

LOS INDÍGENAS ANTE EL DERECHO NACIONAL¹

SUMARIO: I. *La cuestión indígena*. II. *Hacia un derecho indígena. Normas y protagonistas*. III. *Los ámbitos del nuevo derecho*. IV. *Las autonomías y el derecho social*. V. *Algunos temas del artículo 4o. constitucional*. VI. *El derecho consuetudinario indígena*. VII. *El problema agrario*.

I. LA CUESTIÓN INDÍGENA

Con resultados generalmente modestos, tomando en cuenta la dimensión de la tarea, la retórica ha batallado en los caminos del indigenismo. Fue retórica, en buena medida, la defensa de los derechos que hicieron los reyes católicos. Tampoco llegó demasiado lejos en la realidad escueta, no obstante su empeño formidable, la cruzada de fray Bartolomé de las Casas. A lo que algunos llamarían, escandalizados, la “leyenda negra” sobre España, sucedió, para lección de misioneros indóciles, la “leyenda negra” urdida sobre el misionero Las Casas. Sin embargo, las impugnaciones lascasianas tal vez moderaron —rara expresión en este campo— las arremetidas de los colonizadores.

En lenguaje hechizo, los norteamericanos propusieron su propia versión piadosa una vez asegurado el enclaustramiento de los indios en reservaciones: “Mientras fluya el agua, o la hierba crezca sobre la tierra, o el sol se levante para mostrarnos el camino [dijo el senador Sam Houston en 1854], os protegerá este gobierno y nunca se os volverá a expulsar de vuestros actuales asentamientos”.²

¹ Prosigó aquí el estudio que inicié en mi artículo “El indígena y la justicia. La vertiente penal”, en Anuario 1993 del Seminario de Cultura Mexicana, México, 1993, pp. 67 y ss. La base para el presente trabajo fue mi intervención en la mesa redonda sobre “Los indígenas ante la historia y el derecho nacional”, desarrollada en el Archivo General de la Nación, el 24 de enero de 1996, dentro del II Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas “Cultura y derechos de los pueblos indígenas de México”. El texto que ahí presenté fue publicado en *Excelsior* del 25 de enero, bajo el título de “Los derechos de los indígenas”.

² Limpens, Frans, “Los pueblos indígenas en la línea de fuego”, *Crítica jurídica*, número 14, 1994, p. 50.

La dominación de los pobladores originales de nuestro continente —es decir, el ejercicio del poder y la subordinación— se hizo por una doble vía, la más eficiente y segura. Por una parte, el dominio del espíritu; por la otra, el de la tierra. Alma y cuerpo: en ellos se instala, circula, se afianza el poderío. Lo que fue evangelización, hoy es integración o aculturación. Los insumisos oponen el derecho a la cultura propia, que es una garantía de identidad moral y supervivencia. Y lo que fue conquista, hoy es economía moderna o dispersión agraria. Los mismos insumisos oponen el derecho a formas inviolables de tenencia de la tierra, que es una garantía de identidad material y, no menos, de supervivencia. Esta es la síntesis dialéctica. Persiste, con escasas modificaciones.³

Cuando hablamos de la cuestión indígena, estamos aludiendo a la suerte de millones de habitantes de Iberoamérica, pertenecientes a numerosas etnias, comunicadas por muchos rasgos del origen y la realidad presente, y separadas, a veces, por honduras insondables. No es razonable, pues, identificar a los indígenas como un solo conjunto homogéneo y simétrico. Por lo que respecta a México, se dice que hay cincuenta y seis o sesenta etnias,⁴ que abarcan entre el diez y el quince por ciento de la población nacional. “Esta indefinición —observa Stavenhagen— tiene sus ventajas y sus desventajas”: coincide con los criterios liberales acerca de la igualdad formal y la cultura nacional, y obstruye la acción pública en favor de los núcleos indígenas.⁵ En el conjunto hay grupos indígenas numerosos, con notable

³ Con una expresión rotunda, Stefano Varese resume lo que denomina “la historia negada”: “Desmembramiento civilizatorio, utopía y clandestinidad marcan el pensamiento y la memoria histórica de los pueblos indios y constituyen la estructura ideológica de formas seculares de su resistencia cultural y de las manifestaciones cíclicas de sus nacionalismos étnicos”. “Los dioses enterrados: el uso político de la resistencia cultural indígena”, en varios autores, *El “arreglo” de los pueblos indios: la incansable tarea de reconstrucción*, México, Secretaría de Educación Pública/Gobierno del Estado de Chiapas/Instituto Chiapaneco de Cultura, 1994, p. 438. Rodolfo Stavenhagen observa que “la subordinación de los pueblos indígenas al Estado-nación, su discriminación y marginalización, han sido generalmente el resultado de la colonización y el colonialismo. En el marco de los países políticamente independientes, la situación de los pueblos indígenas y tribales puede ser descrita en términos de colonialismo interno”. “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Antropología jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 113.

⁴ González Galván, Jorge Alberto, *El Estado y las etnias nacionales en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 152.

⁵ Cfr. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, El Colegio de México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988, p. 305. El mismo autor manifiesta que “en muchos países, al no existir otros criterios válidos, la única medida para determinar la existencia de la población indígena, y cuantificarla, es su

presencia, al paso que subsisten otros sumamente reducidos, con un horizonte breve y comprometido.⁶

En fin, tenemos a la vista la "cuestión indígena", que no se confunde con ninguna de sus implicaciones, entre ellas la otra cuestión persistente: la agraria; que trae consigo distancias abismales entre la cultura media nacional —y el respectivo derecho, por supuesto— y la cultura de los antiguos pueblos, más o menos superviviente; que apareja maltrato, humillación, despojo; que enciende la violencia; que reclama, en suma, una atención inteligente, resuelta y solidaria. Lo único imposible —por injusto y peligroso— es dejar las cosas como se encuentran, que es, hasta cierto punto, mantenerlas como se han encontrado durante siglos. Tenemos al frente un asunto que exige reflexión y trabajo. Habrá que legislar sobre esta materia; pero no bastará, ciertamente, con expedir leyes y reglamentos; nunca ha bastado.

II. HACIA UN DERECHO INDÍGENA. NORMAS Y PROTAGONISTAS

Hoy —esto es, desde hace relativamente poco tiempo, frente al tiempo absoluto de la "cuestión indígena"— se observan ciertas novedades. Entre ellas figuran la tendencia a constituir un derecho indígena, fuente de derechos colectivos e individuales de los indígenas; y la decisión de los indios sobre su presencia y autoridad en su propia vida: de testigos o destinatarios, pasan a sujetos y protagonistas. En suma, en el espacio de los viejos americanos ocurre, vacilante todavía, lo que sucedió hace siglos en el espacio de los europeos. Las novedades de aquí son antigüedades allá.

idioma". "Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional", *cit.*, p. 99. Los hablantes de lenguas indígenas en México son —bajo el censo de 1990— 6 millones 411 mil 972 personas (la cifra incluye a los menores de cinco años), que constituyen el 7.89 por ciento de la población total en aquel año: 81 millones 249 mil 645. *Cfr.* Valdés, Luz María, *Los indios en los censos de población*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1995, pp. 74 y 102.

6 El tema se mencionó frecuentemente en el proceso de la reforma constitucional de 1991. En su revisión de las autoctonías, González Galván reproduce datos interesantes. Junto a las autoctonías más o menos fuertes, figuran otras con población escasísima: cochimi (148 habitantes), cucapa (136), jova (300), kikapu (232), kiliwa (41), kumiai (96), lacandona (300), mexicana (496), motozintleca (235), ocuilteca (755), ópata (5), pai-pai (223), pápago y pima (306), seri (561). *Cfr.* *El Estado y las etnias nacionales en México*, *cit.*, pp. 170 y ss. *Cfr.* la información que recoge Luz María Valdés acerca de las lenguas indígenas, en *Los indios en los censos...*, *cit.*, pp. 82 y ss.

1. *Una nueva decisión política fundamental*

Por lo que hace al derecho indígena, poco a poco se formaliza un rasgo del constitucionalismo iberoamericano —tan característico de éste como el *ombudsman* lo fue del escandinavo—, a saber: la emergencia en los textos constitucionales modernos de los más remotos personajes: los indios, detenidos en el umbral de las leyes y expulsados de esta víspera por el derecho liberal del siglo XIX.⁷ Es común la referencia al arrasamiento que este derecho —en aras de la igualdad de los hombres ante la ley y de la exclusividad y fortaleza del Estado nacional— consumó con respecto a los sujetos indígenas, colectivos e individuales.⁸

Esa aparición de una “norma constitucional indígena” no ocurre, sin embargo, en todos los países del continente. Sucede en algunos con importante población indígena,⁹ y extrañamente en varios donde estos grupos son relativamente reducidos (Argentina, Costa Rica y Brasil, uno de los precursores de las instituciones indigenistas).¹⁰

Es necesario precisar el “juego” de la cuestión indígena dentro de las decisiones políticas fundamentales que recoge un texto constitucional. Aquéllas, entraña de la determinación jurídica general, exigen la subordinación de todo el sistema normativo: esa es la pretensión natural de una decisión política fundamental, so pena de que pierda este último carácter. Ahora bien, vale tomar en cuenta que si se pretende una gran reforma constitucional, que advierta la existencia y eficacia del tema indígena, con su notable cauda de consecuencias,

⁷ Las teorías en boga persiguieron la unidad nacional y reconocieron a los indígenas la calidad de “nacionales”. Esto significó a los indios “la pérdida de más de la mitad de sus tierras y la pérdida del reconocimiento de sus sistemas jurídicos consuetudinarios”. González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, cit., p. 124.

⁸ La desaparición jurídica de las comunidades puso un obstáculo radical a posibles derechos colectivos de los pueblos indios. Wistano Luis Orozco observa que “ninguna ley federal ha declarado disueltas esas comunidades (de indios), pero los tribunales hacen este raciocinio: Estando decretada la desamortización de bienes de las comunidades de indígenas por el artículo 25 del reglamento de la ley del 25 de junio de 1856, y siendo la propiedad común la razón de ser de dichas comunidades, extinguida legalmente esa propiedad, las comunidades mencionadas han dejado de existir *ipso facto* como personas jurídicas”. *Los ejidos de los pueblos*, México, Ed. El caballito, 1975, p. 99.

⁹ Se hace notar que la prioridad en este orden de cosas corresponde a la Constitución guatemalteca de 1945. Cfr. Ordóñez Cifuentes, José Emilio R., “La Constitución guatemalteca de 1945, precursora de los derechos étnicos”, *Reclamos jurídicos de los pueblos indios*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 7.

