

1. La irrupción de lo indígena en el Derecho Administrativo mexicano**

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. LOS SUJETOS DE DERECHO INDÍGENA. EL PUEBLO Y LA COMUNIDAD: 1. EL PUEBLO INDÍGENA. 2. LA COMUNIDAD. III. ¿QUÉ TIPO DE SUJETOS JURÍDICOS?: 1. EL PUEBLO INDÍGENA COMO SUJETO JURÍDICO. 2. LA COMUNIDAD INDÍGENA COMO SUJETO DE DERECHO. IV. SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO Y DE INTERÉS PÚBLICO. V. LA COSTUMBRE INDÍGENA: 1. LA COSTUMBRE INDÍGENA EN EL ORDEN JURÍDICO. 2. ¿QUÉ ES LA COSTUMBRE? 3. LA COSTUMBRE COMO FUENTE. 4. ¿QUÉ PECULIARIDADES TIENE LA COSTUMBRE INDÍGENA? 5. LA COSTUMBRE COMO HECHO Y COMO NORMA. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRESENTACIÓN

Cuando parecía que México se encontraba en la cúspide de la “modernidad”, luego de profundas transformaciones a la estructura administrativa y regulatoria (privatizaciones, apertura de la economía al mercado mundial, liberalizaciones de diversos sectores antes monopólicos y en manos del Estado), estalló de manera violenta el conflicto armado en Chiapas¹. Compuesto en su mayoría por indígenas el Ejército Zapatista de Libera-

* Jefe del Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Profesor de Derecho Administrativo.

** Este estudio es una versión ampliada de otro preparado inicialmente para la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de México, organismo gubernamental.

¹ Chiapas es un estado componente de la federación mexicana ubicado en el sureste en frontera con Guatemala.

ción Nacional (sus siglas son EZLN) dio a conocer sus demandas. Inicialmente parecía un movimiento guerrillero de corte socialista, luego de algunos enfrentamientos con el ejército mexicano, se inició un proceso de diálogo en el que sus demandas evolucionaron hacia la “autonomía indígena”. Tal demanda tuvo su mejor expresión en los llamados “Acuerdos de San Andrés”² y que luego dio lugar a diversas iniciativas de reforma constitucional. La imposibilidad de tener un acuerdo entre el Gobierno federal y el EZLN en un texto de iniciativa motivó la ruptura del diálogo que formalmente subsiste hasta el momento (se dice que hay un diálogo suspendido). Al arribo del Presidente Vicente Fox en el año 2000 se reavivó el proceso de reforma constitucional, luego de la presentación de una iniciativa de reformas presentada por él, más por un gesto de salir del paso que por un interés en impulsar los acuerdos de San Andrés³, el Congreso aprobó una reforma a diversos artículos constitucionales. Aun cuando el nuevo texto constitucional difería de la solución que impulsaba el EZLN, sí contiene la reivindicación de autonomía considerándola como un derecho de los “pueblos” y “comunidades” indígenas. Con ello se introducen nuevos sujetos jurídicos indígenas: el pueblo y la comunidad, así como la expresión de su orden jurídico: la costumbre.

Esta colaboración tiene el propósito de exponer de qué manera la incorporación de los sujetos indígenas y la costumbre impactan al ordenamiento jurídico mexicano y en particular al derecho administrativo. Como se verá, los pueblos y las comunidades indígenas así como la costumbre no solamente tienen su espacio normativo del lado de los “derechos”, la cuestión es más compleja: sí, como es el caso, las comunidades indígenas son entidades territoriales que ejercen “autoridad”, una autoridad basada en costumbre, y sus funciones son administrativas, entonces, se podrá asomar la relevancia del tema: el ejercicio de potestades administrativas por autoridades indígenas y la costumbre como fuente del derecho administrativo.

La reforma de abril de 2001 a los artículos 2º y 115 constitucionales incorpora en el ordenamiento constitucional normas que establecen diversos “derechos fundamentales” de los pueblos indígenas, así como obligaciones, mandatos a la autoridad y fines a la acción pública⁴. Del enuncia-

² La denominación viene de San Andrés Larrainzar, municipio de Chiapas donde tuvieron lugar los diálogos entre el Gobierno mexicano y el EZLN.

³ Véase al respecto COSSÍO, JOSÉ RAMÓN, «Análisis Jurídico de los Acuerdos de San Andrés Larrainzar», *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, No 1, julio-diciembre de 1998, INAP, Madrid, pp. 213-298.

⁴ Respecto a la precisión conceptual de las normas que establecen derechos fundamentales, mandatos, obligaciones y fines, puede consultarse a J. ROLDÁN XOPA, *Constitución y mercado*,

do del primer párrafo del apartado “A” del artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se extraen como sujetos de tales derechos a los “pueblos y comunidades indígenas”. Aparentemente dichos sujetos serían titulares de “derechos”. Sin embargo, tal aproximación resulta equívoca, pues lleva a ignorar las diferencias que del propio texto constitucional se establecen entre pueblo y comunidad, que los distinguen como conceptos, como sujetos jurídicos, y abre diversos regímenes jurídicos para cada uno de ellos.

II. LOS SUJETOS DE DERECHO INDÍGENA. EL PUEBLO Y LA COMUNIDAD

Este apartado tiene el propósito de establecer la identificación conceptual de “pueblo” y de “comunidad indígena”, sus características y la traducción de los mismos como sujetos de derecho.

