

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

41

Edición especial sobre derecho indígena
Enero-Junio 2005

 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO


BANCO INTERAMERICANO
DE DESARROLLO

 Agencia Danesa
de Cooperación
Internacional
DANIDA


NORWEGIAN MINISTRY
OF FOREIGN AFFAIRS

REVISTA
I I D H

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2005, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas e institución
del *Ombudsman*.....7
Roberto Cuéllar M.

Introducción

Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América
Latina: Logros, límites y perspectivas.....17
Diego A. Iturralde G.

El derecho indígena hoy en América Latina

El estado del arte del derecho consuetudinario:
El caso del Perú.....51
Fernando Bazán Cerdán

El derecho consuetudinario indígena en Venezuela:
Balance y perspectivas.....83
Ricardo Colmenares Olívar

El sistema jurídico indígena en Costa Rica:
Una aproximación inicial.....119
Rubén Chacón Castro

El estado del arte del derecho indígena en Ecuador.....151
Fernando García S.

El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa
Caribe nicaragüense, ¿utopía o realidad?.....171
Clarisa Indiana Ibarra Rivera

La interculturalización de la justicia: Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia.....	195
<i>Ramiro Molina Rivero</i>	
Pluralismo jurídico y paz en Guatemala.....	209
<i>Guillermo Padilla</i>	
Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia.....	225
<i>Esther Sánchez Botero</i>	
La costumbre jurídica de los pueblos mayas.....	253
<i>John Schwank Durán</i>	
Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad.....	287
<i>María Teresa Sierra</i>	
Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua.....	317
<i>Lorena González Volio</i>	
El caso de la comunidad indígena <i>Yakye Axa vs. Paraguay</i>	347
<i>Andrés D. Ramírez</i>	

El derecho indígena hoy en América Latina

Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad*

María Teresa Sierra**

Diferentes estudios han destacado un hecho notable en las dinámicas políticas y legales de nuestros países en América Latina durante las últimas décadas: un cambio importante en la concepción del Estado y del proyecto nacional al pasar de una concepción liberal monista a una visión multicultural y plural del Estado y de la nación. El proceso ha sido producto de varios factores entre los cuales destacan: la presión de las organizaciones indígenas, la vigencia de un nuevo marco jurídico internacional que reconoce derechos indígenas, pero también un nuevo contexto de globalización económica y política marcado por el neoliberalismo y la fuerte presencia de organismos multilaterales y donantes internacionales incidiendo en la reforma y modernización de los Estados. Lo que pareciera ser a simple vista un acto de justicia histórica para resarcir siglos de exclusión y colonialismo, debe situarse en el marco de las políticas globales promotoras de nuevas formas de institucionalización que no necesariamente garantizan un reconocimiento pleno de la diversidad y una relación más igualitaria entre el Estado y los pueblos indígenas¹.

Con respecto a la impartición de justicia, un rasgo distintivo de este nuevo contexto globalizador son las reformas legales para promover la modernización de los sistemas de justicia en América

* El artículo desarrolla las ideas presentadas durante el Curso Taller sobre *Ombudsman* y acceso a la justicia de los pueblos indígenas, en San José, Costa Rica, del 17 al 19 de agosto del 2005.

** Profesora, Investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, CIESAS.

¹ Ver Sieder, Rachel (ed.). *Multiculturalism in Latin America, Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave, London, 2002; Assies, Willem. "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina" en Assies, Willem, Gemma Van der Haar y André Hoekema. *El reto de la diversidad*. México: Colegio de Michoacán, 1999.

Latina con el fin de consolidar el llamado “estado de derecho” y la democracia. De acuerdo a diferentes autores, se ha buscado con esto simplificar el acceso a la justicia, desburocratizarla, pero sobre todo dar garantía jurídica a los convenios y trámites económicos, hecho clave en las transacciones del capital transnacional². Es también en este contexto que deben situarse las reformas legales para reconocer derechos indígenas y el carácter multicultural de la nación. De esta manera, los cambios legales en el aparato judicial apuntan a fortalecer la mediación, la solución alternativa de conflictos y la conciliación como procedimientos e instancias que buscan involucrar a la sociedad civil en el manejo de los conflictos, agilizar los trámites legales y reconstruir el tejido social, lo que sin duda en sociedades tan burocratizadas como las nuestras y con fuertes déficit de seguridad jurídica y de acceso a la justicia, es visto con buenos ojos por la mayoría de la población. Dentro de dichos cambios se insertan también las reformas dirigidas a reconocer espacios a la justicia indígena; tal es por ejemplo el sentido de las reformas que se han llevado a cabo recientemente en México, así como sucede en otros países como Colombia, Guatemala, Ecuador, etc. Es de notar el papel central que están jugando organismos como AID y el BID en la promoción de dichas reformas, lo que sin duda revela los diferentes intereses en juego en la apuesta de la democratización de la justicia. Por esto mismo resulta importante preguntarse, retomando a Santos³, sobre el sentido de las reformas judiciales para reconocer pluralismo jurídico y el carácter multicultural del Estado: si apuntan a la regulación o a la emancipación social. Es decir si las reformas subordinan a los pueblos a las lógicas institucionales del Estado o bien están permitiendo que los pueblos indígenas renegocien espacios de poder para reconstituirse en cuanto tales y para acceder a una relación más equitativa y de respeto con el Estado y la sociedad nacional.

No se trata de desconocer los importantes avances que se han dado en la materia del reconocimiento de la diversidad cultural y de

² Santos, Boaventura de Sousa y Mauricio Villegas. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia/Universidad de Coimbra, 2001; Sieder Rachel. “Recognising Indigenous Law and the Politics of State Formation in Mesoamerica” in Sieder, R. *Multiculturalism in Latin America, Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave, London, 2002.

³ Santos, Boaventura de Souza. *Towards a New Common Sense*, London, Routledge, 1995.

los derechos indígenas, y el hecho mismo que el Estado haya transformado su carácter asimilacionista, sino de situar en un horizonte crítico los alcances de dichos reconocimientos, entendiendo que éstos son partes de un proceso, y advertir lo que puede ser una nueva fase de un multiculturalismo permitido, parafraseando a Charles Hale⁴. En lo siguiente me propongo reflexionar sobre los alcances y límites de las reformas legales sobre acceso a la justicia para los pueblos indígenas y su impacto para pensar el derecho indígena en el caso mexicano, considerando tres aspectos.

1. El sentido de las reformas referidas a la justicia indígena y los términos en que se plantea la coordinación entre la jurisdicción estatal y la indígena.
2. La recepción del derecho indígena en el derecho nacional, destacando la importancia que le atribuyen los jueces en el tratamiento de casos que involucran a miembros de comunidades indígenas.
3. La perspectiva de la interlegalidad para comprender las prácticas de justicia y las políticas de reconocimiento de derechos indígenas.

Me interesa destacar que en el caso mexicano, como otras casos en América Latina, las reformas que se han implementado para reconocer la justicia indígena y en general derechos indígenas, se han desarrollado dentro de la concepción de un pluralismo jurídico aditivo que no ofrece alternativas reales para la práctica de una justicia indígena plena que permita el ejercicio de derechos de jurisdicción. Tal limitación es parte de una política de Estado neoindigenista, que estructural e ideológicamente no pretende

⁴ Charles Hale ha sido uno de los principales autores que han elaborado una visión crítica de las políticas de reconocimiento insistiendo en la necesidad de mirar los marcos históricos y estructurales en los que dichas políticas se desarrollan en la fase actual del neoliberalismo que fomenta la descentralización e impulsa ciertos márgenes de autonomía y derechos colectivos. En esta misma dirección se refiere al “indio permitido” y al multiculturalismo neoliberal para destacar el hecho que el reconocimiento de derechos culturales no contradicen la lógica cultural del capitalismo neoliberal; dicha lógica justifica nuevas formas de poder y normatividad, de autorregulación y participación local, que contribuyen a legitimar el nuevo orden social; Hale, Charles. “Rethinking Indigenous Politics in the Era of the Indio” en *NACLA Report*, sept.-oct. 2004, 16-21; Hale, Charles. “Does Multiculturalism Menace? Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala” en *Journal of Latin American Studies*, 34, 2002, 485-52.

construir una nueva relación con los pueblos indígenas ni comprometerse con transformar el orden cultural y político instituido⁵. Este espacio, sin embargo, ha posibilitado alternativas nada desdeñables aprovechadas por las comunidades y organizaciones indígenas para redefinir sus sistemas normativos y usar las instancias del Estado para exigir derechos. Los espacios son limitados y su aprovechamiento depende de la fuerza que tengan las organizaciones indígenas para apropiarse de ellas y en la medida de lo posible redefinir sus relaciones de poder, en lo cual el recurso a las instancias internacionales de derechos humanos ha jugado un papel fundamental. Sostengo de esta manera que el hecho de reconocer los límites en que se gestan las políticas de reconocimiento no debe impedir reconocer también las estrategias que los indígenas desarrollan desde su posición subalterna para moverse en los intersticios del poder o bien para ir más allá de ellos. Lo importante sin duda es no perder la mira de las demandas indígenas y los límites que las enmarcan. Es en este contexto que resulta pertinente reconocer la perspectiva de la interlegalidad como el referente que permite dar cuenta de los órdenes jurídicos que convergen en los nuevos espacios institucionales abiertos por el Estado y la manera en que estos marcan las nuevas prácticas de la justicia indígena.

