

Derechos indígenas. Antecedentes y perspectivas en el concierto jurídico nacional. La aplicación formal de sus usos y costumbres*

José Luis Cuevas Gayosso**

RESUMEN: *El inacabado proceso de reconocimiento de los derechos de los Pueblos indígenas de México requiere establecer alternativas legales en los planos sustantivo y adjetivo, que garanticen la aplicación de sus usos y costumbres en los procesos, y el ejercicio real de su autonomía. El presente estudio propone algunas alternativas con la intención de realizar un aporte a la solución de dicha problemática.*

Palabras clave: *derechos indígenas y Costumbre jurídica.*

ABSTRACT: *The unfinished process of recognition of the rights of indigenous peoples of Mexico requires establishing legal alternatives in the substantive and adjectival, levels to ensure the implementation of its usages and customs processes, and served as a real autonomy. The present study proposes alternatives with the intention to make a contribution to the solution of such problems.*

Key words: *indigenous rights and legal custom.*

SUMARIO. 1. Planteamiento. Antecedentes y estado actual de los Derechos indígenas en México. 2. Términos básicos para el estudio de los Derechos indígenas en México. 3. Estudio de alternativas para que la costumbre de los Pueblos indígenas se observe en la práctica. 4. Reflexiones finales. Bibliografía.

1. Planteamiento. Antecedentes y estado actual de los Derechos indígenas en México.

* Artículo recibido el 6 de octubre de 2010 y aceptado para su publicación el 21 de noviembre de 2010.

** Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana (UV); Director del Seminario de Derecho romano y Derechos indígenas de la UV, Docente en la Facultad de Derecho de la UV y en la Universidad de Xalapa.

La reivindicación de los derechos de los Pueblos originarios (pueblos y comunidades indígenas, en términos del artículo 2º de la Constitución Federal)¹ de México y su debido reconocimiento en el plano normativo, ha significado un proceso prolongado y complejo. La nación mexicana independiente, conforma su primera constitución política, en la que los derechos de los pueblos indígenas no son incluidos. El mecanismo para tal objetivo, se gestó a través de la artificiosa concepción del estado mexicano conformado por una población homogénea, desatendiendo así las tangibles características de nación pluricultural y pluriétnica.²

Fue hasta 1992, en que se realizó un primer reconocimiento formal desde el nivel constitucional federal, respecto de la existencia de los Pueblos indígenas. En dicho reconocimiento se enunciaron de manera general sus características, necesidades y la obligación del estado de reconocer y salvaguardar sus derechos.

Para lograr la adecuada protección y el pleno ejercicio de los derechos de los Pueblos indígenas de México, ahora reconocidos en los instrumentos normativos nacionales³ del orden federal, locales y municipales, así como a través de los principios, reglas y demás normas contenidas en los diversos instrumentos internacionales⁴ que ha signado nuestro país, y que por ende tienen el carácter de aplicación obligatoria, resulta indispensable modificar la visión positivista y hegemónica de estado monocultural.

En tal orden de ideas, este artículo en el primer apartado, se ocupa del desarrollo de conceptos básicos para el estudio de los Derechos indígenas.

En el segundo apartado se exponen alternativas concretas, tendientes a lograr que la costumbre de los Pueblos indígenas, la cual constituye su derecho mismo, pueda lograr los efectos necesarios, en los aspectos sustantivos y adjetivos.

¹ Conviene el uso del término 'Pueblos indígenas' el cual encuentra apoyo en los estudios que han llegado a determinar que tal denominación contiene el carácter necesario a fin de no diluir la estructura de dichos Pueblos en comunidades múltiples, ya que es una forma en que el Estado, en sentido genérico, los ha fraccionado e incluso logrado su desintegración y aun extinción.

² Respecto a los términos pluriculturalidad y pluriétnicidad empleados v. CORREAS, Oscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena, Ensayos*, Fontamara, México, 2003.

³ *Ley de la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA); Acuerdos de San Andrés Larrainzar*, ONG(S) Nacionales; *Declaración de México sobre las Políticas Culturales*; la propia Constitución Federal; las Constituciones Locales y Las Leyes Reglamentarias en la materia, entre otros.