1. EL PUEBLO INDÍGENA

El segundo párrafo del artículo 2 de la CPEUM señala:

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.

El concepto de pueblo está relacionado inmediatamente con sus componentes individuales, a su vez identificados por un conjunto de características (étnicas e institucionales sociales, económicas, culturales y políticas), sea que las conserven en todo o en parte. El primer referente de un pueblo indígena es, así, una población (de una población desciende otra población) o conjunto de seres humanos o personas físicas. Habría tantos pueblos indígenas; como poblaciones se encuentren o localicen en territorio mexicano identificables entre sí por las características anotadas⁵.

En este primer sentido, es decir, como población, el pueblo indígena se subjetiviza, es sujeto jurídico en sus componentes individuales (los indígenas individualmente considerados).

Porrúa, 2004, así como a M. CARBONELL, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, UNAM, 1998, p. 186.

⁵ La población indígena se calcula en 12 millones de personas y se hablan 62 lenguas, Véase http://cdi.gob.mx/index.php?id_seccion=3, consulta hecha el 30 de junio de 2006.

Este significado del pueblo indígena sería similar al que se puede derivar de otros usos del término *pueblo* que la propia Constitución emplea. Así, por ejemplo, el pueblo mexicano designaría a la población del Estado mexicano y sería no más que el conjunto de mexicanos. Como componente poblacional o ámbito personal de validez, el pueblo mexicano no conformaría un sujeto jurídico (en su totalidad) *distinto* de los Estados Unidos Mexicanos.

Para que el pueblo indígena pase de ser un concepto enunciativo de un conjunto de personas a otro que designe a un centro de imputación jurídica distinto de sus componentes, requiere de alguna forma de constitución como tal. Este segundo significado se extrae del enunciado trascrito, en el cual el sujeto del derecho son los pueblos indígenas.

Para que se verifique este paso se requiere resolver dos cuestiones: ¿qué tipo de sujeto jurídico se constituirá? y ¿cuál es el modo o forma de constitución? De la respuesta que se dé a las cuestiones anteriores se derivará el modo en el que el sujeto jurídico podrá actuar en el ejercicio de sus derechos.

Independientemente de lo anterior, cualquiera que sea el tipo y el modo de constitución, tiene que ser un sujeto construido a partir de su componente poblacional; es decir, lo constituyen los miembros del pueblo indígena.

2. LA COMUNIDAD

La reforma constitucional distingue a la comunidad como el otro sujeto indígena de carácter colectivo. El artículo 2º la caracteriza de la siguiente forma:

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.”

Respecto a éstas, la propia disposición constitucional señala que las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las normas para su reconocimiento como “entidades de interés público”. El Artículo 115 reformado prevé la posibilidad de asociación entre las comunidades.

Los elementos establecidos en el texto que se glosa indican en primer término que, entendidas como parcialidades de un pueblo indígena, las comunidades tienen tal carácter porque se conforman como una unidad

de organización asentada en un territorio en el que se ejerce una autoridad.

Habría, pues, un elemento poblacional perteneciente a un pueblo indígena, un territorio sobre el que se asienta, un determinado modo de organización o estructuración social en el que se identifican autoridades y un orden normativo de carácter consuetudinario.

La comunidad indígena tiene elementos comunes a las entidades territoriales de derecho público, tales como la Federación, los estados o municipios, en tanto son colectividades organizadas que cuentan con ámbitos personales y espaciales de validez, una organización de sus autoridades y un conjunto de normas que componen su ordenamiento jurídico.

No obstante, las referencias constitucionales dejan también términos que introducen conceptos que producen ambigüedad en las definiciones, en particular el enunciado “entidades de interés público”.

Las anteriores cuestiones permiten establecer una primera aproximación para distinguir entre el pueblo y la comunidad, en tantos sujetos que son perfilados por la reforma constitucional.

III. ¿QUÉ TIPO DE SUJETOS JURÍDICOS?

Tomando en consideración los elementos que son proporcionados por el texto de la reforma constitucional, así como sus antecedentes normativos (en particular el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo) e históricos (iniciativas de reforma constitucional, especialmente la basada en el proyecto de la Comisión de Concordia y Pacificación⁶ y los Acuerdos de San Andrés), se desprende la necesidad de “reconstruir”, a partir de la conformación de las ideas de autonomía, qué tipo de sujetos jurídicos se tenía en mente o se quiso establecer. La tarea resulta también necesaria debido a que en la discusión se careció de una rigurosidad jurídica que aclarara el debate y diera mayor precisión al lenguaje utilizado.

El problema central parte de la identificación que se hizo en el proceso de negociación de San Andrés, en las propuestas constitucionales y en el texto constitucional, de los términos autonomía y libre determinación como “derechos”. De esta suerte, sin reparar en mayor medida en su vinculación con las funciones de los sujetos, se formalizó a la autonomía

⁶ Se trata de una Comisión del Congreso pluripartidista con funciones de mediación entre el Gobierno y el EZLN, creada por la Ley para el Diálogo, La Conciliación y la Concordia y la Paz Digna en Chiapas, aprobada por el Congreso y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de marzo de 1995.

y la libre determinación como “derechos” de los pueblos y las comunidades.

Es importante abundar en el análisis del concepto de “derechos” porque resulta fundamental para esclarecer el tipo de sujetos jurídicos que serían los pueblos y las comunidades indígenas. Omitir tal ejercicio tendría el riesgo de incurrir en la misma confusión que se critica.

