



Presentación

El tema indígena es tan apasionante como inagotable; en particular, para nuestro país, resulta de una actualidad permanente; la riqueza y variedad de nuestras culturas indígenas avalan esos calificativos.

El respeto a esas culturas incluye, por supuesto, los usos y costumbres que regulan su vida diaria y que, como tal, constituyen normas de convivencia interna que, en todo caso, sus miembros han venido respetando desde tiempos inmemoriales y a las que en tanto nos relacionemos con esas comunidades, quienes seamos externos, debemos respetar y hacer respetar.

La amplia gama de expresiones culturales indígenas nos da por resultado casi otro tanto de regímenes de derecho consuetudinario y que, aun cuando la Constitución Política establece el derecho y la obligación a su respeto, en el marco legal secundario no se

¹ Abogado por la Universidad de Guadalajara. Doctor en Derecho por la UNAM. Autor del libro *El Nuevo Derecho Agrario Mexicano*, McGraw Hill, 2ª ed.; Profesor y Conferencista en Derecho Agrario. Procurador Agrario.

² Intervención en la Primera Reunión Nacional de Legisladores en Materia Indígena "La Situación Actual de los Derechos Indígenas en México", en el Auditorio Sebastián Lerdo de Tejada del Senado de la República, 18 de junio de 2004.

ha traducido la indispensable sistematización y, por ende, su transformación en derecho positivo.

En el presente trabajo, no pretendemos abordar la cuestión sobre la viabilidad autonómica de los pueblos indígenas y sus implicaciones, sino que sólo nos ocupa un breve análisis del marco legal al referido respeto a su derecho consuetudinario, mediante su sistematización, validación y transformación en derecho positivo indígena.

Para ello, hacemos referencia al fundamento legal, constitucional y secundario, que establece el respeto al derecho consuetudinario indígena; los conceptos genéricos de derecho consuetudinario y derecho positivo; los vacíos legales en la estructura jurídica secundaria que no permiten dar cumplimiento cabal a la obligación legal de respetar usos y costumbres, y por consecuencia, la conclusión del necesario proceso de sistematización y validación; para ello, abordamos como casos-ejemplo el de la legislación del estado de Oaxaca y el de la tribu yaqui en Sonora; para, finalmente, plantear como alternativa en la traducción del derecho consuetudinario a derecho positivo, el aprovechamiento del instrumento de organización agraria básica identificado como estatuto comunal o reglamento interno.

Fundamento legal

Para conocer las implicaciones que tiene el concepto de derecho positivo indígena, nos remitimos a su fundamento constitucional y al marco jurídico secundario que en materia agraria se ha establecido. La razón para referirnos a esta última es que en la mayoría de los casos, si no es que en todos, las culturas indígenas están aso-

ciadas a su constitución en núcleos agrarios, como ejidos o primordialmente como comunidades;³ fundamental en su vida comunal es la vinculación con la tierra, a partir de la cual nace la identidad cultural que les caracteriza.

El Artículo 2º constitucional, inciso A, reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y autonomía para aplicar su propio sistema normativo, bajo algunas limitantes; destaca su acceso pleno a la jurisdicción del Estado (fracción VIII), en donde sus costumbres y especificidades culturales deberán ser tomadas en cuenta en todos los juicios y los procedimientos en que sean parte; es decir, se establece una garantía genérica de legalidad en favor de dichas comunidades y pueblos indígenas.

También, acorde al referido numeral, tienen derecho a ser defendidos y asesorados en sus derechos, con el debido conocimiento de su lengua y cultura por quienes tienen esta función.

A su vez, las constituciones y leyes de las entidades federativas deberán establecer las características que expresen su situación y aspiraciones.

El inciso B del mismo precepto constitucional señala que la Federación, los estados y los municipios establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

³ Los ejidos por la vía de dotación o ampliación de tierras, y la constitución de Nuevos Centros de Población, en tanto que las comunidades, por la vía de la Restitución de tierras y la Confirmación y Titulación de Bienes Comunales.

A su vez, el Artículo 27 constitucional reconoce la personalidad jurídica y la propiedad de las comunidades indígenas sobre sus tierras, y determina su protección integral; es decir, se les otorga el reconocimiento a un derecho real o garantía constitucional de propiedad.

Por otra parte, el título referido a la justicia agraria de la ley de la materia establece que las costumbres y usos de los grupos indígenas deben ser considerados en los juicios agrarios en los que se involucren sus tierras, constituyendo una garantía de legalidad específica en la materia agraria (artículo 164); cabe aclarar que dicha obligación existe en tanto no se contravenga la ley ni se afecten derechos de terceros.