⁴ *Convenio 169 de la OIT, Consejos de la ONU y La Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas*, entre otros.

2. Términos básicos para el estudio de los Derechos indígenas en México

Los términos que considero sustanciales desarrollar para el sustento del presente estudio son los siguientes: Pueblos indígenas, usos, costumbre, sistemas de cargos y autonomía.

Pueblos indígenas

Organismos gubernamentales y no gubernamentales coinciden en que el concepto de Pueblos indígenas es un:

concepto de origen colonial que define a una población que comparte una tradición cultural de raíz prehispánica, la cual se organiza y funda sus características formales en el marco de la sociedad novohispana y que tiene entre sus rasgos más importantes el hablar una lengua amerindia o el asumir una identidad con esa tradición.⁵

El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, establece en el artículo 1º, inciso b), primer párrafo, la siguiente definición del concepto "Pueblo indígena":

... los pueblos en países independientes, (son) considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que cualquiera que sea su situación jurídica conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

Esta definición, vanguardista en su momento, está sustentada en el origen genealógico y en la conservación de sus instituciones, sin embargo, el concepto Pueblo indígena, reviste mayor complejidad por las razones que a continuación se exponen.

Los Pueblos indígenas no son visibles y no están estructurados como tales, consecuentemente, el reconocimiento individual de sus características y necesidades específicas en la normatividad no existen.⁶ Tal característica de invisibilidad,⁷ responde al aislamiento de las políticas gubernamentales de

⁵ Instituto Nacional Indigenista, *Estado del desarrollo económico y social de los pueblos indígenas*, Primer informe, México, 2000. La misma definición en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano México 2002*, PNUD, México, 2003.

⁶ v. ORDOÑEZ CIFUENTES, José Rolando Emilio, *Análisis Interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, IIJ, UNAM, México, 2000.

⁷ Actualmente la sociología y la antropología se ocupan del estudio del tema de la visibilización de las minorías en las sociedades, esto es el proceso a través del cual grupos específicos (mujeres,

división⁸ y exterminio,⁹ que ha “sometiendo a los indígenas a modelos de organización institucional, social, económica, política y cultural que les eran ajenos.”¹⁰

Las políticas de exterminio pretendieron suprimirse a través de la implementación de un proceso de asimilación de los indígenas a una cultura nacional general y uniforme.¹¹ A dicho proceso se le denominó indigenismo, el cual atentó nuevamente contra las estructuras básicas y fundamentales de los Pueblos indígenas, toda vez que no se respetaron sus diferencias esenciales, ni se les dotaba de autonomía en su ejercicio.

La normativa actual reconoce desde el nivel constitucional, al menos en el plano sustantivo, la diversidad de los Pueblos indígenas.¹³ Sin embargo, el quehacer reivindicatorio y de respeto a su autonomía, se encuentra en proceso para su aplicación real.

Usos

Con base en estudios de los derechos indígenas se construye la siguiente definición: los usos son actos aplicados por una comunidad, tendientes a regularla. Tales actos no necesariamente tienen en principio un carácter de reiteración, aun cuando son aceptados por la comunidad en la que se aplican. La reiteración de tales usos, su carácter ancestral y la aceptación general de la comunidad en su aplicación, convierten a los usos en elemento constitutivo de la costumbre.

discapacitados, personas de la tercera edad, infantes, etc.) empiezan a exponer sus necesidades y de alguna forma la sociedad en su conjunto empieza a reconocerlos y en ocasiones a resolver sus demandas.

⁸ v. FERRER MUÑOZ Manuel y BONO LÓPEZ, María, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, UNAM, México, 1998.

⁹ v. AGUIRRE BELTRÁN Gonzalo, *Regiones de refugio. El desarrollo de la comunidad y el proceso dominicales Mestizoamérica*, 2ª Ed., 1ª reimpresión, serie de antropología social No. 17, INI, México, 1996; y BÁEZ, JORGE, Félix, *Memorial del Etnocidio*, Universidad Veracruzana, México, 1987.

¹⁰ v. FLORES CANO, Enrique, *Memoria Indígena*, Taurus, México, 1999.

