

# La situación formal de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional

## Algunas inconsistencias argumentativas y formalistas

*Alejandro Santiago Monzalvo\**

*La negación del derecho del colonizado comienza por la afirmación del derecho del colonizador; lo es de un derecho colectivo por uno individual, más concretamente como derecho de propiedad privada, que es derecho ante todo del individuo sobre sí mismo. El orden de la sociedad habrá de responder a la facultad del individuo. No hay derecho legítimo fuera de esta composición.*

Bartolomé Clavero

En este trabajo se reflexionará sobre la llamada diversidad cultural de las sociedades modernas y de su reconocimiento jurídico (pluralismo jurídico). Asimismo, se problematizará en torno a la estructura jurídica que ha caracterizado a la cultura constitucional en sociedades como la mexicana, particularmente respecto a la recepción, o no, de la cultura jurídica de raigambre comunitaria practicada por los pueblos indígenas. Ambas ideas nos permitirían avizorar los cambios normativos que ha tenido el monoétnico estado-nación mexicano en aras de consolidar una sociedad donde democracia e identidad no sean excluyentes. En este escrito, daremos prioridad a rastrear la formación del derecho internacional de los pueblos indígenas

*In this paper we will reflect on the so-called cultural diversity of modern societies and their legal recognition (legal pluralism). Also, they discussed about the legal structure that has characterized the constitutional culture in societies like Mexico, particularly regarding the reception or not of the legal culture of community roots practiced by indigenous peoples. Both ideas allow us to watch regulatory changes that the Mexican mono-ethnic nation-state has had in order to consolidate a society where democracy and identity are not exclusive. In this paper, we give priority to track the formation of international law on indigenous peoples*

\* Profesor del Departamento de Derecho, UAM-A.

## *Veinticinco Aniversario*

**SUMARIO:** Introducción / I. El derecho internacional de los pueblos indígenas / II. La Organización de las Naciones Unidas. Laberinto de documentos / III. La Organización Internacional del Trabajo: el Convenio 169 / IV. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos / V. El conocimiento del derecho / VI. Consideraciones teóricas sobre el orden jurídico / VII. Sobre la estructura jurídica / VIII. Conclusiones / Bibliografía

## **I**ntroducción

Las líneas siguientes tienen el propósito de reflexionar sobre los cambios constitucionales que se han venido dando en los instrumentos del sistema de derecho en México en lo referente a derechos de los pueblos indígenas. Los cambios habidos en la Constitución política de México en esa materia en las últimas dos décadas serán tratados aquí desde la perspectiva del derecho internacional, en la medida en que es en ese ámbito donde mayor discusión ha habido sobre cómo la comunidad o pueblo indígena —tanto más si región, país o nación—, deben ser considerados “sujeto de derecho”. Para este propósito, usaremos la siguiente definición de Constitución: el documento de corte político-jurídico que condensa una serie de postulados y aspiraciones que dan cuenta de principios jurídicos que una sociedad se procura, entendidos desde su aspecto formal.<sup>1</sup> ¿Cuáles han sido, entonces, estos principios en materia de derechos indígenas a lo largo del último cuarto de siglo? Cabe adelantar, precisamente en función de sustanciar el periodo que queremos abarcar —los últimos veinticinco años—, que no fue sino hasta 1992 en que el documento jurídico referido se ocupó de la cuestión.<sup>2</sup> Agréguese el hecho de que la aparición del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en 1994 en la escena política mexicana, es un ele-

<sup>1</sup> La Constitución es el documento que aloja las decisiones políticas fundamentales de la Nación. Cualquier nación, en un momento de su historia, arriba a decisiones políticas fundamentales que son el producto de grandes luchas y movimientos; son una síntesis de convicciones y aspiraciones que deciden el curso dialéctico de la Nación. Cuando nos referimos al aspecto “formal”, pensamos en las indicaciones sobre los factores reales de poder de manufactura Lasallista, cuya lógica redundante en que esos factores se “depositan” en el Congreso de la Nación, y cuyo proceso se condensa en los artículos 71 y 72 de la Constitución mexicana, el llamado proceso legislativo. Sin embargo, dejamos al lector la tarea de contrastar esta posición, que aquí será sólo un referente analítico. Por ejemplo, puede revisarse la idea de “constitución pendiente”, que sugiere que no se ha hecho un esfuerzo serio de interpretación que rescate la vigencia del texto y, en esa medida, lograr una aplicación más rigurosa del mismo. Cf. Miguel Carbonell, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM-III, 2004. También, Miguel Carbonell, Óscar Cruz Barney y Karla Pérez Portilla (comp.), *Constituciones históricas de México*, México, UNAM/Porrúa, 2004. La lectura que intentamos hacer aquí supone la contradicción entre el texto del artículo segundo del 14 de agosto del 2001 y los Acuerdos de San Andrés de febrero de 1996. ¿En qué medida la reforma del artículo segundo constitucional incorporó el entender de los pueblos indígenas contenido en los Acuerdos de San Andrés?

<sup>2</sup> Ver reformas a la Constitución mexicana del 6 y 28 de enero de 1992 que dio paso al artículo 4º. en aquel momento. Reformas que se produjeron, en gran parte, por la influencia que tuvo la adhesión del gobierno mexicano al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989.

mento más que sustenta la importancia del periodo a decir aquí.<sup>3</sup> En dicho periodo, se dice también, la sociedad mexicana adelantó a pasos enormes, la transformación del régimen que se precipitaba, luego de los movimientos democráticos de fines de la década de los años sesenta e inicios de la siguiente, hacia la alternancia en el gobierno. Cambio democrático que se dio por llamar a dicho hito –años dos mil– de un periodo marcado por el reforzamiento de medidas tendentes, en verdad, a la conservación y reforzamiento de un régimen político que secunde los principios de su arista económica: la exclusión, el despojo, la imposición del interés y decisiones públicas, el ocultamiento de la realidad.<sup>4</sup>

No obstante, veinticinco años han servido al movimiento indígena en México para pasar de una concepción estatal que podríamos denominar “indigenista-integradora”<sup>5</sup> sustentada en el principio jurídico de generalidad de la ley que concebía ciudadanos mexicanos donde había pueblos indios, a una que se concibe como construyéndose desde la autodeterminación en su carácter colectivo, incluyente de la autonomía como esencia inalienable de los individuos indígenas.<sup>6</sup> Ya que menciona-

<sup>3</sup> En efecto, no sólo el derecho internacional, sino el movimiento indígena en México son dos fuentes fundamentales, a propósito de fuentes históricas, que influyen en la débil reforma contenida en el artículo 4º. en aquel entonces. Recuérdese, además, que los Acuerdos de San Andrés han sido dejados al margen de la discusión legislativa; a pesar de ello no se han impedido que las comunidades firmantes cumplan dichos acuerdos. Cf. Pablo González Casanova Henríquez, “Perspectiva para la paz, la democracia y la justicia: una visión desde Chiapas”, en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.), *La construcción del estado nacional: democracia, justicia, paz y estado de derecho*. XII Jornadas Lascasianas, México, UNAM, 2004.

<sup>4</sup> No es tarea sencilla realizar un análisis sistemático de las diversas teorías existentes sobre el Estado y la democracia en un periodo tan amplio como el siglo XX. Y no lo es simplemente porque no existe una sola teoría, sino varias con enfoques teóricos y sistemas interpretativos distintos. A pesar de que el Estado como institución especial determina cada vez más a los individuos y a las sociedades, su sistematización apenas ha comenzado. Este fenómeno, advertido por filósofos, historiadores, economistas y politólogos, no ha sido, sin embargo, conceptualizado de manera íntegra, como totalidad, como unidad de múltiples determinaciones. Una razón reside, quizá, en el hecho de que el Estado es un producto de los hombres a los que sobredetermina, adquiere autonomía frente a ellos y se erige en un *leviatán* que penetra los tejidos de la sociedad contemporánea. Sin embargo, anotamos que nuestra referencia al *régimen*, entiende que la autonomía del Estado y su estructura propia varían según el régimen de producción. La autonomía del Estado capitalista es, por tanto, diferente a la de los demás Estados, comprendiendo así un tipo especial de estructura política. Podemos decir, por consiguiente, que el Estado asume funciones específicas dentro de un régimen de producción de acuerdo con la combinación de sus elementos generales, como lo señala Marx en varios de sus trabajos. Sobre los elementos de producción véase *Introducción general a la crítica de la economía política (1857)*, 11ª. ed., México, Siglo XXI Editores, 1977, pp. 44 y 45. Sobre la combinación de estos elementos, que definen al mismo Estado, se encuentra en *El Capital*, t. I, México, FCE, 1974, p. 292.

<sup>5</sup> Cf. Díaz-Polanco, Héctor, *Autonomía regional, la autodeterminación de los pueblos indios*, 3ª. ed., México, Siglo XXI Editores, 1999; Luis Díaz Müller, “Análisis comparado de las legislaciones nacionales sobre minorías en América Latina”, en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. I, México, UNAM-III, 1992; Magdalena Gómez y Claudia Olvera, «Donde no hay abogado», INI, México, 1990; Diego Iturralde (comp.), *Orden jurídico y control social*, México, INI (Cuadernos de Antropología Jurídica); Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, III, IIDH, 1990.

<sup>6</sup> Autodeterminación y autonomía son cualidades jurídicas logradas por los pueblos indígenas que se vislumbran opuestas al orden jurídico dominante en México, que precisamente en materia constitucional,

## *Veinticinco Aniversario*

mos lo de individuos indígenas, bien puede cuestionarse si el reconocimiento formal de derechos tan marcadamente diferenciados por la condición de indígena, como el derecho a la lengua materna, o el derecho a la identidad indígena, por ejemplo, reivindicados en tribunales penales, serían dos referentes que contraríen el homogeneizante discurso y práctica jurídica de la ciudadanía. El discurso acuñado para la era de los estados-nación encontró su límite en unos derechos diferenciados que demandaban el pluralismo jurídico constituyente de un Estado tanto más plural, si bien aún las instancias estatales no implementan procedimientos para hacer valer esa gama de derechos. Territorialidad, consulta, etnodesarrollo, sistemas de derecho completan el cuadro no limitativo de derechos que precisan de ser constituidos, proceso legislativo aparte.