¹⁰ Cfr. Cifuentes Vargas, Manuel, “Los pueblos indios en el constitucionalismo latinoamericano”, *Lex*, 3a. época, año 1, noviembre 1995, núm. 5, pp. 22-25.

en rigor se estará abriendo la puerta a la formulación de una nueva decisión política fundamental, que requerirá un "reacomodo" del conjunto. Esto no pugnaría necesariamente, en mi concepto, con las mayores adquisiciones jurídicas históricas, de las que depende la justificación del orden jurídico mismo —como son, claramente, los derechos básicos de la persona humana—, pero podría conducir a una reelaboración, en alguna medida, de otras decisiones, entre ellas las relativas a las fuentes del derecho, a la jurisdicción y a las atribuciones políticas locales.

No sobra recordar que las prevenciones constitucionales suelen tener, sobre todo en cartas fundamentales como la mexicana, una múltiple dimensión que va más allá —o queda más acá, según se vea— de la estricta norma con pretensión imperativa y eficacia vinculante inmediata sobre ciertos sujetos de derechos y deberes. En efecto, en las constituciones hay textos que son normas susceptibles de aplicación directa, sin más condición ni demora; hay fórmulas que establecen programas para el Estado, el gobierno y la nación; y hay referencias que guían la interpretación jurídica. Desde luego, algunos textos reúnen esta triple condición. El enunciado de los principios del derecho indígena —o acerca de los indígenas— suele corresponder a las últimas dos categorías.

También en México se ha incorporado un texto constitucional indígena¹¹ (además de una disposición agraria que rige para las tierras de los indígenas: artículo 27, fracción VII, segundo párrafo) que vino a integrarse, por su contenido e intención, en la parte social de nuestra ley suprema, la más innovadora y la más asediada.¹² Ahora bien, esa novedad constitucional no trajo consigo otras novedades: ni logró prevenir las explosiones indígenas, ni acertó a generar un nuevo derecho sobre su materia. En este sentido fue

11 La iniciativa presidencial de reformas al artículo 4o. constitucional tuvo fecha 7 de diciembre de 1990. Medió un buen tiempo antes de que el proceso, emprendido por la iniciativa, prosiguiese en el Congreso. No fue sino hasta la sesión de la Cámara de Diputados del 2 de julio de 1991 que se dio lectura a la iniciativa y fue presentado el dictamen correspondiente. Cfr. el proceso de reforma en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1944, t. I, pp. 1383 y ss.

12 En el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores se precisó, entre otros extremos, la idoneidad del emplazamiento constitucional de la nueva norma en el artículo 4o. en vez de instalarla en algún otro precepto, particularmente el artículo 27. Al respecto, cfr. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, p. 1420. Ahí se dice que el texto agregado incide "en la vertiente de derechos de grupos específicos: Los de los pueblos indígenas. Se trata de un precepto que dentro del principio de igualdad ante la ley, confiere derechos adicionales a ciertos grupos o sectores de la población".

una especie de fuego fatuo, que iluminó de pronto y sólo por un momento, a pesar de los estimables trabajos preparatorios que la precedieron, singularmente los esfuerzos de la Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas de México, del Instituto Nacional Indigenista.¹³

La reforma del artículo 4o. marchó en un derrotero bien conocido: el de la ilusión, tan frecuente en México, de que la reforma de la ley trae consigo, de inmediato, la reforma de la vida. En este error hemos incurrido con sorprendente constancia, y reincidimos en todo momento. Cada vez que asoma un problema queremos desvanecerlo con un exorcismo: la modificación precipitada de la ley, y si es posible —generalmente lo es—, la reforma constitucional.

Por lo que toca a ese precepto de la Constitución, la reforma reconoció la existencia de opresión e injusticia que victiman a los indígenas. Cabía suponer, pues, que las normas y las políticas derivadas del nuevo texto constitucional habrían de suprimir —o moderar, por lo menos— esa injusticia y esa opresión. De lo contrario, la reforma caería —y en efecto sucedió— en el número de las transformaciones “poéticas”, como previnieron algunos de sus opositores en el Congreso: no sería parte de la Constitución real de la República, sino de la prolija Constitución imaginaria, sostenida en la fantasía, que cultivamos con predilección.

Hoy, a cuatro años de aquella reforma, ya se piensa en otra que de veras aborde los problemas y de veras los resuelva.¹⁴ Ahora bien, es sumamente deseable que esta nueva reforma se apoye en una consulta nacional auténtica, por su amplitud y profundidad, así como por la participación social que se tenga. Hay que evitar reformas apresuradas, sin examen suficiente, como la modificación constitucional de 1994 a propósito de la administración de justicia. En este caso, se podría recabar el parecer del pueblo mediante algún instrumento de democracia semidirecta. De esta suerte se establecería la

13 Cuyo trabajo se ponderó en el proceso de reformas, así en la iniciativa presidencial como en los dictámenes parlamentarios. *Cfr. Derechos del pueblo mexicano..., cit.*, t. I, pp. 1386, 1391, 1394 y 1421.

14 Los diputados del Partido Acción Nacional intentaron, sin éxito, diferir la aprobación de la iniciativa. Adujeron deficiencias de técnica legislativa e impugnaron la premura excesiva con que se pretendía despachar el asunto. En tales términos se pronunciaron, por voz del diputado Juan José Medrano Castillo, los diputados Rosalía Ramírez de Ortega, Bernardo Bátiz Vázquez, Federico Ruiz López y Eugenio Ortiz Walls. *Cfr. Los derechos del pueblo mexicano..., cit.*, t. I, pp. 1395-1396. Sobre las características de la reforma al artículo 4o. constitucional, *cfr. Ordóñez Cifuentes*, “Constitución y derechos étnicos en México”, en varios autores, *Derechos indígenas en la actualidad*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 11 y ss.

pertinencia de someter a la nación los proyectos de cambio constitucional, cuando se trata de cuestiones que poseen la más destacada importancia.

2. *Los protagonistas del nuevo derecho*

En lo que corresponde a la emergencia indígena —quiero decir a una emergencia irresistible, determinante, que llegue más allá de su propia noticia—, habría que acreditar a los acontecimientos de la selva chiapaneca un papel decisivo. No lograron nada semejante otros alzamientos históricos, que menudearon en Chiapas y en numerosos lugares de la Nueva España y, luego, de la República.¹⁵ Esos levantamientos fueron vistos desde diversas perspectivas. Bajo cada una de ellas merecieron distintas calificaciones.¹⁶ En todo caso, los actores del levantamiento “abrieron una coyuntura en México”, con diversas implicaciones y resultados heterogéneos.¹⁷

Sin el movimiento de la selva chiapaneca, en 1994, no sería fácil explicar sucesos posteriores que han conmovido a la nación.¹⁸ Su

15 Los hubo donde quiera, a lo largo de siglos. Los indios de la Gran Chichimeca persistieron guerreando en el curso de la Colonia. El caso de los yaquis, desde el principio hasta el gobierno de Díaz, constituye una experiencia conmovedora y terrible; a ella se asocia el nombre de un líder irreductible: Cajeme. *Cfr.*, en la abundante bibliografía sobre este asunto, la obra de Francisco P. Troncoso, *Las guerras con las tribus yaqui y mayo*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1977; y Hu-DeHart, Evelyn, “Rebelión campesina en el noroeste: los indios yaquis de Sonora. 1740-1976”, en varios autores, *El arreglo...*, *cit.*, pp. 222 y ss.

16 Recuérdese, por ejemplo, la sumaria condena de Vicente Pineda sobre las rebeliones de los indígenas chiapanecos, hasta el último tercio del siglo XIX. “Equivocadamente se ha creído —escribió— que los indígenas han venido alimentando de padres á hijos un odio perpetuo á la raza blanca, esto no es exacto, las guerras que nos han promovido, propiamente hablando, no son de castas, las guerras han sido las mismas que las hordas de bárbaros salidas del centro del Asia promovieron al Imperio Romano; es la guerra del salvajismo contra la civilización; es la guerra de las tinieblas á la luz; es la guerra que los mochuelos querrian hacer al sol, porque con sus rayos les apaga la vista...”. *Sublevaciones indígenas en Chiapas. Gramática y diccionario tzeltal*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1986, p. 72.

17 *Cfr.* Tello Díaz, Carlos, *La rebelión de las cañadas*, 2a. ed., Cal y Arena, México, 1995, pp. 208-209.

18 En este sentido, se observa que el movimiento del EZLN, el “primero” de su “tipo” en México, ha logrado provocar, no sólo en lo que se ha dado en llamar la sociedad civil sino en los propios gobernantes, actos que ningún otro grupo político: sindicato, partido político, gremio, etcétera ha podido lograr después de la revolución mexicana de 1910 [...]. Cruz Rueda, Elisa, “El EZLN: ¿un doble poder?”, en varios autores, *Derecho y poder: la cuestión de la tierra y los pueblos indios*, México, Universidad Autónoma de Chapingo. Departamento de Sociología Rural, 1995, p. 139. Es necesario recordar que el maltrato a los indios en Chiapas ha formado parte de la historia

huella pronto será una huella constitucional. Los sucesos de Chiapas nos llevaron mucho más lejos que la reforma constitucional de 1991, que, como dije, no sirvió para preverlos, no actuó para prevenirlos y no influyó en la creación del nuevo derecho que apenas alborea.¹⁹

En este punto ya podemos preguntarnos si los indígenas, además de ser nuestros hermanos o nuestros padres, los dueños originales de la tierra, el sustento más antiguo de la nación y muchas otras cosas, que tradicionalmente les hemos reconocido o adjudicado, son ya, por fin, un factor real de poder. Podemos preguntarnos si realizan la función que rigurosamente corresponde a este género de factores, como creía Fernando Lasalle: la de hacer que las leyes e instituciones de nuestro país no puedan ser más que de cierta manera y no de otra,²⁰ es decir, de la manera que están a punto de ser —si acierta el Constituyente— y no de la manera que han sido. Porque para que haya un auténtico derecho indígena, con garantías suficientes y concluyentes, se necesita ese factor de poder.

En todo caso, uno de los signos más saludables del futuro derecho es la participación indígena en la formulación del régimen jurídico que se aplique a los integrantes de estos pueblos. No es posible recetar la felicidad a los destinatarios de una ley, que en todo caso es apenas cierta versión de una felicidad hipotética, como quien prescribe una medicina desde la cátedra infalible. La vida nos invita a desconfiar —y más a los indígenas— de breviarios donde se publica toda la perfección posible. Obviamente, esto no significa excluir a las instancias formales del proceso legislativo, ni negar la posibilidad y conveniencia —necesidad, inclusive— de que la causa de los derechos indígenas cuente con el apoyo de sectores no indígenas que simpatizan con aquélla.²¹

regular de esa entidad. Al respecto hay pleno reconocimiento: lo admitió inmediatamente el gobierno federal, tras el alzamiento del 10 de enero 1994. Desde hace tiempo han menudeado las denuncias sobre violación de derechos humanos en agravio de indígenas chiapanecos. Cfr. Stavenhagen, "Genocidio en Chiapas", *Problemas étnicos y campesinos*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1989, pp. 41 y ss.