¹¹ v. BÁEZ JORGE Félix, “Aculturación e integración intercultural: un momento histórico del indigenismo mexicano”, en *México indígena*, número especial, México, INI, 1978.

¹² Tradicionalmente el indigenismo ha sido definido como “la política aplicada hacia la población indígena por los no indios” Definición elaborada por el insigne Gonzalo Aguirre Beltrán, v. la obra del autor en cita *supra*.

¹³ V. “La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” Artículo 2º de la constitución política de los estados unidos mexicanos (reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto del 2001).

**Derechos indígenas. Antecedentes y perspectivas en el concierto jurídico nacional.
La aplicación formal de sus usos y costumbres**

Costumbre

La costumbre constituye el derecho mismo de los Pueblos indígenas. Es una “regla de organización comunitaria enraizada en una visión cosmológica”.¹⁴ Se encuentra inmersa en una estructura social de la cual es parte integrante.

Su conformación es acorde a las características etno-culturales¹⁵ de la sociedad en la que se aplica, y correspondiente a su cosmovisión.¹⁶ Tiene un carácter ancestral, basado en usos reiterados. En principio no necesariamente tiene una forma escrita, siendo el elemento esencial que caracteriza a la costumbre, la aceptación consensuada de la comunidad como norma obligatoria en su aplicación y deber de observancia.

El derecho indígena puede entenderse como la costumbre aplicada en una comunidad indígena, como fuente generadora del derecho y medio de aplicación. Este derecho coexiste en la mayoría de los casos en forma paralela al derecho estatal, y generalmente se aplica sin un reconocimiento formal por parte del estado.

Es importante entender que el término compuesto “usos y costumbres” no se refiere a un código informal de creencias religiosas, culturales y sociales sino a un sistema de normas colectivas que se han ido integrado en las comunidades indígenas desde siglos atrás. Se trata de un sistema que, como todos, no es infalible y que ha probado su flexibilidad, coherencia y capacidad de coexistir con el estado moderno.

¹⁴ GONZÁLEZ GALVÁN Jorge Alberto, *Derecho Nayerij. Los sistemas jurídicos indígenas en Nayarit*. IJ, UNAM, México, 2001.

¹⁵ Identidades raciales, lingüísticas, religiosas, ornamentales, alimentarias, es decir todos aquellos elementos sociales que constituyen el primer estadio de la cultura y la identidad de los Pueblos.

¹⁶ La cosmovisión indígena “es el conjunto estructurado de los diversos sistemas ideológicos con los que el grupo social, en un momento histórico, pretende aprehender el universo, engloba todos los sistemas los ordena y los ubica” v. LÓPEZ AUSTIN, Alfredo, *Cuerpo Humano e ideología. Las concepciones de los antiguos nahuas*, Vol. I, IIA, UNAM, México, 1990. “La cosmovisión expresa la relación de los hombres con los dioses, establece el orden jerárquico del cosmos, la concepción del cuerpo humano, estructura la vida comunitaria y agrupa el conjunto de los mitos que explican el origen del mundo.”; y GAYOSSO y NAVARRETE Mercedes, “La cosmovisión de los nahuas, punto de partida para una interpretación sistemática de su derecho”, en *Crítica jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Número 11, IJ, UNAM, México, 1993. En el mismo sentido v. ZOLLA Carlos y ZOLLA MÁRQUEZ, Emiliano, *Los Pueblos Indígenas de México*, colección ‘La pluralidad cultural en México. 100 preguntas’, (Coordinador José Del Val), No.1, Programa Universitario México Nación Multicultural, UNAM, México, 2004.

Dado su carácter formal y consensuado, así como el valor jurídico de sus normas, Francisco López Bárcenas, abogado mixteco y experto en derechos indígenas, sostiene que "usos y costumbres" es un término poco adecuado y mejor sería referirse a los sistemas normativos indígenas para señalar su validez política y jurídica frente al sistema de derecho positivo.¹⁷

El derecho en general y la costumbre, se trate o no de la costumbre elaborada y aplicada por los Pueblos indígenas de México y América, debe su importancia al hecho de que es "parte integral de la estructura social de un pueblo". Junto con la lengua, el derecho (basado en la costumbre o no) constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad.¹⁸

Sistemas de cargos

El sistema de cargos es una forma compleja de autogobierno local que en muchas comunidades forma parte de los llamados "usos y costumbres".