Por otro lado, mediante decreto presidencial del 25 de septiembre de 1990, se promulgó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, en el cual se desprenden diversos aspectos vinculados con el tema que nos ocupa: la obligación de los gobiernos de establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos (artículo 6, apartado 1, inciso c); tomar en consideración sus costumbres y derecho consuetudinario al aplicar la legislación nacional (artículo 8, apartado 1), y proporcionar protección contra la violación de sus derechos (artículo 12).

De lo anterior se desprende que el derecho consuetudinario indígena debe ser, en primer lugar, conocido y, segundo, respetado por todos, y de manera destacada, por los órganos encargados tanto de la procuración como de la administración de justicia en general, y en particular, en los de naturaleza agraria.

Así pues, resulta lógico que para respetar y hacer respetar ese derecho consuetudinario, primero es necesario al mismo tiempo que

obligatorio, conocerlo, pero conocerlo debidamente; identificar sus principios generales, conceptos y alcances, y finalmente, que es el propio Estado el que debe velar por lograr ese conocimiento.

Derechos consuetudinario y positivo

Desde un punto de vista amplio, derecho consuetudinario es el que nace de los usos y las costumbres reiteradas en una comunidad y que se consideran obligatorios para sus integrantes, las cuales son generalmente identificados y transmitidos de manera oral.

Por otro lado, derecho positivo es aquel que rige a una determinada comunidad y es válido al establecerse en sus códigos o leyes, siendo obligatoria su observancia para sus integrantes.

Se ha afirmado que por el solo hecho de que el respeto al derecho consuetudinario indígena ha sido establecido por la Constitución Política debe ser considerado derecho positivo. Estimo muy cuestionable esa afirmación, atento a que nuestra Carta Fundamental sólo establece el principio del respeto a los usos y costumbres indígenas, pero, como es evidente, no es en ella en la que se sistematiza ni valida tal normativa, como corresponde a la legislación secundaria, por lo que es a partir de dicho principio que resulta preciso ordenarlos y regularlos mediante su sistematización.

En todo caso, concluiríamos que es derecho positivo constitucional y por ello, faltaría que se convierta en derecho positivo secundario, y por tanto, perfectamente válido y aplicable al caso concreto.

Vacío legal

De inicio podemos señalar que no vemos cabalmente la materialización del respeto a los usos y costumbres de las comunidades en

los juicios y procedimientos en los que forman parte; la procuración de justicia no siempre considera esos usos y costumbres, porque no la conoce e interpreta cabalmente, y los juzgadores frecuentemente no toman en cuenta, ni valoran o aplican estos conceptos, por las mismas razones apuntadas.

A su vez, los externos a las comunidades y pueblos indígenas ignoran su normatividad interna para estar en condiciones de mantener con ellos una relación social, religiosa y jurídica, por lo que con frecuencia se genera rechazo, aislamiento y conflictos.

Planteamos estas afirmaciones puesto que simplemente estamos ante un vacío legal; es decir, no podemos considerar que el derecho indígena es positivo en tanto no se permita que la procuración y la administración de justicia en general, pero en particular, las de naturaleza agraria, tengan una base sólida para su aplicación.

En otras palabras, no basta establecer que las costumbres y especificidades culturales de los pueblos y las comunidades indígenas deberán ser tomadas en cuenta en todos los juicios y procedimientos en que sean parte; no es suficiente que se les reconozca personalidad jurídica y la propiedad sobre sus tierras, así como la obligación de su protección integral.

Tampoco basta establecer, de manera específica en el derecho agrario, que los usos y costumbres de los grupos étnicos deben ser considerados en los juicios agrarios; así las cosas, no es suficiente el reconocimiento constitucional a las garantías de legalidad y de propiedad que ya hemos mencionado.

Existe y subsiste el citado vacío legal en materia de derecho positivo indígena al no contar con los medios ciertos, válidos y

verificables que permitan identificar los sistemas internos en los que se fundamente la norma.

Sistematización y validación

Debemos reconocer la complejidad de identificar primero y comparar después el derecho indígena, en todas sus versiones y modalidades dentro del sistema jurídico mestizo; eso es reconocer una realidad, de tal suerte que tenemos que definir el derecho de cada uno de los pueblos y comunidades de nuestro país, manteniendo un equilibrio que impida la violación de derechos de terceros, como lo señala el mandato constitucional.