Pues bien, este cambio se advierte de forma paralela en América Latina, marcado por matices diversos según las condiciones históricas.<sup>7</sup> Por la amplitud que presenta este trabajo, daremos énfasis a rastrear la conformación del saber jurídico de los pueblos indígenas en el derecho internacional, anotando relaciones conceptuales donde sea pertinente, particularmente con el texto de los Acuerdos de San Andrés de 1996, así como el texto del artículo segundo constitucional vigente. Queda para una segunda parte mostrar las relaciones entre derecho internacional y derecho interno en México, que por ahora sólo serán anotadas. En ese entendido, veamos.

---

en esa materia, no da ninguna posibilidad para que se vinculen con una reconceptualización del federalismo en este país, con la inclusión de comunidades autodeterminadas, por ejemplo, o bien, con el de otorgar facultades a reconocidas autoridades comunitarias, a propósito de los niveles de gobierno y la creación de las partidas presupuestales vía legislativa. Estas, por cierto, son mejor toleradas que las anteriores medidas, a tal punto que sólo para el estado de Chiapas, el presupuesto para “asuntos indígenas” se ha incrementado año con año. Ni qué decir del reconocimiento de los sistemas de derecho indígena. Soberanía basada en la ficción del Estado-nación encuentra contradicción en la posibilidad del Estado-plural, en esta realidad.

<sup>7</sup> Resulta de particular importancia el texto constitucional de Bolivia de 2008. En ese texto puede leerse: “El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.” (...) “Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. *Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.” Este preámbulo redunda en artículos como este “**Artículo 8.** I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.” O este otro “**Artículo 1.** Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.” ¿Qué pensarán de este texto boliviano expertos constitucionalistas que proclaman “el respeto a los principios generales establecidos en el orden constitucional en vigor”? (Las cursivas son mías). <http://www.retornoalmar.comuv.com/documentos/constitucionnueva2008.pdf>, p.4.

## I. El derecho internacional de los pueblos indígenas

Así que en el contexto de los países latinoamericanos<sup>8</sup> se cuestionaba la ausencia de competencias y facultades para las autoridades de unos pueblos originarios constituyentes de hecho. En esa medida, el carácter de ficción del Estado-nación y su dogma constitucional, anclado a la idea de “proceso legislativo que constituye” o “poder constituido con facultad de legislar”,<sup>9</sup> develó su límite para la *compreensión* del derecho mismo. Precisamente el debate latinoamericano agregó conocimiento que mostraba la persistencia de elementos llamados neocolonialistas para explicar “la condición del indígena”.<sup>10</sup> En esa medida, posicionado como estaba “el problema del indio”<sup>11</sup> en América Latina, es en la dimensión internacional donde se logra mejor conocimiento jurídico. Los conceptos incorporados en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) dan una muestra de ello.<sup>12</sup> Vemos en este contexto cómo el discurso jurídico, si bien no en su carácter nacional, en su variante internacional finalmente advierte a los pueblos tanto como al individuo indígena, como “sujeto de derecho”. En ese marco es en el que la reforma constitucional, iniciada en México en 1992, toma forma en las disposiciones actuales del artículo segundo de ese documento.

¿De qué manera el indígena es considerado sujeto de derecho en el derecho internacional? Lo que hoy conocemos como derecho internacional, llamado “derecho de gentes” en siglos pasados, fue consecuencia de la invasión de América, pues este hecho propició controversia y disputa en torno a la ocupación de las “tierras vacantes”, así como al “estatus” legal de los indígenas que las ocupaban. Las pretensiones de legitimidad del dominio español sobre pueblos y tierras de los indios del Nuevo Mundo hubieron de tratarse, tanto como la controversia entre derechos individuales *versus* derechos colectivos. La era de la “guerra justa” vio nacer el sistema interna-

<sup>8</sup> La amplia experiencia de cambios constitucionales en América Latina es útil como punto de partida para analizar la reforma constitucional en México desde una perspectiva comparada. Desde la independencia, se crearon en la región un promedio de 10.1 nuevas constituciones por país, y un promedio de 5.4 de 1900 a 2000. En términos de diseño, un rasgo común de estos cambios ha sido el alejamiento gradual con respecto de la constitución estadounidense, modelo que inspiró, supuestamente, a los constituyentes latinoamericanos durante el siglo XIX. Cf. Bartolomé Clavero, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, México, Siglo XXI Editores, 2008.

<sup>9</sup> “Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.” Constitución boliviana. <http://www.retornoalmar.comuv.com/documents/constitucionnueva2008.pdf>, p.2.

<sup>10</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010; del mismo autor, *Una epistemología del sur*, México, Siglo XXI Editores/Clacso, 2009.

<sup>11</sup> José Carlos Mariátegui, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Amauta, 1979.

<sup>12</sup> Así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

### *Veinticinco Aniversario*

cional.<sup>13</sup> En nuestra época contemporánea, podemos comprender al derecho internacional, desde una óptica general, como regulador de las relaciones entre diversos sujetos internacionales. Contradictoriamente, los pueblos indígenas no son estrictamente considerados dentro de los sujetos que regula el derecho internacional.<sup>14</sup>

En este sentido, si antes de la segunda guerra mundial las naciones gozaban de una personalidad legal y de una protección especial, después de este conflicto, la concepción de la jurisprudencia internacional deja de ser colectiva para devenir una concepción donde se privilegia a las personas, quienes pasan a ser sujetos de los derechos humanos, cuya pretensión es universal. Esta lógica se ha venido instalado desde entonces y ha prevalecido en la concepción de preceptos jurídicos —declaraciones, convenciones, protocolos, etcétera— concernientes a nuestro tema.

Cabe apreciar con puntualidad, a manera de paréntesis, la contradicción en el hecho de que, de mejor manera en “tiempos prácticamente feudales se reconociera mejor el derecho de los colonizados” antes que en nuestros tiempos de derecho e instituciones constitucionales, tanto internacional como estatal—. Esta circunstancia ha sido investigada por Bartolomé Clavero.<sup>15</sup> El Medioevo protegió de mejor manera al indígena con el estatus, que la moderna sociedad con la igualdad y universalidad. Si se traza una línea histórica para apreciar el cauce en que esta contradicción se desenvuelve, nos encontramos con cuestionamientos que relativizan los avances, y revelan las ambigüedades del sistema internacional hoy en día. En efecto, “¿cómo puede ignorarse por el derecho internacional de tiempo constitucional un reconocimiento tan elemental —el de los derechos indígenas— que no había siquiera faltado en época precedente? ¿Por qué entonces y no ahora han tenido cabida institucional unos derechos indígenas? ¿Por qué se tuvo en aquel tiempo en que el derecho internacional casi no estaba articulado ni constituido como ahora?”<sup>16</sup> Clavero lleva su argumentación hacia la necesidad de ampliar la cultura constitucional que dé real cabida al derecho indígena, de esta manera, “para superar la indiferencia constitucional y una inequidad social, el derecho indígena se antepone mientras que la referencia constitucional, se amplifica y se relativiza.”<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Sin embargo, la protección de estos grupos o minorías no es un fenómeno contemporáneo, dado que ya en el siglo XVI existían disposiciones especiales en los tratados bilaterales que aseguraban, en ese momento, la libre práctica religiosa. Posteriormente, luego que el Tratado de Versalles entra en vigor, existía un principio de protección de minorías en el seno de la Sociedad de Naciones dada la complejidad en el panorama étnico-nacional europeo. A pesar de que dicho sistema perdió vigencia con la segunda guerra mundial, deja un importante herencia de ideas al derecho internacional, especialmente el concepto de autodeterminación de los pueblos y el equilibrio pacífico de las naciones.

<sup>14</sup> Cf. Jorge Alberto González Galván, “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT”, en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 2000, pp. 81-97.

<sup>15</sup> Bartolomé Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI Editores, 1994, p. 2 y ss.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 1.

Sin embargo, persiste un “prejuicio jurídico” que se formaba en aquel entonces y que subsiste en nuestros tiempos, pues las raíces de la exclusividad cultural habían encontrado terreno fértil, y en ello radicaba la exclusión, la ignorancia, el desprecio, la supeditación de cualquier derecho indígena. “(...) el principio privativo, la exclusividad cultural, la presunción civilizatoria, este imperialismo de fondo. Fuera de ella podía haber prácticas religiosas, pero no religión propiamente dicha; podía haber costumbres jurídicas, pero no derecho propio, derecho que pudiera tener legitimidad y autoridad por sí mismo”.<sup>18</sup>

De esta manera, el desarrollo del sistema de derecho internacional había transitado de un incipiente reconocimiento del derecho indígena, al menos de una consideración que permitía el avance de la empresa civilizatoria en aquel entonces, hacía una concepción en donde éste quedaba subordinado al derecho del colonizador, a “La negación del derecho del colonizado (que) comienza por la afirmación del derecho del colonizador; lo es de un derecho colectivo por uno individual (...)”.<sup>19</sup>

Para los fines de nuestro trabajo, destacamos, además de lo anotado, que en el ámbito internacional, comienza a concebirse al derecho como facultad del sujeto, sin importar el orden de una sociedad; allí comienza a tener sentido de capacidad subjetiva, en detrimento del ordenamiento objetivo. En este sentido, el sistema jurídico internacional privilegia, antes que el derecho de los pueblos indígenas, la capacidad subjetiva de sus integrantes para hacer valer sus derechos, dados de antemano por la cultura jurídica dominante: los derechos humanos, “el orden de la sociedad habrá de responder a la facultad del individuo. No hay derecho legítimo fuera de esta composición”.<sup>20</sup>

No obstante, el panorama de los derechos indígenas a escala internacional ha encontrado una apertura considerable en las últimas décadas, con mucha mayor fuerza en el periodo tratado. Es así como, en términos generales, podemos distinguir dos tipos de entidades internacionales que han venido ocupándose del tema, a saber: el sistema universal de derechos humanos, dirigido por la ONU, y el subsistema de organizaciones regionales en América, Europa y África.