El antropólogo Leif Korsbaek¹⁹ explica que:

el sistema de cargos consiste en un número de oficios que están claramente definidos como tales y que se rotan entre los miembros de la comunidad, quienes asumen un oficio por un periodo corto de tiempo después de lo cual se retiran a su vida normal por un periodo largo de tiempo.

Los oficios están ordenados jerárquicamente y el sistema de cargos comprende a todos –o casi todos- los miembros de la comunidad y se dividen en cargos políticos y religiosos. El carguero no recibe pago alguno durante el periodo que brinda el servicio a la comunidad y ocupa el cargo, significando en ocasiones incluso gastos al propio carguero. La retribución por el servicio prestado es el enorme prestigio que la propia comunidad le confiere.

Las formas para elegir a los miembros de la comunidad que habrán de ocupar los cargos en periodos generalmente de un año, se establecen por la costumbre. En algunos ejemplos, que dependen de la comunidad de que se trate, la elección se lleva a cabo por miembros del propio oficio (por ejemplo cargos de tipo

¹⁷ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Legislación y Derechos indígenas en México*, serie derechos indígenas, No. 3, 2ª, Ediciones Casa Vieja, Ce-Acatl A.C. Centro de Orientación y asesoría, México, 2002.

¹⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo y ITURRALDE, Diego (comps.), *Entre la Ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, IIDH. III, México, 1990.

¹⁹ KORSBAEK, Lief, *Introducción al sistema de cargos*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 1996.

**Derechos indígenas. Antecedentes y perspectivas en el concierto jurídico nacional.
La aplicación formal de sus usos y costumbres**

religioso) en el que a veces participan los hombres con mayor edad de la comunidad. En el caso de elección de representantes participan generalmente hombres mayores que conforman un consejo y los “principales (hombres que a su vez han ocupado dichos cargos). Las mujeres generalmente no participan en las elecciones de cargos.

El sistema de cargos es además un sistema ritual, con una gran cantidad de significados y funciones que explican el orden y la pervivencia de la comunidad, del cual deviene su legitimidad y aceptación.

Estos sistemas han funcionado milenariamente, generalmente en forma paralela y sin el reconocimiento de la ley.

Autonomía

Por autonomía entiendo el estado o condición en el que se disfruta de la facultad de dirigirse a sí mismo. Puede ser facultad privativa de un grupo o de una población dentro de una zona geográfica o incluso de un grupo disperso.

Para sustentar desde un aspecto conceptual las características de la autonomía, señalo de forma sintética sus elementos constitutivos:²⁰

Elemento territorial. Este elemento se refiere al espacio en el que se sitúa el Pueblo indígena de que se trate. El mismo no puede limitarse a circunscripciones estatales establecidas en delimitaciones territoriales. De lo contrario se rompería con la unidad que existe entre grupos de Pueblos indígenas asentados en distintos lugares, como es el caso de los nahuas que ocupan cinco estados de la república mexicana (Veracruz, Puebla, San Luis Potosí, Tamaulipas e Hidalgo), entre otros ejemplos.

²⁰ La bibliografía que sirve de sustento a los argumentos que se expondrán es la siguiente: LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Autonomía y Derechos indígenas en México*, serie derechos indígenas, No. 4, CONACULTA-Centro de Orientación y asesoría, 2ª, México, 2002; NAHMAD SITTON, Salomón, “Autonomía indígena y soberanía nacional: el caso de la Ley Indígena de Oaxaca”, en *Alteridades*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Istmo, México, 1999; VELASCO SÁNCHEZ Ernesto, “Autonomía Indígena y Democracia: El Problema de la Legitimidad y de la Eficacia”, ponencia presentada al *Segundo Congreso Red de Investigadores en Gobiernos Locales de México*, IGLOM, Gobiernos locales. Democracia y reforma del Estado, consultado en <http://www.iglom.iteso.mx/HTML/encuentros/congreso2/congreso2/mesa6/autonomiaindigenaydemocracia.html>, (consultado en agosto de 2010); VERA HERRERA, Ramón, “Autonomía no es independencia, es reconciliación”, martes 27 de marzo, México, D.F. 2001, consultado en <http://www.jornada.unam.mx>.