El término “derechos” establece ámbitos o posibilidades de actuación de los sujetos, pero también determina la posición y el régimen jurídico al que se sujeta su actuación. La positivización que se hizo de los mismos en la llamada “parte dogmática” de la Constitución reitera tal cuestión dándole la jerarquía de derechos fundamentales a tales derechos de autonomía y libre determinación.

En la tradición del constitucionalismo clásico, la función de la positivización de los derechos del hombre, garantías individuales en nuestra terminología, la más moderna de derechos humanos o la de derechos fundamentales, es incorporar limitaciones al poder público o bien determinadas obligaciones de hacer frente a los gobernados a quienes correspondía la titularidad de tales derechos. Así pues, una primera manifestación constitucional del término “derechos” es la de establecer posiciones: la de aquellos que ejercen el poder (Estado, gobierno, autoridad) a quienes corresponde el *imperium* y de aquellos que por carecer de tales características son titulares de “derechos”. La posición de los sujetos con *imperium* (el Estado) y la de quienes son titulares de derechos (los hombres, gobernados, ciudadanos, etcétera), determina el régimen jurídico al que están sujetos.

Lo que permite explicar con relativa sencillez lo anterior es el principio conocido como “de legalidad”: la autoridad solamente puede hacer aquello para lo que está facultada, los particulares pueden hacer aquello que no esté prohibido.

Así pues, en principio, si los pueblos y comunidades indígenas tienen “derechos”, su posición sería como “gobernado” y, por tanto, su actividad estaría condicionada o limitada por las prohibiciones que estableciera el ordenamiento jurídico y no por la regla de facultades expresas. Sin embargo, esta afirmación encuentra dificultades para ser aplicada con plenitud en la medida en que del propio texto que enumera los “derechos” señala también ciertas funciones que se predicen de la autoridad, en particular, las de “Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.” O bien, “Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas

tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus propias formas de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los Estados.”

De esta suerte, si darse sus sistemas normativos, aplicarlos, elegir a sus autoridades o representantes y ejercer sus formas de gobierno, conllevarían modos de actuación con las características de autoridad, llevaría a cuestionar si su consideración como “derechos” es la adecuada, no solamente como denominación técnico-jurídica, sino como expresión social de la actuación de los sujetos indígenas. O, en cambio, habrá que considerar que determinadas manifestaciones de actuación deben ser consideradas como actos de autoridad y someterlas, junto con los sujetos que las expresen, a un régimen jurídico propio de la autoridad o de facultades expresas.

El planteamiento anterior nos lleva entonces a reexaminar las características de cada uno de los sujetos.

En el caso de los pueblos indígenas, hemos mencionado que se constituye a partir de su elemento personal (descendientes de poblaciones originales, que conserven ciertas características institucionales), al cual se agrega un elemento de carácter subjetivo consistente en la conciencia de su identidad indígena. De tal forma de integración, un pueblo indígena sería la expresión unitaria de una colectividad de personas, más que expresar una forma de gobierno público. Si consideramos lo anterior, resulta razonable señalar que sería un sujeto jurídico que ejerza “derechos”.

En cambio, para el caso de la comunidad, además de su integración étnica, las características de ejercicio de autoridad sobre un territorio son equiparables al ejercicio de una forma de gobierno público, por lo que se estaría en presencia de un sujeto jurídico cuyo régimen jurídico se asimilaría al de autoridad.

Si existe acuerdo sobre lo anterior tendríamos que concluir que si bien el pueblo y la comunidad son igualmente sujetos indígenas, serían sujetos de diversa naturaleza y con regímenes jurídicos distintos.

1. EL PUEBLO INDÍGENA COMO SUJETO JURÍDICO

Si el pueblo indígena es portador de derechos, su régimen jurídico sería el correspondiente a los gobernados. La forma más acabada de expresión de los sujetos jurídicos como centros de imputación jurídica es la personalidad jurídica, que ejerce una determinada capacidad jurídica, para el establecimiento de relaciones jurídicas en las que ejerce sus derechos o bien asume obligaciones. Existen también otras formas de establecer cen-

tros de imputación jurídica que no necesariamente requieren de personalidad jurídica, por ejemplo, una sucesión, un fideicomiso, un órgano estatal, o bien una determinada colectividad a la cual se le atribuyen determinados derechos de ejercicio difuso (en este último caso, se estaría asimilando a un ámbito personal determinado, en el cual el ejercicio de los derechos estaría atribuido a cada uno de sus integrantes o a un conjunto de ellos).

La relevancia de determinar el tipo de sujeto jurídico que formaría el pueblo indígena es de primer orden, pues de ahí se deriva el modo de ejercicio de los derechos, o bien la forma de establecer relaciones jurídicas con otros sujetos, incluyendo, por supuesto, la adquisición de obligaciones y el cumplimiento de deberes. Además, según sea el tipo de sujeto jurídico que se constituya, se establecerá su estatus respecto de otras; es decir, su régimen jurídico específico (por ejemplo, si cuenta con determinadas prerrogativas económicas, procesales, prestacionales, etcétera). De igual manera, su forma de constitución determina la manera en la que ejerce su representación o gobierno interno y si éste es centralizado o descentralizado.