## II. La Organización de las Naciones Unidas. Laberinto de documentos

Fundada en 1945, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha venido construyendo, a lo largo de los últimos sesenta años, un régimen internacional de derechos humanos, en donde los pueblos indígenas, ya no sólo el individuo indígena, han ido

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>20</sup> *Idem*.

## *Veinticinco Aniversario*

cobrando mayor importancia. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 constituye el punto de partida, la piedra angular de este organismo; poco importa que este instrumento no tenga fuerza vinculatoria entre los estados suscriptores, es decir, que no exista una obligación de carácter legal mucho más que política.

En 1966 la Asamblea General de la ONU adoptó dos convenciones internacionales que especificaban y amplificaban los derechos de la Declaración de 1948: el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional relativo a los Derechos Económico, Sociales y Culturales (PIDESC). Ambos entraron en vigor desde 1976 y, sumados a la Declaración Universal, a las disposiciones sobre derechos humanos de la Carta de la ONU, y al PIDCP (que permite reclamaciones de particulares ante el Comité de los Derechos Humanos), constituyen el conjunto de normas que integran la Carta Internacional de los Derechos Humanos.<sup>21</sup> De estos documentos plantearemos tres principios a precisar en este trabajo:

*En primer lugar*, que la ONU ha venido dando un sentido de universalidad a los derechos humanos de carácter individual “(...) sin distinción alguna de razas, sexo, color, idioma, religión, opinión o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, tal cual lo establece la Declaración Universal (Art. 2) siguiendo la lógica general de la Carta de la Organización (Arts. 1º, 3º y 55ºc). Esta aspiración igualitaria, junto con la prohibición de discriminación, han sido retomadas por el constitucionalismo mexicano, y en general ha sido adoptada por la tradición constitucionalista latinoamericana.<sup>22</sup> Ambos principios, consagrados en el artículo 2 de la Declaración, han sido reproducidos integralmente en la Constitución política del estado mexicano.<sup>23</sup>

*En segundo lugar*, que la ONU ha retomado la idea de un derecho colectivo. En la carta de esta organización ha existido siempre un reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos (Arts. 1, 2 y 55), y en las prerrogativas de los dos pactos internacionales ya mencionados leemos que “Todos los pueblos tienen el derecho de

<sup>21</sup> Thomas Buergenthal *et al.*, *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1994, pp. 96 y ss.

<sup>22</sup> La Constitución argentina, por ejemplo, le otorga a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que a otros tratados, “jerarquía constitucional” (Art. 75, 22º); Bolivia, por otra parte, es el único país que reproduce casi literalmente el artículo 2º de la Declaración en el artículo 6 de su Constitución: “Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de **los derechos, libertades y garantías** reconocidas por esta Constitución, **sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole**, origen, condición económica o social u otra cualquiera.” (las negritas son mías). Chile y Uruguay constituyen una excepción, pues sus tradiciones constitucionales conservan rasgos liberales y limitan los derechos humanos a las libertades y no conciben la condena explícita del racismo.

<sup>23</sup> “**Art. 1** En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. (...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

disponer de ellos mismos. En virtud de este derecho, determinan libremente su estatus político y aseguran libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Art. 1).

***Todos los pueblos tienen el derecho de disponer de ellos mismos. En virtud de este derecho, determinan libremente su estatus político y aseguran libremente su desarrollo económico, social y cultural.***

En un principio, la ONU no explicito si el término “pueblo” debería entenderse en el sentido de nación, con la posibilidad de conformar un Estado o si se trataba de naciones minoritarias. Dado que la idea de libre determinación se produce en un contexto de descolonización, que favoreció a que muchas naciones lograran su independencia y a que reforzaran su estructura política, dicho concepto no estaba destinado a problematizar, y eventualmente reglamentar, el estatus que adquirirían las entonces concebidas como minorías étnicas dentro de la estructura política de estas naciones incipientes. Para cuando la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 incorpora textos como este: “Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional (...)” o como este:

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

El Convenio 169 de OIT había avanzado esta noción de no interpretar el término pueblo “(...) en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional.” (Art. 1); porque precisamente en el derecho internacional, *pueblo* es equiparado a nación, y éste a su vez, ligado a los estados que le representan.

Asimismo, el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) contempla la existencia de algunos derechos que todos los miembros de minorías tienen en común, sin detrimento de que su goce implique al individuo que los hace valer pierda su especificidad étnica, religiosa o lingüística; así, “En los estados donde existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, las personas que pertenezcan a estas minorías no pueden ser privadas del derecho de gozar, al igual que los otros miembros del grupo, su propia vida cultural, de profesar y practicar su propia religión y de utilizar su propia lengua” (Art. 27).



Las comunidades, los pueblos y las naciones indígenas son aquellas que, teniendo una continuidad histórica con la pre-invasión y con las sociedades precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad dominante en sus territorios, o en una parte de ellos.

*En tercer lugar, además de estos instrumentos de protección individual y colectiva,<sup>24</sup> cuyo antecedente hemos delineado, han aparecido numerosas investigaciones que se ocupan de cuestiones relativas a los derechos indígenas universales, notablemente textos como *Interculturalismo y justicia social*,<sup>25</sup> *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas*,<sup>26</sup> *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*,<sup>27</sup> *Minorías étnico-culturales y Estado nacional*,<sup>28</sup> *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*,<sup>29</sup> además del estudio*

de José Martínez Cobo, cuya contribución más importante ha sido, precisamente, la definición legal de pueblos indígenas:

Las comunidades, los pueblos y las naciones indígenas son aquellas que, teniendo una continuidad histórica con la pre-invasión y con las sociedades precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad dominante en sus territorios, o en una parte de ellos. Éstas forman actualmente los sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y comunicar a las futuras generaciones sus territorios hereditarios, y su identidad étnica, como base de su existencia continua en tanto pueblos, según sus propios modelos culturales, instituciones sociales y sistemas legales.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Aquí podemos agregar a las convenciones y protocolos vistos, las convenciones relativas a la Prevención del Crimen de Genocidio (1948) y la Convención Relativa a la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965).

<sup>25</sup> León Olivé, México, UNAM, 2006.

<sup>26</sup> Oswaldo Chacón Rojas, México, UNAM/UACH, 2005.

<sup>27</sup> José Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes (coord.), México, UNAM, 2005.

<sup>28</sup> Francisco Ibarra Palafox, México, UNAM, 2005.

<sup>29</sup> José Isidro Saucedo González, México, UNAM, 1999.

<sup>30</sup> José Martínez Cobo, "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas" (extracto), 1987. Puede consultarse en: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop\\_data\\_background\\_es.htm](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop_data_background_es.htm)

Además, distintos proyectos de declaraciones sobre los derechos indígenas, concebidos en el seno de la ONU, han contribuido al reconocimiento de los pueblos indígenas como tal. Así, las innovaciones de la Declaración de 1994 como: la postulación del derecho a la libre determinación de los indígenas en tanto pueblos (Art. 3), la personalidad jurídica colectiva (Art. 6), la característica de inalienable de las tierras comunales (Art. 7), la conceptualización de los territorios indígenas (que incluye las “tierras”, el aire, las aguas, el mar, la fauna, la flora y todos los recursos que tradicionalmente han ocupado, poseído o utilizado estos grupos (Art. 26), la restitución de tierras históricas (Art. 27), el derecho a la propiedad intelectual del conocimiento ancestral (Art. 29), la participación en los proyectos de desarrollo económico (Art. 30), y la autonomía “en sus cuestiones internas” (Art. 31); que al aprobarse, han modificado sustancialmente la estructura de los estados-nación implicados.

### **III. La Organización Internacional del Trabajo (OIT): el Convenio 169**

Paralelamente al sistema internacional organizado por la ONU, la OIT, en tanto dependencia especializada de aquélla, y que se ocupa de cuestiones de derecho laboral, tecnología y subdesarrollo y pobreza extrema, ha desarrollado disposiciones que han favorecido el debate y ampliación de los derechos de las poblaciones “originarias”.<sup>31</sup>

Esta organización ha emitido dos resoluciones que han tenido impacto en la política indigenista de los países signatarios: el convenio 107, cuya característica fue claramente integracionista debido a la época en que ésta se concibió (1957). Véanse sus postulados: “(...) incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su *integración progresiva en la vida de sus respectivos países (...)*” (Art. 2).<sup>32</sup> Además, véase la ampliación del integracionismo en lo referente al derecho consuetudinario, “Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.” (Art. 7). Sin embargo, este Convenio también contempla la valorización de las lenguas indígenas (Art. 23), ciertos derechos sobre la tierra como la propiedad colectiva (Art. 11) y la asignación de tierras adicionales (Art. 14a).

El Convenio 107 fue revisado por el 169, que se ha convertido hasta ahora en la herramienta más eficaz y avanzada en materia de derechos indígenas, modificando el pensamiento jurídico en la materia. ¿Cuáles han sido, entonces, las contribuciones más importantes de esta disposición, que han hecho de ésta referencia indispensable?

<sup>31</sup> Ahora mismo, existe debate sobre si esos pueblos deben seguir siendo considerados indígenas u originarios.