Reformas legales en materia de justicia indígena y las propuestas de coordinación. ¿Hacia un pluralismo jurídico aditivo o igualitario?

La reciente reforma mexicana (agosto 2001) para reconocer derechos indígenas ha sido ampliamente cuestionada por el movimiento indígena y sectores de la sociedad civil organizada como una reforma limitada que reconoce derechos que no permite ejercer. Si bien el capítulo segundo —donde se concentran la mayor parte de los cambios legales en materia indígena— establece de entrada el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y a ejercer su autonomía en el marco de sus comunidades, se pasa a las legislaciones estatales la definición del alcance de dicha autonomía, lo que significa subordinarla a las negociaciones e intereses regionales y partidarios; no reconoce a las comunidades

⁵ Hernández, R. Aída, Sarela Paz y M. Teresa Sierra (coords.). *El estado y los indígenas en tiempos del PAN: Neoindigenismo, legalidad, identidad*. México, CIESAS-Miguel Ángel Porrúa, 2004.

indígenas como sujetos de derecho público sino como entidades de interés público, lo que les quita la posibilidad de ejercer poder político y las deja bajo la tutela del Estado; tampoco reconoce derechos territoriales y los derechos sobre la tierra se subordinan a los derechos de terceros ya establecidos, es decir a la propiedad privada, entre otros aspectos. De esta manera, la reforma en lugar de garantizar derechos los minimiza subordinándolos a los preceptos constitucionales y la unidad nacional, y delinea además una serie de políticas que no rompen con el asistencialismo de Estado⁶. No consigue en los hechos plantear una nueva relación con los pueblos indígenas basada en el respeto, la diferencia cultural y la libre determinación de los pueblos, tal como se había establecido en los Acuerdos de San Andrés (1996), firmados por el gobierno mexicano y el EZLN.

Dichos lineamientos constitucionales delimitan también el alcance de las reformas en materia de justicia, que se reducen a reconocer los sistemas normativos internos de las comunidades indígenas y a establecer ciertas garantías para acceder a la justicia del Estado, como el reconocer costumbres y especificidades culturales en el proceso judicial así como el derecho a intérpretes y defensores. En general se trata de una reforma que se sitúa en los marcos de un pluralismo jurídico aditivo⁷ en donde los sistemas jurídicos indígenas son subordinados a la jurisdicción estatal, con pocos márgenes para ejercer una real autonomía. Los límites de dichas reformas en materia de justicia se hacen aún más evidentes si se les compara con las propuestas y reformas sobre el tema desarrolladas en otros países como es el caso de Colombia, Ecuador y Bolivia⁸.

Este reconocimiento limitado de un pluralismo jurídico puede verse claramente en los cambios legales que se han dado

⁶ Para un desarrollo crítico de los límites y alcances de la Reforma constitucional al artículo 2 de la constitución mexicana, ver Gómez, Magdalena. "La Constitucionalidad pendiente. La hora indígena en la Corte" en Hernández, R. Aída, Sarela Paz y M. Teresa Sierra (coords.). *El Estado y los indígenas...*, 175-205; y López Bárcenas, Francisco. "La lucha por la autonomía indígena en México: un reto al pluralismo", en Hernández, R. Aída, Sarela Paz y M. Teresa Sierra (coords.). *El Estado y los indígenas...* 207-231.

⁷ Hoekema, André. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", en *América Indígena* vol. LVIII n. 1-2, ene.-jun. 1998, 261-300.

⁸ Ver el documento elaborado por Willem Assies, donde hace una revisión de diferentes reformas constitucionales en América Latina y en México; Assies, Willem. "Reforma jurídica en Michoacán y pluralismo jurídico" documento en www.alertanet.org

recientemente a nivel de las legislaciones estatales. Una revisión de las reformas legales en materia de justicia indígena en estados con mayor población indígena en México revela lo siguiente:

- 1) Según puede verse en el cuadro anexo (cuadro 1) no todos los estados han realizado cambios legales a sus marcos constitucionales. Algunos estados como Hidalgo (1991), Chiapas (1994), Oaxaca (1995), Campeche (1996) y Quintana Roo (1998), entre otros, reformaron sus constituciones antes del 2001 (nota) pero no han adecuado sus marcos legales a la nueva ley, aunque Oaxaca rebasa en varios puntos lo dispuesto en la reforma constitucional nacional, y Quintana Roo tiene propuestas innovadoras en materia de justicia. Otros estados como San Luis Potosí (2003) y Puebla (2004), modificaron sus constituciones después del 2001. San Luis Potosí cuenta con una ley reglamentaria sobre derechos indígenas (2003), lo mismo que el estado de Oaxaca (1998), y se tuvo la astucia de tomar a la reforma nacional como piso para elaborar algunas propuestas que la rebasan; como el hecho de considerar a las comunidades indígenas como entidades de derecho público y no solamente como entidades de interés público. La reforma es reciente como para valorar los alcances de dicha ley.
- 2) Hasta ahora sólo una de ellas contempla una ley referente específicamente a la justicia indígena (Quintana Roo, 1998), mientras está por discutirse una iniciativa de ley sobre la materia en el estado de SLP⁹. Ambos casos constituyen en el papel aportes importantes para delimitar las jurisdicciones indígenas, sus competencias y alcances, si bien no rebasan la lógica de ser una justicia auxiliar a la del Estado.
- 3) La mayor parte de las reformas reconocen a la justicia indígena o bien como medio alternativo a la justicia del Estado (justicia alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria) (Puebla, Quintana Roo, SLP.), o bien definen explícitamente su subordinación a la justicia estatal (Campeche) o su calidad de auxiliar (Chiapas y Campeche). Se reconocen ámbitos jurisdiccionales a las autoridades indígenas en el espacio de sus comunidades, y en algunos casos en ámbitos municipales. Algunas instituyen nuevas

⁹ Agradezco ampliamente a Agustín Ávila el haberme facilitado documentos de fundamentación sobre las reformas en materia indígena en San Luis Potosí, como la iniciativa de ley que está por discutirse en dicho estado.

figuras como los jueces de paz y conciliación indígena (en Chiapas), que deben hablar la lengua indígena y ser abogados¹⁰; (Q.R.) o bien se instituyen los juzgados indígenas y el juez indígena municipal (Puebla), insertos en la jurisdicción del estado, como parte del sistema de jueces menores municipales.

En la mayoría de los casos, las reformas sobre justicia indígena son parte de reformas al poder judicial para fomentar la mediación y la resolución alternativa de conflictos, y no son vistas como espacios autónomos de jurisdicción indígena, lo que significa que deben subordinarse a las lógicas jurídicas del Estado. En este sentido, se plantea uno de los temas más complicados que implica el reconocimiento de derechos indígenas: la problemática de la coordinación entre el derecho del Estado y el derecho indígena, y del llamado pluralismo jurídico. A diferencia de lo que se ha realizado en otros países, como sucede en Colombia, y se intenta en Ecuador, en el caso mexicano prevalece la tendencia de reducir y controlar los alcances de la justicia indígena, reproduciendo una visión colonialista que considera como “peligroso” el que dichas competencias puedan ampliarse ante el temor que se justifiquen con ello violaciones a los derechos humanos. Dicho temor revela las ideologías hegemónicas del universalismo liberal que prevalece en una buena parte de la clase política mexicana y que les impide reconocer en sus alcances la diferencia cultural y plantear alternativas reales para su ejercicio en el ámbito de la justicia. En el fondo lo que prevalecen son visiones esencialistas de las culturas indígenas, que son vistas como entidades inmutables en donde la tradición es sinónimo de arcaísmo y violación de derechos humanos, sin contemplar que estas sociedades son dinámicas y han debido transformarse por su misma relación con la sociedad nacional, lo cual ha impactado también sus sistemas normativos, sin que esto signifique dejar de lado su diferencia cultural¹¹. El tema de los derechos humanos es justo uno de los referentes que marcan hoy en día las discusiones en el espacio mismo de las sociedades indígenas

¹⁰ Un análisis y comparación de esta propuesta de esta ley, con la justicia indígena zinacanteca lo elabora Collier, “Dos modelos de justicia indígena en Chiapas, México: una comparación de la visión zinacanteca y la del Estado” en De León, Lourdes (coord.). *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, México, 2001.