¿Quién determina cuándo un uso o costumbre indígena realmente lo es?; ¿cómo distinguirlo de una decisión de autogobierno?; ¿quién determina que una comisión de vigilancia o seguridad está actuando en función de un uso y costumbre y no de una decisión unilateral?; ¿quién califica cuáles son los verdaderos usos y costumbres de los núcleos indígenas?; ¿qué instancia los valida?; entonces, ¿quién nos dice cuándo estamos realmente ante un uso o costumbre, y por consecuencia es un derecho consuetudinario, que debe ser respetado por los indígenas de su comunidad, y en su caso, por los mestizos que deseen relacionarse con ellos, y por consecuencia, así aplicarla en la responsabilidad de la procuración y administración de justicia?

Con estas preguntas, damos pie a nuestro planteamiento de que para que realmente se cuente con un derecho positivo indígena debemos, primero, sistematizarlo y, segundo, validarlo.

Es decir, que es necesario precisar y darle un orden congruente a los usos y costumbres de cada pueblo o comunidad, acorde a

las diferentes materias que lo constituyan, para entonces validarles su efectividad y alcances, acorde a cada una de las especificidades culturales de cada uno de los pueblos indígenas.

En otras palabras, es indispensable que ese derecho consuetudinario, tradicionalmente oral, sea traducido a un derecho escrito, probablemente codificado, que establezca al menos las bases o principios del régimen normativo interno.

Ejemplos de lo anterior podrían ser: establecer las formas que permitan reconocer la personalidad jurídica de cada comunidad indígena; el cómo acreditar la titularidad de su territorio; cómo identificar los usos y costumbres de cada etnia para la resolución de sus conflictos internos; cómo saber a quiénes específicamente les resulta aplicable sus tradiciones.⁴

Resumiendo, es indispensable identificar las especificidades culturales de cada pueblo o comunidad que constituyen su propio sistema normativo interno.

Los casos de Oaxaca y la tribu yaqui

La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del estado de Oaxaca reconoce con ese carácter, entre otros, a los amuzgos, cuicatecos, chatinos, chinantecos, chocholtecos, chontales, huaves, ixcatecos, mazatecos y mixes (artículo 2º); existe pues, un claro reconocimiento a dichos pueblos y comunidades.

La misma ley señala que los sistemas normativos internos (artículo 3º, VIII) son el conjunto de normas jurídicas orales de carácter consuetudinario que los pueblos y comunidades indígenas

⁴ Es decir, si sólo a los propios indígenas o también a los mestizos, en caso de estar en su territorio.

reconocen como válidas y utilizan para regular sus actos públicos y sus autoridades aplican para la resolución de sus conflictos (artículos 28, 29 y 32).

Sigue indicando que son autoridades comunitarias (fracción X) aquellas que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como tal con base en sus referidos sistemas normativos internos, las cuales pueden o no coincidir con las municipales; dentro de estas están las que administran justicia.

Es oportuno hacer referencia a la omisión de esta legislación local respecto de los órganos de representación y vigilancia previstos por la Ley Agraria para el régimen de ejidos y comunidades con presencia indígena (artículos 32 y siguientes); es decir, que esta normatividad analiza a las comunidades y pueblos indígenas desde la perspectiva social, étnica, y no agraria.

Ante estas disposiciones, nos asaltan diversos cuestionamientos: ¿cómo saber con precisión dónde inicia y dónde termina cada sistema normativo interno, en los términos de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas?; ¿cómo se integran las autoridades de los mixes, huaves, amuzgos o cualquier otro pueblo?; ¿cómo acreditan su personalidad jurídica?; ¿cómo identificar su patrimonio territorial?; ¿reconocen la carpeta básica⁵ que en materia agraria lo identifica?;⁶ ¿quién lo sabe?; ¿quién o dónde dice?

Otro caso específico es el de la comunidad tribu yaqui de Sonora; en la conformación de sus autoridades tradicionales cuentan

⁵ Integrada por la Resolución Presidencial, el *Diario Oficial de la Federación*, el acta de ejecución y el plano definitivo.

⁶ ¿O será el caso, por ejemplo, que consideran el pergamino con que cuentan desde tiempos remotos y que han conservado a través de los años y que estiman como su verdadero título de propiedad?

con un Gobernador Tradicional por cada uno de los pueblos o anexos que la integran, con una figura denominada Pueblo Mayor y otra más como Capitán, entre otros.

Al respecto, cabe preguntarse quién valida esta estructura; cómo saber si realmente estas figuras son las autoridades tradicionales de la tribu yaqui, y que las personas que ocupan esos cargos accedieron a ellos por la vía consuetudinaria prevista y que, por consecuencia, tiene plena validez su actuación, legal y socialmente, ¿quién o cómo se califica?