Con relación al elemento territorial es necesario comprender que el ejercicio de la autonomía implica el respeto al etno-espacio.²¹ La posibilidad de salvaguardar el desarrollo de los modos de aprovechamiento de los recursos naturales con que cuenta el entorno para la producción de satisfactores alimentarios, de vestido, de uso artesanal y de vital importancia, el espacio para el culto de ritos religiosos, entre los que se encuentran sus panteones y los templos para las fiestas patronales correspondiente.

La vigencia de un sistema de gobierno propio. Respecto a este elemento, es necesario e indispensable, que el estado observe la vigencia, ejercicio y posibilidad de desarrollo de un derecho indígena propio, en el que confluyen actores tanto indígenas como no indígenas.

El sistema de gobierno implica, entre otras cosas, la posibilidad de autogobierno y designación de sus autoridades, a través de los métodos que los propios pueblos indígenas establezcan, así como la aplicación de su derecho. Algunas constituciones políticas de la república mexicana, como es el caso de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, han incluido tal derecho.²²

La libre determinación. Se trata quizás del elemento menos entendido y por tanto más temido en su inclusión por parte de los legisladores en el derecho positivo. Implica la posibilidad de los Pueblos indígenas de tener un gobierno con características acordes a su cosmovisión; sustentado en aquellos principios que les son propios y con base en la costumbre jurídica.

Para el ejercicio real de la libre determinación, y por ende de la autonomía, debe existir un acuerdo de gobernabilidad sustentado en las leyes fundamentales del estado, acorde con los tratados y demás instrumentos normativos de carácter internacional signados por nuestro país. En tal ejercicio es necesario, entre otros aspectos, el respeto y fomento de la lengua y educación intercultural bilingüe. Esto no sólo en zonas indígenas, sino como parte del acervo cultural de los no indígenas.

²¹ v. ORDOÑEZ CIFUENTES, José Rolando Emilio, *Derecho indígena en Mesoamérica caracterización epistemológica y axiológica*, Tinta negra editores, México, 2007.

²² En marzo de 1997 se reformaron los artículos 25, 29 y 98 de la Constitución Política Local para hacer más explícito el reconocimiento a los derechos electorales de los pueblos indígenas de Oaxaca. También, en septiembre de este mismo año, se hicieron adecuaciones al Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca, en lo referente al Libro IV: "De la Renovación de Ayuntamientos en Municipios que Electoralmente se Rigen por Normas de Derecho Consuetudinario", con el argumento jurídico de dar mayor funcionalidad y claridad al ordenamiento del proceso electoral por usos y costumbres. Finalmente en 1998 se promulgó la *Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca*.

**Derechos indígenas. Antecedentes y perspectivas en el concierto jurídico nacional.
La aplicación formal de sus usos y costumbres**

El sentido es fortalecer un acercamiento de los mexicanos al conocimiento de la cultura indígena. Se pretende plantear así, un reconocimiento y desarrollo del conocimiento propio de nuestra identidad, a través de una sistematización como lo expone Boaventura de Sousa Santos en su propuesta de diálogo intercultural²³.

Por tanto, para el ejercicio real y formal de la autonomía, se requiere el reconocimiento formal por parte del Estado de los siguientes derechos de los Pueblos indígenas:

- Derechos políticos. Esto es, el derecho a elegir a sus autoridades con arreglo a su propia concepción de "democracia".
- Derechos sociales. Respeto y reconocimiento de sus instituciones propias, lo que incluye el trato de sus culturas dentro del mismo régimen que se le ha otorgado a la cultura mestizo-criolla.
- Derechos económicos. Tránsito de recursos y, sobre todo, participación de las comunidades en los proyectos de desarrollo.
- Derechos jurídicos. Reconocimiento del estado de sus normas de derecho, basados en la costumbre.