19 Mi punto de vista acerca de los sucesos de Chiapas, desde enero de 1994, consta en una serie de artículos que figuran en mi libro *Los nuevos tiempos de la nación*, México, Diana, 1995, pp. 11 y ss.

20 Cfr. *¿Qué es una Constitución?* 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976, p. 62 (tréd. Wencleslao Rocés).

21 Hay que establecer "una estrategia política de convergencia entre los pueblos indios y los sectores progresistas de la sociedad no-india. Esta alianza, sin embargo, no solamente es posible sino inevitable. Ella implica una reapropiación del espacio político y cultural por parte de las sociedades indígenas clandestinizadas, y por parte de los sectores no-indígenas desactivados por los autoritarismos, el escepticismo y las desape-

Por supuesto, no debiéramos caer de nuevo en una de las más persistentes ilusiones de que hemos sido capaces, a la que me referí *supra*: la obstinación en creer que cambiando leyes —muchas, mucho y pronto— ya se cambió la vida. En esta trivialidad incurrimos a menudo, y en ella seguimos cayendo. Creo que hay varias fuentes para el cambio de las normas: una, la evolución natural de las instituciones, la más deseable; otra, la crisis, que hoy —en este y otros temas— nos agobia; una más, la impaciencia legislativa, el reformismo, la necesidad de dejar constancias en los diarios oficiales. Por no haber permitido lo que pudo ser una evolución natural de instituciones, ahora tenemos que administrar la crisis. Necesaria la reforma, como lo es, no podemos fiar todo en ella. Aquí es debido formular otra pregunta: ¿existen los elementos que sacan a la ley del nicho declarativo y la ponen a trabajar en la vida cotidiana?

III. LOS ÁMBITOS DEL NUEVO DERECHO

El jurista que emprende —o asiste— la construcción de un nuevo derecho, esto es, de un conjunto de disposiciones que establecen deberes y facultades, coacciones y libertades, expectativas y restricciones, debe formularse ciertas preguntas inevitables para conocer determinadas respuestas indispensables. Me refiero al ámbito de aplicación de las futuras normas: sujetos, contenido, territorio y tiempo. Son las piezas del sistema.

1. *Los sujetos. Derechos individuales y colectivos*

Primero hay que resolver a quiénes se aplicará este derecho: ¿quiénes son sus sujetos? Parece indudable que en este caso existe una

ranzas. Se trata de un proceso de creación cultural, y por lo tanto política, que cree en un escenario futuro en el que la diversidad y el derecho a la diferencia serán tan importantes como el derecho a la igualdad". Varese, "Los dioses enterrados: el uso político de la resistencia cultural indígena", en varios autores, *El arreglo...*, cit., p. 457. En el Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios (Quito, 17 a 21 de julio de 1990) se puntualizó: "Dado que los pueblos indios además de nuestros problemas específicos tenemos problemas en común con otras clases y sectores populares, tales como la pobreza, la marginación, la discriminación, la opresión y la explotación, todo ello producto del dominio neocolonial del imperialismo y de las clases dominantes de cada país, son absolutamente necesarias e impostergables las alianzas con otros sectores populares", que deben "fortalecer y afirmar la propia identidad de los pueblos indios" y "realizarse en un marco de igualdad y respeto mutuo". V. texto en Ordóñez Cifuentes, *Reclamos jurídicos...*, cit., p. 145.

doble vertiente: hay sujetos colectivos y sujetos individuales; los grupos, los pueblos, los conjuntos, por una parte, y los individuos que los integran, por la otra. Sobre esto no parece haber duda, y no debiera haberla sobre otro hecho, como ocurre en materia obrera: la solidez de los derechos colectivos es condición para la firmeza de los derechos individuales. Si decaen el sindicato, la negociación colectiva y la huelga, todo el derecho laboral entra en decadencia y amenaza con replegarse a su antigua condición de derecho común, sujeto a los vaivenes y las tropelías del mercado. De manera semejante, si no existen fuertes derechos colectivos indígenas, no habrá derechos fuertes de los indígenas desvalidos y dispersos, que serán dominados uno a uno. Es obvio que así lo perciben las organizaciones y los movimientos indígenas cuando destacan en la discusión, como asunto principal, sus derechos territoriales y sus facultades participativas y decisorias.

Ahora bien, la admisión de los derechos individuales de los indígenas no tropieza con obstáculos formales graves, en la medida en que se trata de derechos reconocidos a todos los hombres, que simplemente se trasladan hacia el indio.²² En cambio, no existe la misma disposición hacia los derechos de los pueblos, que pudieran ser disgregadores —se dice— de las naciones y de los Estados nacionales. A este respecto es ilustrativa la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1994. Inspirada en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, subraya los derechos individuales de los miembros de las minorías, pero no los de éstas como entidades colectivas.²³ En el rumbo de la afirmación categórica de derechos colectivos, y a la cabeza de ellos la facultad de libre determinación, se halla la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.²⁴

22 En el plano de los derechos individuales "se ubican los que de alguna manera ya están reconocidos y que están normalmente establecidos en las garantías individuales de las constituciones de cada país, o en los convenios internacionales"; en cambio, los colectivos "no han encontrado completamente acomodo en los máximos ordenamientos jurídicos". Chacón Hernández, David, "Autonomía y territorialidad de las etnias", en varios autores, *Derecho y poder...*, cit., México, 1995, p. 128.

23 Cfr. Lerner, Natán, "Las Naciones Unidas y las minorías a propósito de la Declaración de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1994", en varios autores, *Derecho y poder...*, cit., pp. 19-20.

24 Cfr. Burguete Cal y Mayor, Araceli, y Margarito Ruiz Hernández, "Hacia una carta universal de derechos de los pueblos indígenas", en varios autores, *Derechos indígenas...*, cit., pp. 117 y ss.

A propósito de este modo de ver las cosas, se hace notar que “es imposible, si se quiere evitar tensiones y violencia, seguir postergando la satisfacción de las legítimas demandas de grupos minoritarios que buscan el reconocimiento de su identidad colectiva y afirman derechos que son el corolario de esa identidad. Un cambio de actitud en esta materia es una tarea urgente tanto para el derecho constitucional como para el derecho internacional”.²⁵ En éste ha habido importantes movimientos durante los últimos lustros.

Ahora bien, los pueblos indígenas observan, con preocupación, que las normas internacionales provienen de los Estados o de sus representantes, y que “los principales problemas que (esos pueblos) tienen que enfrentar se deben precisamente a sus relaciones con los Estados”.²⁶ En todo caso, el progreso en el derecho de gentes ha sido más bien escaso. Uno de los instrumentos fundamentales, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por ésta en 1989, sólo había sido ratificado por un pequeño número de países a lo largo de más de un lustro: Noruega, México, Colombia, Bolivia y Costa Rica.

Subsiste la necesidad de precisar los elementos que será preciso tomar en cuenta para identificar a un sujeto “indígena”. Entre las numerosas caracterizaciones sobre esta materia, nuestro futuro derecho deberá adoptar una decisión cuidadosa. En efecto, la operación de todo el sistema depende, obviamente, de la claridad y suficiencia en la determinación que ese mismo derecho asuma acerca de sus destinatarios, sea en la norma constitucional, sea en la secundaria, pero probablemente mejor en aquélla. Los datos a considerar son, conjuntamente: vínculo (por descendencia) con los pueblos que se hallaban en el actual territorio de México antes de la invasión española; elementos culturales (el idioma, señaladamente); formas de organización y estructura social de la comunidad y autopercepción del pueblo y de sus integrantes, respectivamente.²⁷

25 Lerner, “Las Naciones Unidas y las minorías [...]” *Derecho y poder...*, cit., p. 38.

26 Stavenhagen, “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”, *Cuadernos del Instituto...* cit., p. 88.

27 “Es indio —sostiene Alfonso Caso— el que se siente pertenecer a una comunidad indígena y es una comunidad indígena aquella en que predominan elementos somáticos no europeos; que habla preferentemente una lengua indígena; que posee una cultura material y espiritual en donde hay elementos indígenas en fuerte proporción y que, por último, tiene un sentido social de comunidad aislada dentro de las otras comunidades que la rodean, que la hace distinguirse a la vez de los pueblos blancos y de los mestizos”. “Definición del indio y de lo indio”, en *América Indígena*, vol. III, México, 1948, cit. en Valdés, *Los indios en los censos...*, cit., p. 20. Guillermo Bonfil Batalla

La Convención 169 de la OIT establece un concepto de pueblo indígena, que relevó y superó, en la línea de las reivindicaciones indígenas, al concepto de "poblaciones" utilizado por el Convenio 107, de 1957.²⁸ Tienen ese carácter, previene el artículo 1, "aquellos pueblos en países independientes descendientes de las poblaciones que habitan ese país, o la región geográfica donde se ubica ese país, al tiempo de la conquista o colonización o del establecimiento de las existentes fronteras, y que, independientemente de su estatus jurídico, conservan algunas o todas sus instituciones sociales, económicas y políticas".²⁹

sostiene que "el indio no se define por una serie de rasgos culturales externos que lo hacen diferente ante los ojos de los extraños (la indumentaria, la lengua, las maneras, etcétera); se define por pertenecer a una colectividad organizada (un grupo, una sociedad, un pueblo) que posee una herencia cultural propia que ha sido forjada y transformada históricamente, por generaciones sucesivas; con relación a esa cultura propia, se sabe y se siente maya, purépecha, seri o huasteco". *México profundo*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Grijalbo, 1989, p. 48. A propósito de la autopercepción, el Cuarto Tribunal Russell manifestó: "Los pueblos indios de América deben ser reconocidos de acuerdo con su propia concepción de sí mismos, en vez de ser definidos con arreglo a la percepción de los sistemas de valores de sociedades dominantes foráneas". Cit. Ordóñez Cifuentes, "Conceptualizaciones jurídicas en el derecho internacional público moderno y la sociología del derecho: indio, pueblo y minorías", *Cuadernos del Instituto... cit.*, p. 57. En el "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, de la ONU, se propone que "el derecho de definir qué y quién es indígena debe reconocerse a los pueblos indígenas mismos", facultad que trae consigo la "correlativa de definir o determinar qué o quién no es indígena". Stavenhagen, "Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional", *idem*, p. 94.

