



# EL RECONOCIMIENTO DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO MEXICANO. ¿REALIDAD O UTOPIA?<sup>1</sup>

---

RECOGNITION OF INDIGENOUS LEGAL SYSTEMS IN INTERNATIONAL LAW:  
A SPECIAL REFERENCE TO MEXICAN LAW. REALITY OR UTOPIA?

---

✉ Por: Elí Rodríguez Martínez<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2013  
Fecha de aprobación: 6 de noviembre de 2013

## **Resumen.**

*El presente estudio tiene por objeto exponer sobre el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos indígenas por el Estado, conforme lo dispone el Derecho Internacional, así como señalar cuáles son las limitaciones que el propio Derecho, Nacional e Internacional, establecen reduciendo así su aplicabilidad.*

## **Palabras clave**

*Reconocimiento, derechos indígenas, ordenamientos jurídicos indígenas, derecho internacional.*

## **Abstract.**

*The object of this paper is to expound on the legal recognition of indigenous legal systems by the State, such as provided in International Law, and to identify what are the limitations or conditions that the Law, Internal and International, have established reducing its applicability.*

---

1 Ponencia dictada durante el III Seminario Permanente de Derecho Internacional del Anuario Mexicano de Derecho Internacional, celebrado en Querétaro, México, el 19 de septiembre de 2013.

2 Maestro. Profesor e Investigador en la Escuela Libre de Derecho, México. [eli.rodriguez.mtz@hotmail.com](mailto:eli.rodriguez.mtz@hotmail.com)



### *Key words*

*Recognition, Indigenous Law, Indigenous Legal System, International Law.*

## **Introducción**

Una de las características del Estado moderno, como respuesta a una realidad social e histórica, es el haber monopolizado la función legislativa; es decir, el Estado moderno asume como prerrogativa propia la facultad de crear el derecho a través de sus órganos, no pudiendo aplicarse más derecho que el del propio Estado.

Antes de la Conquista y de la colonización y aún antes de la formación de los Estados nacionales, los pueblos indígenas formaban una comunidad autorregulada a la cual se vino a superponer el Estado nacional, sin tomar en consideración los derechos originarios, los derechos históricos y la presencia física de los pueblos indígenas organizados de diferentes maneras desde tiempos inmemoriales.

Sin embargo, hay una preocupación constante del derecho internacional de los derechos humanos por la protección de las clases más desvalidas, entre ellos, mujeres, niños, personas con discapacidad y poblaciones indígenas, y en especial, respecto a éstos últimos, en su incorporación en la sociedad actual.

En el derecho internacional de los derechos humanos el régimen de protección a las minorías establece desde luego no solamente que todos los miembros de las minorías tienen los mismos derechos que las mayorías, sino que también tienen el derecho a la diferencia y, en el caso de las poblaciones indígenas a mantener sus identidades culturales, lo cual no sólo significa el derecho a emplear su lengua y el derecho a la educación en su propia lengua, sino también el derecho a su auto-organización social y a su autorregulación jurídica, lo cual implica el reconocimiento de sus derechos consuetudinarios.

La protección a las minorías, incluyendo a las poblaciones indígenas, implica el libre acceso a la justicia. Como dijo José Thompson referente al acceso a la justicia, “la equidad entra en juego cuando se considera que la justicia no puede reproducir o magnificar las desigualdades económicas”<sup>3</sup>, manifestando un gran temor que, “las desigualdades de hecho no deben incidir en la oportunidad ni en la calidad de la justicia”<sup>4</sup>.

Recordemos que, uno de los principios de la administración de la justicia es el principio de igualdad formal ante la ley, principio consagrado en instrumentos internacionales, tales como

3 José Thompson (coord.), Acceso a la Justicia y Equidad: estudio en siete países de América Latina, San José, BID-IIDH, 2000, p. 26.

4 *Ibíd.*



la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>5</sup>, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>6</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>7</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>8</sup>

Sin embargo, el principio de igualdad conlleva a aplicar la misma ley a todos los habitantes de un Estado, lo cual genera una injusticia a las poblaciones indígenas, toda vez que ellos desconocen por completo la regulación estatal.

Partimos, por tanto, que tan injusto es tratar a los iguales como desiguales como injusto es tratar a los desiguales como iguales.