Adicionalmente, no obstante estar constituida la tribu yaqui como núcleo agrario,⁷ no cuenta con los órganos de representación y vigilancia que establece la Ley Agraria, Comisariado de Bienes Comunales y Consejo de Vigilancia, formas que simplemente no aceptan.⁸

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, en la conformación de sus autoridades tradicionales también se han generado problemas; en la actualidad, cuentan con lo que se conoce como autoridades “duales”, es decir, que se han elegido duplicadamente a dos o tres gobernadores tradicionales de otros tantos anexos, excediendo entonces la costumbre, originando un conflicto interno que ya ha trascendido a la propia comunidad, puesto que la relación de la etnia con las autoridades locales y federales se ha visto enturbiada por la dificultad de precisar la representación legítima en sus actos y gestiones.

Luego entonces, ¿cuál es el derecho positivo indígena yaqui respecto a sus autoridades tradicionales?; como se aprecia, ni para

⁷ Bajo la acción de Reconocimiento y Titulación de Bienes Comunales, con Resolución Presidencial del 30 de septiembre de 1940, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de octubre del mismo año.

⁸ Artículo 21 de la Ley Agraria.

ellos mismos ni para los diversos órdenes de gobierno, fue suficiente la tradición oral para saber cómo se constituye su autoridad tradicional.

¿Cómo saber cuándo el derecho positivo indígena resulta aplicable a los propios indígenas y cuándo lo es para los mestizos?; ¿tiene alcances territoriales?; ¿cómo podemos conocer las reglas que norman la convivencia local y a las que debe ajustarse un visitante?; ¿cómo identificar los lugares y recintos ceremoniales?, y así, un sinnúmero de etcéteras.

Sistematización del derecho consuetudinario indígena

Para responder a las anteriores interrogantes reiteramos que es necesario sistematizar el derecho consuetudinario indígena; es indispensable que los usos y costumbres que identificamos con el sistema normativo interno deje de ser sólo oral para convertirse también en escrito; es decir, trasladarlo de un derecho consuetudinario a disposiciones específicas, ciertas y de aplicación general.

Es también necesario que este derecho sea validado por las propias comunidades; que sean ellas quienes definan los usos y costumbres que son y deben seguir siendo de observancia general, manifestándolo de manera clara y directa, para que quede constancia y, por ende, no haya duda en propios y extraños.

Esta transformación del derecho consuetudinario en derecho positivo permite su aplicación interna, por lo que respecta a los propios indígenas, ya que muchos de ellos tampoco lo conocen y se dejan llevar por la consigna y la mera suposición; además, una vez que sea derecho positivo, también tendría una aplicación externa

por cuanto se refiere a los órganos de procuración y de administración de justicia agraria de nuestro sistema mestizo.

¿Cómo procurar justicia a favor de los indígenas, si la Procuraduría Agraria federal o las instancias equivalentes locales, no conocen de manera fehaciente el derecho mixe, el derecho cora, o de cualquier otro grupo étnico?; incluso podemos señalar que el problema no siempre es que no se le conozca, puesto que esto puede ser de manera oral, pero ello no genera la certeza jurídica, ni interna ni externa, para indígenas y mestizos, y por supuesto también para los órganos de procuración y administración de justicia.

Aunque podemos citar específicamente a los Tribunales Agrarios, el tema no les es exclusivo, ya que el derecho positivo indígena también comprende otras materias; pero en la cuestión agraria señalamos que los Tribunales Agrarios deben conocer los usos y costumbres para poder impartir debida justicia de manera cierta, contundente y precisa, señalando dónde inicia y termina el derecho de uno y otro, y así poder aplicarlo a cabalidad.

Para quienes sean contrarios al derecho escrito y sostengan la cercanía del derecho indígena con el sistema de *common law*,⁹ no debemos dejar de tener en cuenta que de este también se deja constancia escrita de los fallos una vez pronunciados, que sirven de precedente para futuros casos, por lo que aún en la situación que nos ocupa, debe establecerse el medio para registrar las resoluciones al caso particular y las consecuentes reglas de su aplicación.

Así pues, con la sistematización y transformación a derecho positivo indígena, estaremos en condiciones de prestar la asesoría y representación legal necesaria, valorar las pruebas y pretensiones

⁹ Anglosajón.

en todos los juicios y procedimientos en los que intervengan los sujetos indígenas, cumpliendo con ello la garantía constitucional y la legislación secundaria, federal y local.