La costumbre en el Derecho positivo mexicano

Desde el plano del derecho positivo mexicano, la costumbre es reconocida como endébil fuente del derecho, y se le dota de un quehacer operativo *secundum legem*, esto es, la costumbre en su función de intérprete cuando coincide con lo establecido por las leyes. En tal función también sirve ocasionalmente, para interpretar lo dispuesto por la ley cuando surge alguna duda.

No obstante, es conveniente precisar que a partir del reconocimiento constitucional de la obligatoriedad que tienen las autoridades de respetar, observar y garantizar la aplicación de la costumbre en los procesos en los que los integrantes de los Pueblos indígenas sean parte, se presentan una serie de problemas cuando la costumbre pretende aplicarse *praeter legem* y en ocasiones aun *contra legem*.

²³ SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Colombia, 1998.

En el primer caso, la costumbre tiene la finalidad de regular los casos no previstos por la ley, por lo que sirve para completar y colmar sus lagunas, considerándosele, habitualmente, como fuente supletoria de la ley.

En el segundo caso, la costumbre se aplica *contra legem*, cuando su aplicación se refiere a los casos en que la costumbre se aparta de lo dispuesto por alguna ley, ya sea porque dicha ley contraviene a la costumbre misma o resulta perjudicial para la comunidad a la que se pretende aplicar la norma contenida en la ley.

La norma constitucional no impone mayor limitante a la aplicación de la costumbre de los Pueblos indígenas que “sujetarse a los principios generales de la propia constitución, respetar las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres”.²⁴

Por lo anterior, considero que resulta evidente la necesidad de abrir el entendimiento a nuevas formas de aplicación de la costumbre en el derecho positivo, a fin de propiciar la formal aplicación de la costumbre.

Aplicación de la costumbre en los procesos.

Es importante aclarar, que aun cuando los casos documentados de aplicación de la costumbre en los supuestos en que dicha costumbre ha contravenido al derecho positivo son escasos, considero que resulta necesario encontrar alternativas de solución a tales hipótesis.

Partimos del supuesto de que tales alternativas no debieran ser casuísticas, sino resueltas a través de reglas de aplicación general y de adecuación a cada caso concreto.

3. Estudio de alternativas para que la costumbre de los Pueblos indígenas se observe en la práctica

a. Aplicarse sólo a los miembros de la comunidad de que se trate, a través de sus autoridades y en el ámbito espacial territorial de la propia comunidad.

Esta regla implica además, establecer las bases para determinar la pertenencia de una persona a determinada comunidad. Dicha pertenencia puede ser resuelta con base en los principios de autoadscripción y autodeterminación,

²⁴ Artículo 2º, Apartado A, Fracción II, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

**Derechos indígenas. Antecedentes y perspectivas en el concierto jurídico nacional.
La aplicación formal de sus usos y costumbres**

que atienden a su vez, a garantizar el ejercicio de la autonomía de los Pueblos indígenas. Cada uno de los derechos enunciados intrínsecos del derecho indígena: autoadscripción, autodeterminación y autonomía se encuentran reconocidos y además tutelados desde la propia norma constitucional federal,²⁵ y los tratados internacionales que ha signado y ratificado México.²⁶

b. La costumbre debe tener el carácter de aceptación, reconocido por la comunidad en la que se aplique, lo que incide en la observación obligatoria para sus miembros. Esta regla presenta problemas para determinar el carácter de obligatoriedad, debido a que como se ha expresado, la costumbre puede no encontrarse en forma escrita.

En los casos documentados de aplicación de la costumbre, la costumbre de que se trate ha sido citada por la propia comunidad o bien por la autoridad estatal que resuelve la controversia. Tal referencia se hace con base en los documentos en que se encuentra contenida. Por ejemplo: actas de asamblea; disposiciones enunciadas en ceremonias políticas y religiosas, como lo son las elecciones y sucesiones en los sistemas de cargos de los miembros de la comunidad; peticiones que la comunidad realiza a las autoridades estatales; registros literarios; la interpretación de códigos, en fin, costumbre que se encuentra plasmada gráficamente en documentos.

No obstante, es necesario establecer las formas para que las determinaciones apoyadas en la costumbre no escrita, que emanen, ya sea de la autoridad estatal, o bien de las autoridades de las propias comunidades indígenas, puedan tener un sustento y aplicación.