Por tanto, el objetivo del presente estudio versa sobre el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos indígenas como una forma de reconocimiento de los derechos indígenas y como una forma de integración de las poblaciones indígenas al desarrollo social del Estado.

## El principio de igualdad y las minorías.

Cuando se habla de desigualdad, debemos diferenciar que existe una “desigualdad de hecho” y una “desigualdad normativa”. La primera (desigualdad de hecho) consiste en aquellas situaciones meramente circunstanciales que colocan a un grupo de personas en desventaja en relación con otros, en tanto que la segunda (desigualdad normativa) consiste en que la ley otorga un trato favorable a ciertos grupos.

En una sentencia del Tribunal Constitucional de España, relativa a la interpretación del artículo 9.2 de la Constitución española, se señaló que la Constitución permite “regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en las promoción de la igualdad material”<sup>9</sup>, más concretamente “debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos

5 Adoptada el 10 de diciembre de 1948. Artículo 7. “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

6 Adoptada el 2 de mayo de 1948. Artículo II. “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

7 Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Artículo 14.1. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido en la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 23 de marzo de 1981. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de mayo de 1981.

8 Adoptada el 22 de noviembre de 1969. Artículo 24. “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 24 de marzo de 1981. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 7 de mayo de 1981.

9 Sentencia SCT 98/1985. Citada por Luis Prieto Sanchis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” en Miguel Carbonell, ed., *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*. 2ª ed; México, Porrúa, 2001. p. 31.



de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de su diferente régimen jurídico”<sup>10</sup>.

Aquí lo que se plantea es que, el legislador pueda y deba dar vida a desigualdades jurídicas (normativas) con el fin de superar desigualdades de hecho.

Aristóteles comentaba que, “la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justo y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.<sup>11</sup>

Por tanto, el punto central es determinar los rasgos que representa una razón para un tratamiento igual o desigual, en otras palabras, si las desigualdades de hecho pueden justificar el establecimiento de desigualdades jurídicas orientadas precisamente a eliminar o limitar el alcance de las desigualdades de hecho.

Entramos pues a analizar la problemática de las minorías. Respecto a las minorías según Paolo Comanducci<sup>12</sup>, son de dos tipos:

- a. Minorías políticas.- Son aquellos conjuntos de individuos que, dependiendo el voto, se encuentran en una contingencia de inferioridad numérica respecto a otros conjuntos de individuos en un cuerpo electoral, en las asambleas representativas, en los órganos que éstas nombran, etc.
- b. Minorías culturales.- Son los conjuntos de individuos que, aunque no sean menos numerosos que otros conjuntos de individuos (pensemos en las mujeres) se encuentran por razones históricas, económicas, políticas o de otro tipo, y dependiendo de esas características raciales, sexuales, éticas, lingüísticas, etc, en una condición de desventaja respecto de otros conjuntos de individuos de la misma sociedad.

En nuestro estudio nos referiremos a la situación de las poblaciones indígenas, pues en palabras de Eduardo Garzón Valdés, “... posiblemente nadie sufre en este continente [América Latina] con mayor intensidad que el indio las degradantes consecuencias de su vulnerabilidad económico-social...”.<sup>13</sup>

Sin embargo, el constitucionalismo de las últimas décadas se ha caracterizado por tutelar no solamente una igualdad formal, sino que ha querido avanzar hacia una igualdad de hecho o igualdad sustancial.

10 Ibid.

11 Aristóteles, Política, Madrid, J. Marias y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 83.

12 Paolo Comanducci, “Derechos Humanos y minorías: Un acercamiento analítico neoilustrado” en M. Carbonell Op. cit. p. 321.

13 Ernesto Garzón Valdés, “El problema ético de las minorías étnicas”. Ibid. p. 231.



Así, por ejemplo, el artículo 3° de la Constitución italiana<sup>14</sup> dispone que:

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Así, el reto que tienen los países de América es el de incorporar a las poblaciones indígenas en la sociedad.