²⁸ Uno de los aspectos más relevantes del 169 "lo constituye el hecho de que se ha abandonado la concepción integracionista que se enunciaba en el Convenio número 107, lo que se refleja, entre otros, en el uso del término 'pueblos' respecto del término 'poblaciones' en el Convenio número 107". Este fue uno de los puntos más intensamente discutidos al plantearse el nuevo instrumento. Para salir al paso de mayores problemas, el artículo 1 del Convenio 169 aclaró que "la utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse 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". Cfr. Hernández Pulido, J. R., "El Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales", en varios autores, *Derechos indígenas...*, *cit.*, pp. 164 y 165. La voz pueblo, además de su connotación imprecisa, plantea el problema de la autodeterminación política. De ahí la preocupación expresada por algunos gobiernos. Cfr. Ordóñez Cifuentes, "Conceptualizaciones jurídicas...", *Cuadernos del Instituto... cit.*, p. 68.

²⁹ Sobre este asunto, cfr. Rocha, Mónica, "El estatus de los pueblos indígenas en derecho internacional", en varios autores, *Derecho y poder...*, *cit.*, pp. 41 y ss.

2. La materia. Las pretensiones indígenas

En segundo término, hay que precisar la materia de los derechos indígenas, consecuente con la exigencia de que se aplique a estos pueblos su propio derecho, no un sistema jurídico percibido como extraño, foráneo, y cuya legitimidad material, por ende, se discute.³⁰ En este punto se ha propuesto distinguir entre las reivindicaciones indígenas, estrictamente, y aquellas otras que esgrimen los indígenas y otros grupos sociales que en común resienten ciertas necesidades o auspician determinados proyectos.³¹ Es natural, por lo demás, la convergencia de los movimientos indígenas con otros movimientos que abanderan causas de sectores marginados. En esta materia, la marginación, se comunican los indígenas con un amplio número de mestizos iberoamericanos; es el puente natural y regular entre muchedumbres.

Se entiende que no habrá, propiamente, compartimientos estancos para la legislación, pero también se sabe que existen ciertas "asignaturas pendientes" y muy "sentidas" que es necesario atender con particular dedicación. Además, con espíritu innovador, sin atadura a tradiciones inflexibles,³² pero sin abandono —agrego yo— de principios fundamentales para la dignidad humana y la subsistencia de la nación y del Estado nacional. Los temas del derecho indígena, actual y futuro, abarcan la más amplia línea del horizonte. En uso de las categorías jurídicas tradicionales, es posible decir que comprenden el derecho público, por lo que toca al régimen político; el privado,

³⁰ Expresivamente, Óscar Correas advierte que las comunidades indígenas, "con todo derecho, ven al sistema dominante como nosotros vemos al sistema estadounidense. Y les produce la misma reacción que a nosotros el intento de sernos aplicadas normas extranjeras". "El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante", en varios autores, *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, IV jornadas Lascañas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 99.

³¹ Se argumenta —como recuerda Stefano Varese— que "si un movimiento indígena está políticamente bien organizado en términos de racionalidad y 'logos' occidental y sus planteamientos ideológicos han derivado suficientemente de la tradición científica occidental euro-americana, entonces obviamente el movimiento ya no es indígena sino que se ha vuelto parte integral del movimiento genérico de las clases populares a pesar de su objetiva composición indígena o de su declarada identidad étnica". "Los dioses enterrados: el uso político de la resistencia cultural indígena", en varios autores, *El arreglo...*, cit., p. 449.

³² Como precisaron últimamente Jorge Madrazo, presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y Eduardo Andrade, presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores, durante la comparecencia de aquél en el Senado de la República, el 5 de enero de 1996.

en lo que atañe al régimen social; y el procesal, en lo que concierne a la justicia formal.

Es interesante observar que las reivindicaciones indígenas parten de un punto de referencia situado en el pretérito: pretenden el reconocimiento y la vigencia de derechos históricos, que dieron perfil y sentido a los antiguos pueblos. No se trata, pues, de recibir “delegaciones” o “autorizaciones” del “nuevo” derecho, sino de sostener o reponer la vigencia de las antiguas normas e instituciones. El origen de esta demanda radica en la preexistencia del orden jurídico indígena: “esos pueblos funcionaron antes de que los sistemas políticos de tipo occidental-europeo se estableciesen sobre sus territorios, llevando sus poderes consigo”.³³

En el proceso de la Revolución mexicana, tan heterogéneo, es evidente que el zapatismo representó la más viva reclamación sobre los antiguos derechos de los pueblos. En este sentido, Zapata fue el “líder histórico”, con la raíz más profunda. No debe extrañar, por lo mismo, que Zapata y el zapatismo sean banderas acostumbradas en los movimientos reivindicadores de los antiguos marginados.³⁴

No ocurre lo mismo con las típicas reivindicaciones “modernas” (quiero decir, a partir de las revoluciones que cierran el siglo XVIII). Estas tienen su punto de referencia en el futuro: vienen huyendo del pasado y desean construir una realidad sustancialmente distinta.

El núcleo de los derechos indígenas, colectivos e individuales, se halla, ante todo, en la pretensión de “ser”, que enfrenta los rigores de la eliminación;³⁵ en seguida, la pretensión de ser “diferente”; y por último y como consecuencia, la de “perdurar”. Aquí aparecen algunas viejas interrogantes, reanimadas: ¿tiene “derecho el derecho”

³³ Kuppe, René, “Algunas observaciones sobre la relación entre las instituciones indígenas y los derechos humanos”, en varios autores, *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, cit., p. 52.

³⁴ En otra oportunidad he manifestado: el alzamiento de Zapata en Morelos “fue el movimiento agrario por antonomasia, con un hombre de campo al frente. A diferencia de otros revolucionarios, Zapata tendió la mirada hacia atrás, esgrimió antiguos documentos y derechos. Fue el líder de la reivindicación, la restitución, la recuperación. Esto dio un hondo sentido histórico a su lucha indomeñable, sin ambición personal ni pretensión nacional”. *Justicia agraria*, México, 1995, p. 7.

³⁵ La lucha contra los indígenas se abanderó por la idea, más o menos manifiesta o encubierta, de la eliminación; la resistencia tiene, por ende, el signo contrario: no ser eliminados. Desde luego, no me refiero sólo y necesariamente a una eliminación física (el etnocidio como supresión física de un grupo humano) por parte de los conquistadores o los amos; también entran en este género de adversidades la integración forzada, la autoridad abrumadora, el arrasamiento social, económico y cultural; en suma, todo aquello que abata la vida y cancele la viabilidad o la vitalidad de un pueblo.

a imponer la uniformidad? ¿Debe preservar la diversidad que quieren —cuando la quieran— sus destinatarios? La respuesta, en general, parece evidente: nada autoriza al Estado, y en consecuencia al derecho, para imponer a los hombres la uniformidad; esto sería tiránico, contrario inclusive a los principios que soportan la tradición filosófica, política y jurídica del liberalismo. Si esto es cierto en general, lo es en particular: para la cuestión indígena.

Por lo demás, el núcleo que mencioné a propósito de los derechos indígenas, rige naturalmente en lo que respecta a los derechos humanos generales. Desde luego, éstos no acentuaron inicialmente el tema de la “diferencia”, porque entonces no se advirtió la necesidad de hacerlo. Desde ese núcleo se construye el estatuto jurídico de los hombres y los Estados; desde ahí, el régimen jurídico de las libertades personales y las soberanías nacionales; desde ahí, la idea del desarrollo como desenvolvimiento de las potencialidades en un espacio de decisiones propias.

Se han formulado varios catálogos de pretensiones indígenas, que serían otros tantos espacios para la reflexión jurídica y la acción legislativa. Entre ellos suele haber coincidencias esenciales. Se asemejan, en su propio tiempo y en su circunstancia característica, a los catálogos de las pretensiones humanas que culminaron, andando los siglos, en derechos públicos subjetivos, estampados en las constituciones, primero, y en los textos internacionales, luego. El tema se manejó, por supuesto, en el proceso de reforma al artículo 4o. constitucional, en 1991.³⁶

Con frecuencia se dice que la demanda territorial figura en el centro de las pretensiones indígenas: “uno de los elementos fundamentales de la identidad india en América es su territorialidad”. En otros términos, “pertenecer a un grupo indígena significa tener la conciencia de poseer un territorio y mantener vivo un vínculo especial con la tierra”.³⁷ Es comprensible: ¿cómo mantener vigente y practicable la conciencia y la vivencia indígenas, si los pueblos y sus integrantes carecen del asidero elemental, el seguro tangible —la cuna, el surco y la tumba—, que es la tierra tradicional? Claro está que la territorialidad tiene aquí un alcance diverso de la mera relación dominical —o bien, la tenencia, bajo alguna de sus expresiones— de la

³⁶ Así, el diputado Gregorio Lorenzo Domínguez, indígena, miembro del Partido Popular Socialista, detalló las dos clases fundamentales de reivindicaciones indígenas: “las que se refieren al mejoramiento económico, social y cultural, y las reivindicaciones de orden político”. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, p. 1406.

³⁷ Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, cit., p. 341.

tierra. Ciertamente, “el concepto de territorialidad tiene que ver con el espacio donde habitan los pueblos indios, pero en el entendido de su autonomía regional que permita su autodeterminación”.³⁸

Los representantes de ciento veinte naciones indias, reunidos en Quito, en julio de 1990, para realizar el encuentro “500 años de resistencia india”, denunciaron una serie de demandas históricas, a saber:

reivindicación y recuperación de los territorios perdidos a raíz de la ocupación colonial y republicana; —defensa y recuperación de la naturaleza y del ambiente destruidos por la explotación mercantil; —derecho al mantenimiento, reestablecimiento y desarrollo de las economías indígenas basadas en la solidaridad comunal y los principios de reciprocidad; —respeto a la soberanía de las nacionalidades indígenas,³⁹ derecho a la autodeterminación y autonomía política; —derecho al pleno uso y desarrollo de las lenguas indígenas; —derecho al uso y desarrollo de la cultura propia, de las propias formas de espiritualidad, desarrollo científico-intelectual sin interferencias opresivas y autoritarias de evangelizaciones cristianas y sistemas educativos colonizadores”.⁴⁰

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) considera los siguientes derechos de los pueblos indígenas: a su existencia como pueblos y a su reconocimiento en esta calidad; territoriales, jurisdiccionales, ambientales, económicos, culturales, de libre tránsito en su territorio, políticos (intervención en el Estado nacional y ac-

³⁸ Sámano Rentería, Miguel Ángel, “La cuestión agraria indígena y desarrollo sustentable”, en varios autores, *Derecho y poder...*, cit., p. 163. El Instituto Interamericano de Derechos Humanos hace ver que “el concepto más importante implicado en la discusión de los derechos de los pueblos indígenas es el concepto de territorio. Este concepto, que es clave, debe ser claramente entendido y diferenciado del concepto de tierra. El primero (territorio) se refiere a un área geográfica o a un espacio de la naturaleza que se encuentra bajo la influencia cultural y el control político de un pueblo. El segundo (tierra) se refiere a la porción dentro de este espacio que es apropiable por un individuo o una persona jurídica (el Estado, una corporación, una cooperativa, etcétera) bajo el régimen jurídico de la propiedad. Los derechos sobre uno y otro son claramente distintos. El primero es derecho de pueblos, el segundo de personas. El primero crea la posibilidad de ejercer control y autoridad sobre el conjunto de los recursos y sobre los procesos sociales que allí se dan; el segundo el de aprovechar productivamente el suelo sin interferencia de otras personas”. “Los derechos de los pueblos indígenas. Documento para discusión”, *Crítica jurídica*, México, UNAM, 1994, núm. 14, p. 159.