Una primera opción es la de constituir a los pueblos indígenas como personas morales. Su capacidad (*quantum* de aptitud para adquirir derechos y obligaciones) estaría determinada por los derechos expresamente señalados por el ordenamiento jurídico y su límite estaría en las prohibiciones fijadas en el mismo. La autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas sería amplia en tanto que sería la misma de cualquier otro gobernado. La regulación explícita tendría el papel de establecer diferencias de derechos en relación con otras personas (prerrogativas o privilegios), así como limitaciones específicas (estando también sujetos a las limitaciones genéricas de cualquier persona).

Una de las cuestiones más delicadas a determinar, en el caso de los pueblos indígenas como personas morales, es la concerniente a su organización, gobierno interno y representación. Tal cuestión es vital para conocer quién ejerce los derechos de la colectividad, quién ejerce la legitimación activa o pasiva en juicios, quién compromete o autoobliga a la colectividad en convenios o contratos, quién administra los recursos del pueblo, quién administra el patrimonio y responde por su manejo adecuado, quién cumple con los compromisos u obligaciones del pueblo, quién cumple las funciones de gobierno o dirección al seno del pueblo.

Además de lo delicado de las funciones, se tiene que enfrentar la dificultad de la cohesión, estructuración e integración del pueblo indígena que posibilite su expresión unitaria. Al respecto, las descripciones antropológicas que se han hecho sobre los mismos indican dificultades obser-

vables en la mayoría de los pueblos para tener tal expresión unitaria. Su dispersión geográfica, la falta de estructuras organizacionales que agrupen a cada pueblo, las diversidades internas, el mayor o menor número de sus integrantes, son cuestiones que no pueden ser ajenas al planteamiento jurídico que se realice. El diseño normativo puede propiciar su organización unitaria o ser un factor adverso, y puede plantear esquemas socialmente irrealizables.

Por ejemplo, el diseño del artículo 2º constitucional es un factor que propicia un tratamiento diverso de un mismo pueblo indígena al enviar su regulación a las legislaturas estatales (el pueblo indígena náhuatl o mixteco, por ejemplo, habitan en estados distintos) y pueden estar sujetos a diversas regulaciones, incluyendo, eventualmente, el fraccionamiento de su personalidad (un pueblo mixteco poblano y otro oaxaqueño, etcétera). Ante esto, una de las alternativas es que sea una regulación federal la que asuma una regulación no limitada por las fronteras estatales.

Si la constitución de la personalidad jurídica debe acompañarse con la determinación de sus formas de gobierno y representación, debe cuidarse el modo de constituir la personalidad jurídica. Una primera opción es su constitución por “ley”, esto es, que sea la propia norma general la que declare la personalidad jurídica de los pueblos indígenas. Uno de los casos en que se presenta esta opción ya formalizada es el del estado de Oaxaca, que los considera como personas morales de derecho público. La experiencia (a varios años de haberse aprobado) es que se ha quedado en una declaración formal carente de expresión empírica. Una segunda opción es que se pudiera prever el supuesto de adquisición de personalidad jurídica, pero que su constitución se dejara al impulso de cada pueblo indígena, a su propio ritmo y esfuerzo.

El dilema anterior es de la mayor importancia al tener que combinar, por una parte, el reconocimiento pleno del pueblo indígena como sujeto jurídico formado por una colectividad, a la vez con una entidad propia; pero, por otra parte, la necesaria autonomía para decidir sus forma de organización, sin una intervención inadecuada del Estado. Lo deseable sería que el reconocimiento estatal sea de la forma natural en que se organice cada uno de los pueblos, y que reconozca a la representación de los mismos. La gran dificultad, como se ha dicho, es la carencia actual de tal organización en la mayoría de los pueblos. ¿Cuál debe ser la postura adecuada de una posible regulación? Una primera alterativa consistiría en que la ley, ante la ausencia de estructura, pueda prever alguna que sea empleada como modelo y que sea compatible con el modo en que posiblemente podría organizarse un determinado pueblo. Un diseño de este tipo, previsible en la legislación ordinaria, desempeñaría el papel de “ace-

lerador” de la organización del pueblo; pero a la vez, dados los incentivos, llevaría a considerar a la representación de un pueblo como un objeto de disputa y de conflicto, que llevaría a la necesidad de prever mecanismos de resolución de posibles conflictos. Una segunda alternativa sería una legislación que estableciera condiciones generales de reconocimientos necesarios para tener por acreditada la representación, permitiendo los propios ritmos de autoorganización de cada pueblo.

La creación de la personalidad jurídica le daría una expresión orgánica al pueblo y sería su manifestación más avanzada. La ausencia de personalidad, dejaría al pueblo como una población identificable, cuyo ejercicio de derechos tendría limitaciones, pero no por ello ausentes. Una alternativa a considerar es la posibilidad de instrumentar procedimientos de representación subsidiaria (similar a los juicios agrarios), acciones colectivas o una representación difusa (ver el anexo sobre legitimación procesal y pueblos indígenas).

Una cuestión relacionada con el tipo de persona jurídica es si se crea como persona “privada”, o bien adquiere características de las personas “sociales” o “públicas”. Lo anterior sería relevante, cuestión que dejaremos para más adelante.

2. LA COMUNIDAD INDÍGENA COMO SUJETO DE DERECHO

A diferencia de los pueblos, las comunidades tienen una organización, ubicación y actuación mucho más definida. Si se tiene una organización social con autoridades y normas que se aplican sobre un territorio (ámbito espacial de validez), tendríamos que la comunidad constituiría un orden jurídico.