Para Luigi Ferrajoli<sup>15</sup> hay cuatro modelos de relación entre el derecho y las diferencias (minorías):

- a. El primero es el modelo de la “indiferencia jurídica de las diferencias”. Para este modelo las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se las ignora.
- b. El segundo modelo es el de la “diferenciación jurídica de las diferencias”. De acuerdo con el cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; aquellas que son valorizadas (como las identidades por razón de sexo, de nacimiento, de lengua, de fe religiosa, etc) resultan asumidas como status privilegiados y como fuentes de derechos y poderes. Las diferencias que no son valorizadas (por ejemplo, la de ser mujer, judío, negro, extranjero, etc) se convierten en status discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, o incluso, a veces hasta de persecución.
- c. El tercer modelo es el de la “homologación jurídica de las diferencias”. Según este modelo, las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se lleva a cabo una homologación, neutralización e integración de todos que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad –en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa– como “normal” y al mismo tiempo como “normativa”.
- d. El cuarto modelo es el de la “igual valoración jurídica de las diferencias”; se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Este modelo no ignora las diferencias sino que permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del igual valor de todas las diferencias.

En principio, la meta es lograr este último modelo.

El derecho internacional, a través de diversos instrumentos en materia de derechos humanos, ha protegido de manera genérica a las poblaciones indígenas concediéndoles todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como la protección de ataques por razones de discriminación racial a los que pudieran verse sometidos. Así, los

---

14 Citada por Miguel Carbonell, “Minorías y derechos: Un punto de vista constitucional. Derechos Sociales y Derechos de las Minorías. Ibid. p. 357..

15 Ibid. p. 365.



pueblos indígenas tienen derecho “al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de los derechos humanos”<sup>16</sup>, tanto universal como regional.

Sin embargo, el problema radica cuando al reconocer a las poblaciones étnicas y sus diferencias con la sociedad, se reconoce también sus ordenamientos jurídicos distintos al ordenamiento estatal.

## El Reconocimiento de los Derechos de las Poblaciones Indígenas en el Derecho Internacional y sus Ordenamientos Jurídicos.

Existe un reconocimiento muy general, escueto y parcial de los derechos de las poblaciones indígenas en algunos instrumentos internacionales, tales como:

- a. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 1 y 47);<sup>17</sup>
- b. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 1 y 25);<sup>18</sup>
- c. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (séptimo párrafo del Preámbulo);<sup>19</sup>
- d. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Principio 22).<sup>20</sup>

Digo que dicho reconocimiento es **general** por cuanto no se refiere a las poblaciones indígenas en concreto, sino más bien a los pueblos en general<sup>21</sup> y digo que es **parcial**, por cuanto el reconocimiento se refiere únicamente al derecho de estas comunidades a utilizar y explotar libremente sus riquezas y recursos naturales.

16 Artículo 1° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Adoptada mediante resolución 61/295 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007.

17 Adoptado en Nueva York, mediante Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. México depositó su instrumento de adhesión el 23 de marzo de 1981. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de mayo de 1981.

18 Adoptado en Nueva York, mediante Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. México depositó su instrumento de adhesión el 23 de marzo de 1981. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 12 de mayo de 1981.

19 Adoptado el 17 de noviembre de 1988, en San Salvador. México depositó su instrumento de ratificación el 16 de abril de 1996. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 1° de septiembre de 1998.

20 Adoptada durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el 14 de junio de 1992.

21 Salvo la Declaración de Río que sí hace referencia expresa a las “poblaciones indígenas y sus comunidades”.



Propiamente el reconocimiento de los derechos indígenas en el derecho internacional no se hizo sino hasta el 26 de junio de 1957, fecha en la que se adoptó en la ciudad de Ginebra, Suiza, el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales (Convenio No. 107) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>22</sup>.

Con la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se reconoce de manera expresa los derechos de las poblaciones indígenas; algunos de ellos son reiteración de los derechos que todo individuo o ser humano tiene (previstos de manera general tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en tanto que otros, son derechos específicos conforme a su realidad histórico-social.

Es importante precisar que el objetivo del presente estudio se centra en el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos indígenas.

Como ya se mencionó, el primer instrumento internacional en reconocer los derechos de los pueblos indígenas fue el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales (Convenio No. 107) de la OIT. En dicho Convenio se hace también un reconocimiento expreso a la autonomía de los ordenamientos jurídicos indígenas al disponer en su artículo 7.2 que:

...dichas poblaciones [indígenas] podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.

Es preciso recalcar que los ordenamientos jurídicos indígenas son eminentemente consuetudinarios, toda vez que, sus normas nacen de la costumbre.