¹¹ Merry, Sally. “Human Rights Law and the Demonization of Culture”, en *POLAR: Political and Anthropological Rev.* 26 (1), 5577.

y por tanto revela la necesidad de adecuarse a las nuevas realidades y exigencias jurídicas nacionales e internacionales. Pero al parecer, para los altos magistrados no existen hoy en día garantías para que las sociedades indígenas ejerzan plenamente su justicia.

Hasta ahora lo que prevalece como punto central en la delimitación de la justicia indígena es *la exigencia de constitucionalidad* que se impone para su reconocimiento, con lo cual se pretende solucionar la problemática de la coordinación con la justicia del Estado. En el caso mexicano, ésta se ha definido en términos de compatibilización y convalidación (Oaxaca) o de validación (San Luis Potosí, Puebla) de las decisiones de las autoridades indígenas siempre que no contravengan la constitución federal, los derechos humanos y los derechos de las mujeres. Es decir, las autoridades indígenas no son en última instancia autónomas para juzgar. En torno a dicha problemática algunos autores, como Yuri Escalante¹², se preguntan ¿la cláusula de constitucionalidad exigida a la impartición de justicia indígena representa el establecimiento del pluralismo jurídico? Dicha cláusula significa que las decisiones de las autoridades indígenas deben someterse a revisión y validación en términos de ley. De acuerdo a Escalante tales cláusulas en lugar de fortalecer el reconocimiento de derechos terminan imponiendo obligaciones, lo que lleva más al establecimiento de un asimilacionismo legalizado que a un pluralismo jurídico.

Tal planteamiento significa exigir a los sistemas jurídicos indígenas que se sometan a la concepción jurídica definida de antemano por el orden establecido, sin que esto lleve a modificar dicho orden constitucional. “Nuestro orden legal parece haber quedado a medio camino. No impide que los indígenas ejerzan facultades jurisdiccionales, constituyan juzgados y colectivamente dispongan del control social con procedimientos y características propias. Pero sólo en la forma y no en los principios generales del derecho los cuales permanecen inmutables. Es decir los pueblos pueden ejercer derechos siempre y cuando sean iguales a los nuestros, a los de la sociedad dominante”¹³.

¹² Escalante, Yuri (2004). “Pluralismo jurídico o asimilacionismo legalizado”, ponencia presentada en el IV Congreso de la Red Latinoamericana de Pluralismo Jurídico (RELAJU), en Quito, Ecuador, 17-20 de agosto del 2004.

¹³ Escalante, *Ibíd.*: 6.

Finalmente la exigencia de compatibilidad, ya sea a través de homologación o de validación, significa que en última instancia las decisiones de las autoridades indígenas pueden ser revisadas; la decisión final no queda en manos de los pueblos. De esta manera finalmente no son cosa juzgada hasta que no estén legitimadas por el Estado, poco importa que esta revisión suceda pocas veces o se exija únicamente cuando haya impugnación, o cuando los poderes regionales o estatales consideran que se tocan sus intereses. Sin duda estamos aquí ante uno de los grandes temas que convoca el debate en torno al pluralismo jurídico y las políticas de reconocimiento debido a la necesidad manifiesta de los estados nacionales de mantener su hegemonía jurídica en contextos globalizados: los mecanismos para garantizar el reconocimiento de las jurisdicciones indígenas y definir al mismo tiempo sus límites y las pautas de coordinación entre el orden jurídico estatal y el indígena. La Corte Constitucional colombiana ha resuelto parcialmente este dilema considerando que la propia constitución no puede imponerse a los pueblos indígenas pues ella misma declaraba la pluralidad normativa, por lo que sólo consideró como límite un *corpus* de derechos humanos mínimos¹⁴. Aún así incluso en este caso los órganos revisores son tribunales externos a las comunidades y son los que finalmente tienen la última palabra.

En suma, la problemática de la coordinación entre el derecho del Estado y el derecho indígena constituye uno de los grandes retos que enfrentan los estados para reconocer la justicia indígena. Como pudo verse, en el caso mexicano, si bien se han abierto algunos espacios para construir una justicia multicultural, las experiencias son limitadas y se encuentran enmarcadas por la exigencia de constitucionalidad basada en el modelo del monismo jurídico, lo que significa que la diferencia cultural debe ajustarse a este modelo y no que la justicia se abra al reconocimiento de la pluralidad y los derechos indígenas. Tales marcos en los que se han dado las reformas a la justicia indígena en México no deben desligarse de la reforma estructural del Estado y del proceso de modernización del aparato judicial. Son efectivamente las respuestas desde el Estado al proceso de globalización legal, para responder a las exigencias de nuevo orden económico neoliberal, y en esto sin duda los legisladores

¹⁴ Sánchez, Esther. *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia y UNIJUS, Bogotá, 1998.

mexicanos han sido bastante hábiles para reconocer derechos y abrir espacios a la diferencia cultural, pero siempre cuidando que estos no trastoquen el orden jurídico y económico instituido. Son parte efectivamente de reformas multiculturales neoliberales.

A pesar de todo es innegable que se han dado algunos avances por el simple hecho de reconocer legitimidad a los sistemas normativos indígenas y a las autoridades indígenas, y reconocer legalmente a la diferencia cultural como garantía de acceso a la justicia. La posibilidad de apropiarse de estos espacios y facultades legales aún en sus límites depende también del interés y fuerza de las propias autoridades y organizaciones indígenas. Tal es por ejemplo el caso del Juzgado Indígena de Cuetzalan, en la Sierra Norte de Puebla, donde se observa un proceso innovador de transacción y negociación del derecho indígena a partir de instancias creadas por el Estado para fortalecer una justicia indígena en espacios municipales¹⁵. El establecimiento del juzgado indígena en una región con una fuerte historia organizativa y participativa, ha propiciado la revitalización de una justicia indígena tradicionalmente reducida al ámbito de las comunidades, y el que sean las organizaciones y autoridades indígenas quienes han conseguido apropiarse de estas nuevas instancias para implantarles su propio sello. A pesar de los ámbitos reducidos de jurisdicción observamos en Cuetzalan un proceso activo de apropiación de los espacios abiertos por el Estado, al mismo tiempo que las autoridades judiciales estatales consiguen relegitimarse por “su compromiso histórico con los indígenas poblanos”, como se deduce de los discursos oficiales al inaugurar las instalaciones nuevas del juzgado indígena. Habrá que ver el sentido en que este espacio consigue realmente ser apropiado por las autoridades indígenas y avanzar en sus prácticas de justicia, o bien si

¹⁵ Por disposición del Tribunal Superior de Justicia del estado de Puebla, se crea en junio del 2002, el primer Juzgado Indígena municipal en la cabecera municipal de Cuetzalan, Puebla. Si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce a los juzgados indígenas como parte de la estructura del poder judicial (dic. 2002), no define sus funciones, y en otros documentos legales, como los Acuerdos del Pleno, el Juzgado Indígena es definido como Juzgado Menor de acuerdo a la ley de (1987), o bien en el nombramiento oficial de los jueces indígenas se les reconoce como Jueces Municipales. Tal hecho resaltado por Adriana Terven (quien ha desarrollado la primera investigación sobre el juzgado indígena de Cuetzalan), revela la indefinición en la que hoy en día funciona el juzgado indígena a pesar del reconocimiento oficial que se le ha dado (cfr. Terven, Adriana. “Revitalización de la costumbre jurídica en el Juzgado Indígena de Cuetzalan. Retos desde el Estado”, tesis de maestría en Antropología Social, CIESAS, 2005.

se convierte en un instrumento más de la vitrina estatal para justificar los nuevos discursos de reconocimiento sin cambiar de fondo las prácticas judiciales. Ello sin duda dependerá de la fuerza de las mismas organizaciones indígenas involucradas en el proceso y del sentido que puedan darle al juzgado¹⁶.