<sup>32</sup> Las cursivas son mías.

## *Veinticinco Aniversario*

Pues esta resolución retoma las contribuciones de la antropología moderna, además de experiencias constitucionales como la brasileña de 1988 y la nicaragüense de 1987. Así, este Convenio logra situar el aspecto de la identidad indígena en la consciencia que de ella tengan los individuos (Art. 1). También vemos un gran avance en que las comunidades por vez primera vienen a ser considerados pueblos —en el entendido de que pueblo no debe interpretarse en el sentido que a este término confiere el derecho internacional—. Aunadas a las disposiciones que ya el Convenio 107 había considerado (reconocimiento del derecho consuetudinario, propiedad colectiva, dotación de tierras, contenidas ahora en los artículos 8°, 13° y 19°, respectivamente), el Convenio 169 muestra adelantos conceptuales, como la declaratoria de que los indígenas merecen protección especial como grupo cultural: La acción estatal, entonces, debe ayudar “(...) a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida (...)” (art. 2 c).

Aparece también el novedoso principio de coordinación y participación de los indígenas en todas las circunstancias que les puedan afectar, especialmente en los planes regionales de crecimiento económico:

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y a controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional susceptibles de afectarles directamente. (Arts. 7, 1°. Véanse también Arts. 2 y 15).

Este principio, que fue retomado por la Constitución mexicana en su artículo 2, ha venido afianzándose como punto de referencia en las reivindicaciones de las organizaciones indígenas para detener el despojo de tierras y la sobreexplotación de los recursos naturales de sus territorios.<sup>33</sup> Tenemos también que este Convenio dispuso otra innovación: el establecimiento de la educación plurilingüe y multicultural (Arts. 27 y 28).

Un avance notable lo tenemos en lo relativo a la “tierra”, cuya definición se amplió al espacio de reproducción cultural y psíquica de los pueblos. “La utilización del término ‘tierras’ (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo cual cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera” (Art. 13, 2°).

Y

---

<sup>33</sup> Cf. Carlos Humberto Durand Alcántara, “La tierra, raíz y razón de ser de los pueblos indios”, *Alegatos*, UAM, núm. 28, México, sep-dic. 1994, pp. 441-446.

Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente utilizadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá presentarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.” (Art. 14, 1°).

Tenemos entonces que el Convenio 169 diseñó un instrumental jurídico que se adecuó a las poblaciones nativas; sin embargo, aún quedan imprecisiones y ambigüedades en la terminología, notablemente en lo que concierne al concepto de autodeterminación de los pueblos indígenas, pues se utilizan expresiones como “respeto de las prácticas institucionales” cuando se trata de conceptos como el de la “autonomía” y el de “administración de la justicia propia”. También omite el tema de la propiedad intelectual, no existe una oposición clara a la privatización de las tierras y no contempla mecanismos claros de participación de los pueblos en la verificación de la eficacia del Convenio.<sup>34</sup> A pesar de ello, este Convenio supera los límites del legalismo individualista propuesto por la ONU.

***Un avance notable lo tenemos en lo relativo a la “tierra”, cuya definición se amplió al espacio de reproducción cultural y psíquica de los pueblos.***

## IV. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

¿Cuáles son las características de los derechos humanos en América Latina? Diremos que los conceptos que dan forma a esta tradición jurídica han sido influenciados por el liberalismo clásico e, indudablemente, por la Declaración Universal. Es decir, podemos ubicar a estas distintas “agencias regionales” como complemento de las disposiciones legales que emite la ONU.

De esta manera, el sistema interamericano ha venido construyéndose a partir de dos fuentes legales, que prácticamente funcionan en paralelo: por un lado, la Carta

<sup>34</sup> Cf. Ian Chambers, “El Convenio 169 de la OIT: avances y perspectivas” (un comentario de Magdalena Gómez Rivera), en Gómez (coord.), *Derecho Indígena. Seminario internacional*, México, INI, 1997, 123-137. También v. José Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes (coord.), *Análisis interdisciplinario...*, op. cit., particularmente Jorge Alberto González Galván, “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT”, pp. 81-97; y Miguel Sámano Rentería “La consulta nacional zapatista en el marco del Convenio 169 de la OIT”, pp. 175-187.

### *Veinticinco Aniversario*

de la Organización de Estados Americanos (OEA), y, por otro, la Convención Americana relativa a los Derechos del Hombre.

La Carta de la OEA fue presentada en Bogotá, Colombia durante los trabajos de la IX Conferencia Interamericana y tiene vigencia desde 1951. Este documento es el fundamento de la OEA dado que organiza el funcionamiento de su Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de obligar a los gobiernos que son parte de la OEA al cumplimiento de los derechos humanos. Sin embargo, no existen en el citado documento disposiciones relativas a los pueblos indígenas.<sup>35</sup>

De este sistema interamericano, basado en la Carta de la OEA, se desprenden distintos instrumentos legales de protección a los derechos humanos. Por una parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, promulgada en 1948, y que viene a suplir la falta de mención y definición con relación a esta temática en el documento fundacional. En efecto, la Carta de la OEA se limitaba a mencionar “(...) los derechos fundamentales del individuo sin distinción de raza, nacionalidad, credo, sexo (...)” (Art. 3, 1), pero no especificaba las características particulares de estos derechos. La Declaración Americana llena este vacío legal estableciendo una lista de aproximadamente 20 derechos humanos y 10 obligaciones que incluyen tanto preceptos clásicos —como el derecho a la vida y a la libertad— así como elementos sociales —derecho de asociación (sindical), derecho a la educación, etcétera—. A pesar de este avance, esta Declaración se muestra demasiado limitada en temas como la protección de la propiedad individual y la *colectiva*, que sí garantiza la Declaración Universal (Art. 17), con ellos, este derecho se vuelve exclusivamente personal (Art. XXXII), la elección como derecho (Art. 21.1 de la Declaración Universal) se torna un deber (Art. XXXII) y las obligaciones de los ciudadanos se ensanchan de una forma desconocida: la obediencia a la ley, el servicio militar, el pago de impuestos y la obligación de trabajar forman parte de este mayor énfasis en la autoridad.

Por otro lado, aunada a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, se aprobó en la citada IX Conferencia de la OEA, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, que se ocupa principalmente de derechos laborales, y de la cual se desprende un artículo que aborda la temática indígena:

En los países en donde exista el *problema de la población aborigen*<sup>36</sup> se tomarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, resguardándolo de la opresión y explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación. El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus

<sup>35</sup> Este tratado multilateral fue enmendado por el Protocolo de Buenos Aires en 1967 (en vigor desde 1970), y otros más, como el Protocolo de Cartagena de Indias (1985), de Washington (1992) y de Managua (1993).

<sup>36</sup> La cursiva es mía.

tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales, extractivas o cualesquiera otras fuentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con éste, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas. Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños (Art. 39).

El párrafo anterior es revelador de la acción estatal indigenista que consiste esencialmente en la percepción de los indígenas como un “problema” y la subsecuente propuesta para protegerlos y ejercer sobre ellos una tutela sistemática con el fin de subordinar al proyecto nacional la explotación de sus recursos naturales.

No obstante, en el seno de la OEA, específicamente en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, surgió un proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, que no sólo se orienta en los lineamientos establecidos por el Convenio 169 de la OIT (1989), sino que incluso lo supera en algunos aspectos, como la actualización de la terminología. Habla, por ejemplo, de “filosofía y concepciones lógicas” indígenas Art. VIII, 1º) en vez de “aspiraciones y formas de vida”, y de “derecho indígena” (Art. XVI) en vez de “derecho consuetudinario”. También toca temas como este:

Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento y a la plena propiedad, control y protección de su patrimonio cultural, artístico, espiritual, tecnológico y científico, y a la protección legal de su propiedad intelectual a través de patentes, marcas comerciales, derechos de autor y otros procedimientos establecidos en la legislación nacional; así como medidas legales para asegurarles status legal y capacidad institucional para desarrollarla, usarla, compartirla, comercializarla, y legar dicha herencia a futuras generaciones (Art. XX, 1). (¿Diríase derecho de propiedad?, ¿copyright?).

La segunda gran línea del sistema interamericano de los derechos humanos se basa en la Convención Americana de los Derechos Humanos, producto de la Conferencia Interamericana sostenida en San José, Costa Rica, en 1969. Los llamados “pactos de San José” no afectan a todos los miembros activos de la OEA, sólo a los países que se hayan adherido a este convenio. La Convención instituye la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y el Tribunal Interamericano de los Derechos Humanos, además de garantizar una amplia gama de derechos civiles y políticos. Fuera de los derechos patrimoniales (Art. 18), esta Convención no ofrece innovaciones de consideración en el sistema.

¿Cómo podemos, entonces, evaluar los postulados de los documentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos? Después de la revisión de éstos, advertimos un estricto apego a la legislación internacional de los derechos humanos, especí-

### *Veinticinco Aniversario*

ficamente a la Declaración Universal, mostrando poca originalidad, fuera de lo dicho hasta aquí, con relación a la materia indígena. Además de ello, este conjunto de documentos ha sido incapaz o insuficiente frente a la violación sistemática de los derechos humanos en América Latina. Sumado a esto, las poblaciones indígenas no se vieron más favorecidas por una legislación que se tornó más individualista que la propia Declaración Universal.



Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento y a la plena propiedad, control y protección de su patrimonio cultural, artístico, espiritual, tecnológico y científico.