Los instrumentos internacionales en los que se hace un expreso reconocimiento a los ordenamientos jurídicos de las poblaciones indígenas son:

- a. El Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales (Convenio No. 107) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).<sup>23</sup>
- b. El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio No. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).<sup>24</sup>

El Convenio 169 es una revisión de las disposiciones del Convenio 107. El artículo 8.2 de dicho instrumento dispone que: “Dichos pueblos [indígenas] deberán tener el derecho

22 El Gobierno de México depositó su instrumento de ratificación el 1º de junio de 1959, y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 7 de julio de 1960; pero fue denunciado en virtud de la ratificación del Convenio 169.

23 Ibid.

24 Adoptado el 26 de junio de 1989. El Gobierno de México depositó su instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1990. y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 24 de enero de 1991.



de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”.

- c. La Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.<sup>25</sup>

En su artículo 4.2 establece que “los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales”.

- d. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.  
En cuyo artículo 34 se dispone que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Las reivindicaciones de las poblaciones indígenas por el reconocimiento de sus derechos consuetudinarios, trae como consecuencia la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos: el derecho positivo codificado del Estado y el derecho consuetudinario (no codificado) de las etnias indígenas, lo cual origina, un pluralismo legal.

Dicho pluralismo puede intensificarse cuando en un mismo país la organización estatal es de carácter federal –como es el caso de México–, coexistiendo por un lado, un derecho federal y varios derechos estatales, y por otro, los derechos consuetudinarios de una diversidad de comunidades indígenas pertenecientes a diferentes etnias; por tanto, habrá en un mismo territorio una pluralidad de ordenamientos jurídicos.

No obstante, como a continuación se expondrá, existen muchas limitaciones –“candados” como les llamaremos en este estudio- para una plena aplicación de los ordenamientos jurídicos indígenas; por lo que no nos es posible sostener que existe un pleno reconocimiento de los mismos.

<sup>25</sup> Adoptada mediante Resolución 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1992.



## Primer candado: Los ordenamientos jurídicos indígenas solo se aplicarán cuando sean autorizados por la Ley del Estado.

Según Raquel Irigoyen<sup>26</sup>, tres son las posturas que se pueden adoptar respecto a la pluralidad de ordenamientos jurídicos:

- El **monismo jurídico**, que afirma que sólo hay un solo derecho en el Estado, el derecho del propio Estado, y por tanto, los usos y costumbres indígenas carecen de valor jurídico.
- El **monismo atenuado**, ésta es la postura que reconoce que el Estado es quien crea el derecho y a las poblaciones indígenas se les reconoce algunos derechos indígenas, siempre y cuando dichos derechos consuetudinarios no afecten al derecho del Estado.
- El **pluralismo jurídico**, que reconoce que dentro de un mismo Estado, de un mismo espacio geopolítico, pueden coexistir varios sistemas jurídicos además del estatal, reconociendo que los indígenas tienen capacidad autonormativa.

Si bien, lo ideal sería el tercer supuesto, lo cierto es que en la realidad la lucha de los pueblos indígenas por lograr el pleno reconocimiento de su capacidad autonormativa ha llegado, cuando mucho, al segundo supuesto.

La costumbre –y por tanto, los ordenamientos jurídicos indígenas- en relación con la ley se clasifica en Costumbre **secundum legem** (conforme a la ley).- En este tipo de costumbre se realiza una constante aplicación de la norma legal sin contradecir la ley. La costumbre se forma con independencia de la ley coincidiendo con el contenido de la ley misma.<sup>27</sup>

Muchas veces la ley se inspira en la realidad social consuetudinaria, tal es el caso del artículo 12, 4° párrafo de la Constitución del Estado de Oaxaca, en México, que reconoce la figura del Tequio.<sup>28</sup>

Costumbre *praeter legem* (fuera de la ley).- La ley remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias. Se aplica en los casos en donde cierta situación no ha recibido regulación, es decir, la costumbre llena las lagunas de la ley creando normas nuevas. De esta manera la costumbre se encuentra integrada en la ley.

26 Citada por Rodolfo Stavenhagen, "Derecho consuetudinario y derecho positivo: El caso del derecho indígena". Ponencia dictada en el XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1999.

