de normas locales, o, lo que es lo mismo, de normas internas de producción comunitaria. Otros opinan en el sentido de separar al derecho positivo estatal del *derecho indígena* formado solamente por los usos y costumbres que rigen la comunidad en una época determinada. A la primera posición le llamo extensiva y a la segunda restrictiva. Estos calificativos de ningún modo deben emplearse como aspectos positivos y negativos, toda vez que no son excluyentes de ninguna persona indígena, sino más bien determinan simplemente el sujeto productor de las normas. En el ámbito extensivo, debe notarse que participan tanto los poderes públicos como los propios actores indígenas; por su parte, la versión restrictiva, elimina al Estado como un ente productor de normas para los indígenas y deja a las comunidades como único sujeto generador. En este segundo caso, no se niega la validez y hasta la importancia que pueda llegar a tener el derecho estatal en la protección de los indígenas, simplemente, en esta posición se sostiene que el Estado no siempre pro-

Sección Doctrina

tege a los pueblos indígenas y a los indígenas individualmente de la manera en que estos mismos desean. Más aún, recordemos que hay actores políticos y sociales que niegan el *derecho indígena* y le restan todo tipo de validez por no ajustarse a los estándares de creación formal.

Por tal motivo, mi posición es aquella que distingue entre un conjunto de normas positivas, creadas por las instituciones públicas legalmente facultadas y que viven en la legislación generalmente de manera aislada en distintos ordenamientos, de aquellas que en su ámbito cultural y territorial son producidas por la comunidad de manera paulatina a través del tiempo. Con respecto a las primeras, considero que la dispersión en la que se encuentran impide la constitución de un *derecho indígena* como una rama del derecho —que como las demás ramas requieren de unidad reglamentaria—, lo cual no es obstáculo para que se conforme una materia teórico conceptual. Quiero decir que existe un derecho indígena como asignatura que puede servirse de normas aisladas en el derecho positivo como unidad conceptual, más no una rama en el sentido de la unidad normativa, puesto que las normas no están codificadas.

Mas con respecto a la posición restrictiva, considero que el *derecho consuetudinario* de cada comunidad puede tener la unidad normativa, sólo que estas normas no son esencialmente escritas, lo que no impide que, por ahora, el derecho indígena en sentido normativo sólo sea de aquellas normas que cada comunidad tiene. En todo caso, existen tantos derechos indígenas como pueblos —o incluso comunidades— puedan existir, regidos *de iure* o *de facto*. Esta posición tampoco impide la existencia de una rama conceptual del derecho indígena, que es llamada por muchos *antropología jurídica*.

Ahora bien, con relación a un específico derecho penal indígena, sostengo en el mismo sentido que no se puede conjuntar una rama del derecho si sólo existen normas aisladas, aunque se encuentre en un mismo cuerpo legislativo, especialmente en un Código Penal. Una visión en este sentido está obligada a contemplar normas penales legisladas por un órgano estatal, y las normas consuetudinarias producidas en una comunidad étnica determinada. Las primeras son, seguramente —salvo algunas excepciones— normas generales aplicables a todo indígena o a todo pueblo indígena de un territorio nacional, no importando las variantes culturales. Por su parte, las normas consuetudinarias de cada comunidad son normas locales sin validez en otros lugares o a otras culturas; hay que considerar en ciertas áreas de influencia multiétnica, valgan varias normas de varias culturas étnicas, cada una aplicable a sus miembros.

Dudo mucho que con las normas del Estado que determinan aspectos penales se pueda establecer una rama de un DPI. Por otro lado, con las normas de una determinada comunidad que puedan verse en la lógica no indígena como normas penales, tal vez se podría conformar un DPI. Sin embargo, al tenor de nuestro cuestionamiento, para que el DPI pueda existir, es necesario que cada pueblo, incluso cada comunidad, pueda darle sentido a ciertas normas de su derecho consuetudinario como un derecho penal local.

Sabemos que la extensión de una legislación —conjunto de normas que rigen una comunidad— radica en la extensión demográfica de una sociedad. Pues bien, en las comunidades indígenas, su orden jurídico es pequeño porque el número de personas componentes de la comunidad es también pequeño. Lo reducido en términos cuantitativos, mas no cualitativos, del derecho consuetudinario, reducen las posibilidades de dividir ese orden en ramas jurídicas con leyes de ámbitos materiales distintos. Por tales motivos, crear una rama del derecho penal en cada comunidad, aun en cada pueblo o cultura étnica es irrelevante desde el punto de vista normativo, mas no desde el punto de vista conceptual.