Otros casos sin embargo, muestran que los marcos legales estatales resultan insuficientes para responder a las demandas de justicia de los pueblos indígenas, e incluso han sido rebasados. Se están construyendo así alternativas que potencian una justicia indígena autónoma y eficaz con capacidad para garantizar la paz social y la no violencia en espacios donde el Estado ha sido incapaz de hacerlo. Tal es lo que sucede con el Consejo de Autoridades Regionales de la Costa Montaña en el estado de Guerrero que han logrado construir un sistema de vigilancia y de justicia comunitaria de carácter regional con gran impacto, que sin embargo el Estado considera fuera de la ley, porque justamente van más allá de los marcos legales que reducen la justicia indígena a ser una justicia auxiliar y acotada¹⁷. Por su parte, el estado de Guerrero, hasta la fecha, no ha realizado ninguna reforma para reconocer derechos indígenas ni se han gestado los puentes para generar alternativas viables de coordinación y respeto ante las autoridades indígenas y sus propuestas de justicia.

En suma, si bien es indudable que en los últimos años el marco legal se ha abierto a reconocer el derecho indígena y a la diferencia cultural en el espacio de la justicia, esto es sólo el inicio de un camino por recorrer, cuyos senderos apenas se están delineando. A diferencia de lo que sucede en otros países, como revela Assies¹⁸, la

¹⁶ Sierra, M. Teresa. "The revival of Indigenous Justice in Mexico: Challenge for Human Rights and the State" en *POLAR* 28 (1), mayo 2005, 52-72; Terven, Adriana. "Revitalización de la costumbre jurídica..."

¹⁷ Un análisis sobre la experiencia de justicia de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias en comparación con la justicia aplicada por el Juzgado Indígena Municipal de Cuetzlan se encuentra en Sierra, M. Teresa. "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad", ponencia presentada en las Jornadas "Estado, violencia y ciudadanía en América Latina", Universidad Libre de Berlín, del 23 al 25 de junio del 2005. Para un análisis de las prácticas de justicia de la policía comunitaria de Guerrero, ver Sandoval, Abigail. "No es lo mismo la teoría que la práctica: El ejercicio de la justicia comunitaria desde la cotidianidad de los mixtecos de Buena Vista", tesis de maestría en Antropología Social, CIESAS, 2005. Ver también Tlachinollan. "Diez años de derechos humanos en la Montaña de Guerrero". Informe Anual. Ms., 2004.

¹⁸ *Ibíd.*

justicia indígena en México es vista como justicia subordinada, aditiva, o auxiliar a la justicia del Estado. La justicia indígena debe ser reconocida como justicia real y no como justicia entre particulares, y mucho menos como una justicia subordinada. El acceso a la jurisdicción del Estado sigue siendo un pendiente más, como lo veremos a continuación.

Recepción del derecho indígena en el derecho nacional en el campo de la justicia o la lucha contra el monismo jurídico y la ideología de la igualdad legal

Mucho se ha hablado de los cambios legales y su incidencia en el campo de la justicia. Sin embargo es poco lo que se sabe sobre el impacto de dichos cambios en las prácticas mismas de la justicia tal como son aplicadas por sus operadores. ¿Hasta qué punto los magistrados y jueces están realmente aplicando las nuevas leyes que obligan a contemplar la diferencia cultural y los sistemas normativos indígenas? ¿Se trata solamente de aplicar las leyes o de construir nuevos paradigmas para una justicia multicultural? Investigaciones recientes sobre la práctica de la justicia en regiones indígenas confirman lo que se ha venido afirmando desde hace tiempo: la impunidad, la discriminación y la indefensión legal de los indígenas cuando se enfrentan a la ley. No es mi interés en este texto profundizar sobre estas prácticas, lo que hemos mostrado en otros escritos¹⁹, sino señalar otra cara de la moneda que revela las ideologías legales de los operadores de la justicia, que hasta la fecha no están consiguiendo poner en práctica la exigencia constitucional de reconocer la diferencia cultural cuando se trata de juzgar a indígenas. En lo siguiente avanzo algunas reflexiones sobre dicha problemática, para lo cual me baso principalmente en una investigación realizada recientemente en por Héctor Ortiz sobre las tesis y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y me refiero asimismo a los resultados de peritajes antropológicos realizados por el equipo de trabajo de antropología jurídica de la actual CDI²⁰.

¹⁹ Sierra, M. Teresa (ed.). *Haciendo justicia. Interlegalidad derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS-Miguel Angel Porrúa ed., México, 2004; Morales, Heber. "Defensoría y derecho indígena en el Distrito Judicial de Zacapoaxtla, Puebla", tesis de licenciatura en Antropología Social, México, ENAH, 2005.

²⁰ Agradezco ampliamente a Héctor Ortiz por permitirme revisar su trabajo sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia realizado en 2005 (Ortiz,

Ideologías legales, culturas jurídicas y diferencia cultural. Derecho indígena ante la justicia

El trabajo de Héctor Ortiz analiza las tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de la Justicia referidas a pueblos indígenas, en los últimos años, así como el razonamiento judicial aplicado a distintos temas en materia de derechos indígenas. Lo interesante de este trabajo es que no sólo aborda los casos para analizar en qué sentido y cómo se consideran o no las disposiciones legales sobre derechos indígenas sino también reconstruye las interpretaciones legales de los jueces para justificar sus decisiones judiciales. Sobre todo cuestiona la visión de la “interpretación correcta” como enunciado único del aparato judicial:

“Nuestro punto de partida es considerar que al enunciado normativo (al texto de la ley), no le corresponde unívocamente un solo significado que por lo mismo pueda ser designado como el significado ‘correcto’. Lo que encontramos es una serie de interpretaciones posibles del enunciado normativo a partir de las cuales se define la norma”²¹. Es decir, detrás del argumento judicial decisorio hay toda una construcción de posibles interpretaciones y no una única verdad legal.

La revisión de la jurisprudencia de la Suprema Corte, tratándose de los más altos magistrados del país, confirma lo que hemos visto a niveles menores de la práctica judicial: el peso que tiene la ideología de la igualdad legal como dogma jurídico en la valoración de los procesos judiciales, lo que impide abrirse a considerar en sus propios términos la diferencia cultural²². Tal situación se debe al carácter subsidiario que tiene la diferencia cultural en procesos que

Héctor. “Lineamientos para el peritaje cultural”, ms.), trabajo que ofrece material y reflexiones sumamente interesantes sobre la práctica de los magistrados y sus intentos por tratar con la diferencia cultural. Agradezco asimismo a Yuri Escalante también por permitirme revisar peritajes realizados por lo que fue la subdirección de antropología jurídica del INI, hoy en día de la CDI, que revelan también información sustanciosa para reflexionar sobre los peritajes antropológicos.

²¹ Ortiz, Héctor, *Ibíd.*, 103.

²² Tal peso de las ideologías jurídicas positivistas las hemos podido constatar como práctica de jueces y ministerios públicos en una investigación colectiva sobre defensa y acceso a la justicia de indígenas en la Sierra Norte de Puebla, como parte del proyecto Justicia e Interlegalidad en la Sierra Norte de Puebla. Cfr. Morales, Heber. “Defensoría jurídica y derechos indígenas en el distrito judicial de Zacapoaxtla, Puebla”, tesis de licenciatura en Antropología Social, ENAH, México, 2005.

involucran a indígenas, pero también y en gran medida al desconocimiento y poca disposición de los jueces para abrirse a considerar la diferencia cultural cuestionando las estructuras arraigadas del monismo jurídico en el que se han formado. Lo que señalaba Rodolfo Stavenhagen desde 1988²³, al insistir que detrás de las violaciones a los derechos humanos de los indígenas se encontraba el desconocimiento del derecho consuetudinario indígena por los operadores de la justicia, a más de 15 años sigue siendo una realidad, a pesar de que ahora existen nuevas leyes dirigidas a reconocer dicho derecho. De esta manera prevalecen concepciones de una cultura jurídica que inferiorizan la diferencia cultural la cual suele ser vista como campo de violación de los derechos humanos y de las normas constitucionales. No se rompen las visiones del otro y su cultura como atrasados y faltos de civilización, y se prefiere recurrir a argumentos de inimputabilidad legal por atraso cultural que realmente valoran las pruebas, reconociendo la vigencia de otras lógicas culturales que inciden en la comisión de los delitos²⁴.

El trabajo de Ortiz sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte revela que una cantidad importante de casos han llegado a la máxima autoridad judicial para solicitar revisión del procedimiento. Algunos de ellos incluyen ya argumentaciones que consideran la nueva legislación en materia indígena del 2001, y de alguna manera se observan intentos por considerarla en la construcción de las tesis jurisprudenciales. No obstante no se suele entrar al fondo de las controversias para comprender si un delito, sin dejar de serlo puede ser justiciable en una jurisdicción diferente. Tal es por ejemplo uno de los casos analizados por Ortiz que involucra un asunto de lesiones en donde una migrante mazateca viviendo en la ciudad reclama protección de la justicia federal por una sentencia dictada en su contra por el delito de lesiones. El magistrado Silva Meza en su argumentación busca valorar entre otros aspectos: “Si los preceptos legales tildados de inconstitucionales regulan o no conductas que deban ser resueltas conforme a los propios sistemas normativos de pueblos y comunidades indígenas o si por el contrario son conductas

²³ Stavenhagen, Rodolfo. *Derechos indígenas y derechos humanos en América Latina*, IIDH/Colegio de México, 1988.