27 Elí Rodríguez Martínez. "El Artículo 2° Constitucional y los Conflictos de Leyes en materia de Derechos Indígenas: Problemas relativos al resurgimiento de los estatutos personales" en Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Derecho Constitucional, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

28 "Las autoridades de los municipios y comunidades preservarán el tequio como expresión de solidaridad según los usos de cada pueblo y comunidad indígenas... la ley determinará las autoridades y procedimientos tendientes a resolver las controversias que se susciten con motivo de la prestación del tequio".



Así por ejemplo, el Apartado A, Fr. III del Artículo 2° de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos establece la autonomía de los pueblos indígenas para “elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados”.

Costumbre *contra legem* (contraria a la ley o derogatoria).- La costumbre es contraria a lo preceptuado por la ley, por lo que carece de eficacia.

Así por ejemplo, podemos apreciar que en algunas poblaciones indígenas se acostumbra la compra-venta de la novia, lo cual es violatorio del párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución; los linchamientos por faltas graves a la comunidad y la quema de las personas sospechosas de brujería, lo cual es violatorio de los artículos 16 y 17 constitucionales; la obligación de dar “tequio”,<sup>29</sup> que es contrario a lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 5° constitucional cuando dispone que, “nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento...”.

Es innegable que existe una relación de subordinación de los derechos indígenas al derecho estatal; sin embargo, los derechos indígenas disponen de un alto grado de autonomía, pues éste se aplica en un elevado porcentaje en el interior de las comunidades indígenas.

Pese a lo anterior, un principio de derecho dispone que “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento” (art. 10 del Código Civil Federal) y, por lo tanto, no exceptúa su aplicación a las poblaciones indígenas, siendo que en la mayoría de los casos, los indígenas desconocen el derecho y las leyes que imperan en el Estado, y esto ocasiona graves problemas ya que los coloca en una posición de indefensión real.

## **Segundo candado: Los ordenamientos jurídicos indígenas sólo se aplicarán obligatoriamente cuando la materia afecte a toda la comunidad indígena.**

Quiero llamar la atención que, de una lectura de los Convenios 107 y 169 de la OIT, respecto del reconocimiento de los derechos indígenas, se puede apreciar un tratamiento diferente entre las disposiciones aplicables a personas indígenas y las aplicables a las comunidades indígenas.

En aquellas materias aplicables a las personas indígenas, por ejemplo, el Derecho civil (referido al derecho de familia) y el derecho penal, los Convenios disponen que deberá

29 El Tequio es una costumbre muy arraigada en varias etnias indígenas de México, que consiste en un servicio prestado de manera voluntaria a la comunidad.



“tenerse en cuenta” o deberán “tenerse en consideración” las costumbres de los pueblos indígenas en esas materias.<sup>30</sup>

Caso contrario sucede en aquellas materias o asuntos en los que las normas son aplicables a toda la comunidad como tal y no a individuos en lo particular. El ejemplo más evidente es el de la propiedad de la tierra, pues los propios Convenios 107 y 169 de la OIT se disponen que se “deberán respetarse” o “deberán reconocerse” lo dispuesto por sus costumbres.<sup>31</sup>

Por tanto, el tratamiento es distinto en cuanto al grado de reconocimiento de los derechos indígenas, pues en el primer supuesto los derechos indígenas serían de aplicación discrecional del juez y en el segundo supuesto dichos derechos serían de aplicación obligatoria.

Si bien, el derecho internacional ha pretendido reconocer abiertamente la aplicación de los derechos consuetudinarios indígenas –y por ende, la aplicación de los estatutos personales entendidos como la costumbre de la etnia de su pertenencia– lo cierto es que el mismo derecho internacional ha limitado su aplicación.

El artículo 7.1 del Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales dispone que:

Al definir los derechos y obligaciones de las poblaciones en cuestión se deberá tener en consideración (subraya fuera de texto) su derecho consuetudinario.

Algunas disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales disponen que:

Artículo 8.1.- “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración (subraya fuera de texto) sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Artículo 9.2.- “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta (subraya fuera de texto) las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Artículo 10.1.- “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales (subraya fuera de texto)”.

30 Artículo 7.1 del Convenio 107 y artículos 8.1, 9.2 y 10.1 del Convenio 169.

31 Artículos 11 y 13.1 del Convenio 107 y artículos 14 y 17 del Convenio 169.



Por tanto, se desprende que, la aplicación del derecho consuetudinario indígena para ciertas materias (orden civil y penal), en las que se ven involucradas personas y no comunidades, se aplicará el derecho consuetudinario como excepción y no como regla general; por tanto, en materia penal el derecho consuetudinario indígena será aplicado como excluyente de responsabilidad penal.