Desde el ángulo del estudio y análisis de los conceptos, es absolutamente necesario tener un referente específico que pueda determinar una rama del derecho penal, especialmente indígena. Pero debemos admitir que esta formación atiende a la lógica estructural occidental y no étnica. Es decir, quienes nos empeñamos en formar una rama del derecho penal autóctono somos los no indígenas, porque se nos facilita la comprensión del estudio de cualquier orden normativo. Desde que estudiamos el derecho se introduce en nuestros esquemas de comprensión mental que el derecho se divide en sus ámbitos de aplicación material y otros ámbitos que hemos mencionado. Pero la cosmovisión indígena está aún muy alejada de ello.

Nos surge ahora un cuestionamiento según el cual tendremos que respondernos si es necesario continuar en la construcción conceptual de un DPI. Como dije, creo que es necesario pensar en construir una rama del DPI, no subordinada al derecho penal general. En un momento dado, deben ser disciplinas autónomas aunque con estrecha relación. La independencia entre sí se debe a que las normas del derecho consuetudinario se crean, se aplican y se interpretan en otro sentido y bajo otros principios. Aún así, bien pueden ser sujetas, sólo desde el ámbito teórico al análisis dogmático que en el derecho penal general se puede hacer. Pero hay que hacer la aclaración con respecto a que el DPI de corte eminentemente teórico, no puede ser sostenido sólo por la dogmática y los principios de la teoría del delito que no son, reitero, esquemas de una cosmovisión étnica. Aún así, estoy seguro de quien se interne en un DPI estará obligado a tratar de comprender, lo más posible, esos referentes culturales que hacen que las normas indígenas no sean igual a las normas positivas. Y lo que es más, tendría que defender esos principios para evitar caer en el *colonialismo normativo* —si se me permite la expresión— que no es sino aplicar de manera preferente el derecho positivo sobre el derecho consuetudinario, lo cual es incorrecto, pues no sería congruente hablar de un DPI, ni siquiera de un *derecho consuetudinario indígena*.

Los pueblos indios de México y del mundo requieren de garantías para que las normas que rigen la vida de sus comunidades se apliquen con una competencia reconocida por el Estado y la sociedad. No se trata de que el derecho consuetudinario sea supletorio del derecho positivo, sino desde que sea una legislación válida por sí misma, respetada por los obligados, tanto por los de adentro como por los de afuera. Es importante y urgente que las garantías de existencia y de competencia

para que determinen cuándo se aplica uno y otro para no depender del interés de las autoridades, es decir, que el derecho estatal se aplique sólo cuando a las autoridades locales o federales se les antoje. De otro modo, todo seguiría como hasta ahora, con una especie de actitud que se podría reducir a una fórmula: “si no me place, simplemente que los indígenas arreglen sus controversias como puedan”. La certeza jurídica mucho contribuiría a dar impulso a la pluralidad jurídica que ya se cita en la Constitución federal.

V. Los indígenas fuera y dentro de su comunidad

Los procesos de movilidad demográfica han hecho que los indígenas no puedan estar confinados en una reserva, es decir, que su existencia se encuentre sólo en su comunidad sin salir de ella. Todo lo contrario, los indígenas, al menos en México, son el sector de la población de mayor movilidad. La pobreza en la que se encuentran los ha expulsado hacia las ciudades, no sólo del país, sino del extranjero. La migración indígena es un fenómeno real, tanto en el plano nacional como en el internacional, lo que ha producido una transculturación importante. De hecho, muchos indígenas ya tienen residencia en centros de población donde trabajan, a la vez que mantienen la pertenencia hacia su comunidad. El sistema de cuotas se ha transformado en muchos poblados, y si antes de salir del pueblo significaba perder sus derechos, ahora los mantienen por sus aportaciones (sobre todo económicas), lo que les puede, incluso, generar un estatus superior. La capacidad económica es un esquema análogo en las comunidades étnicas, tanto como en las ciudades.