Las posibles soluciones no son simples. A manera de propuesta se enuncian las siguientes alternativas:

a. Apertura. Es necesario despojarse de la visión positivista que observa al derecho como un producto normado únicamente en la ley promulgada y de aplicación estricta acorde a los procedimientos rígidos que se encuentran contenidos en la propia ley.

b. Consultar a los representantes de los Pueblos indígenas, quienes en el ámbito social de dichas comunidades gozan de prestigio y representación legítima, como se expresa en el apartado del presente artículo relativo a las características de los sistemas de cargos que ejercen.

²⁵ Artículo 2º de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

²⁶ Entre otros, *El Convenio 169 de la OIT y La Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas*.

- c. Respetar las bases y los acuerdos que exprese la propia comunidad; y
- d. Atender a las características de la oralidad como característica propia de la costumbre.
- e. Evitar la tendencia asimilacionista de la cultura indígena a una que le es ajena. Esto es, comprender que no necesariamente las visiones del derecho normado guardan correspondencia con la costumbre de que se trate, y menos aún debe intentarse el sometimiento de dicha cultura a la cultura dominante.
- f. Respetar la autonomía de los Pueblos indígenas. Con relación al respeto a la autonomía de las comunidades indígenas, se ha considerado que las disposiciones sobre Pueblos indígenas deben aplicarse a quienes mantengan una conciencia sobre su identidad indígena.

Asimismo, se ha reconocido a los Pueblos indígenas el derecho a la libre determinación, derecho que debe ejercerse en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional, y que el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas debe ser concretizado en las constituciones y leyes de las entidades federativas, atendiendo a criterios etnolingüísticos, de asentamiento físico, la conservación de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas propias, la conciencia de identidad indígena, la conformación de unidades sociales, económicas y culturales, la existencia de un territorio común y el reconocimiento de autoridades propias con base en sus usos y costumbres.

Debemos recordar que el artículo 2º constitucional mexicano reconoce y garantiza diversas manifestaciones concretas de autonomía; sin embargo, conviene tener presente que la consideración que debe efectuarse de las costumbres o derecho consuetudinario en la aplicación de la legislación nacional, y el derecho de conservación de tales costumbres y de sus instituciones, no pueden tener como efecto impedir a los miembros de los Pueblos indígenas ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Asimismo, se ha considerado que los derechos reconocidos a los Pueblos y comunidades indígenas y a sus integrantes, cumplen una función complementaria del reconocimiento igualitario de un sistema de derechos al que una sociedad mínimamente justa no puede renunciar.

4. Reflexiones finales

El Derecho indígena, atiende a reglas de convivencia basadas en su cosmovisión. Tales reglas aplicadas por una comunidad, son conocidas como usos, cuando tales usos tienen una reiteración, cuentan con un carácter ancestral, que en principio surgen en forma no escrita y fundamentalmente existe la aceptación general de la comunidad en el sentido de ser obligatorio, entonces los usos se convierten en costumbre.

Precisamente esa costumbre constituye lo que llamamos derecho indígena.

En las naciones de estirpe democrática y aun en algunas de carácter monárquico, los usos y costumbres constituyen la base para la creación, transformación e interpretación del Derecho.

Tales usos y costumbres se encuentran reconocidos como parte del derecho positivo, lo cual fortalece a un estado democrático.

No obstante, es necesario establecer y desarrollar alternativas, entre las que podrían desarrollarse las propuestas expuestas en el presente estudio, con la finalidad de obtener el reconocimiento y aplicación formal del ejercicio de la costumbre de los Pueblos indígenas. El objetivo consiste en la aplicación de la costumbre como parte del Derecho positivo mexicano.

La falta de reconocimiento formal y real de los usos y costumbres de los Pueblos originarios, implica una negación al origen y a la identidad de las naciones.

Las naciones que no reconocen y respetan el derecho de sus Pueblos originarios, son altamente vulnerables a las incrustaciones de sistemas jurídicos que les son ajenos y proclives incluso a la deformación del derecho, llegando en ciertos casos a la pérdida de su identidad.