Caso contrario sucede en aquellas materias o asuntos en los que intervienen toda la comunidad como tal y no individuos. El ejemplo más evidente es el de la propiedad de la tierra, pues los propios Convenios 107 y 169 de la OIT disponen que:

Artículo 11 del Convenio 107. “Se deberá reconocer (subraya fuera de texto) el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestiones sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”.

Artículo 13.1 del Convenio 107. “Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse (subraya fuera de texto) en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social”.

Artículo 14 del Convenio 169. “Deberá reconocerse (subraya fuera de texto) a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan...”.

Artículo 17 del Convenio 169. “Deberán respetarse (subraya fuera de texto) las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”.

De lo anterior se puede apreciar la aplicación conjunta del estatuto personal y real para las poblaciones indígenas, concluyéndose que se aplicará el estatuto real (territorial) en relación a aquellas materias o asuntos que involucren a toda la comunidad o etnia; y se aplicará como regla general el derecho estatal y excepcionalmente el estatuto personal en aquellas materias que involucren intereses personales o individuales.<sup>32</sup>

---

32 E. Rodríguez, El Artículo 2° Constitucional... Op. cit.



## **Tercer candado: Los ordenamientos jurídicos indígenas sólo podrán aplicarse cuando no contravengan el ordenamiento jurídico estatal.**

Así mismo, la aplicación de los estatutos personales, entendidos como la costumbre de la etnia a la que pertenecen los indígenas en cuestión, está sujeta a las siguientes limitantes:

- a. Sólo se aplicarán cuando así lo disponga expresamente la ley; y
- b. Se aplicarán siempre que no se contravenga el orden público.

Respecto al orden público, en diversas constituciones de América Latina se reconoce la aplicación de los derechos indígenas, siempre que éstos no contravengan las disposiciones de la propia constitución y las leyes de la nación, así podemos mencionar el caso de Venezuela (art. 260), Colombia (art. 246), Ecuador (art. 191) y Bolivia (art. 171, Fr. III).

Así artículo 2°, apartado A, Fracción II de la Constitución mexicana dispone que:  
Respecto al reconocimiento de los derechos indígenas, la reforma dispone en su apartado A, Fracción II que:

- a. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

- Por tanto, no podrán aplicarse los derechos indígenas, cuando éstos contravengan:
- Los principios generales de la Constitución,
- Las garantías individuales y los derechos humanos. Al diferenciar la Constitución entre garantías individuales y derechos humanos, considero que en el último caso se deberá entender como aquellos reconocidos en los instrumentos internacionales.
- En especial, la dignidad e integridad de la mujer.
- Y aunque no se haga mención expresa, se deberá incluir a las instituciones fundamentales del sistema jurídico nacional, que por naturaleza constituye el concepto de orden público.



A nivel internacional, la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas<sup>33</sup> señala claramente en su artículo 4.2 que:

Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres [mío], salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

Como se puede observar, los ordenamientos jurídicos de las poblaciones indígenas, bajo dos condiciones:

- Que no contravengan el sistema jurídico nacional y
- Que no contravengan los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Aunque el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aparentemente no condiciona el reconocimiento de los “sistemas jurídicos” indígenas a que no contravengan la legislación nacional, lo cierto es que el artículo 40, relativo a la impartición de justicia, señala que en las decisiones judiciales “se tendrán debidamente en consideración [mío] las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.

### **Cuarto candado: La justicia indígena no debe contravenir a la legislación estatal.**

Hoy día existen dos sistemas para la administración de justicia para las poblaciones indígenas<sup>34</sup>:

- Por un lado, tenemos el sistema de administración de la justicia dictada por órganos estatales, es decir, por tribunales del Estado; y
- Por otro lado, la justicia dictada por autoridades o tribunales indígenas, esto es propiamente la jurisdicción indígena, una justicia dictada por indígenas para indígenas.