Lo importante es saber que los indígenas fuera de su comunidad no dejan su identidad. Se trasladan con sus formas de ser y de creer, lo que los vuelve sujetos vulnerables a la hora de enfrentar relaciones sociales desiguales, pero especialmente al involucrarse en eventuales problemas jurídicos en un medio del que no son originarios. Es aquí en donde el derecho positivo es inexorable, pues las interpretaciones basadas en el principio jurídico de que *la ignorancia del derecho no exime su cumplimiento*, es en forma general aplicable hasta a los indígenas que no pueden comprender el alcance de sus conductas, como tampoco del contenido de las leyes. La no distinción de la aplicación normativa hace eficaz la ausencia de un DPI, el que, en un momento dado, si deseamos que exista, debe aplicarse para el sujeto independientemente de su cultura en donde quiera que se encuentre.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶ y la Constitución federal mexicana, han sentado las bases para la protección de los indígenas fuera de su contexto territorial. Quiere decir que los indígenas que se ven

¹⁶ Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre del 2007.

involucrados en procesos jurídicos que administra el Estado, deben ser considerados como sujetos con cualidades distintas al resto de la población, lo que les permite tener algunos derechos diferenciados y en el aspecto penal no es distinto. Por ejemplo, el Convenio 169 establece en cuatro artículos (9, 10, 11 y 12) la protección jurídica como el respeto de

9.1. (...) los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

9.2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

10.1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tomarse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

10.2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

11. La Ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

12. Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios de eficaces.

Recordemos que estas disposiciones ya son derecho interno dentro de la legislación nacional, por lo que ninguna autoridad jurisdiccional puede dejar de aplicarlas tanto en asuntos penales o de otras materias en las que se divide el derecho estatal, federal y local.

En el caso de la Declaración de tipo universal, destaca el artículo 40, según el cual,

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Sección Doctrina

Este instrumento establece la obligación de introducir el orden jurídico consuetudinario de los pueblos al que pertenecen los miembros involucrados en controversias jurisdiccionales del derecho estatal, lo cual nos da muestra de que, si bien, no son iguales, es necesario su vínculo, lo que produce que en términos de un DPI de corte teórico se deban estudiar todas las normas que afecten a los indígenas en lo individual y en lo colectivo.

Mientras tanto, el artículo segundo de la Constitución federal, en su fracción VIII señala que los pueblos indígenas pueden:

Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente se deberán tomar en cuenta sus usos y costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.¹⁷

En el mismo tenor de los anteriores ordenamientos, aunque esté legislado internamente por el poder Legislativo, se pone a tono y reconoce que el derecho consuetudinario debe ser tomado en cuenta por el derecho positivo, aunque tampoco lo subordina, pues queda sobreentendido que hay controversias internas en las comunidades que deben solucionarse conforme a sus propias normas. Queda, así, entendido que hay normas de aplicación para los indígenas fuera de su territorio, es decir, fuera de su ámbito territorial de validez, mientras que el derecho consuetudinario se compone de normas que son aplicables dentro de sus comunidades pero no fuera de ellas. Esta situación es delicada, puesto que los tres cuerpos legales señalados de algún modo están privilegiando el ámbito espacial de validez, mas no el ámbito personal que creo es el principal. De hecho, si nos guiamos principalmente en la aplicación del segundo ámbito, los conflictos penales —al menos los de este tipo— fuera de las comunidades, se pueden resolver con normas de los pueblos a los que pertenecen los involucrados. Creo que esto daría un gran impulso a respetar los derechos humanos de la población étnica. Hay que aclarar que no en todas las circunstancias se podría aplicar este criterio, puesto que muchas de las conductas por las que se juzga a los indígenas no están reguladas por los sistemas jurídicos consuetudinarios.

VI. Conclusiones

Nuestra formación de juristas en escuelas de corte occidental nos impone el deseo de uniformar cualquier orden normativo de la conducta humana. Los sistemas consuetudinarios étnicos no son la excepción. Pretendemos clasificarlos como al

¹⁷ Reformada en agosto del 2001.

derecho nacional, sin embargo, hay suficientes diferencias para negar la semejanza. El carácter escrito del derecho positivo frente al carácter no escrito de la costumbre, impide su equiparación.

Otra diferencia fundamental estriba en la forma de su producción. Mientras que el derecho estatal es legislado, el derecho de las comunidades más tradicionales es creado en procesos sociales de largo aliento. Una costumbre o un uso no se crean de un día para otro, sino que son prácticas sociales que se absorben en la convicción de los miembros de la comunidad hasta ser obligatorias o potestativas como elementos de cohesión y de identidad.