³⁹ Soberanía que puede entrar en colisión con la correspondiente a las naciones en las que se hallan insertos los grupos indígenas. “Una aspiración indígena importante —escribe René Kuppe— es la de contener la soberanía de los Estados”. “Algunas observaciones sobre la relación...”, en *Cosmovisión y prácticas...*, cit., p. 54.

⁴⁰ Varese, “Los dioses enterrados: el uso político de la resistencia cultural indígena”, en varios autores, *El arreglo...*, cit., pp. 454 y 455.

tuación en instancias internacionales) y a la protección por parte del Estado.⁴¹

Jorge Dandler recoge estas demandas de los pueblos indígenas, que se pretende convertir en derechos: a ser reconocidos como pueblos permanentes y perdurables, con identidad y derecho propios; a determinar su propio desarrollo y contribuir con sus planteamientos al desarrollo nacional; al reconocimiento de la relación especial que guardan con sus tierras y territorios; a desenvolver sus programas de consolidación cultural y aportar al enriquecimiento de la cultura nacional; a ejercer autogobierno y administración y acceder a las formas generales de representación política; y a la existencia de un derecho consuetudinario y una justicia que garantice pluralismo legal.⁴²

José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes presenta cinco conjuntos de temas que son la base de las demandas jurídicas de los pueblos indios:

- a) reconocimiento constitucional de su existencia como sujetos específicos en el interior de la nación, de sus derechos originarios y de la obligación de los Estados y gobiernos de garantizar su ejercicio y desarrollar una legislación pertinente;
- b) establecimiento del derecho de los pueblos a disponer de los medios materiales y culturales necesarios para su reproducción y crecimiento;
- c) instrumentación del derecho al desarrollo material y cultural;
- d) afianzamiento del derecho al ejercicio y desarrollo de las culturas indígenas y a su crecimiento y transformación;
- y e) creación de las condiciones jurídicas y políticas que hagan posible y seguro el desempeño y la ampliación de los derechos antes señalados, dentro de la institucionalidad de los Estados.⁴³

En reciente fecha, Jorge Madrazo formuló una serie de propuestas ante los senadores de la República, que comprenden varias reivindicaciones indígenas, a saber: jurisdicción especializada (hasta arribar a un "fuero indígena"); acceso a los órganos de representación política, aunque no bajo un sistema de "cuotas", sino mediante la revisión de los distritos electorales; gobierno municipal por indígenas, electos conforme a los usos y costumbres de estas comunidades, en municipios donde aquéllos constituyan la mayoría de la población, y

41 Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, "Los derechos de los pueblos indígenas. Documento para discusión", *Crítica jurídica*, México, UNAM, 1994, núm. 14, pp. 162-163.

42 Cfr. "Hacia un orden jurídico de la diversidad", *Crítica jurídica*, México, UNAM, 1994, núm. 14, pp. 39-40.

43 Cfr. "Conflicto, etnicidad y derechos humanos de los pueblos indios", *Crítica jurídica*, México, UNAM, 1994, núm. 14, pp. 68 y 69.1.

participación equilibrada cuando tengan presencia minoritaria; creación de consejos económico-sociales de carácter local (con un órgano federal en la cúspide) para el desarrollo indígena; y programa especial de solución al problema agrario.⁴⁴

Si seguimos la idea que arriba sugerí, poniendo a contraluz las reclamaciones indígenas sobre el telón de fondo de las pretensiones generales de libertad y justicia, concentradas en las declaraciones de derechos humanos, podríamos llegar a las siguientes conclusiones. Se abre la relación de éstos, obviamente, con el derecho del hombre a la vida —el derecho nuclear y condicionante—, que tiene su correspondencia en el reconocimiento —que antes mencioné— a la identidad y a la persistencia de los pueblos indígenas; aquí figura la doble tensión histórica: contra el etnocidio, el etnodesarrollo. Aquél, por cierto, en ocasiones se ampara en "razonamientos" de integración,⁴⁵ progreso y modernidad: en la versión terrible de la modernidad, comprometida con la destrucción despiadada de los hombres y las culturas que halla en el camino.⁴⁶

La relación que ahora desarrollo sigue con los derechos del hombre a la libertad, que coincide con la pretensión indígena de autonomía y participación en la vida política: en la suya, como un escudo, y en la nacional, como un ariete.⁴⁷ Continúa con el derecho

44 Cfr. versión stenográfica de la presentación ante la Cámara de Senadores, el 5 de enero de 1996. También Manuel González Oropeza se refiere a este asunto, con los siguientes términos: en los pueblos indígenas actúan jueces naturales que conocen perfectamente los valores y costumbres de los justiciables y consiguen un efectivo control social de la comunidad; "por ello es necesario legitimar este sistema natural de administración de justicia y conformar lo que el derecho nacional reconoce bajo el nombre de fuero, para articular un fuero indígena". "El fuero indígena", *Cuadernos del Instituto...* cit., p. 126.

45 Con una expresión radical se asegura: "La historia muestra que toda política integracionista es culturalmente etnocida". González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, cit., p. 142.

46 No parece posible impugnar la construcción de obras hidráulicas que extienden los espacios de la agricultura y, con ellos, las posibilidades de la alimentación. Sin embargo, hay casos en que este género de "progresos" acarrea la desventura de los pueblos. Tal sucedió en Oaxaca, con el desalojo de cuarenta mil chinantecos, motivado por la construcción de una presa. Este movimiento masivo fue calificado de etnocidio. Cfr. Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, cit., p. 309. Acaso perdurará la expresión folklórica de "lo indio" y los pueblos indios, pero éstos "tendrán —así se supone— necesariamente que desaparecer, víctimas del progreso, de la modernización, del desarrollo económico y de la integración nacional". *Idem*, p. 343. Acerca de las relocalizaciones de comunidades indígenas —entre ellas, el caso de las presas Miguel Alemán y Cerro de Oro, en Oaxaca—, cfr. Barabas, Alicia M., "Normatividades jurídicas en torno a las relocalizaciones de población indígena", en varios autores, *Derechos indígenas...*, cit., pp. 29 y ss.

47 Es importante la pretensión de que haya representantes de grupos indígenas,

humano a la seguridad, material y jurídica, que se corresponde con la pretensión indígena de intangibilidad y respeto. Avanza con el derecho del hombre a la propiedad, que coincide, en sus trazos sustanciales, con la reclamación del dominio material e inmaterial,⁴⁸ ambos como sustento de los pueblos y los individuos, sea bajo régimen ordinario, sea bajo sistema especial. Prosigue con el derecho humano a la calidad de vida, es decir, a las condiciones razonables para el desarrollo, que se corresponde con la exigencia indígena de educación, cultura y racionalidad económica, más la preservación del medio, que se proyecta en diversas direcciones: ecología,⁴⁹ derechos territoriales, aprovechamiento de la tierra, etcétera.

Como se ve, los derechos que los indígenas reclaman son de alguna manera la proyección, bajo formas, tonos, peticiones singulares, de los que el hombre, en general, ha exigido siempre y obtenido algunas veces: la misma ruta, el mismo horizonte; pero no los mismos matices, ni los mismos contenidos. En este campo también se han superpuesto, para complementarse, las generaciones de los derechos humanos. La obra de revisión jurídica que a partir de ahora se emprenda, si es que se emprende, deberá trabajar puntualmente en cada uno de estos espacios. Menos, sería dejar la obra incompleta, trunca, con zonas oscuras y azarasas donde se incuben, de nuevo, los viejos problemas.

precisamente como tales, en los órganos del Poder Legislativo nacional, sobre todo en el Senado de la República. El punto se mencionó en el proceso de reforma del artículo 4o. constitucional, de 1991, por el diputado Osiris Samuel Cantú Ramírez y por el senador Porfirio Muñoz Ledo; asimismo, en lo que respecta al plano municipal, por la senadora Idolina Moguel Contreras. *Cfr. Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, pp. 1415, 1432 y 1435.

⁴⁸ *Cfr.* Lindner López, Hedwig A. y José Emilio R. Ordóñez Cifuentes, "La propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México", *Crítica jurídica*, México, UNAM, 1994, núm. 15. Señalan que "las comunidades indígenas son verdaderas fuentes generadoras de derechos inmateriales de cuya explotación difícilmente se ven beneficiados, por carecer de una asesoría adecuada por cuanto a la existencia, efectividad y procedimiento de las vías legales idóneas", *idem*, p. 127

⁴⁹ Es interesante la observación de Varese: "Los ejemplos elegidos casi al azar de entre una multitud dispersa de hechos históricos y contemporáneos, quieren llamar la atención sobre el hecho de que la resistencia de los pueblos indígenas de América a la colonización, explotación y opresión político-cultural, parece haber sido informada permanentemente por una interpretación social que, en términos contemporáneos, podríamos definir de economía ecológica o eco-nacionalista". "Los dioses enterrados: el uso político de la resistencia cultural indígena", en varios autores, *El arreglo...*, cit., p. 442.

3. *El ámbito territorial*

Además de los ámbitos personal y material del derecho indígena, el analista de estos asuntos —y más todavía el legislador que los aborde— deberá examinar los ámbitos territorial y temporal. Tómense en cuenta, con respecto al tema territorial, dos consideraciones insoslayables: por una parte, la liga singular que tienen los indígenas con el territorio que ocupan —o que ocuparon sus ascendientes, un territorio presente al través de la memoria histórica—, asunto del que antes me ocupé, al señalar la preeminencia de este punto en las preocupaciones indígenas (y en la subsistencia de sus pueblos); y por la otra, el hecho de que los grupos étnicos no se asientan en forma consecuente con la división política “moderna”. En efecto, hay pueblos que moran en varios países; o bien, en varias entidades federativas, aunque también hay casos en que un pueblo se encuentra asentado apenas en una entidad federativa, sea en forma concentrada, sea de manera discontinua o dispersa.