## V. El conocimiento del derecho

Quedan expuestos por cuestionamiento, rasgos de un aparente problema jurídico, y que se piensa jurídico, pero que trasciende a cuestión de conocimiento, de generación de conocimiento, de *episteme*, o para decirlo con términos de la antropología jurídica, cuestión de cosmovisión. ¿En qué medida la llamada ciencia jurídica puede incorporar nociones como cosmovisión para constituir normas como nuevos valores jurídicos?, ¿cuánto conocimiento de *lo jurídico* de la sociedad mexicana ha sido dejado de lado por los “juristas estudiosos” que sirven fórmulas racistas y vulnerables en lo concerniente a pueblos indígenas en el proceso legislativo?, ¿cuánto conocimiento dejado de lado cuando el juez “estatal” debe decidir sobre “reparación del daño” de una comunidad cuyas maneras de recomponer, ya no digamos la cultura, ignora? Cuestionamiento parecido se impone para el legislador. Garantizar la existencia de sistemas normativos realmente existentes, ¡he ahí el deber ser! En este sentido, nada más natural que anotar a Kelsen para seguir una pista de lo que se dice es: “(...) un orden jurídico es considerado válido cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces es decir, son tácitamente acatadas y aplicadas”.<sup>37</sup> Abundan ejemplos de pueblos indígenas cuyo rasgo es poseer sistemas de cargos, la existencia de autoridades que resuelven problemas, personas que cumplen

<sup>37</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, UNAM, p. 21 y ss.

voluntaria y obligatoriamente con sistema de cargos como trabajos comunitarios, por lo que cuentan con un conjunto de normas<sup>38</sup> a las que ajustan su conducta.<sup>39</sup>

Así que ¿cómo es posible tratar de una manera antropológica los fenómenos jurídicos? Una nueva visión que relaciona categorías analíticas y conceptos del derecho y la antropología surge con las observaciones de Esteban Krotz, quien sugiere un “acercamiento al todo social”,

(...) una antropología del derecho no tiene por qué limitarse a ser una subdisciplina que se ocupa únicamente de un reducido campo de fenómenos particulares —los estrictamente jurídicos— sino que se le podría comprender como un enfoque a través del cual los estudiosos se acercan al análisis de la sociedad en su conjunto; es decir, que se usa el estudio de los fenómenos jurídicos —normas, instituciones, sanciones, procesos judiciales, mecanismos para crear y hacer efectivas las decisiones jurídicas y los universos simbólicos asociados a estas prácticas y estructuras— como un acercamiento específico al todo social.<sup>40</sup>

¿Puede la ciencia jurídica que sustenta el derecho estatal incorporar en su *corpus* la posibilidad de una “línea cultural” de estudio de los sistemas jurídicos?: “(...) la organización de un sistema jurídico se fundamenta en la concepción básica que de tal sistema tiene del ser humano. La correspondiente imagen del ser humano es el secreto regulador de cada sistema de derecho (...)”<sup>41</sup> Establezcamos en este momento, en primer plano, la idea de que la antropología y el derecho (también conocida como antropología jurídica), en tanto método, nos permite acercarnos con pasos más estables a la relación que se da entre el derecho y la cultura.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Entendemos que las normas son, siguiendo a Correas, “(...) significados de expresiones lingüísticas usadas para prescribir, es decir, para calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados resultantes de ellas (...)” Oscar Correas, *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*, México, CEICH-UNAM, 2007, p. 113.

<sup>39</sup> Carlos H. Durand Alcántara, *Derecho nacional, derechos indios y derecho consuetudinario indígena. Los triquis de Oaxaca un estudio de caso*, México, UAM-Universidad Autónoma Chapingo, 1999; Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre...*, *op. cit.*

<sup>40</sup> Esteban Krotz, «Antropología y derecho», *México Indígena*, año IV, núm. 25, México, 1988, p. 8.

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> En torno a esta idea, hemos consultado sobre todo bibliografía producida en Francia, en el Laboratoire d'Anthropologie Juridique, dirigido por Michel Alliot y Etienne Le Roy, así como los trabajos producidos en el Centre de Droit et Cultures a cargo de Raymond Verdier. Tenemos entonces los trabajos: Michel Alliot (1983), *L'anthropologie juridique et le droit des manuels*, *Anthropologie et juridique*; Jean Poitier (1968), *Introduction à l'ethnologie de l'appareil juridique*; Etienne Le Roy (1978), *Pour une anthropologie du droit*; Pierre Braun (1985), *Anthropologie juridique et droit à venir*. Así como las obras de Norbert Roulard, *Anthropologie Juridique*, París, PUF, 1988; Jaques Vanderlinden, *Anthropologie Juridique*, París, Dalloz, 1996; René David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, la edición actualizada por Camille Jauffret-Spinozi, París, Dalloz, 1988; Jean Carbonier, *Sociologie Juridique*, París, PUF, 1978; Georges Davy, *La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat. La formation du lien contractuel*, París, Alcan, 1922; Pierre Bourdieu, “La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, núm. 64, París, septiembre 1986, pp. 3-19; Henri Favre, *L'indigénisme*, París, PUF, 1996. Habrá que precisar que esta amplia bibliografía,

## *Veinticinco Aniversario*

De esta manera, no sólo de la ciencia jurídica puede esperarse la generación de un saber sobre lo jurídico, también las llamadas ciencias sociales están interpeladas para aprehender las “conexiones” o “fronteras” de una realidad que implica dar cabida a culturas diferentes que redundan en un conocimiento dialéctico de la realidad humana. ¿En qué medida nociones, definiciones y categorías confeccionadas por campos de conocimiento como la antropología encuentran relevancia en el discurso jurídico y que posibiliten “constituir” una sociedad plural de raigambre indígena?<sup>43</sup>

Por ejemplo, para considerar el derecho al reconocimiento de sistemas de derecho indígena, algunos autores<sup>44</sup> han señalado que el reconocimiento de estos sistemas enfrenta dos problemas muy puntuales, ambos constitutivos, eso sí, de una ceguera jurídica que se sustenta o en la ignorancia o en la indiferencia, pero que en verdad es provocada por la ausencia de elementos epistemológicos. “El derecho moderno se concreta más en un acto de voluntad del Poder Legislativo, que en un proceso de análisis para construir conocimiento (...)”, lo indica Grossi. “La vinculación del derecho con el poder político lo explica como acto de autoridad o mandato de un superior a un inferior (...)”, este parece ser el rasgo esencial del derecho concluye Correas. “Normas elaboradas desde los órganos del estado fundadoras de un sistema legal ignorante de la diversidad cultural (...)” “La base de eficacia y validez reside en el visto bueno del Estado, cuando de creación de norma jurídica se trata”. El conocimiento del “todo social”, la definición de la “unidad de múltiples determinaciones”, líneas de pensamiento investigativas que son necesarias para la comprensión del fenómeno jurídico plural.

Considerando, entonces, el carácter interdisciplinario de las ciencias sociales, entendemos que desde esa interdisciplinariedad se logra la especialización, “(...) en primer lugar, la especialización científica implica la fragmentación de disciplinas completas en subdisciplinas; en segundo, cuando esta especialización llega a sus límites naturales, los investigadores innovadores recombina los fragmentos en dominios híbridos; (...) al desplazarse desde el centro hacia la periferia de una disciplina, al transgredir sus fronteras y al penetrar en el dominio de otra especialidad, el

---

si bien ha abierto referentes de pensamiento, así como líneas generales de controversia, no ocupa una parte sustancial en la confección de los argumentos que ahora presentamos. Habrá de entender el lector, entonces, que el estudio detallado de estos materiales está por hacerse.

<sup>43</sup> El texto siguiente da cuenta de esta preocupación: “Existen referentes, antecedentes y explicaciones distintas para aproximarse a un fenómeno o a los *mundos simbólicos reales* no compartidos universalmente, los cuales deben ser valorados por ajenos al sistema en que éstos se producen. Un juez, por ejemplo, en el marco de una conjetura respetuosa, reconoce y valora muchas realidades como *mundo posible*. Estos innumerables mundos posibles no necesariamente pueden ser probados positivamente y que, sin embargo, son reales, como por ejemplo los sistemas de creencias, delimitan lo propiamente cultural para el campo de interpretación sustantiva, porque permite establecer el núcleo fundamental para ser reconocido trascendiendo la extensión de una única visión, conducente a una única explicación.” Esther Sánchez Botero, “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas”, *América Indígena*, México, ene-jun. 1998, núms. 1-2, p. 178.

<sup>44</sup> Boaventura de Sousa Santos, *op. cit.*; Óscar Correas, *op. cit.*; Héctor Díaz Polanco, *Teoría marxista de la economía campesina*, México, Juan Pablos, 1977.

científico dispone de mayores oportunidades para ser creativo (...)", de manera que "(...) la innovación en las ciencias sociales aparece con mayor frecuencia, y produce resultados más importantes, en la intersección de las disciplinas (...)"<sup>45</sup>

Lo que hasta ahora se ha dado en llamar antropología jurídica debería estudiar minuciosamente: a) los sistemas legales desde la alteridad y en una perspectiva comparativa, b) la coexistencia de diferentes sistemas legales con la tensión que inevitablemente surge de esta coexistencia, y la tensión entre los miembros de una cultura y su sistema legal y otro sistema legal con el cual están forzados a interactuar; y de estos objetos de estudio surge un problema central en la antropología jurídica: c) la relación entre la legalidad y la legitimidad. Queda vislumbrada la propuesta de rehacer un entendimiento del derecho desde una perspectiva que "reformula el espacio" entre la propia cultura y la ajena en la alteridad, que opera en un ambiente de heterogeneidad cultural. De esta manera, entendemos que el saber jurídico, reunido en la llamada ciencia jurídica, debería orientar su confección conceptual a la investigación que devele explícitamente la naturaleza de las situaciones que producen los encuentros entre culturas diferentes.<sup>46</sup>

***La llamada ciencia jurídica, debería orientar su confección conceptual a la investigación que devele explícitamente la naturaleza de las situaciones que producen los encuentros entre culturas diferentes.***

No desconocemos que esta concepción nueva del derecho se sustancia en un proceso histórico que indica recuperar la identidad, la reivindicación de formas de vida distantes de la concepción económica mercantilista, la reconfiguración de territorios, el reconocimiento de un derecho y, en esa medida, de autoridades comunitarias, un intento sugerente de devolver a la política un carácter perdido desde que la modernidad procuró su subsunción a la economía.<sup>47</sup> En todo caso, dichos elementos históricos dan cuenta de un pluralismo social que contraría los procesos de homogeneización inaugurados por la creación de los estados nacionales que el proceso de trabajo capitalista necesitaba para imponerse como dominante a lo largo de los últimos dos siglos.