Analicemos brevemente las diferencias entre ambos sistemas:

#### *La justicia estatal para indígenas.*

En estos casos, los jueces estatales deberán tener en consideración los usos y costumbres jurídicos de las poblaciones indígenas, salvaguardando en todo momento, los derechos fundamentales consagrados por la Constitución General y el respeto de los derechos humanos. Lo anterior no implica que se deberán aplicar obligatoriamente los ordenamientos jurídicos

33 Infra nota 24.

34 Para un estudio mas completo se recomienda la lectura de Elí Rodríguez Martínez, “La jurisdicción indígena en América Latina: Un estudio comparativo con especial énfasis en el ordenamiento jurídico mexicano”, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tomo II. 2006.



indígenas, sino por el contrario, se aplicarán las leyes estatales y se tomarán “en consideración” los ordenamientos indígenas a fin de lograr una solución mas equitativa.

Un caso muy claro es el que presenta la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado [mexicano] de Oaxaca, en cuyo artículo 33, 1° párrafo señala:

Quando en los procedimientos intervengan algún pueblo o comunidad indígena, o algún hombre o mujer indígena, las autoridades administrativas, jueces y procuradores, aplicarán las leyes estatales vigentes, homologándolas con las normas internas de cada pueblo y comunidad. Para ello se basarán en la información que en diligencia formal les proporcione la autoridad comunitaria del pueblo o comunidad indígena correspondiente; buscando en todo caso la apropiada articulación entre dichas normas. Al resolver las controversias se procederá en los mismos términos. (subraya fuera de texto).

En estos procedimientos, los indígenas son asistidos por intérpretes o traductores y por defensores de oficio que tengan el conocimiento de su lengua y cultura.<sup>35</sup>

#### *La justicia indígena para indígenas.*

En este sistema la justicia indígena es dictada por las autoridades tradicionales indígenas conforme a sus propios ordenamientos jurídicos: usos y costumbres. Es una justicia dictada por indígenas para indígenas, lo cual constituye en *strictu sensu* la jurisdicción indígena, es decir, esto es propiamente un fuero indígena.

Es preciso recordar una vez más que, la justicia dictada por indígenas no es excluyente de la jurisdicción estatal, sino por el contrario, coexisten tanto la jurisdicción estatal como la jurisdicción indígena, siendo complementarias y en algunas ocasiones, alternativas<sup>36</sup>.

En virtud de que dichas controversias son solucionadas por jueces tradicionales indígenas de conformidad con los usos, costumbres y ordenamientos jurídicos indígenas<sup>37</sup>, las resoluciones dictadas por dichos jueces deberán ser homologadas a fin de salvaguardar los derechos

35 Chiapas (art. 13, párrafo 6 de su Constitución y 17 de la Ley de Derechos y Cultura Indígenas); Durango (artículo 2, Apartado A, Fr. VIII de su Constitución); Oaxaca (art. 16, 5° párrafo de su Constitución Política) y San Luis Potosí (art. 9, Fr. XIV de su Constitución Política).

36 Así lo dispone el artículo 6, 2° párrafo de la Ley de Justicia Indígena del Estado [mexicano] de Quintana Roo al señalar que: “La justicia indígena es alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria y al fuero de los jueces del orden común, jurisdicción que siempre estará expedita en los términos y condiciones que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado y las leyes ordinarias que la reglamentan”. De igual manera, el artículo 22 de la Ley Reglamentaria del Artículo 9° de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, sobre los Derechos y la Cultura Indígena señala que: “La aplicación de la justicia indígena es alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria; pero los delitos que se persiguen de oficio y las acciones del estado civil de las personas, quedan reservadas al fuero de los jueces del orden común”.

37 Así, por ejemplo, lo señala expresamente el artículo 26 de la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México al disponer que: “Las autoridades tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas procurarán y administrarán justicia aplicando sus sistemas normativos internos”.



humanos y garantías individuales de los comparecientes a dicho proceso.<sup>38</sup> Dicha homologación la harán los jueces o magistrados estatales de conformidad con los procedimientos establecidos en sus respectivos códigos de procedimientos estatales.

Así por ejemplo el artículo 34 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado [mexicano] de Oaxaca dispone que:

Las decisiones tomadas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas con base en sus sistemas normativos internos y dentro de sus ámbitos jurisdiccionales, serán compatibilizadas y convalidadas por las autoridades estatales respectivas, cuando se sometan a su consideración, siempre y cuando no contravengan la Constitución General de la República. (subraya fuera de texto)

Debido a todo lo anteriormente expuesto, la aplicación de los derechos indígenas, en especial en aquellas materias que se rigen por el estatuto personal, está sujeta a tantas condicionantes o “candados” que no podría hablarse de un pleno reconocimiento de éstos, ni por el derecho nacional ni por el derecho internacional.