Esto suscita problemas relevantes, que deben ser resueltos de consuno por los países o los estados en que habita un solo grupo étnico. En otro lugar de este ensayo cito la opinión de quienes consideran que cada entidad federativa debe ocuparse en resolver, hacia adentro, el valor normativo de los usos y las costumbres indígenas. Por supuesto, una regla de razón elemental sugiere que las soluciones —producto de un concepto unitario sobre la “cuestión indígena”— tengan carácter uniforme. De otra suerte, se generarían mayores confusiones e inequidades. La idea de resolver el punto mediante soluciones municipales⁵⁰ puede funcionar en determinados aspectos —entre ellos, el político, parcialmente—, pero no en todos los relativos al derecho consuetudinario, que involucra órdenes sujetos a la legislación estatal o federal.

4. *El ámbito temporal*

Por lo que hace a la validez temporal del futuro derecho indígena, la pregunta fundamental es la siguiente: ¿abarcarán estas normas las situaciones creadas al amparo del derecho nacional, o se limitarán a regir para el futuro? En este lugar se alza uno de los principios

⁵⁰ La autonomía tendría su asiento en “municipios de contextura indígena”. Cifuentes Vargas, “Los pueblos indios en el constitucionalismo mexicano [segunda y última parte]”, *Lex*, 3a. época, año I, núm. 6, diciembre 1995, p. 67.

más destacados del derecho liberal, quicio de garantías individuales: la no retroactividad de la ley, cuando su aplicación a situaciones creadas en el pasado cause perjuicio a cualquier persona. Y esto sucedería, sin duda, en buen número de supuestos.

El asunto no tiene interés menor. Si los indígenas reclaman derechos ancestrales, previos a la constitución del Estado nacional y a la expedición de los estatutos que constituyen la fuente de los derechos actuales, es lógico que se remitan al sistema jurídico —precolonial— que sustentó aquellos derechos, y desconozcan, por lo tanto, los “supuestos” derechos supervenientes, formados bajo el imperio de un orden jurídico superpuesto.

El tema cobra relieve, sobre todo, en materia agraria. Aquí, los indígenas reclaman sus tierras comunales y la potestad de aprovecharlas en los términos del derecho prehispánico,⁵¹ no apenas en la forma concedida o reconocida por los títulos “primordiales” expedidos en la Colonia, aunque sean éstos los que se exhiben ante la magistratura agraria. Parece imposible desconocer los derechos formados y acumulados en el curso de algunos siglos, dependientes del orden jurídico español e indiano, del que también deriva sus títulos públicos el Estado mexicano, sucesor de la corona de España. Pero tampoco parece posible ignorar los derechos de los antiguos dueños del territorio que hoy es nuestra República, y menos todavía si se proclama la condición de aquéllos como uno de los fundamentos de la nacionalidad mexicana.

El problema excede la solución jurídica estricta, aunque no pueda ni deba articularse al margen del derecho. Pero ¿de qué derecho hablamos? ¿Qué derecho —y qué derechos— prevalecerán cuando se cierre esta etapa de revisión y reconstrucción? La ley nacional provee y puede seguir administrando soluciones alternativas, a la manera del cumplimiento subsidiario de la sentencia, que reconoce la legalidad de ésta, pero también advierte la imposibilidad de ejecutarla rigurosamente. Aquí nos hallamos ya en otro terreno: el de los convenios que serían expresión natural y necesaria de un nuevo acuerdo social para poner fin a las contiendas sobre la tierra.

51 Así —dije en otro trabajo— “no existe apenas [...] un conflicto entre títulos primordiales y posteriores —aunque en el litigio agrario éstos sean los términos de la controversia—, sino algo más remoto y profundo. Hay un conflicto entre soberanías (la antigua sociedad primigenia frente a la sociedad advenediza) y entre culturas (la idea territorial de los indios y la noción que llegó a combatirla, sostenida por los colonizadores y sus estatutos)—. De esta suerte entran en pugna dos épocas de la existencia: una reclama en virtud de la tradición más arraigada y profunda; la otra, en mérito de la innovación a lo largo de cinco siglos”. *Justicia agraria, cit.*, p. 23.

IV. LAS AUTONOMÍAS Y EL DERECHO SOCIAL

Entre los asuntos que más atraen, alarman o serenar, figuran las autonomías, y con ellas, la regulación jurídica de la vida colectiva. Ahora bien, es preciso abandonar la "táctica de alarma" ante la pretensión autonomista. En efecto, tanto el régimen federal como el sistema municipal son expresiones del autonomismo. Empero, no han funcionado —con todas sus deficiencias y simulaciones— como factores para el desmantelamiento del Estado nacional. Por el contrario, han concurrido a garantizar la unidad como respuesta a tendencias disgregadoras más o menos auténticas y vigorosas.

En el curso de las preguntas y respuestas que siguieron a la exposición del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ante senadores de la República, el 5 de enero de 1996, el senador Eduardo Andrade propuso la adopción de soluciones que superasen el rigor de la tradición; en el "federalismo mexicano" podría hallarse —dijo— la solución a este género de problemas.⁵²

En suma, antes de incurrir en "juicios prejuiciosos", deberemos conocer de qué autonomía se trata y cuáles son sus implicaciones. Aquí se despliega un doble discurso. Por una parte se pretende "el acceso a una forma estatal diferente", lo cual apareja condiciones de autonomía moderadas; por la otra, se requiere "el acceso a una forma de organización netamente indígena",⁵³ aspiración que profundiza

52 Recomendó: "poner a un lado —con esto no quiero decir desconocer o olvidar— pero poner momentáneamente a un lado todo el peso de la tradición, todo lo que se nos ha enseñado como dogmas jurídicos occidentales, todo aquello que parece intocable en ideas que provienen desde el siglo XVIII y en algunos casos del XVII, para con una mentalidad absolutamente fresca, acercarnos a conocer el problema y tratar de encontrarle la mejor solución sin atarnos a ninguna idea preestablecida. A partir de ahí, y entonces sí analizando la compatibilidad de esas posibles soluciones con los aspectos del derecho occidental que aplicamos en nuestra tradición, venida de Europa, encontrar la manera, la forma, de alcanzar esta compatibilidad [...] Finalmente, me parece a mí que tenemos dentro de nuestra propia concepción constitucional del federalismo, la llave para la solución de estos problemas. En el nuevo federalismo que nos proponemos construir quizá deba entrar también este tema. Finalmente una república federal no es otra cosa que la coexistencia de un ámbito jurídico que abarca toda la nación con otros ámbitos jurídicos particulares que responden a las necesidades específicas de cada entidad federativa"; esto puede aparejar modalidades "en razón de las características indígenas". V, versión estenográfica de la presentación del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ante senadores de la República, el 5 de enero de 1996.

53 A propósito del "nuevo federalismo", hay numerosas cuestiones inquietantes que no puedo abordar ahora. Entre ellas figura el carácter "solidario" y "equilibrador" de la Federación. A la luz de éste, resulta preciso salir al paso de tendencias descentralizadoras que trasladan mecánicamente recursos a las entidades federativas, pero soslayan la función "equitativa" del principio federal.

la pretensión autonómica y puede aparejar formas compatibles o incompatibles con el Estado nacional.⁵⁴

No se olvide que los indígenas conocieron formas propias —o en todo caso, diferentes— de gobierno: por supuesto, antes de la invasión española, y también más tarde, bajo el régimen colonial, independientemente de la mayor o menor intensidad efectiva del autogobierno indígena.⁵⁵ De todo esto no se debe concluir que la opción para el futuro sea la de “repúblicas de indios”, como antaño las hubo; y mucho menos colegir que la autonomía deseable es una forma de conservar la marginación e impedir el desarrollo. No sobra observar, finalmente, que una cosa es la autonomía entre regiones —y grupos humanos— que muestran un desarrollo similar (así, las autonomías españolas), y otra la que existe o se quiere que haya entre regiones y grupos separados por un abismo.

Para abordar este punto, parto del supuesto de que no se quiere —y en todo caso, muchos no queremos— dispersar a la nación y pulverizar a su Estado, el Estado nacional. Pero tampoco parece posible ni deseable dejar todo como se encuentra: volveríamos al punto de partida, agravado, extremado, con las consecuencias que ya conocemos.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) advierte que el patrón del Estado moderno es insatisfactorio. El Estado co-

54 En el Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios (Quito, 17 a 21 de julio de 1990) se afirmó: “La autodeterminación es un derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía de los marcos nacionales”. Esta implica derecho al control del territorio propio (inclusive control y manejo de todos los recursos naturales del suelo y el subsuelo, así como del espacio aéreo), defensa y conservación de la naturaleza, y manejo de los asuntos propios mediante la constitución democrática de autogobiernos. Texto en Ordóñez Cifuentes, *Reclamos jurídicos...*, cit., p. 146. En el documento “Principios básicos sobre los derechos fundamentales de los pueblos indios de Centroamérica, México y Panamá”, se advierte que “todos los pueblos indios tienen derecho a la autonomía y a la autodeterminación que significa: libertad para determinar los miembros y población que los integran y las formas de gobierno interno; libertad para proseguir su propio desarrollo cultural, religioso, social, económico y político; en el ámbito de la sociedad”. En *idem*, p. 119.

55 Cfr. Zavala, Silvio y José Miranda, “Instituciones indígenas en la Colonia”, en varios autores, *La política indigenista en México. Métodos y resultados*, 3a. ed., México, Instituto Nacional Indigenista. Secretaría de Educación Pública, 1981, pp. 144 y ss. Refiere Gonzalo Aguirre Beltrán que “la desorganización que produjo la conquista española en todas las constelaciones de la cultura indígena, se reflejó sobre las formas de gobierno consanguíneo. Dos tendencias diametralmente opuestas aparecieron: una dirigida hacia el feudalismo; otra, de mayor fuerza y consistencia, hacia la democracia”. En la Colonia se concedió a la casta indígena “un gobierno local semiautónomo, modelado conforme a una institución occidental: el ayuntamiento”. *Formas de gobierno indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1981, pp. 28 y 29.

lizador y el Estado nacional, sucesivamente, han negado el derecho de los indígenas a ser reconocidos como pueblos y a mantenerse como tales. En este sentido, argumentan “la necesidad de integrar todos los pueblos constitutivos del Estado en una sola cultura, una sola lengua, una misma religión y, principalmente, bajo un orden legal único”. Los Estados no han reconocido su carácter multiétnico y plurinacional; “en el mejor de los casos —añade el IIDH— algunos Estados aceptan las culturas indígenas como un antecedente de la cultura nacional”.⁵⁶ El Estado, pues, sólo ha concebido la existencia de individuos —esto es, ciudadanos—, y por ello “borró” a las etnias del mapa político, en beneficio de un pueblo: el del Estado-nación.⁵⁷

El Estado se halla desbordado, pues, como lo están otros datos de nuestra tradición política. Es preciso advertir —para actuar en consecuencia— que la reforma del Estado, cuando la nación tiene un importante componente indígena, como es el caso de México, implica una revisión profunda de la cuestión indígena: esta revisión es motivo o consecuencia de aquella reforma, o ambas cosas a la vez.⁵⁸

Hay que ver cómo se proyecta sobre ese patrón conocido la declaración acerca de la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. Si se trata solamente de un “hallazgo” antropológico, no tiene sentido alojarlo en la Constitución, a pesar del carácter heterodoxo de la ley fundamental mexicana. Lo pertinente es entenderlo como un reconocimiento político y una advertencia jurídica: en tal virtud, desde ahí habrá que construir “algo” diferente.