El orden jurídico positivo está pensado de manera especial como una normatividad para un lugar, más que para las personas. El ámbito personal se subordina al ámbito espacial de validez, mientras que en las comunidades étnicas, el sujeto es más importante que el lugar; es decir, la cultura trasciende los límites territoriales, por lo que la norma se proyecta para la aplicación de la persona, muchas veces fuera del territorio. Y no es que se carezca de espacio, más bien lo que el orden jurídico consuetudinario tiene es que no se confina a límites exactos sino a zonas de influencia cultural.

Otra diferencia esencial es que en la cosmovisión indígena, la normatividad no está sujeta a una clasificación por materia. No hay normas de una rama u otra, todas son normas, con más o menos sentido de la obligación, con más o menos sanción, pero, todas, normas unificadas por el criterio social de su acatamiento. En tal sentido, no existe un conjunto de normas en las comunidades que puedan definirse como de derecho penal, pues la idea no es igual a la de las normas penales en las sociedades modernas, como tampoco son la sanción o el sujeto que las aplica y que las hace cumplir. Lo que es admisible es la existencia de un derecho penal indígena como ámbito de estudio, como una virtual disciplina que conjunta, tanto estudios jurídicos como sociales y antropológicos. No se puede negar la labor valiosa por cierta de personas que estudian los sistemas consuetudinarios y que observan que pueden estudiarse ciertas normas con los elementos del derecho penal clásico, es decir con la dogmática penal. Por tanto, bienvenido el estudio de los aspectos penales del derecho consuetudinario que nos dan mayor comprensión de una realidad que, para la modernidad es un estorbo, y, tal vez por ello, muchos desean asimilarlas a la teoría clásica del derecho.

La normatividad consuetudinaria en las comunidades indígenas es diferente al derecho estatal, lo que no debe verse como un orden jurídico aislado. Es importante vincular todo sistema de normas con el derecho positivo, sin que implique su desaparición o la erosión de los usos y costumbres. Se trata de dar certeza y garantía para que las normas de las comunidades se respeten por los propios y los ajenos. Esta aseveración incluye algo que no todos aceptan, es decir, que los usos y las costumbres puedan ser una alternativa de racionalidad sin pecar de apologistas, y sin descartar que también éstos pueden llegar a ser irracionales y, por tanto, indefendibles. Pero los sistemas consuetudinarios pueden incluir también lo que en el

Sección Doctrina

derecho estatal puede llegar a ser visto como normas de carácter penal, las que no son mejores ni peores que el derecho positivo, pues este último también tiene sus aspectos irracionales y muy criticables, prueba de ello es la alta ineficacia o sentido del desacato, del que dan prueba plena el galopante aumento de la comisión de todo tipo de delitos y el alto grado de impunidad.

Bibliografía

- Borja Jiménez, Emiliano. *¿Existe el Derecho Penal Indígena?*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, (conferencias Magistrales núm. 13), 2005.
- Calvo Buezas, Tomás. “Etnia”, En: Jesús Conill, (coord.), *Glosario para una sociedad intercultural*, Valencia, Bancaja, 2002.
- Correas, Óscar. *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003.
- Chacón Hernández, David. “Pueblos Indígenas: de la integración política a la integración jurídica”, En: Durand Alcántara, et al. *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*, México, Plaza y Valdés, 2000.
- González Ruíz, Isaac. *Error de prohibición y derechos indígenas. Visión garantista del derecho penal*, México, Ubijus, 2008.
- Kelsen. *Teoría pura del derecho*. Trad., de Roberto J. Vernengo. México, UNAM, 1983.
- Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, Trad. Wenceslao Roces, México, FCE, (colección Breviarios, núm. 42), Cuarta Edición, 1974.
- Recasens Siches, Luis. *Sociología*. México, Porrúa, 1989.
- Stammler, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*. México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.
- Touraine, Alain. La inútil idea de la sociedad, el hombre, las ideas y las instituciones. Francisco Galván Díaz, (com.), *Touraine y Habermas. “Ensayos de Teoría Social”*, México, Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, 1986.
- Weber, Max. *Economía y sociedad*, Trad. José Medina Echavarría et al., México, FCE, Segunda Edición, 1984.