²⁴ Magdalena Gómez apuntaba ya esta apreciación en un trabajo realizado en el marco del Programa de Defensoría Indígena del INI, cfr. Gómez, Magdalena. “La defensoría jurídica de presos indígenas” en Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (comps.). *Entre la ley la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, México, III-IIDH, 1990, 371-388.

atribuibles a todas las personas imputables incluidos los indígenas”²⁵.

Es finalmente esto último lo que guía su resolución al considerar que el delito de lesiones al poner en peligro la vida no puede sujetarse a las regulaciones de los sistemas normativos. Como señala Ortiz: “el argumento del juzgador es impecablemente monocultural” (...) de esta manera al mencionar que “el delito de lesiones (...) es reprochable a todas las personas con capacidad legal, incluidos los indígenas (...) no hace la distinción que un delito sin dejar de serlo, puede ser justiciable en una jurisdicción diferente... menos reconoce... que si se tomaran en cuenta los usos y costumbres la sanción pudiera ser diferente”²⁶.

Razonamientos de ese tipo impiden realmente considerar la posibilidad de aceptar que lo que se considera un delito como lesiones pudiera juzgarse desde la perspectiva de la cultura donde se cometen, y no tanto el que dicho delito sea parte de los usos y las costumbres.

Muchos otros casos son analizados con profundidad por Ortiz, para lo cual remito a su excelente trabajo; me interesa solamente destacar las dificultades y obstáculos que enfrentan los indígenas para hacer valer sus derechos de diferencia cultural al acceder a la jurisdicción del Estado, lo cual va más allá de la buena o mala voluntad que pudieran tener los juzgadores. Se trata de un hecho estructural que tiene que ver con las visiones hegemónicas desde donde se construyen las argumentaciones, exigiendo que otras lógicas culturales se adapten a las lógicas normales y universales del derecho. Finalmente no se niega la diferencia pero se la tamiza por el filtro de los valores propios del legislador, quien por otra parte confirma su verdad jurídica. La racionalidad jurídica aparentemente neutral se impone así sobre cualquier otra valoración que pudiera cuestionarla.

A pesar de considerar los resquicios legales o nuevas leyes que reconocen derechos de diferencia cultural aplicados al caso concreto se termina generalmente apelando al discurso de la normalidad legal para calificar al sujeto involucrado, imponiendo sobre él valoraciones sobre sus acciones sin realmente considerar los

²⁵ En Ortiz, Héctor. “Lineamientos para el peritaje...”, 20.

²⁶ Ortiz, Héctor, *Ibíd.*, 21.

contextos de producción de los delitos. Salvo algunas excepciones, en la mayoría de los casos que llegaron a la Suprema Corte el argumento valorando el derecho indígena para alcanzar la inimputabilidad o la disminución de la pena fue rechazado o descalificado desde una perspectiva discriminatoria que termina priorizando el grado de civilización, educación (escolar), integración o aislamiento del indígena y su capacidad de actuar racionalmente de acuerdo a las normas y límites previstos por la ley, sin considerar los contextos ni los aspectos culturales que pudieron estar involucrados en la comisión del delito, y menos aún las causas estructurales. Se observa además que los derechos colectivos no son contemplados como referentes para el análisis de los casos, los cuales en su mayoría son individualizados como casos particulares de un sujeto indígena que comete una infracción o un delito.

Ante la dificultad real de hacer valer la diferencia cultural, Ortiz concluye que el gran reto de los antropólogos al desarrollar un peritaje cultural es el de desarrollar argumentos más conceptuales que permitan discutir con el juzgador y no sólo ofrecer elementos descriptivos de la diferencia cultural. De esta manera se podría discutir la propia argumentación judicial.

Estas mismas limitaciones se repiten de manera recurrente en la práctica de los jueces de Primera Instancia y los magistrados de Tribunales de Circuito, cuando revisan procesos o amparos donde se interpone el recurso a peritajes culturales²⁷. La experiencia acumulada de los antropólogos jurídicos y su compromiso por aportar las pruebas documentales para justificar la incidencia de determinadas prácticas culturales en la comisión de conductas consideradas delictivas (acusaciones por delitos contra la salud, asuntos vinculados con brujería, acusación de abusos de autoridad, etc.), dan cuenta de una cantidad de asuntos cada vez más documentados que resulta imposible valorar judicialmente sin contemplar el contexto y las creencias vinculadas a la comisión de

²⁷ Para una reflexión sobre el peritaje antropológico y su aplicación en México ver el trabajo de Escalante, Yuri. *La experiencia del peritaje antropológico*, México, INI, 2002; y Ortiz, Héctor. "La diferencia cultural en el ámbito penal. El dictamen pericial antropológico", tesis de licenciatura en Etnología, México, ENAH, 2000. Ver también el trabajo pionero de Esther Sánchez en Colombia, "Justicia y Pueblos indígenas...".

los delitos²⁸. Aún así, a pesar de amplios y fundamentados peritajes, lo más que se ha conseguido es reducir algunas penas. En lo se ha tenido algún éxito es en las pruebas lingüísticas para demostrar generalmente el manejo limitado del español o la falta de traductor o intérprete durante el proceso judicial, lo que no significa que el argumento cultural sea la base de la resolución judicial²⁹.

En suma, cambios en la legislación están obligando a jueces y magistrados a confrontar sus ideologías jurídicas para considerar la diferencia cultural en la ley lo que implica cuestionar las culturas jurídicas hegemónicas en las que han sido formados. Hasta ahora este proceso no ha significado grandes transformaciones ni obliga a los jueces a abrirse a reconocer otras lógicas culturales que pueden incidir en la comisión de los delitos y en su valoración. Si en el discurso público se reconoce la importancia de los cambios legales y se les considera una aportación al reconocimiento de la multiculturalidad, las prácticas revelan la dificultad real para tomar en serio la argumentación basada en la diferencia. Priva el discurso de la igualdad legal, incluso si se habla de respetar los usos y costumbres y los sistemas normativos internos, ya que se considera que en última instancia están marcados por los límites constitucionales y los derechos humanos, lo que se toma como dogma jurídico y no como referente de valoración.

²⁸ Lo siguiente es un extracto de una resolución judicial por homicidio involucrando brujería en donde se desarrolló un peritaje cultural por parte de Ana Hilda Ramírez (sept. 1996), miembro de la subdirección de Antropología Jurídica del INI, que sin embargo no fue considerado para reducir la pena. La cita revela el lenguaje “críptico” y contradictorio de la argumentación judicial que si bien reconoce la obligación del Estado de reconocer la diferencia cultural al mismo tiempo sujeta su valoración a la idea suprema de la igualdad jurídica en la ley: “Establecido lo anterior y no obstante la obligación que tiene el Estado de preservarles y respetar su lengua materna, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social de los pueblos que se autoidentifican, no se viola su derecho a la diferencia cultural, porque la ley es aplicable a todos los individuos, independientemente de su género, raza, lengua o religión, cuando el sujeto viola una norma jurídica de carácter obligatoria abstracta y que está sancionada por el poder público...” Resolución a la apelación del proceso 627/97, Supremo Tribunal de Justicia de S.L.P.: 45

²⁹ Sobre peritajes lingüísticos ver de León, Lourdes. “Mixtecos y analfabetas: poder y resistencia en la corte norteamericana” en *Dimensión Antropológica*, año 6 (15), enero/abril, 1999, 113-130., y Pardo, Teresa. “El peritaje lingüístico como herramienta jurídica de defensa”, en *Diario de Campo*, Suplemento 3, Sept. México, INAH-CONACULTA: 1999.