---

38 El artículo 9, Fr. XIV de la Constitución Política del Estado [mexicano] de San Luis Potosí señala que: “La Ley establecerá los casos y procedimientos [mio] para que los sistemas normativos que las comunidades indígenas utilizan para la solución y regulación de sus conflictos internos, sean válidos por los jueces y tribunales correspondientes [mio]...”.



## Conclusiones

- El Estado moderno, como una reacción natural al estado medieval, monopolizó la función creadora del Derecho.
- A los pueblos y comunidades indígenas, tras la conquista por los españoles, les fueron impuestos un derecho –el derecho español– que les era completamente ajeno y que no tenía en consideración su especial situación.
- Existe una clara tendencia internacional en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y sus ordenamientos jurídicos, como expresión del principio de igualdad, a fin de aminorar la desigualdad de hecho en la que se encuentran.
- El reconocimiento de los derechos indígenas presupone la coexistencia de éstos con el derecho estatal.
- La aplicación de los derechos indígenas se encuentra limitada a los siguientes factores:
  - a. La permisión expresa de su aplicación por la ley estatal,
  - b. La no contravención del orden público (estatal), y
  - c. La no contravención a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- En materias aplicables a las personas indígenas (estatuto personal) se reconoce sólo el deber del juzgador de “atender” o “considerar” los derechos indígenas, mas no su aplicación directa.
- En los derechos reconocidos a las poblaciones indígenas (estatuto real) se reconoce el deber del juzgador de aplicar dichos derechos.
- Existen dos sistemas de jurisdicción indígena: La justicia dictada por el Estado para indígenas y la justicia dictada por indígenas para indígenas.
- En la justicia dictada por el Estado para indígenas el juez estatal sólo tiene el deber de “considerar” la aplicación de los ordenamientos jurídicos indígenas.
- En la justicia dictada por indígenas para indígenas, las sentencias dictadas deberán ser homologadas al derecho estatal a fin de que no contravengan el derecho estatal.



## Bibliografía

### Doctrina.

Aristóteles. *Política*. Madrid: J. Marias y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Carbonell, Miguel. "Minorías y derechos: Un punto de vista constitucional". *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, en: Miguel Carbonell ed., 2ª ed; México, Porrúa, 2001.

Comanducci, Paolo. "Derechos Humanos y minorías: Un acercamiento analítico neoilustrado". *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, en: Miguel Carbonell ed., 2ª ed; México, Porrúa, 2001.

Garzón Valdés, Ernesto. "El problema ético de las minorías étnicas". *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, en: Miguel Carbonell ed., 2ª ed; México, Porrúa, 2001.

Prieto Sanchis, Luis. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, en: Miguel Carbonell ed., 2ª ed; México, Porrúa, 2001.

Rodríguez Martínez, Elí, "La jurisdicción indígena en América Latina: Un estudio comparativo con especial énfasis en el ordenamiento jurídico mexicano", en: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau*. México, Instituto de Investigaciones Jurídica-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Tomo II. 2006.

Rodríguez Martínez, Elí, "El Artículo 2º Constitucional y los Conflictos de Leyes en materia de Derechos Indígenas: Problemas relativos al resurgimiento de los estatutos personales", en: *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2004.

Stavenhagen, Rodolfo. "Derecho consuetudinario y derecho positivo: El caso del derecho indígena". Ponencia dictada en el XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1999.

Thompson, José, *Acceso a la Justicia y Equidad: estudio en siete países de América Latina*. San José, BID-IIDH, 2000.

### Instrumentos internacionales.

Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales (Convenio No. 107) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio No. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.



Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".

### **Legislación nacional.**

Código Civil Federal. Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución del Estado Libre y Soberano de Chiapas.

Constitución del Estado Libre y Soberano de Durango.

Constitución del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

Constitución del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí.

Ley de Derechos, Cultura y Organización Indígena del Estado de Quintana Roo.

Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas.

Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México.

Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo.

Ley Reglamentaria del Artículo 9° de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí sobre los Derechos y la Cultura Indígena.