Hace más de un siglo se habló de un derecho social, no apenas como un régimen tutelar de los débiles —que es una de las acepciones de aquel término—, sino como un régimen jurídico espontáneo, acordado por los grupos, dotado de instituciones propias, competente en determinados campos. Ese derecho social es vinculante dentro de un marco de autorizaciones claras y delegaciones precisas del derecho público. Georges Ripert mencionó el gradual abandono de la unidad del derecho; cada profesión y cada corporación piden y obtienen su propio sistema normativo; así se erosiona el poder re-

56 “Los derechos de los pueblos indígenas. Documento para discusión”, *Crítica jurídica*, México, UNAM, 1994, núm. 14, p. 155.

57 Cfr. González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, cit., pp. 34-35.

58 No en balde se asegura que “si cristaliza el pluralismo jurídico, si se abandona el proteccionismo jurídico paternalista y se garantiza el libre ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria, es decir, si se pone fin al colonialismo jurídico, el Estado, como forma de organización política, se habrá transformado”. González Galván, *idem*, p. 146.

glamentario del Estado.⁵⁹ En su momento, Georges Gurvitch construyó una teoría del derecho social concebido como “derecho autónomo de comunión”.⁶⁰

En el siglo transcurrido, el derecho social ha caminado a grandes pasos: se ha instalado en el dominio de la industria y el comercio, la organización colectiva, los factores de la producción, las relaciones internacionales. Ya nadie podría pensar que los órganos legislativos del Estado son la única fuente formal de las normas; que la autoridad de los funcionarios públicos es la única autoridad posible; que el federalismo y el municipalismo usuales son los únicos practicables. En la “reinvención” del Estado, o dicho más suavemente, en su reforma, hay que aceptar el flujo de corrientes como la realidad indígena, que viene de atrás para proponer el mundo de adelante.

V. ALGUNOS TEMAS DEL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL

El artículo 4o. de la Constitución convoca algunos temas que han estado en nuestra realidad desde siempre, más o menos soslayados, temidos, oscurecidos. Dice que la ley garantizará a los integrantes de los pueblos indígenas el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, y que en los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres en los términos que la misma ley establezca. Esta fórmula va desde insuficiente —aunque reconozco que la Constitución no puede ser un catecismo exhaustivo— hasta insatisfactoria.

No basta con que se prometan garantías a los integrantes de los pueblos. Es necesario que se ofrezcan y aseguren a estos mismos, lo cual es, por supuesto, mucho más espinoso que aquéllo, pero no menos necesario.

El acceso a la jurisdicción del Estado (expresión que no se compromete con la justicia social, sino apenas con la justicia individual de los tribunales)⁶¹ no es construcción —o reconocimiento— de una

⁵⁹ *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1951, pp. 314 y 315.

⁶⁰ *Cfr. L'idée du droit social*, París, Lib. du Recueil Sirey, 1932, p. 13.

⁶¹ Obsérvese, sin embargo, que a este acceso se le dio un amplio sentido en el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores sobre la reforma al artículo 4o. constitucional, iniciada en 1991. Efectivamente, “la expresión jurisdicción del Estado no limita la responsabilidad del gobierno al ámbito estricto de los procesos judiciales, toda vez que la jurisdicción del Estado se extiende a otros campos, como es el caso de la planeación del desarrollo nacional y las acciones administrativas que le corresponden”.

jurisdicción indígena, ni siquiera en la medida en que ya opera, en muchos sectores de la relación jurídica, una justicia pactada que se desempeña con holgura y no es propiamente jurisdicción del Estado.⁶² Por supuesto, mejor que aludir al acceso a la jurisdicción sería hablar del acceso a la justicia, así se trate solamente de la justicia "individual" de los tribunales y no de la justicia "social". En todo caso aquélla implica, en mi opinión, por lo menos dos derechos: a proponer las propias pretensiones ante los órganos competentes; derecho de audiencia y defensa, que es una expresión de la justicia formal; y derecho a la resolución de la controversia a través de una sentencia justa, que es manifestación de la justicia material o de fondo. Claro está que la buena marcha de la justicia volcada sobre los indígenas tendrá que ver con la visión de los operadores del aparato jurisdiccional, no apenas con la idoneidad de las normas y la excelencia, en abstracto, de los órganos de la justicia.⁶³

La "consideración" de prácticas y costumbres quiere decir mucho, y en realidad no dice nada. En efecto, resta aclarar qué son y cuál es el alcance de esas prácticas,⁶⁴ cuyo sentido jurídico —raíz, intención profunda, conectados al rumbo general de la cultura— puede ser diferente del que prevalece en el orden normativo mayoritario;⁶⁵

Derechos del pueblo mexicano..., cit., t. I, p. 1423. En el documento "Principios básicos sobre los derechos fundamentales de los pueblos indios de Centroamérica, México y Panamá", se manifiesta que "los pueblos indios tienen derecho a ejercer autoridad y jurisdicción dentro de sus límites territoriales de acuerdo a sus usos y costumbres y al grado y naturaleza de la autonomía establecida respecto al Estado de pertenencia". Cit. Ordóñez Cifuentes, *Reclamos jurídicos...*, cit., p. 121.

62 Se ha dicho que la garantía de acceso a la jurisdicción del Estado "no debe verse ni como la única instancia ni como una segunda instancia, sino como una instancia más, necesaria tanto como la consuetudinaria indígena, para la resolución —en colaboración— de los conflictos que se presenten en ellas y entre ellas". González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, cit., p. 146.

63 Porque "la visión colonial parroquial de los operadores del derecho: jueces, ministerio público, abogados, empleados judiciales, antropólogos, psicólogos, médicos forenses, traductores, etcétera, es de verdaderos colonizadores internos". Ordóñez Cifuentes, "El procedimiento penal y los derechos humanos de los pueblos indios en los umbrales del siglo XXI", *Reclamos jurídicos...*, cit., p. 59.

64 Así, "¿a qué prácticas se refiere el Estado y bajo qué criterios se les reconocerá?", se pregunta Carlos Humberto Durand Alcántara. Cfr. "El derecho consuetudinario indio, base de afianzamiento del territorio étnico", en varios autores, *Derecho y poder...*, cit., p. 82.

65 "En una cultura comunitaria, cuya raíz es la vida colectiva, el derecho individual es una excepción. La definición misma de derecho lleva implícita la idea del consenso, del acuerdo, y del respeto por las normas establecidas por las comunidades. Desde este punto de vista, es evidente que, mientras la cosmovisión de los mestizos, marcada por la preeminencia del individuo sobre el grupo, requiere de una normatividad que oriente

y queda pendiente el problema sobre las fronteras entre ambos derechos: el consuetudinario y el estatutario, además de que no hay razón alguna, como últimamente dijo en el Senado el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, para confinar estas prácticas y costumbres en las controversias agrarias.

VI. EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

Entre las formas de generación o creación jurídica figuran, a título de métodos principales, la legislación, la costumbre y la formulación jurisprudencial. No hablo de ley, costumbre normativa y jurisprudencia, que son, en todo caso, el producto o efecto, jurídicamente vinculante, de cierta instancia productora del derecho. Me refiero precisamente a ésta: la instancia legislativa, esto es, el proceso de expedición de leyes; la instancia consuetudinaria, es decir, el proceso de formación del uso o la costumbre normativos; y la instancia judicial, o sea, el proceso de formación de criterios jurisdiccionales obligatorios para todas las autoridades —y directa o indirectamente para todos los individuos— o solamente para los órganos administradores de justicia.⁶⁶

La costumbre tiene una función reducida, modesta, en el orden jurídico mexicano: en todo caso, no puede ser contraria al derecho estatutario o escrito,⁶⁷ ni tiene fuerza derogatoria de éste. Así lo dispone el Código Civil. Pero sucede que el derecho indígena, centenario o milenario, es precisamente un derecho formado en la cos-

la búsqueda del bien común, en el caso de los pueblos indígenas esta visión está en la raíz de su concepción del derecho; lo que resulta extraño a su mentalidad es, justamente, la valorización de lo individual por encima de lo colectivo". Fundación Vicente Menchú, "Cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas", en varios autores, *Cosmovisión y prácticas...*, cit., p. 69.

66 Me remito a mi elaboración de este criterio sobre las fuentes del derecho, en *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 71 y ss., y *Elementos de derecho procesal agrario*, México, Porrúa, 1993, pp. 13 y ss. En sentido similar, *cfr.* Flores García, Fernando, "Las fuentes del derecho", *Ensayos jurídicos*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1989, p. 171.

67 Óscar Correas propone abandonar el uso de la expresión "costumbre" para referirse a las normas no escritas. "Lo primero que habría que hacer —dice— es dejar de lado ese término confuso, y hablar, simplemente, de derecho escrito y no escrito. Con ello se terminaría la lamentable cuanto inútil discusión acerca de si las normas de las comunidades son o no derecho, y acerca de la diferencia entre derecho y costumbre. Lo único que habría que hacer es preguntarse, frente a los textos normativos, escritos o no escritos, es si responden o no a las características de la definición de derecho". "La teoría general del derecho frente al derecho indígena", *Crítica jurídica*, México, UNAM, 1994, núm 14, p. 21.

tumbre, expresado en ésta y aplicado por ella misma, al través de instituciones y por el conducto de procedimientos que son, asimismo, el producto del uso inveterado y la conciencia de la eficacia vinculante: tales son, por cierto, los extremos que caracterizan a la costumbre jurídica: la *inveterata consuetudo* y la *opinio juris seu necessitatis*.