Hacia modelos alternativos del reconocimiento judicial de la diferencia cultural y el derecho indígena. Retos desde la interlegalidad

Sin duda, los cambios legales y la reforma del Estado aún en sus limitaciones están generando transformaciones en las dinámicas del campo jurídico y en las maneras de pensar el derecho indígena y la diversidad, en lo cual ha incidido también el nuevo contexto internacional de defensa y promoción de los derechos indígenas. Autores como Boaventura de Souza Santos³⁰, advierten sobre el papel de la globalización del derecho en su doble vertiente: la globalización desde arriba, impuesta desde los centros de poder transnacional y nacional, y la globalización desde abajo, o contra-hegemónica, que busca confrontar o redefinir el sentido de los cambios legales. De esta manera se busca resaltar las fuerzas involucradas en los procesos de reforma jurídica y su impacto en los espacios locales, lo que ha agudizado la relación y el traslape de diferentes órdenes legales vigentes en un mismo campo social. Es en este proceso que cobra mayor fuerza una perspectiva desde la interlegalidad para dar cuenta de la vigencia de una constelación de legalidades en las sociedades contemporáneas, incluidas las indígenas, los cuales operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales³¹. De esta manera las visiones tradicionales del pluralismo jurídico, basadas en un dualismo jurídico que separa el derecho indígena del derecho del Estado, resultan insuficientes para pensar la relación de los sistemas jurídicos y sus mutuas determinaciones. En este apartado me interesa señalar algunos elementos desde la interlegalidad que ayudan a comprender los procesos de renovación y actualización de la justicia y del derecho indígena, en los nuevos contextos institucionales de reconocimiento constitucional abiertos por el Estado, y las respuestas gestadas desde las organizaciones indígenas a dichos procesos.

Tradicionalmente en el estudio del pluralismo jurídico se ha tendido a construir a los sistemas jurídicos, el derecho estatal y el derecho indígena, como sistemas opuestos y excluyentes, lo que ha

³⁰ Santos, Boaventura de Souza. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y de la emancipación*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999.

³¹ Santos, *Ibíd.*

impedido analizar cómo dichos sistemas no solamente se oponen y entran en conflicto sino que también se construyen y se influyen mutuamente, en el marco de relaciones de poder³². Desde una visión antropológica, interesada en documentar al derecho en acción³³, ha surgido el interés de comprender cómo dichos sistemas jurídicos son actualizados, interpretados y negociados desde las miradas y prácticas de los actores sociales, individuales y colectivos, en determinados contextos y campos legales. El concepto de interlegalidad permite justamente abordar dichos traslapes e intersecciones jurídicas, y en ese sentido ofrece una perspectiva diferente para analizar el pluralismo jurídico y el derecho indígena. De acuerdo a Santos, la interlegalidad es la dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico, permite comprender como diferentes órdenes legales gestados desde distintos espacios y tiempos son activados por los sujetos sociales de acuerdo a diferentes contextos e intereses³⁴. Dichos traslapes son especialmente sugerentes para mostrar el sentido en que el colonialismo y la globalización han incidido en la conformación del derecho indígena y en las mismas políticas de acceso a la justicia, por lo que no es posible pensar en sistemas jurídicos indígenas como sobrevivencias de un pasado indígena, o reproductores solamente de “usos y costumbres”. Tal planteamiento no implica sin embargo que con esto se niega la especificidad de los sistemas jurídicos y de las lógicas culturales que los definen, lo que pretende es comprender como dichos sistemas y lógicas jurídicas se han producido en una relación histórica de tensión y conflicto con las lógicas propias del derecho occidental, lo que las ha marcado. Por eso lo que reconocemos hoy en día como derecho indígena es el resultado de múltiples procesos de transacción, negociación y resistencia, y en gran medida ha sido moldeado por las relaciones de dominación y tensión con los sistemas jurídicos dominantes: del colonizador,

³² Merry, Sally. “Legal Pluralism”, *Law & Society Rev.*, 2: 869-896.

³³ Nader, Laura. *The Life of the Law. Anthropological projects*. University of California Press, 2002.

³⁴ Boaventura de Santos Souza desarrolla la concepción del derecho como mapas legales interactuando en distintos espacios y tiempos en un mismo campo social, lo cual ofrece una mirada muy sugerente para comprender la conjunción de legalidades y su activación por los actores sociales, especialmente en el contexto contemporáneo donde los sistemas jurídicos internacionales inciden directamente en las prácticas legales locales y nacionales. Santos, Boaventura de Souza. “Law: A Map of Misreading: Towards a Postmodern Conception of Law” en *Journal of Law and Society*, vol. 14, n. 3: 279-302, 1987.

primero, del derecho estatal nacional, posteriormente, y hoy en día del derecho internacional. Además el propio derecho internacional ha proporcionado el lenguaje desde donde definir y legitimar el derecho indígena, así como foros centrales para su defensa ante los estados. Pero también, al igual que todo sistema de derecho los sistemas jurídicos indígenas no sólo se han transformado sino que se encuentran insertos en relaciones de poder y son ellos mismos cristalizaciones de jerarquías y poderes.

La perspectiva de la interlegalidad ha inspirado una serie de trabajos de investigación para documentar la práctica de la justicia en regiones indígenas, pero también para discutir las nuevas políticas de reconocimiento multicultural y de acceso a la justicia³⁵.

¿Cuáles son las implicaciones para pensar la justicia y el derecho indígena desde la perspectiva de la interlegalidad?

Un estudio colectivo sobre la justicia y el conflicto cultural en diferentes regiones indígenas de México nos permitieron documentar las prácticas de la justicia y los usos del derecho en el ámbito de las comunidades y en las instancias judiciales municipales y distritales del Estado³⁶. Históricamente, la justicia indígena ha sido una justicia subordinada, limitada generalmente a los asuntos de baja cuantía y al espacio reducido de las pequeñas comunidades, sin ser considerada por el Estado como justicia indígena con su derecho propio. En muchos casos ha sido más bien una justicia auxiliar e integrada a la estructura judicial del Estado, si bien en otros, por condiciones particulares consiguió reproducirse una justicia más

³⁵ Sierra, María Teresa. "Customary Law and Indigenous Rights in among the Nahuas of the Sierra Norte de Puebla", *Law & Society Rev.*, vol. (29), n. 2: 227-257; Sierra, M. Teresa. *Haciendo justicia...*; Chenaut, Victoria. "Honor, disputas y usos del derecho entre los totonacas del Distrito Judicial de Papantla Veracruz", tesis de doctorado en Ciencias Sociales, Zamora, Mich., COLMICH., 1999; Orellana, René. *Interlegalidad y campos jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes jurídicos semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia*, Universitat van Amsterdam, 2004; Garza Caligaris, Anna María. *Género, interlegalidad, y conflicto en San Pedro Chenalhó*, UNICACH/PROIMMSE-UNAM, 2002; Sieder, Rachel. *Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala*, Guatemala, FLACSO, 1996.

³⁶ La investigación se realizó en cinco regiones indígenas de México: con población Nahuá en la Sierra Norte de Puebla (María Teresa Sierra e Ivette Vallejo), Totonacos de la región de Papantla, Veracruz (Victoria Chenaut), Zinacantecos de los Altos de Chiapas (Jane Collier), Mixes de Totontepec, Oaxaca (Elisa Cruz), Mixtecos de Metlatónoc, Guerrero (Maribel Nicasio), y Triquis, Mazahuas y Otomfes de la ciudad de México (Rebecca Igreja), ver Sierra, María Teresa (ed.). *Haciendo justicia: Interlegalidad...*

autónoma. Según pudimos observar en el estudio mencionado, la fuerza de las jurisdicciones indígenas ha variado según los contextos y las historias de relación, subordinación y conflicto de las comunidades indígenas con el Estado, de ahí que no se pueda hablar de un sólo modelo de justicia indígena. Así, por ejemplo, la justicia entre los zinacantecos en Chiapas ha gozado históricamente de una real autonomía debido a la legitimidad de las autoridades tradicionales y a su fuerza para negociar con las instituciones y funcionarios estatales manteniéndolos fuera de su jurisdicción; en oposición a esto se encuentra el caso de una gran parte de comunidades indígenas del centro del país, como la región *nahua* de la Sierra Norte de Puebla, las comunidades *otomíes* del Mezquital, los *totonacas* de Papantla, donde los ámbitos de jurisdicción han estado históricamente subordinados ante el Estado con espacios mínimos para ejercer una justicia propia. Mientras en el caso de Guerrero un estado débil, con fuerte impunidad y violencia social así como una pobreza extrema ha fragilizado las instancias comunitarias propiciando experiencias de justicia diferenciada que van de la justicia a mano propia a modelos renovados de una justicia indígena alternativa. En estos contextos, con más o menos fuerza el Estado ha penetrado los espacios de la justicia indígena, limitando las competencias, interviniendo y poniendo límites, e incorporándolos a una cultura jurídica y estructura judicial que ha obligado a los pueblos a generar estrategias diferenciadas para mantener y reproducir sus instituciones y formas de gobierno. Esto sin embargo no impidió la vigencia de una justicia indígena, con autonomía relativa para juzgar ciertos asuntos, con base en normas y autoridades propias, si bien las jurisdicciones han debido responder a las presiones y modelos jurídicos del sistema dominante. La oficialización de acuerdos, la exigencia de informes, actas, sellos, la elaboración de reglamentos internos, el uso del discurso legal para garantizar acuerdos internos (de herencia, tierras, etc.) pero también la decisión de pasar asuntos a la jurisdicción del Estado por su gravedad, así como su intervención para cuestionar decisiones de las autoridades indígenas e imponer su ley, ha sido una constante histórica en la vida de las comunidades que han sabido también usar la ley a su beneficio e incluso para resistir ante el Estado. De esta manera, la justicia indígena ha debido renovarse y atender a nuevas problemáticas y realidades, lo que en ocasiones ha significado su fragilidad y pérdida de legitimidad, como puede observarse en varias regiones del país, donde la autoridad tradicional no tiene más que

una vigencia simbólica; o bien según sucede en otras regiones, la justicia indígena ha conseguido renovarse aprovechando las nuevas coyunturas de reconocimiento y apertura de instancias multiculturales.