En primer término, tendríamos que la comunidad es un espacio en el que se identifica con mucha mayor precisión la existencia de un orden normativo consuetudinario. Uno de los efectos de la reforma constitucional es la incorporación del orden normativo indígena consuetudinario al sistema de fuentes del derecho mexicano. La comunidad, hasta este momento, es el sitio de producción y de identificación de tal orden. Son tales normas las que precisan los cargos, la distribución de funciones, las autoridades consuetudinarias, las reglas de comportamiento entre los integrantes, la incorporación a las mismas de los no indígenas, etcétera.

La apreciación del orden consuetudinario como una fuente del derecho, como parte del sistema de fuentes, adquiere un carácter distinto si se asume que la comunidad es un orden jurídico o se considera como reglas que se observan solamente entre personas (por ejemplo, los comerciantes).

El tratamiento de la costumbre es distinto si se concibe como parte del sistema de fuentes o como un uso entre personas; es la diferencia entre una norma y un hecho.

El siguiente elemento es la existencia de un territorio. La cuestión del territorio tiene importancia en la discusión. Este elemento es susceptible de una diversidad de tratamientos. Una primera forma de entendimiento, es el territorio como ámbito territorial de validez del orden normativo; es decir, es un espacio geográfico en el que se pueden aplicar las normas del orden jurídico consuetudinario, en el que las autoridades tradicionales ejercen el poder o el gobierno y en el que sus decisiones son obligatorias para quienes se encuentran en el mismo. Otra forma de entendimiento es el territorio como bien sobre el cual se pueden establecer relaciones propias del ejercicio de derechos, como la propiedad, la posesión, el usufructo, etcétera, lo cual no sería excluyente con el primero, pero requeriría de algún otro elemento adicional. En cuanto a las relaciones de propiedad, requerirían que la comunidad tuviese personalidad jurídica. Otros derechos distintos a la propiedad pueden ser creados por actos de derecho privado o público (asignaciones, permisos). Esta es una cuestión que requiere precisar si la comunidad cuenta con personalidad jurídica. La consideración de que la misma es una “entidad de interés público” la abordaremos posteriormente.

La precisión de las autoridades tradicionales, de los cargos y de sus funciones, es central en el ejercicio del gobierno de las comunidades. Quiénes son las autoridades y qué hace cada una de ellas es determinante en la comprensión de sus competencias. Cómo se organiza la vida de la comunidad, qué tipo de materias son las que entran dentro de la competencia de las autoridades consuetudinarias, qué otras corresponden a las otras autoridades del Estado (municipales, estatales y federales), de qué manera resuelven sus controversias, qué sanciones se aplican y cómo se aplican, son cuestiones que van definiendo el espacio de conformación del orden normativo indígena.

La anterior es una de las cuestiones de mayor complejidad y ha sido poco explorada. En apariencia, la reforma constitucional contempla un tipo ideal de comunidades: aquellas que integren un pueblo indígena. Tal modelo de comunidad estaría concebido como aquella unidad cuyos componentes humanos son miembros de un solo pueblo indígena. Lo anterior, sin duda, podría darse empíricamente. Tal modelo simplificaría enormemente la explicación jurídica, dado que habría identidad indígena entre las normas que operarían en la comunidad, los ámbitos personales y las autoridades, y podría ser aplicado a un buen número de comunidades. Sin embargo, es posible también encontrar comunidades en las cuales tal

modelo se ve alterado, sea porque su componente personal está compuesto por habitantes de más de un pueblo indígena o bien porque también hay población no indígena. La composición pluriétnica obligaría a establecer modelos de mayor complejidad para hacer frente a las relaciones jurídicas verificables. Esta situación podría ser materia de soluciones distintas y graduales. Considerando que la autoridad y el territorio son aspectos invariables, los aspectos finos de la cuestión tendrían que ser trabajados con los aspectos materiales y personales. Es decir, una vez fijadas las materias de competencia de la autoridad comunitaria (ejercicio que comprendería aquellas funciones públicas que le fueran establecidas por el ordenamiento federal, estatal y municipal), las mismas podrían ser aplicadas a la generalidad de la población de la comunidad, independientemente de su origen étnico, o solamente a los miembros de un pueblo indígena cuando se tratara de costumbres indígenas no compatibles con las cargas generales.

Lo anterior nos da como resultado que la comunidad indígena tiene las características de una autoridad de derecho público, en el que el “derecho” a la autonomía y a la libre determinación se traduce en un ámbito competencial de ejercicio autónomo que podría ser concebido como una *garantía institucional* oponible a otros sujetos. La cuestión que se sigue de lo anterior es la interrogante acerca del modo o medio de defensa de tal ámbito de autonomía. La consideración como “derechos” plantea siempre la posibilidad de que su defensa constitucional se canalice por el amparo. Si se trata de competencias, el amparo solamente está reservado a entes públicos cuando se comprometan intereses patrimoniales. Tratándose de otro tipo de competencias, nos encontramos frente a un vacío.

IV. SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO Y DE INTERÉS PÚBLICO

Los términos señalados con anterioridad tienen que ver con el tipo, la naturaleza de los sujetos y el régimen jurídico a que están sujetos.