Alternativa

Desde la perspectiva agraria, los pueblos y comunidades indígenas se constituyeron en núcleos principalmente bajo la figura de la comunidad, cuando mantuvieron la posesión de sus tierras o plantearon su restitución, acreditando el título primordial y la forma y tiempo de despojo; sin embargo, en muchas ocasiones no se encontraron en los casos anteriores por lo que su conformación fue bajo la acción de dotación de tierras, en la forma de ejidos.

Como una vía alternativa para lograr la transformación del derecho consuetudinario indígena en derecho positivo, planteamos aprovechar el instrumento rector de la organización económica y social de las comunidades y los ejidos, que la ley denomina “estatuto comunal” y “reglamento interior” respectivamente, el cual debe ser aprobado por la asamblea e inscrito en el Registro Agrario Nacional (artículos 10 y 107 de la Ley Agraria).¹⁰

El estatuto comunal y el reglamento interno son instrumentos de organización agraria básica, cuya asesoría a las comunidades

¹⁰ El Programa Sectorial Agrario 2001-2006 establece compromisos puntuales: • **Línea de acción III.a.2. Promover la organización de los sujetos agrarios.** *Promover la organización de los sujetos agrarios y el aprovechamiento racional y sustentable de los recursos que poseen.* La Procuraduría Agraria, en observancia a la Ley Agraria, promueve en los ejidos y comunidades, la implementación de instrumentos que regulen las bases generales de su organización económica y social. Esta institución brinda asesoría en la elaboración del Reglamento Interno de los ejidos o del Estatuto Comunal, en la actualización de los órganos de representación y de vigilancia, en la implementación de los libros de registro de titularidad de derechos y los de contabilidad y administración.

para su conformación y aprobación le corresponde a la Procuraduría Agraria; dichos instrumentos se vienen impulsando bajo un programa especial, pero con contenidos básicos, en los que sólo se incluyen las disposiciones organizativas que la misma ley contiene, salvo algunas excepciones, tales como la celebración de asambleas; la integración de los órganos de representación y vigilancia, y los derechos y obligaciones de los integrantes en general.¹¹

Para hacer efectiva la vía alternativa que proponemos se tendría que elaborar y aplicar un programa específico que transformara al estatuto comunal y reglamento interno en un cabal instrumento rector de la organización económica y social de las comunidades y ejidos con presencia indígena.

Por consecuencia, los citados instrumentos contendrían el referido sistema normativo interno que comprendería no sólo los alcances legales en materia agraria, sino también los usos y costumbres del orden económico y social que les han regido de manera consuetudinaria.

Así pues, el estatuto comunal y el reglamento interno tendrían que ser adicionados con los usos y costumbres de cada comunidad indígena, de manera sistematizada, y sometido a la aprobación de la asamblea para establecer su propio derecho positivo interno.

Por supuesto, para elaborar los mencionados instrumentos que contengan los usos y costumbres indígenas, es indispensable el trabajo coordinado interinstitucional, con la participación al menos de los gobiernos de los estados y municipios; las instituciones que integran el Sector Agrario —Secretaría de la Reforma Agraria,

¹¹ En algunos casos, se incluyen formas organizativas diversas, para grupos comunales o subcomunidades, como lo permite el artículo 105 de la Ley Agraria.

Procuraduría Agraria y Registro Agrario Nacional—, y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Conclusión

Desde nuestro punto de vista, no se cuenta con un derecho positivo indígena; la Constitución Política sienta las bases para su sistematización, lo que es una tarea que aún está pendiente.

En teoría, no sería necesario traducir los sistemas normativos internos de las comunidades indígenas si éstos sólo rigieran hacia su interior, es decir, si consideráramos su vigencia únicamente hacia los integrantes de las comunidades, dejándolos sólo en su tradición oral. A fin de cuentas, así ha sido y permanecido a lo largo de la historia de cada comunidad.

Pero también hemos mencionado que en muchos casos, ni siquiera los propios indígenas conocen el sistema normativo interno que les rige, lo que claramente es el caso de los mestizos que convivimos con ellos y que tenemos el imperio constitucional de respetar su vida interna, usos y costumbres, y hacer respetar dicho sistema normativo tanto en la procuración de justicia como en el de su administración.

Por ende, tal vez más para nosotros que para ellos, es preciso que el sistema normativo interno de cada pueblo o comunidad étnica sea traducido en derecho positivo indígena.

Y es ésta, me parece, una de las siguientes tareas que debemos realizar.