Las reformas legales en materia indígena, a pesar de sus limitaciones apuntarían en principio a abrir alternativas al asimilacionismo jurídico, potenciar una justicia indígena y legitimarla ante el Estado y sus instituciones. Según hemos señalado los cambios son recientes y se dan dentro del marco de un multiculturalismo restringido, por lo que difícilmente podrán garantizar el ejercicio de verdaderas jurisdicciones indígenas. Aún así, habrá que esperar un tiempo para averiguar su impacto real en términos de fortalecer o no las instancias indígenas y a sus autoridades. En este contexto, lo que sí puede observarse, al menos en algunas regiones, es un proceso de discusión y renovación en torno a la justicia indígena, dentro y fuera de los marcos legales establecidos por el Estado. Dicho proceso está abriendo el espacio para definir desde nuevos lentes el derecho indígena, sus alcances y potencialidades en lo cual nuevos lenguajes de derechos provenientes de la legislación nacional e internacional juegan un papel fundamental: por ejemplo, el concepto mismo de derechos, de derechos humanos, derechos de las mujeres, derechos ambientales y de propiedad intelectual, así como los mismos derechos de autonomía. El sentido que adquieren estos nuevos discursos y su apropiación por los actores indígenas revela nuevamente que no estamos ante sistemas jurídicos auto-contenidos ni sociedades cerradas, sino por el contrario se trata de sociedades con gran capacidad de innovación para potenciar sus formas de gobierno y organización, como sucede con el juzgado indígena de Cuetzalan, antes mencionado. O bien ante sociedades que están incluso yendo más allá de los márgenes establecidos por el Estado ante lo limitado de las reformas legales, como lo muestran hoy en día las Juntas de Buen Gobierno zapatistas, en Chiapas, y la experiencia de justicia y seguridad pública de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias en la Costa Montaña de Guerrero³⁷. Ambos casos dan cuenta de una gran creatividad social para desarrollar modelos

³⁷ Sobre las Juntas de Buen Gobierno en Chiapas, ver el trabajo de Cerda, Alejandro. “Desafíos del espacio público en los municipios autónomos zapatistas” en *Rev. Memoria* 177, nov. 2003 y en torno a la justicia practicada por la policía comunitaria de Guerrero y el debate sobre los derechos humanos, ver Sierra M. Teresa. “La renovación de la justicia indígena...” y Sandoval, Abigail. “No es lo mismo la teoría que la práctica...”.

propios de justicia y gobierno en donde lo colectivo se enfrenta al reto de redefinir tradiciones arraigadas y dar lugar a las voces subordinadas considerando el discurso de los derechos humanos para avanzar en propuestas de justicia más acordes con las necesidades y realidades de los pueblos. Dichas experiencias se encuentran reinventando la justicia indígena desde modelos culturales propios, abiertos y dinámicos, y con gran legitimidad social lo que les está permitiendo enfrentar la violencia, la impunidad, y dar salida a la conflictividad local, y en este sentido contribuyen a la paz social y a construir un Estado de derecho plural y más justo. Sin duda los procesos se dan en el marco de contradicciones internas, como toda sociedad, por lo que no hay que idealizarlos, no obstante su misma permanencia da cuenta de su vitalidad, lo que significa también retos para el Estado.

**Políticas de reconocimiento y reformas legales.
Retos, alternativas y miradas críticas. A manera
de conclusiones**

A lo largo del texto he querido mostrar algunos aspectos que marcan las políticas de reconocimiento y sus límites para reconocer la justicia y el derecho indígena. A los primeros momentos de entusiasmo que marcaron las reformas en materia indígena en México y en otros países de América Latina le han seguido una serie de análisis críticos que revelan las limitaciones en las que se insertan dichos cambios, que finalmente apuntan a redefinir los pactos de la hegemonía estatal, bajo un nuevo contexto de globalización y transnacionalismo neoliberal. El multiculturalismo como política de Estado no resulta ser una fase que por sí misma resuelva la problemática de la discriminación y exclusión de los pueblos indígenas. Si bien ha propiciado nuevos lenguajes de reconocimiento que cuestionan la visión liberal asimilacionista y apuntan a legitimar la diversidad cultural, esto no necesariamente va en el sentido de fortalecer una nueva relación del Estado y los pueblos indígenas. A pesar de todo, es también importante mirar las respuestas de los actores sociales a dichas políticas y mostrar que aún en sus límites observamos procesos de apropiación y renovación de la justicia indígena, así como nuevos foros para reclamar los derechos a niveles nacionales e internacionales. Por esto mismo resulta también importante cuestionar visiones arraigadas en torno al pluralismo

jurídico y el derecho indígena, como entes aislados y auto-contenidos, para documentar la manera en que los sistemas jurídicos y las instancias de la justicia indígena están abriendo nuevas opciones para pensar la diferencia cultural y los derechos colectivos. Por ello la perspectiva de la interlegalidad ofrece una mirada más enriquecedora para analizar dichos procesos.

¿En qué sentido la interlegalidad nos ofrece nuevas perspectivas para pensar los retos de las políticas de reconocimiento y el pluralismo jurídico?

La perspectiva de la interlegalidad no pretende sustituir el concepto de pluralismo jurídico sino más bien enriquecerlo añadiendo una visión de proceso social, de cambio y de poder, lo que resulta necesario para pensar en las políticas de reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos indígenas. En este sentido es posible hacer las siguientes reflexiones:

- a) Para evitar caer en fundamentalismos culturales y orientar³⁸ a las culturas indígenas, considerándolas como entes fuera de la historia y del poder, es necesario entender que las sociedades indígenas como toda sociedad son dinámicas y cambiantes. Defender la diferencia cultural no significa pensar a las culturas como entes cerradas, atemporales y consensuales, y justificar con ello la imposibilidad de diálogos culturales. Los diálogos deben plantearse en ambas direcciones para que no solamente las sociedades indígenas se adecuen a las exigencias de la sociedad mayor, sino también las sociedades nacionales cuestionen modelos excluyentes y homogenizantes sobre la ley y la cultura. Una apuesta central desde esta perspectiva es la de cuestionar las ideologías legales dominantes basadas en el positivismo jurídico desde las cuales se ha tendido a esencializar e inferiorizar a las culturas indígenas para evitar comprenderlas en sus propias lógicas culturales y de poder.
- b) Desde su condición subordinada los pueblos indígenas han aprendido a ampliar su repertorio cultural y legal plural, a moverse entre distintas lógicas y racionalidades y a construir

³⁸ El concepto de orientalismo es propuesto por Edward Said para referirse a la manera en que Occidente construye al Otro, no occidental, como sociedades suspendidas en el tiempo, fuera de la historia y del poder, para justificar los fines de la dominación colonial, y la inferiorización de dichas sociedades. Cfr. Said, Edward. *Orientalism*, New York, Vintage Books.

nuevos conocimientos que les permiten articular mundos de vida diferentes, tal como lo revela la historia colonial y la historia contemporánea de los pueblos indígenas³⁹. Esta capacidad puede ser utilizada a su beneficio si la incorporación de nuevos lenguajes o el recurso a instancias del Estado no significa debilitar sus propios espacios de decisión y autonomía en tanto pueblos. De acuerdo a Catherine Walsh: “Más allá de la diversidad, el reconocimiento y la inclusión pone en juego la diferencia no sólo colonial sino cultural para negociar la unidad en la diversidad”⁴⁰.