Cuando se habla de un sujeto de derecho público, se tiene como signo distintivo que el mismo se haya creado bajo reglas de derecho público, a efecto de distinguirlo de los sujetos de derecho privado. Así pues, un órgano o una persona jurídica que haya sido creada por ley o por decreto sería una persona de derecho público (por ejemplo, un municipio, un estado, un organismo descentralizado, un organismo autónomo) a diferencia de alguna otra creada por acuerdo de voluntades de sus integrantes, bajo reglas del derecho común (una sociedad anónima o una asociación civil). También es posible que una persona creada bajo reglas de derecho

común, pero sujeta a un régimen de derecho público que contiene reglas exorbitantes al derecho privado, y en las cuales participa el Estado, sea considerada como sujeto de derecho público para ciertos efectos (empresas de participación estatal mayoritaria o fideicomisos públicos).

Bajo este criterio, para ser consideradas como personas de derecho público no se requiere que todas realicen actos de “autoridad”, sino que realicen funciones públicas o estatales, las cuales pueden incluir actos típicos de autoridad o bien actos de gestión, de servicio público, presenciales, etcétera.

El régimen de derecho público establece un régimen de este tipo a sus actuaciones, según el tipo de que se trate, pero también da ciertos agravados a la persona, por ejemplo:

- Están sujetos a una jurisdicción determinada (jurisdicción contenciosa administrativa en ciertos casos).
- Opera una presunción de solvencia (no están obligados a otorgar garantías).
- Operan determinadas disposiciones sobre su patrimonio (inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad).
- Operan ciertas reglas de responsabilidad patrimonial (responsabilidad objetiva y directa).
- Los integrantes de su organización están sujetos a un régimen de responsabilidades específico).
- Sus recursos son considerados como parte del presupuesto y gasto público.
- Están sujetos a determinado régimen de rendición de cuentas.
- Están sujetos a controles públicos.
- Están obligados por normas de transparencia.
- Tienen determinados estatus procesales (sus funcionarios superiores pueden contestar por escrito, no opera la prueba de posiciones).

En cuanto a la función del “interés público”, la cuestión resulta ambigua, debido a que el propio concepto de interés público resulta un concepto jurídico indeterminado, que cumple funciones muy diversas en el ordenamiento⁷. Lo relevante sería, entonces, precisar cuál es la función del predicado “interés público”, tratándose de sujetos jurídicos, y por tanto cuál sería su propósito en el caso de las comunidades indígenas.

⁷ Véase al respecto mi texto *Constitución y mercado*, Porrúa, 2004, pp. 230 y ss. Así como J. CORTÉS CAMPOS, «El orden público una cuestión de mimetismo jurídico», tesis profesional, ITAM, México, 1996.

El término interés público encierra un significado sustancial que indica que algo excede el interés privado, mereciendo en consecuencia un tratamiento especial. En tal sentido, el interés público sirve de justificación y fundamento para señalar regímenes exorbitantes a los que son propios de los intereses privados. El régimen exorbitante puede consistir en limitaciones a derechos o bien a tratos diferenciados que pueden incluir el otorgamiento de prerrogativas.

En nuestro derecho tenemos como caso relevante al de los partidos políticos⁸ y a ciertas entidades privadas, como las cámaras de cámaras empresariales y confederaciones⁹ o a las sociedades de gestión de autores y compositores¹⁰. Existe también la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de interés público.

Los ejemplos dados nos dan algunos referentes valiosos; se trata de personas morales, en principio, formadas por gobernados, pero que por su función están sujetas a un régimen especialmente regulado.

Lo anterior nos da una serie de efectos, que pueden ser vistos casuísticamente:

- No son entidades de derecho público.
- Son organizaciones de gobernados sujetas a regímenes especiales.
- Cuentan con determinadas prerrogativas (situación de monopolio, recursos públicos, tiempos oficiales etcétera).
- Sus integrantes no están sujetos al régimen de servidores públicos.
- No tienen presunción de solvencia.
- Su régimen patrimonial es de derecho privado.
- Están sujetos a algunos controles públicos si utilizan recursos federales o bien sus ingresos están regulados.
- Su régimen de responsabilidad extracontractual es el de derecho común.
- La jurisdicción es la común salvo que se constituya una especial (partidos).

V. LA COSTUMBRE INDÍGENA

La reforma constitucional al artículo 2º relativa a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas plantea diversos problemas novedosos.

⁸ Fracción I del Artículo 41 constitucional.

⁹ Artículo 4º de la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones

¹⁰ Artículo 192 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Uno de ellos es el estatus de la costumbre. Una primera impresión llevaría a pensar, en la lógica tradicional de los abogados, que el tratamiento sería similar a otros casos en los que la costumbre encuentra sitio en el marco de un orden jurídico de derecho escrito. No obstante, las fórmulas empleadas para su constitucionalización muestran que no será así, no solamente porque la costumbre indígena, a diferencia de la correspondiente a otros grupos sociales, tiene asiento constitucional; sino porque los sujetos (pueblos y comunidades indígenas) y la función que los mismos tendrán en la operación del derecho presentan peculiaridades que le dan a la costumbre una función diversa en el ordenamiento jurídico.

El reconocimiento de los “sistemas normativos” de los pueblos y comunidades indígenas y de la facultad de éstos, en tanto sujetos, para aplicarlos, como se ha afirmado, le da un nuevo estatus a la costumbre en el ordenamiento jurídico nacional. Expliquemos lo anterior.

De acuerdo con el artículo 2º constitucional, se reconoce como “derecho” la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas para: (I) Decidir sus propias “formas” internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural”; (II) “ aplicar *sus propios sistemas normativos* en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres; (III) elegir de acuerdo con sus *normas*, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus propias formas de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados”.