La frontera litigiosa entre las culturas que coexisten en México se agita cuando entran en colisión el derecho primitivo y consuetudinario de los grupos indígenas, y el derecho moderno, estatutario, de la mayoría mestiza.⁶⁸ Bajo el imperio de las normas legisladas, prevalece la ley escrita; en la realidad de las comunidades indígenas, se impone la costumbre.⁶⁹

En la etapa colonial se quiso sostener la eficacia de las costumbres indígenas. En tal sentido se pronunció la cédula de Carlos V, expedida en Valladolid en 1555 y dirigida a los caciques de Verapaz, luego incorporada a la Recopilación de Leyes de Indias, de 1680:

Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada religión, no con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen.⁷⁰

Debo reiterar la pregunta que antes expresé: ¿hasta dónde puede operar la costumbre jurídica indígena? O dicho de otro modo, ¿cuál es el papel de ésta ante sus creadores y destinatarios, por una parte, y frente al derecho escrito nacional, por la otra, que pretende imperar sin competencia ni salvedad? El espacio mismo del derecho consuetudinario está a debate.⁷¹ Y no se trata solamente de sostener

⁶⁸ Cfr. Beller Taboada, Walter, *et al.*, *Las costumbres jurídicas de los indígenas en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, pp. 86 y ss.

⁶⁹ Cfr. Orozco Henríquez, José de Jesús, *El derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 84.

⁷⁰ V. Menegus Bornemann, Margarita, "La costumbre jurídica en el derecho indiano. 1529-1550", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IV-1992, p. 151. Toribio Esquivel Obregón comenta: "Si en España la costumbre tenía fuerza de ley, mayormente la tenía en Indias, pues habría sido desatentado y anárquico querer innovar en un mundo desconocido...". *Apuntes para la historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1984, t. I, p. 270.

⁷¹ Se integra, afirman algunos, por las normas relativas a la propiedad, el parentesco, la socialización del grupo, su acatamiento a las autoridades tradicionales y la experiencia del indio (éstas son las disposiciones sobre participación política del indígena en su propia comunidad). Cfr. Durand Alcántara, "El derecho consuetudinario...", en varios autores, *Derecho y poder...*, *cit.*, pp. 92 y ss.

o desvanecer un medio de regulación de la conducta, en aras de la eficacia normativa o de la congruencia entre las reglas jurídicas y la circunstancia que las produce. El asunto tiene una dimensión mucho mayor: la vigencia de los usos y costumbres constituye una prenda de la supervivencia indígena.⁷²

Histórica y actualmente se ha visto que el derecho consuetudinario de los grupos autóctonos “desarrolla sus relaciones con el derecho estatal mexicano de manera compleja, es decir, en la complementariedad, originalidad y oposición”.⁷³ En rigor, las costumbres de hoy no son, necesariamente, las costumbres ancestrales; en aquéllas ha intervenido el asedio de los nuevos tiempos: asimilan normas europeas y mexicanas contemporáneas, “las cuales las han adaptado a sus necesidades y ahora las sienten como suyas”. En efecto, el derecho consuetudinario es también “evolutivo; toma algunas normas del exterior, las que van a estar en contacto con él, las transforma y las adapta a su sistema jurídico”.⁷⁴

La respuesta a las cuestiones que antes dije posee la máxima importancia.⁷⁵ Poco significará, en los hechos, cualquier reconocimiento solemne de los títulos y los poderes jurídicos de los indígenas, empeñados en sostener su identidad y conducir su vida, si no existe una razonable admisión del valor de sus propias instituciones y prácticas jurídicas. El derecho estatal no puede arrasar al consuetudinario.⁷⁶ En la medida en que esto ocurra, la nación aboliría a los

72 Dice Stavenhagen: “Un factor principal que ha permitido la sobrevivencia de los pueblos indígenas y tribales ante los ataques persistentes que sufren por parte de la sociedad dominante es su coherencia interna, su organización social, así como el mantenimiento de sus propias tradiciones, leyes y costumbres, incluso la autoridad política local”. “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”, *Cuadernos del Instituto...*, cit., p. 109.

73 González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, cit., p. 178.

74 Cordero Avendaño de Durand, Carmen, “El derecho consuetudinario indígena”, en varios autores, *Cosmovisión y prácticas...*, cit., p. 34.

75 A propósito del derecho consuetudinario indígena González Galván propone varias preguntas primordiales: ¿es derecho? ¿es consuetudinario? ¿es indígena? Es un sistema jurídico, es derecho —responde—, “porque existe una concepción y prácticas del orden comunitario, que son características inherentes de cualquier *ethnos*, etnia, pueblo [...] Es consuetudinario porque desde hace quinientos años se produce y reproduce de manera no escrita, sino oral y en relación estrecha con las fuerzas de la naturaleza. Es indígena en el sentido que es una cultura jurídica milenaria que corresponde a pueblos originarios”. “El derecho consuetudinario indígena en México”, en varios autores, *Cosmovisión y prácticas...*, cit., p. 74.

76 Sostiene González Galván que los derechos estatal y consuetudinario son dos manifestaciones contemporáneas de lo jurídico: “el derecho estatal, entendido como la concepción de lo jurídico caracterizado por la organización social de conductas a través de reglas escritas derivadas de un órgano especializado y legitimado por las mismas

pueblos, y el ciudadano nacional suprimiría al hombre indígena. Esto tiene que ver con el sistema jurídico íntegro, pero sobre todo con las relaciones más frecuentes: familiares, civiles, penales, laborales, jurisdiccionales.

Ahora bien, tampoco se puede admitir que el uso de los grupos étnicos suprima los derechos fundamentales del hombre, que son la esencia del estatuto jurídico del ser humano, su máxima conquista histórica, irreductible y necesaria. De ahí que el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT reconozca: los pueblos indígenas "tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional".⁷⁷

Con frecuencia —y razón, en mi concepto— se insiste en la frontera del derecho consuetudinario indígena: los derechos fundamentales. Ahora bien, reconozcamos que el más frecuente y severo problema no ha sido la violación —que la hay— de derechos humanos por los usos comunitarios, sino la vulneración reiterada, en perjuicio de los indios, de esos mismos derechos humanos que el estatuto nacional reconoce. De tal suerte, en el mundo de la aplicación jurídica —que es, en definitiva, el único mundo que interesa: el espacio de la realidad— el derecho nacional ha sido inconsecuente con sus principios.

Recordemos, por último, que el sistema normativo consuetudinario puede ser la vía más democrática para la formulación del derecho, en tanto no deriva de representantes populares, sino del pueblo mismo erigido en instancia legislativa. Por otra parte, este sistema alivia el problema, tan severo, del conocimiento del derecho por parte de sus destinatarios: así parece racional el dogma —absolutamente irracional en el supuesto de la regulación estatutaria— de que "todos

reglas, y el derecho consuetudinario, como la concepción de lo jurídico, caracterizado por la organización social de conductas a través de reglas-prácticas concebidas en comunicación con las fuerzas de la naturaleza y transmitidas, fundamentalmente, de manera oral". *El Estado y las etnias nacionales en México, cit.*, p. 203.

⁷⁷ Jorge Madrazo hace notar la carencia de un catálogo de las normas consuetudinarias indígenas, que permita su examen a la luz del derecho nacional. Por otra parte, observa que no es uniforme la aculturación de los pueblos indígenas. Considera que la admisión de las reglas consuetudinarias indígenas debe quedar sujeta, en su caso, a lo que dispongan las entidades federativas correspondientes, y no a un ordenamiento federal. *Cfr.* versión estenográfica de la presentación del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ante los senadores de la República, el 5 de enero de 1996.

los individuos conocen el derecho” y, en consecuencia, “nadie puede alegar ignorancia para justificar su incumplimiento”.

Finalmente, el régimen consuetudinario propone puntos interesantes en orden al conocimiento jurídico del juzgador y al objeto de la prueba: cabe decir que si el juez conoce el derecho nacional, por eso mismo conoce el derecho consuetudinario; y que las costumbres vinculantes —porción del derecho positivo— no están sujetas a prueba. Empero, es frecuente que se sostenga lo contrario: los usos y costumbres deben ser probados.

VII. EL PROBLEMA AGRARIO

En el conjunto de estos temas figura la cuestión agraria, que no es apenas, como puede ser para otros actores del campo, un problema de tenencia y aprovechamiento de bienes inmuebles. Su dimensión fue debidamente apreciada en la “Declaración de San José”, de 1982: “Para los pueblos indios la tierra no es sólo un objeto de posesión y de producción. Constituye la base de su existencia en los aspectos físico y espiritual en tanto que entidad autónoma. El espacio territorial es el fundamento y la razón de su relación con el universo y el sustento de su cosmovisión”.⁷⁸

Si esto es así, habría que volver la mirada sobre la tenencia comunal de la tierra, y preguntarse si la regulación actual reconoce su insólito valor para los pueblos indígenas, en el caso de que queramos —y esta sería la primera pregunta— respetar el valor que para ellos tiene. Parecen quererlo tanto el artículo 4o. como el artículo 27, ya en sus términos actuales; lo propone su letra, y quizás también su espíritu. De ser así, deberíamos considerar la intangibilidad absoluta de las tierras comunales, que es una forma radical de entender la disposición del artículo 27: “La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas”. En este orden de cosas, la legislación privatizadora de la propiedad colectiva de las comunidades “es considerada por los indígenas como una de las principales amenazas a su sobrevivencia como colectividades y culturas con identidad propia”. En efecto —se observa—, “la propiedad individualizada, con sus consecuentes procesos de acumulación y concentración, por una parte, y de atomización y fragmentación de la tierra, por la otra, ha

⁷⁸ Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, cit., pp. 132 y 133.

representado un poderoso proceso destructivo de los grupos indígenas del continente".⁷⁹

En fin, quizás sea debido retornar a un sistema estricto de protección de la tierra, en el caso de los indígenas. Y no faltará quien pregunte: ¿sólo en ese caso? Lo cierto es que la desprotección de esas tierras, una "desprotección modernizadora", formó parte de los puntos fundamentales de la reforma de 1992, que constituyó un "caso célebre" de retraimiento del Estado y entrega o devolución de facultades a los individuos, para su bien o su mal. Este retraimiento, con sus posibles consecuencias, es lo que no quiso el agrarismo tradicional, cobijado en el Estado tutelar de los campesinos. No pretendo condenar o absolver en bloque cualquiera de estas tendencias, cada una abastecida de motivos y razones importantes. Sólo observo que aquí existe una zona de conflicto entre las preocupaciones sociales que arraigaron en nuestro sistema jurídico, y las inquietudes neoliberales que quisieron echar raíces después, con evidente premura y, en muchos casos, con manifiesto exceso.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

⁷⁹ *Idem*, pp. 345 y 346.