<sup>45</sup> Mate Dogan y Robert Pahre, *Las nuevas ciencias sociales. La marginalidad creadora*, México, Grijalbo, 1993, p. 11.

<sup>46</sup> Cf. Michel Alliot, *op. cit.*; Bartolomé Clavero, *Derecho indígena y... op. cit.*; Alain Touraine, "¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas", *Claves de la Razón Práctica*, núm. 56, octubre 1995; Will Kymlicka, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995; también de este último autor *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2002.

<sup>47</sup> Karl Polanyi, *La gran transformación*, México, Juan Pablos, 1992, en especial el capítulo "Desarrollo y caída de la economía mercantil", pp. 59-185; así como Karl Marx, *El Capital*, t. I, México, UNAM, 1992, el capítulo "La llamada acumulación originaria", pp. 607 y ss., y t. III, el capítulo "La renta y sus fuentes", pp. 754 y ss.

## *Veinticinco Aniversario*

Queremos insistir en que esta concepción pluralista fortaleció la presencia de un movimiento indígena, y del indígena mismo, como partícipes de la realidad social en formaciones como la mexicana hasta entonces supuestas homogéneas. Ello ha venido a cuestionar la categoría de ciudadano y generalidad de la norma, pues habíase redundado en detrimento del así llamado indígena, ocultando con esta lógica al verdadero sujeto de derecho.

Al dar la espalda a los nuevos aportes que dibujan intentos metodológicos para la comprensión del fenómeno jurídico, o lo que hemos llamado “lógica de ocultamiento y negación”, queda en evidencia, el hilo conductor que este escrito sostiene que a pesar de los cambios y “avances” de los últimos años en materia de derechos indígenas plasmados en instrumentos formales, simplemente por la inercia sistemática del orden jurídico persistente en México, las disposiciones sobre la materia han quedado “atrapadas” en formalidades legislativas basadas en la subordinación de la cultura indígena —a pesar del pluralismo—;<sup>48</sup> en la jerarquización de facultades ideadas para las autoridades comunitarias indígenas con respecto de las estatales, atando aquéllas a éstas, evidentemente en lo que se refiere a la procuración de justicia; reafirmando como fuente de derecho a la ley con características formales de validez arrojando a las antípodas del sistema a los “usos y costumbres” del indígena,<sup>49</sup> aplazando con ello, el reconocimiento de los sistemas de derecho indígena vigentes en México.<sup>50</sup>

Cabe decir que esta hipótesis constituye, a su vez, un elemento de teorización de una idea más amplia: se han reconocido derechos a los pueblos, comunidades e individuos indígenas, no así un reconocimiento de su derecho mismo, dígase, de su organización social. De ahí que la posibilidad de que el derecho indígena, esa cosmovisión sea parte constitutiva de la nación, no es considerada en absoluto en el texto del artículo segundo.

---

<sup>48</sup> “La Nación Mexicana es única e indivisible”. “La nación mexicana tiene una *composición pluricultural* (...)” “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un *marco constitucional* de autonomía que asegure la unidad nacional”. V. párrafos 1º, 2º y 4º, Art. 2º. constitucional (las cursivas son mías).

<sup>49</sup> Piénsese esta idea bajo la lógica del realismo sociológico, entendido aquí como el papel central que tiene el juez para “hacer” o realizar el derecho, en la medida en que a través de los litigios en tribunales, los alegatos de la demanda le mostrarían reivindicaciones específicas para indígenas, como el uso de la lengua en los litigios de orden penal o simplemente la condición de indígena, situación que en general la estructura del juzgado desconoce o ignora su tratamiento. Pues incluso en el supuesto de este razonamiento, con las bondades que el realismo sociológico aporta en la vertiente de fuentes del derecho, incluso ahí “el uso y la costumbre” contenido en la lengua no constituye “fuente del derecho”, o elemento a dilucidar como derecho sustantivo. ¿Cuánto más incluyente será un proceso legislativo de los valores jurídicos conocidos para los indígenas? ¡Fuentes históricas aparte!

<sup>50</sup> “Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con *sus usos y costumbres*” Ver. Párrafo tercero del artículo 2º. constitucional. (Las cursivas son mías).



En febrero de 1996 los elementos de nuevos principios constituyentes afloraban en los llamados Acuerdos de San Andrés, con el pronunciamiento conjunto sobre “derechos y cultura indígena” que reconoce la necesidad de una “nueva relación” entre pueblos indígenas y el estado mexicano.

En febrero de 1996 los elementos de nuevos principios constituyentes afloraban en los llamados Acuerdos de San Andrés,<sup>51</sup> con el pronunciamiento conjunto sobre “derechos y cultura indígena” que reconoce la necesidad de una “nueva relación” entre pueblos indígenas y el estado mexicano, llevando el diálogo y el acuerdo, a la participación del entendimiento y el acuerdo indígena. Esta nueva relación indicaría elementos de un pacto social que reconozca que una nueva situación nacional y local para los pueblos indígenas, es necesaria repensarla desde las entidades federativas que integran la nación. Un principio jurídico que la reforma del artículo segundo pasó por alto en la confección de su “espíritu”. Antes bien, textos tendentes a ver la unidad de la nación sin noción alguna de autonomía abundan: “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional (...)” o bien, autonomía para “(...) aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos

<sup>51</sup> Este pronunciamiento contiene los principios y fundamentos necesarios para la construcción de un pacto social integrador de una nueva relación entre los pueblos indígenas, la sociedad y el Estado. Este pacto social para una nueva relación parte de la convicción de que una nueva situación nacional y local para los pueblos indígenas sólo podrá arraigar y culminar con la participación de los propios indígenas y la sociedad en su conjunto, en el marco de una profunda reforma del Estado.

internos, sujetándose a los principios generales de esta constitución (...). ¿Por qué referentes jurídicos como éste pierden significado y práctica en el contexto del orden jurídico mexicano?, ¿por qué reconocimiento de derechos como los contenidos en el segundo artículo constitucional tienen tan escasa posibilidad de aplicación tornándolos vacíos de contenido? Veamos las siguientes,

## VI. Consideraciones teóricas sobre el orden jurídico<sup>52</sup>

¿La sistematicidad es una característica del derecho? Considerando que los principios constitucionales van a analizarse desde la perspectiva del sistema jurídico, entendido desde dos aspectos complementarios. Uno de ellos, visualizando que la naturaleza sistemática del derecho implica que aún en sociedades consideradas plurales, y, por tanto, contenidas de múltiples concepciones del derecho, el carácter sistemático indica que dentro de esa aparente pluralidad de sistemas jurídicos, existe uno dominante que termina por imponer su dominio a través de la estructura jurídica. Generalmente se ha nombrado a éste como derecho estatal, sin importar si la fuente de creación de la norma ha ido a sustentar su validez en la llamada legalidad o ésta ha venido del “uso y la costumbre”. De ahí que al cuestionamiento general, debemos añadirle preguntas pertinentes en aras de precisar cómo se constituye el dominio del orden estatal, expresado en normas jurídicas, hasta convertirle en dominante.

De esta manera: ¿cómo funciona la estructura jurídica en cuanto a la distribución y el ordenamiento de normas jurídicas aparentemente tan diversas?, ¿bajo qué supuestos los elementos situados “al borde” del sistema jurídico dominante son incorporados por la naturaleza sistemática de éste?, ¿cuáles son los mecanismos subyacentes al sistema jurídico dominante que ajusta a sus principios la gama de pluralidad jurídica que se asume para sociedades pluriculturales como la mexicana?, ¿de qué manera la concepción del sistema jurídico donde un elemento es dominante se contrapone a la concepción de interlegalidad que la visión antropológica del derecho ha acuñado para teorizar al respecto? Precisamente estos cuestionamientos interpelan la naturaleza sistemática y su relación con la pluralidad bajo el supuesto de que “toda norma jurídica pertenece a un sistema jurídico, pues el elemento dominante constituye la unidad, una característica imprescindible de lo sistemático.”