En un ordenamiento jurídico construido a partir del derecho escrito (con funciones marginales para la costumbre y el rechazo, de principio, de la costumbre *contra legem*), el reconocimiento constitucional de ordenamientos consuetudinarios viene a trastocar la concepción tradicional del ordenamiento jurídico y de la función de la costumbre en las relaciones jurídicas. De esta suerte, en los ámbitos propios de lo indígena (los pueblos y las comunidades) se reconoce como “derecho” y, por tanto, se vuelve *protegible* que las relaciones sociales se regulen por una normatividad no escrita, pero que, sin embargo, no por eso deja de ser considerada como derecho válido.

La afirmación de que la costumbre indígena, en tanto sistema normativo, adquiere un estatuto de derecho positivo por la reforma constitucional, no es del todo compartida. Por ejemplo, Isaías Rivera sostiene que para que la costumbre sea derecho positivo, debe ser sometida a un proceso de codificación y legislación. El argumento anterior se basa en que

hay una laguna legal que debe ser llenada y, no obstante su constitucionalización, la costumbre no es directamente aplicable¹¹. El planteamiento, a mi juicio, es erróneo porque, en primer término, es contrario al principio de eficacia constitucional (según el cual los derechos y facultades constitucionales son directamente exigibles, salvo que la propia Constitución establezca la necesidad de un desarrollo legal)¹²; en segundo término, porque considera que el derecho positivo solamente es el derecho legislado, lo cual es inexacto. La costumbre puede ser de igual manera derecho positivo con distinta expresión. Además, el efecto práctico de la idea de Rivera es la desaparición del derecho consuetudinario como consecuencia de la codificación y por tanto conduce a su negación.

1. LA COSTUMBRE INDÍGENA EN EL ORDEN JURÍDICO

El reconocimiento constitucional de los sistemas normativos indígenas abre la puerta a una gran cantidad de interrogantes: ¿cómo distinguir una costumbre indígena? ¿Cómo conocer cuándo se está ante un sistema normativo consuetudinario? ¿Cuáles son las características de tal sistema? ¿Cuál es la función del derecho consuetudinario en el ordenamiento nacional? ¿Cuál es su relación con el resto de normas del ordenamiento jurídico? ¿Puede establecerse una relación de jerarquía normativa al interior del sistema consuetudinario y con el resto de las normas? ¿Son todavía aplicables las reglas de inderogabilidad de la ley ante costumbre *contra legem*? ¿Cuáles son los ámbitos materiales personales y territoriales de aplicación de sistemas consuetudinarios? ¿Tiene la misma función el derecho consuetudinario según se trate de los pueblos o las comunidades indígenas?

2. ¿QUÉ ES LA COSTUMBRE?

Una primera cuestión es la determinación de qué es una costumbre. Su definición arrastra, en principio, la configuración de la normatividad bajo estándares culturales no indígenas. Sin embargo, es inevitable recurrir a conceptos de la ciencia jurídica occidental, no solamente por la inexis-

¹¹ Cfr. I. RIVERA, «Derecho positivo indígena»: [http://www.pa.gob.mx/publica/rev_26/Isa% C3%ADas%20Rivera.pdf](http://www.pa.gob.mx/publica/rev_26/Isa%C3%ADas%20Rivera.pdf), consulta realizada el 1 de enero de 2006.

¹² El fraseo de la norma es propio del establecimiento directo de un derecho (o competencia), no se trata de una norma de reenvío a otra o de un mandato al legislador para el desarrollo del derecho.

tencia de referentes alternativos, sino porque el ordenamiento consuetudinario está inserto bajo un sistema constitucional y porque, independientemente de lo anterior, los elementos de juridicidad son comunes a cualquier ordenamiento, incluyendo el consuetudinario.

Son dos los elementos que se han considerado en la costumbre: el *usus* (la repetición general y constante de un cierto tipo de comportamiento observable), y la *opinio iuris seu necessitate* (actitud interior por la cual el comportamiento es advertido como vinculante). Esta última característica, se ha considerado, debe ser sustituida por la “expectativa de reciprocidad”, además de la actitud subjetiva “a comportarse de cierta manera en relación a los otros participantes, con la condición de que, sin embargo, los demás hagan lo mismo o que, en general, correspondan, en algún modo, a la prestación obtenida”¹³.

3. LA COSTUMBRE COMO FUENTE

Tradicionalmente, en nuestro sistema jurídico se le ha dado a la costumbre una función subordinada al derecho escrito. En el ámbito del derecho privado es ampliamente conocida la disposición del Código Civil de que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario¹⁴. Es, pues, el propio derecho escrito el que determina las condiciones de validez para su incorporación. La costumbre *contra legem* y la *desuetudo* están proscritas. Solamente la costumbre *praeter legem* y *secundum legem* son susceptibles de reconocimiento.

Otra característica de la juridificación de la costumbre es que su validez se reconoce en tanto cumple una función normativa en las comunidades de personas o en ciertos ámbitos personales regulados por el derecho escrito: los comerciantes¹⁵, los campesinos, etcétera. Sólo por disposición de la propia ley, la costumbre podría tener una función de prevalencia respecto de la norma escrita. Su campo de operación se percibe en las relaciones interpersonales de sujetos cuyas conductas se verifican en una determinada comunidad que desarrolla una reiteración de conducta y una determinada expectativa de reciprocidad como modalidad no escrita de autorregulación.