- c) Varios autores advierten sobre los diferentes sentidos que puede tomar la nueva constitucionalidad multicultural: si con ella se apunta a transformar las relaciones de poder excluyentes y dominantes en la que han estado insertos los pueblos indígenas; o si se construye la multiculturalidad desde la lógica estatal, reproduciendo su propia institucionalidad. Es por ello importante destacar el papel del capitalismo neoliberal en el impulso de políticas multiculturales y descentralizadoras y su incidencia en limitar los alcances del reconocimiento⁴¹.

En suma, la nueva legislación multicultural si bien contribuye a empoderar a los pueblos indígenas también puede ser un dispositivo en la tecnología del poder y la domesticación, como lo apunta Walsh. No hay nada inherentemente progresista o emancipador en el

³⁹ Borah, Woodrow. “The Spanish and the Indian Law: New Spain” in G. Collier, R. Rosaldo & J. Wirth (Eds.). *The Inca and the Aztec States 1400-1800*. Academic Press, New York, 1982.

⁴⁰ Catherine Walsh desarrolla un argumento crítico sobre políticas de reconocimiento, interculturalidad y justicia que coinciden en gran medida con los planteamientos que desarrollo en este texto sobre la interlegalidad y la justicia. Retomo aquí algunas de sus ideas. Walsh, Catherine. “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, www.uasb.edu.ec/padh.

⁴¹ Hale, Charles. “Does multiculturalism menace?...”, 2002; Assies, Willem. Gemma Van der Haar y André Hoekema. *El reto de la diversidad...* (op cit); Speed, Shannon y María Teresa Sierra (coords.) “Critical Studies on Human Rights and Multiculturalism in Latin America”, *Número Especial de la Revista. PÓLAR (Political and Legal Anthropological rev.)*, AAA, University of California Press. Vol. 28 (1) mayo 2005; Sieder, Rachel. “Impulsando las demandas indígenas a través de la ley: Reflexiones sobre el proceso de paz en Guatemala” en Pitarch, Pedro y Julián López García (eds.). *Los derechos humanos en tierras mayas*, Universidad Complutense, Madrid, 2001, 55-82; Van Cott, Donna. *The friendly liquidation of the Past: The politics of diversity in Latin America*. Pittsburg, University of Pittsburg Press, 2000.

pluralismo legal, tampoco implica igualdad; no se trata de desconocer los avances en las políticas de reconocimiento sino de advertir las posibles trampas de la institucionalidad indígena si estas no apuntan también a transformar los sistemas de la desigualdad social. Una interpretación desde la interlegalidad interesada en dar cuenta de las prácticas jurídicas debe entonces apostar a construir visiones no cerradas de los sistemas jurídicos indígenas y del Estado, a pensar en sus necesarias conexiones contemplando también las relaciones de poder en las que se insertan. De esta manera, pensar la interlegalidad implica apostar a construir diálogos interculturales en donde los sistemas jurídicos puedan enriquecerse mutuamente y transformarse, para permitir cambios en los órdenes sociales en su conjunto y el que las sociedad indígenas tengan la posibilidad de definir los límites y alcances de sus jurisdicciones; lo que también significa considerar sus vínculos con la sociedad nacional y la necesidad de garantizar salidas a las propias controversias internas y a las voces minorizadas. El diálogo intercultural en ese sentido pretende ir más allá de los esquemas limitados del pluralismo jurídico aditivo para definir alternativas que fortalezcan los gobiernos indígenas y su justicia, sin cerrar la posibilidad de tener acceso a la jurisdicción del Estado y a la jurisdicción internacional en aras de defender sus derechos como pueblos.

Anexo 1

Reconocimientos legales en términos de justicia indígena y acceso a la jurisdicción del estado en México⁴²

Campeche	Figura Juzgados de Conciliación: (Ley Orgánica Poder Judicial 1997) / jueces y suplentes propuestos por el gobernados. NO obligatoriedad, competencia limitada a asuntos de menor cuantía, no asuntos mercantiles o de divorcio. Subordinados a rendir informe c/3 meses a los juzgados de Primera instancia. / Subordinación a las autoridades jurisdiccionales Edo.
Chiapas	Códigos Procedimientos Civiles y Penales y Ley Orgánica Poder Judicial: figura de juzgados de Paz y de conciliación. Las autoridades tradicionales como auxiliares de la administración de justicia. Sólo jurisdicción cuando las partes son indígenas. Aplicación usos y costumbres salvaguardando garantías individuales y d.h. Requisitos de ser lic. En derecho para ser Juez de Paz y Conciliación. Creación de una Sala Indígena en el Supremo Tribunal de Chiapas, como Segunda Instancia de juicios de los Juzgados de Paz y Conciliación
Oaxaca	Reconocimiento de sistemas normativos internos de pueblos y comunidades indígenas, y legislación reglamentaria de formas de homologación y convalidación. Reconocimiento adaptación sistemas normativos con el tiempo y circunstancias. Validez formas internas siempre que no contravengan la Constitución del estado ni vulneren d.h. La ley establece que las decisiones autoridades indígenas serán compatibilizadas y convalidadas cuando se sometan a su consideración siempre que no contravenga la Const. de la Rep.
Quintana Roo	Único que cuenta con una ley de justicia indígena. Se considera a la justicia indígena como alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria, y al fuero de los jueces de orden común. Se establece un sistema de supervisión, capacitación y orientación de los jueces tradicionales. Se creará un Consejo de la Judicatura Indígena que incluye a representantes de los jueces tradicionales.
Puebla	Se reconocen los Procedimientos de la justicia indígena, como medios alternativos a la jurisdicción ordinaria, para garantizar el acceso a la jurisdicción del estado. Aplicación de los sistemas normativos entre integrantes de pueblos y comunidades indígenas, sólo límite respeto a los

⁴² Cuadro elaborado a partir de información tomada de Assies, Willem, "Reforma jurídica en Michoacán y pluralismo jurídico" y de indagaciones propias. En dicho trabajo, Assies hace un balance comparativo de reformas en materia de justicia indígena a nivel de Ecuador, Bolivia, Colombia y México.

	<p>derechos fundamentales de la Constitución, los tratados y los derechos de las mujeres y niños. Procedimientos no sujetos a formalidades, preferentemente orales, y de desahogo expedito. Las autoridades deben dejar constancia por escrito en su lengua o la que se convenga. Definición de las medidas de apremio a ciertos límites. Someterse a la jurisdicción indígena significa reconocer y validar los sistemas normativos y las autoridades, así como sus resoluciones. Derecho del demandado a no someterse a la justicia indígena. Reconocimiento de acuerdos como cosa juzgada. La validación de los procedimientos ante jueces ordinarios sólo en caso de inconformidad. La validación la hará el Juez Civil del Distrito Judicial. La validación será para verificar si se respetaron los derechos y principios que limitan al medio alterno pero para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Se crean también Juzgados Indígenas municipales (cuyo estatuto se equipara al de los jueces Menores Mixtos (de lo Civil y penal) municipal y juzgados de paz). Hay ambigüedad en su resolución; se crean junto con otras instancias alternativas como las de mediación, las comisiones de d.h., peritos legales. Atender asuntos que intervengan indígenas, deben conocer el idioma materno. Creación de lista de intérpretes, y reconocimiento de magistrados especializados en materia indígena.</p>
San Luis Potosí	<p>Se establece una Iniciativa de Ley sobre Administración de Justicia Indígena y Comunitaria del Estado de San Luis Potosí, (sep. 2004): reconoce a las autoridades comunitarias y al Juez Auxiliar como figuras centrales de la administración de justicia. La ley establece que: la justicia indígena es alternativa a la jurisdicción ordinaria. Si una de las partes no es indígena la sujeción a dicha ley depende de la voluntad de los involucrados; se dota de jurisdicción y competencia a los jueces auxiliares quienes actuarán como mediadores o árbitros con base en sus usos y costumbres; los procedimientos vigentes en las comunidades con base en sus sistemas normativos sólo serán limitados por las garantías individuales. Se establece que el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, capacitará, supervisará y orientará a los jueces auxiliares; se reconoce que si las partes solucionan la controversia será sentencia ejecutoria; los jueces auxiliares tendrán competencia para conocer y resolver competencias en materia civil, familiar y penal. No conocerán de delitos considerados graves en el Código Penal, se definen los alcances de las multas y medidas de apremio.</p> <p>Única reforma que reconoce a las comunidades indígenas como sujeto de derecho público (lo que no hace la reforma federal), y reconoce derechos a las mujeres como acceder a cargos de representación y beneficios para el desarrollo productivo. La validación de las decisiones de las autoridades indígenas se hará con referencia las garantías individuales y considerando la normatividad vigente en el estado y respeten los derechos de las mujeres. Sello del juez indígena validado por la asamblea.</p>