En este sentido, para apoyar la idea anterior, partimos de cuatro consideraciones fundamentales que redundan en establecer la *existencia* del sistema jurídico, ano-

<sup>52</sup> Hemos seguido de cerca las indicaciones de Raz para entender el carácter sistemático del orden jurídico, aquí sintetizamos algunas de sus ideas, pueden consultarse de manera más amplia los capítulos I, II y V. Cf. Joseph Raz, *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986; también Cf. Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 3ª. ed., 2008; y Óscar Correas (coord.), *Derecho indígena mexicano I*, UNAM/Ediciones Coyoacán, 2007, en particular los capítulos I “Normas y sistemas normativos” y VI “Relaciones entre sistemas normativos”.

tando que ésta puede observarse a través de su transformación, situación ésta a visualizar aquí. Es decir, existencia y transformación nos proporcionan criterios para determinar la verdad o falsedad sobre la sistematicidad, más allá de la eficacia como manifestación de existencia. Con ello, la *identidad* del sistema pone de relieve la diferenciación de normas jurídicas cuya fuente de derecho es notablemente diferente, por lo que debe entenderse qué disposiciones jurídicas forman un sistema u otro. Paralelamente, la *estructura* y el *contenido* del sistema jurídico se relacionarán como elementos constituyentes de la sistematicidad del derecho.<sup>53</sup> En suma, el sistema jurídico da cuenta de la existencia de un ente soberano que estructura y da contenido a normas que configuran la identidad estatal, por lo que la característica de lo sistemático redundará en la imposición, en el aseguramiento, “en última instancia”, de una única y sola fuente de principios jurídicos, aunque al final quede resguardado bajo la figura amplia del Estado. No importa lo abstracto si con ello se asegura la soberanía de la fuente formal de lo jurídico. Se asegura el principio y el origen, se impone su eficacia a través de su independencia (o autonomía relativa).<sup>54</sup>

Dicho en otros términos, la sistematicidad refiere un carácter de orden y conjunto que se dice todo sistema jurídico posee como atributo. Sin embargo, como al referirnos al sistema de derecho en verdad nos referimos a un sistema de normas, bien puede advertirse que las normas en sí mismas no constituyen un sistema, en verdad que lo sistemático no es atributo suyo como tal, sino de un trabajo intelectual del jurista que redundará en ideología y que un funcionario aplica conforme a su voluntad. En efecto, la convicción de que las normas constituyen un sistema, otorga al derecho un prestigio especial: “(...) el de no ser un simple aglomerado de normas inconexas, incoherentes, arbitrarias, sino el de ser un conjunto sabiamente ordenado, mucho más cercano ‘a la razón’, y mucho más hábil para captar la voluntad de los ciudadanos. La sistematicidad hace aparecer al derecho como ‘racional’, y por tanto, como *justo*.”<sup>55</sup> Así que la abstracta sistematicidad normativa se reduce a que el albedrío del jurista, entrenado para “decir” la sistematicidad de las normas —juez o legislador—, decida el sitio y la aplicación que un determinado texto legal habrá de tener en un contexto específico, aunado a la obligación expresa que tiene el ciudadano de acatar dicha disposición *so pena* de una sanción”. De ahí que la sistematicidad no es una propiedad de las normas, sino el resultado de un *discurso de* reconocimiento de las mismas. Veámoslo de otra manera, a través de la estructura. Una parte subjetiva complementa la disposición de la estructura que organiza, un proceso jurídico que confronta la imposición de la estructura jurídica, aceptada desde el ascenso de la economía mercantil.

<sup>53</sup> Cf. Joseph Raz, *op. cit.*, pp. 11-21.

<sup>54</sup> Para una confrontación de lo dicho hasta aquí, Cf. Nicos Poulantzas, *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*, 11ª. ed., México, Siglo XXI Editores, 1975, específicamente el capítulo cuarto “La unidad del poder y la autonomía relativa del Estado capitalista”, pp. 331-421.

<sup>55</sup> Óscar Correas (coord.), *Derecho indígena mexicano, op. cit.*, pp. 29 y ss.

## VII. Sobre la estructura jurídica

Una estructura es la distribución y el ordenamiento de las partes de algo, de lo jurídico en nuestro caso. Por extensión, de lo plural. El estudio de “lo jurídico” se refiere a la ciencia del derecho, que sin embargo denota un objeto de estudio de mayor abstracción: el estudio del Estado, el soberano. La teoría del Estado comprende, de esta manera, leyes (en términos lógicos) que explican, tanto su relación interna como externa. El estudio del derecho, como exteriorización u objetivación de la

*El estudio del derecho se refiere a la actividad práctica de lo jurídico; y el estudio del Estado a la actitud teórica de lo jurídico.*

legalidad estatal supuesta soberana encierra, en términos generales, la juridicidad práctica excluyente de lo plural, sobre todo en lo soberano. Tenemos entonces que el estudio del derecho se refiere a la actividad práctica de lo jurídico; y el estudio del Estado a la actitud teórica de lo jurídico. Movimiento que vincula únicamente soberanía y homogeneidad para nuestro caso.

Cuando hablamos de la estructura de lo jurídico hacemos referencia a la teoría del Estado. Allí encontramos que la estructura jurídica es el ordenamiento y la distribución de las partes de la teoría del Estado; y con ello se avizora el fundamento de la imposición de su soberanía, si bien en abstracto, pero que sirve de fundamento que mira en el Estado el principio y el origen de la legalidad, en exclusión de cualquier otra fuente. Precisamente con este razonamiento se justifica la formalista identificación del derecho con el Estado, en detrimento y olvido de la pluralidad en el entendimiento y práctica del derecho. He ahí las consecuencias de esa distribución y ordenamiento de las normas del derecho, atándolas irremediabilmente al Estado.

Si bien puede objetarse que alguna pluralidad puede advertirse en el hecho de que la estructura del Estado halla diferentes posibilidades jurídicas en su existencia (liberal, social, garantista, democrática, etcétera.), ello quiere decir que adopta distintas formas, distintas combinaciones de una misma estructura, pero con ello no cambia la estructura jurídica, sustancialmente homogeneizante, sino la forma de combinar sus elementos, desplegando con ello su sistematicidad. Resulta que un proceso legislativo en tanto estructura subordina la subjetividad de los tribunales y su personalísimo ‘proceso’. En sentido inverso, el juez encontrará la manera de “ajustarse” a los procedimientos. Por el alcance de este trabajo, nos ocuparemos en detalle de la manera en que la dicha estructura jurídica, en la medida en que se mira su historia, en cómo se ha positivizado y cómo ha negado la pluralidad en una segunda parte de este trabajo. Adelantemos por ahora el entendimiento de “sistema jurídico”: grupo de normas que son reconocidas como válidas y son atribuidas al mismo orden normativo, y para ello se idea una secuencia lógica de corte ideológico

que fundamenta la pertinencia a un sistema. En efecto, no debe dejarse de lado que un sistema normativo es resultado de un proceso discursivo históricamente situado perfilado para el ejercicio del poder sobre ciertos individuos en un territorio y tiempo preciso para lograr de ellos ciertas conductas y no otras, en ello va el carácter de real existencia del sistema normativo. Además, éstos contienen *normas de reconocimiento* que indican cuáles normas pertenecen a dicho sistema. ¿La concepción comunitarista del derecho responde a esta definición?

## VIII. Conclusiones

*Primera.* Una vez advertidos los elementos teóricos apuntados, el lector puede confeccionarse, a estas alturas, las bases sobre las que descansan los cambios constitucionales tratados aquí someramente. Esperamos, además, que nuestra hipótesis relativa a la imposición del orden jurídico a pesar de su combinación distinta, halle un referente preciso al usar la teoría general del estado y su imposición a través de la estructura, en un estado determinado como el mexicano, bajo el entendido de que los principios enarbolados ahí, a pesar de su rezo plural, antes bien han reforzado la sujeción de individuos, comunidades y pueblos indígenas de este país, que sigue presentándose, en principio, como nación pluricultural, no así, precisamente plurinacional o con pluralismo jurídico. Lejos se está de ello.

*Segunda.* Contrariamente a la bonanza que sugiere ese cambio, pensamos que esta manera de “constituir” trajo consigo resultados negativos para unos pueblos indígenas en una época constitucional caracterizada por la ignorancia del elemento indígena. La historia nos muestra la negación de sus lenguas, el ocultamiento de su desarrollo histórico, una aculturación sistemática, y, sobre todo, una negación en los principios constitucionales de esta nación, que no los consideró como elementos, partes de ese “todo” a constituir. Esto es historia ya vista, ampliamente conocida. En efecto, resulta que la condición jurídica de “mexicano” ha ensombrecido la condición de “indígena”, y a su vez, la condición “indígena” ha oscurecido el panorama de la diversidad misma. En este sentido, *mexicano/indígena* representan, de manera muy reducida, sólo dos posibilidades de una compleja vastedad, pues ni uno ni otro concepto dan cuenta de la diversidad de pueblos, comunidades e individuos —dígame sujetos de derecho público— que conforman el Estado-nación mexicano.

*Tercera.* Desde otro ángulo, tenemos que la ausencia de disposiciones constitucionales relativas a los pueblos indígenas, este hecho en sí mismo, nos deja ver la necesidad de reflexionar sobre la constitución política de la sociedad mexicana, de repensar fórmulas jurídicas concebidas al inicio del siglo XX —después de la Revolución mexicana— cuya característica fundamental, en los concerniente a los pueblos indígenas, era la integración ciudadana del indio, la desaparición de su comunidad y su aculturación en beneficio de la nación mexicana. En este sentido,

### *Veinticinco Aniversario*

estudiar las reformas derivadas de los acuerdos internacionales, y su traducción al orden jurídico interno es evidente, tanto como el acto mismo de constituir —o reconstituir— una nación incluyendo su elemento indígena.

*Cuarta.* ¿Qué son los derechos indígenas? Entendemos ahora que éstos deben advertirse desde tres dimensiones. Primeramente tenemos las prácticas de una costumbre legal de una pueblo indígena determinado, dígase triquis, otomies, zapotecos..., es decir, lo que se ha llamado el derecho consuetudinario o usos y costumbres, y que la teoría, en los últimos tiempos, ha elaborado explicaciones para fundamentar la sistematicidad de dichas prácticas, sosteniendo que éstas han alcanzando la consistencia de un sistema de derecho (consistencia interna: producción y aplicación de normas al interior del grupo, reconocimiento de autoridades, ambos elementos dirigidos a mantener el orden comunitario). El espacio de la acción y legislación estatal hacia los pueblos indígenas constituyen la segunda dimensión de los derechos indígenas, la dimensión estatal en suma. Además, el cuerpo legal de convenios, acuerdos y resoluciones en el ámbito internacional (derecho internacional) configura la tercera dimensión.