Si algo nos han mostrado y demostrado los Pueblos originarios, es su capacidad de resistencia. Es momento de respetar y garantizar desde el plano formal el ejercicio de sus derechos.

Bibliografía.

- AGUIRRE BELTRÁN Gonzalo, *Regiones de refugio. El desarrollo de la comunidad y el proceso dominicales Mestizoamérica*, 2ª Ed., 1ª reimpresión, serie de antropología social No. 17, INI, México, 1996.
- BÁEZ JORGE Félix, *Memorial del Etnocidio*, Universidad Veracruzana, México, 1987.
- BÁEZ JORGE, Félix, "Aculturación e integración intercultural: un momento histórico del indigenismo mexicano", en *México indígena*, número especial, México, INI, 1978.
- CORREAS, Oscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, Ensayos, Fontamara, México, 2003.
- FERRER MUÑOZ Manuel y BONO LÓPEZ, María, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, UNAM, México, 1998.
- FLORES CANO, Enrique, *Memoria Indígena*, Taurus, México, 1999.
- GAYOSSO y NAVARRETE Mercedes, "La cosmovisión de los nahuas, punto de partida para una interpretación sistemática de su derecho", en *Crítica jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Número 11, IIJ, UNAM, México, 1993.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *Derecho Nayerij. Los sistemas jurídicos indígenas en Nayarit*, IIJ, UNAM, México, 2001.
- Instituto Nacional Indigenista, *Estado del desarrollo económico y social de los pueblos indígenas*, Primer informe, México, 2000.
- KORSBAEK, Lief, *Introducción al sistema de cargos*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 1996.
- LÓPEZ AUSTIN Alfredo, *Cuerpo Humano e ideología. Las concepciones de los antiguos nahuas*, Vol. I, IIA, UNAM, México, 1990.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Autonomía y Derechos indígenas en México*, serie derechos indígenas, No. 4, CONACULTA-Centro de Orientación y asesoría, 2ª, México, 2002.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Legislación y Derechos indígenas en México*, serie derechos indígenas, No. 3, 2ª, Ediciones Casa Vieja, Ce-Acatl. A.C. Centro de Orientación y asesoría, México, 2002.
- NAHMAD SITTON, Salomón, "Autonomía indígena y soberanía nacional: el caso de la Ley Indígena de Oaxaca", en *Alteridades*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Istmo, México, 1999.
- ORDOÑEZ CIFUENTES José Rolando Emilio, *Derecho indígena en Mesoamérica caracterización epistemológica y axiológica*, Tinta negra editores, México, 2007
- ORDOÑEZ CIFUENTES, José Rolando Emilio, *Análisis Interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, IIJ, UNAM, México, 2000.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano México 2002*, PNUD, México. 2003.

**Derechos indígenas. Antecedentes y perspectivas en el concierto jurídico nacional.
La aplicación formal de sus usos y costumbres**

- SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Colombia, 1998.
- STAVENHAGEN, Rodolfo y ITURRALDE, Diego (comps.), *Entre la Ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, IIDH. III, México, 1990.
- VELASCO SÁNCHEZ Ernesto, "Autonomía Indígena y Democracia: El Problema de la Legitimidad y de la Eficacia", ponencia presentada al *Segundo Congreso Red de Investigadores en Gobiernos Locales de México*, IGLOM, Gobiernos locales. Democracia y reforma del Estado, consultado en <http://www.iglom.iteso.mx/HTML/encuentros/congreso2/congreso2/mesa6/autonomiaindigenaydemocracia.html> (consultado en agosto de 2010).
- VERA HERRERA Ramón, "Autonomía no es independencia, es reconciliación", martes 27 de marzo, México, D.F. 2001, consultado en <http://www.jornada.unam.mx>.
- ZOLLA Carlos y ZOLLA MÁRQUEZ, Emiliano, *Los Pueblos Indígenas de México*, colección 'La pluralidad cultural en México. 100 preguntas', (Coordinador José Del Val), No.1, Programa Universitario México Nación Multicultural, UNAM, México, 2004.

Legisgrafía

- Acuerdos de San Andrés Larrainzar.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
Declaración de México sobre las Políticas Culturales.
Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas.
Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca.
Ley de la Comisión de Concordia y Pacificación.