*Quinta.* ¿Cuál es la característica actual de los derechos indígenas? En el debate entre derechos colectivos *versus* derechos individuales, la teoría ha argumentado que esta aparente contraposición en la concepción de los derechos de los pueblos y comunidades y el de los individuos, bien puede resolverse al reconocer unos derechos colectivos a estos pueblos (derecho a la diferencia, al territorio, a la jurisdicción, a la autodeterminación en suma) que den sentido a los derechos individuales de sus integrantes (reconocidos por la comunidad, el Estado o por el derecho internacional). Así, la existencia de estos pueblos quedaría salvaguardada con el reconocimiento de unos derechos colectivos que asegurarían el territorio, la lengua, la jurisdicción, la organización social y política, las relaciones sociales y el medio cultural desde donde los individuos indígenas asegurarían sus derechos como personas. Las posiciones encontradas que disociaban irremediamente los derechos colectivos y los individuales pierden sentido desde esta perspectiva.

*Sexta.* Los derechos humanos individuales han sido la perspectiva dominante en el derecho internacional para tratar el asunto de las llamadas minorías étnicas. Así lo demuestran los principios expresados en la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976). Existen también documentos de otras organizaciones internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que velan por los derechos de poblaciones minoritarias.

*Séptima.* En la elaboración de los sistemas legales en los estados nacionales, de las fuentes de legalidad clásicas —ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina—, la costumbre ha sido relegada como fuente de derecho, al no reconocerla para las poblaciones indígenas, afectando con ello los derechos de pueblos indígenas y sus integrantes, que privilegian esta fuente.

*Octava.* ¿Qué ha cambiado en los últimos tiempos? En los últimos veinticinco años, desde finales de la década de los ochenta, América Latina ha experimentado grandes cambios constitucionales, pasando de regímenes dictatoriales al establecimiento de instituciones democráticas para hacer viables los intercambios sociales. Además, ha habido un fortalecimiento en la organización de grupos indígenas que ha logrado que éstos pasen de la subversión y resistencia al margen de las instituciones políticas de los estados, a la participación directa en



Los derechos humanos individuales han sido la perspectiva dominante en el derecho internacional para tratar el asunto de las llamadas minorías étnicas.

la vida democrática en sus respectivos países, con lo cual la reivindicación de su cultura, su territorio, sus instituciones y su derecho a participar han tomado formas precisas, por ejemplo, la demanda de reconocer a la comunidad, para los Estados organizados federalmente, como un nivel de gobierno más dentro del federalismo, por lo que tendrían que replantearse las competencias jurisdiccionales. Sin embargo, no es un hallazgo que esté exento de contradicciones, que se concatenan en la combinación que puede haber entre la vía institucional y la no-institucional.

*Novena.* A la luz de la situación social en México, estamos a estas alturas en condiciones de pensar en la posibilidad de que la cultura constitucional de este país incorpore prácticas que hasta ahora han estado a la sombra del llamado derecho positivo. Autodeterminación y autonomía son las nociones que condensan esta nueva cultura de derechos emanados de las prácticas consuetudinarias indígenas, cuya esencia es que unos derechos individuales puedan ejercerse dentro del marco de unos derechos comunitarios. Para ello, la figura política del federalismo debe considerar a la comunidad dentro de la estructura organizativa de la autoridad en México. Además de estos principios de autodeterminación y autonomía, que posibilitan que las instituciones y la organización política, las decisiones comunitarias y sus autoridades tengan cabida política en la estructura estatal, el principio de justicia social deposita en el Estado plural la obligación de establecer mecanismos que hagan posible las condiciones y la distribución de bienes de tal forma que satisfagan las necesidades básica de todos sus miembros.

### *Veinticinco Aniversario*

*Décima.* A pesar de que hace tres décadas de estudios de la antropología jurídica, la complejidad de su conceptualización y precisión de su objeto de estudio hacen de ésta una ciencia en formación, sobre todo porque la idea de que todas las sociedades no comparten necesariamente la misma concepción del derecho, y que está en la base de las reflexiones de aquélla, no es aún totalmente aceptada. Además de esto, la noción de complejidad en la teoría jurídica (de raigambre kelseniana, defensora de la teoría pura del derecho) no ha terminado de establecerse, cancelando con ello el estudio de una pluralidad de experiencias jurídicas o pluralismo jurídico.

*Undécima.* ¿Qué queda por hacer? ¿Qué perspectivas se abren?

Demasiadas cuestiones han quedado abiertas. Se sabe aún poco sobre el tiempo jurídico indígena, sobre la articulación de sistemas de derecho; ¿cómo sería la distribución de competencias en un Estado plural? ¿Cómo se construirían las jurisdicciones indígenas?, ¿será necesario, por ejemplo, la implementación de un tribunal especial que conozca sólo de asunto indígenas?, ¿cuáles serían sus competencias?, ¿qué influencias endógenas y exógenas configuraron a los movimientos indígenas latinoamericanos en su proceso de formación étnica desde la década de los años ochenta?

Constatamos que una nueva constitucionalidad se impone en México, como a lo largo de América Latina. Se trata de pensar en una ciencia jurídica que fundamente una cultura de derechos, de donde se desprenda una cultura jurídica que se nutra del seno de la convergencia de culturas, que haga acequibles y conservables los derechos de las culturas, tanto mejor que la posibilidad de devenir constituida como nación. ¿En posible diversidad de Estado H'ñahñu, otomí, trique, purépecha, huichol, amuzgo, cora, chatino, chinanteco, chocholteco, chontale, cuicateco, guarijo, huave, ixcateco, kiliwe, matlatzínca, maya, mazateco, mazahuas, mixe, mixteco, nahua, pame, popoluca, tepehuan, totonaco, tzeltal, tzotzil, kikapu, zapoteco, zoque.... de toda esta diversidad compleja?

## Bibliografía

- Alliot, Michel. *L'anthropologie juridique et le droit des manuels. Anthropologie et juridique*. París, PUF, 1983.
- Bonfil Batalla, Guillermo. *México profundo. Una civilización negada*. México, Grijalbo, 1994.
- Carbonell, Miguel. *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*. México, UNAM-III, 2004.
- , Óscar Cruz Barney y Karla Pérez Portilla (comps.). *Constituciones históricas de México*. México, UNAM-Porrúa, 2004.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México, Trillas, 2006.
- Casas, Bartolomé de las. *Brevisima relación de la destrucción de las Indias*. México, Fontamara, 1997.
- Chacón Hernández, David. *Democracia, nación y autonomía étnica. El derecho fundamental de los pueblos indígenas*. México, Porrúa, 2009.
- Chacón Rojas, Oswaldo. *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas. Problemas y límites de los paradigmas políticos*. México, UNAM/Universidad Autónoma de Chiapas, 2005.
- Clavero, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México, Siglo XXI Editores, 1994.
- . *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos Indígenas entre constituciones mestizas*. México, Siglo XXI Editores, 2008.
- Correas, Óscar (coord.). *Derecho indígena mexicano I*. UNAM/Ediciones Coyoacán, 2007.
- . *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*. México, CEICH/UNAM, 2007.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Refundación del estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- . *Una epistemología del sur*. México, Siglo XXI Editores/Clacso, 2009.
- Díaz Müller, Luis. “Análisis comparado de las legislaciones nacionales sobre minorías en América Latina”, en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. T. I. México, UNAM-IIIJ, 1992.
- Díaz-Polanco, Héctor. *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*. México, Siglo XXI Editores, 1999.
- Dogan, Mate y Robert Pahre. *Las nuevas ciencias sociales. La marginalidad creadora*. México, Grijalbo, 1993.
- . *Teoría marxista de la economía campesina*. México, Juan Pablos, 1977.
- Durand Alcántara, Carlos Humberto. “La tierra, raíz y razón de ser de los pueblos indios”. *Alegatos*. UAM. Núm. 28. México, sep-dic. 1994. pp. 441-446.
- Gómez, Magdalena y Claudia Olvera. *Donde no hay abogado*. México, INI, 1990.
- González Casanova Henríquez, Pablo. “Perspectiva para la paz, la democracia y la justicia: una visión desde Chiapas”, en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.). *La construcción del estado nacional: democracia, justicia, paz y estado de derecho*. XII Jornadas Lascasianas. México, UNAM, 2004.
- Ibarra Palafox, Francisco. *Minorías etnoculturales y Estado nacional*. México, UNAM, 2005.
- Iturralde, Diego (comp.). *Orden jurídico y control social*. México, INI, (Cuadernos de Antropología Jurídica).
- Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. 3ª. ed. México, UNAM, 2008.
- Kymlicka, Will. *Filosofía política contemporánea. Una introducción*. Barcelona, Ariel, 1995.

### ***Veinticinco Aniversario***

- \_\_\_\_\_. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona, Paidós, 2002.
- Mariátegui, José Carlos. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima, Amauta, 1979
- Marx, Carlos. *Introducción general a la crítica de la economía política (1857)*. México, Siglo XXI Editores, 1977
- \_\_\_\_\_. *El Capital*. T. I. México, FCE, 1974.
- Olivé, León. *Inter-culturalismo y justicia social*. México, UNAM, 2006.
- Polanyi, Karl. *La gran transformación*. México, Juan Pablos, 1992.
- Poulantzas, Nicos. *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*. México, Siglo XXI Editores, 1975.
- Raz, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. México, UNAM, 1986.
- Sánchez Botero, Esther. “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas”. *América Indígena*. Núms. 1-2. México, ene-jun. 1998.
- Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- Touraine, Alain. “¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas”. *Claves de la Razón Práctica*. Núm. 56. Octubre 1995.
- Velasco Gómez, Ambrosio. *Republicanismo y multiculturalismo*. México, Siglo XXI Editores, 2006.
- Villoro, Luis. *Estado plural, pluralidad de culturas*. México, UNAM-FFYL/Paidós, 1998