¹³ B. CELANO, *Dos estudios sobre la costumbre*, Trad. Juan José Moreso, Fontamara, México, 2000, p. 35.

¹⁴ Artículo 10 del Código Civil Federal.

¹⁵ El artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que los usos bancarios y mercantiles se aplicarán en defecto de las leyes mercantiles especiales y la legislación mercantil general; la legislación civil, a su vez, se aplicaría en defecto de tales usos.

Sin embargo, en el ámbito del derecho público, en particular el que regula el ejercicio de potestades de autoridad y de competencias de los órganos estatales, la costumbre —se ha sostenido— carece de función como fuente de derecho¹⁶.

4. ¿QUÉ PECULIARIDADES TIENE LA COSTUMBRE INDÍGENA?

Una primera intención al abordar la costumbre indígena sería asumir los criterios que se utilizan para cualquier tipo de costumbre, lo cual nos daría un resultado similar a aquel que se emplea para “calificar”, por ejemplo, a la costumbre de los comerciantes. Sin embargo, considero que existen dos condiciones que la diferencian: su reconocimiento por la Constitución y el tipo de sujetos de derecho en el que se desarrolla.

Así pues, si la costumbre es una “forma” interna de convivencia y organización, si el sistema normativo se aplica a una relación de carácter procesal y sustantiva y si la identificación de órganos de creación y aplicación también se realiza por la costumbre, da como resultado un sistema normativo que regula a las personas que integran los sujetos (pueblos y comunidades) y que tienen sus órganos de aplicación: se identifica el tipo de ordenamiento, se precisa el ámbito y se ubica el tipo de organización que lo aplicaría¹⁷.

La autonomía se traduce en un ámbito de autorregulación de los sujetos que es precisado directamente por la Constitución. En tal sentido, señala para los sujetos; potestades de hacer y límites a la autonomía; y, por otra parte, en tanto configura directamente un ámbito, señala límites al resto del ordenamiento (la ley y las normas sublegales), así como a los órganos estatales (la autonomía determina límites o deberes de actuación).

Por otra parte, la normatividad consuetudinaria, está sometido a un “filtro” sustantivo: los principios constitucionales, las garantías individuales, los derechos humanos y la dignidad e integridad de la mujer. Tal parámetro de “constitucionalidad”, como se podrá ver, finca un terreno de sustantividad distinto a un parámetro formal como pudiera ser la “ley”, aplicable éste a otro tipo de costumbre, como se ha podido ver.

¹⁶ Véase al respecto G. FRAGA, *Derecho administrativo*, 33ª edición, Porrúa, México, 1994, p. 114.

¹⁷ La afirmación de que la costumbre indígena es un «sistema» ha sido sostenida en diversos estudios, aun cuando esto se sustenta en posiciones más bien estipulativas. Véase Magdalena Gómez, «Derecho indígena y Derecho nacional»: <http://www.cge.udg.mx/revistaudg/rug13/derecho.html>, consulta, 4 de mayo de 2005.

Si tomamos en cuenta que la costumbre indígena puede tener distintas posiciones frente a tales referentes sustantivos (los principios, las garantías, los derechos, la dignidad y la integridad), los estatus de costumbre *contra legem*, *praeter legem* o *secundum legem* serán resultantes de los ejercicios de contrastación y de decisión por los órganos a cargo de llevar a cabo los juicios (fundamentalmente judiciales y administrativos). La función reguladora de la ley está, a su vez, acotada por el propio estándar constitucional.

El terreno de la decisión permite pensar que el conocimiento de la costumbre indígena “constitucional” tendrá certeza por vía pretoriana. La importancia de la decisión será la de ir objetivando por la vía del caso la costumbre de los sujetos indígenas. Tal dirección podría tener semejanza con los sistemas de *common law* y la importancia del precedente en la sistematización de su derecho.

Previo a la decisión, la costumbre indígena nos aparecerá como un orden normativo que se presenta como información sobre hechos proporcionada testimonialmente por los propios sujetos (indígenas, pueblos, comunidades indígenas), por estudios especializados, en que la apreciación de la “constitucionalidad” de la costumbre indígena será un sitio propicio para el desarrollo de una dogmática, que requerirá un proceso de conocimiento de la costumbre, de evaluación de su constitucionalidad o del debate acerca de la misma. Es posible que existan casos claros de inconstitucionalidad; pero también se dará un terreno de discusión y de reformulación de consideraciones sustantivas.

En un interesante artículo, María Teresa Sierra expone el debate en las posiciones frente a los derechos humanos, entre quienes ven a los derechos humanos como imposiciones de occidente y buscan construir visiones holistas y primordialistas de las sociedades indígenas y quienes ven a los derechos humanos como diques para frenar instituciones atávicas y salvajes¹⁸.

El discurso de los derechos humanos, puede verse como un foro en el que se instrumentará la defensa de los derechos indígenas y de la autonomía, así como la discusión de prácticas autoritarias en las comunidades indígenas. La zona de confluencia entre derecho consuetudinario y derecho escrito puede ser, en palabras de Sierra, una zona de prácticas interculturales hacia una concepción dialógica de los derechos humanos¹⁹.

¹⁸ Cfr. «Diálogos y prácticas interculturales: derechos humanos, derechos de las mujeres y políticas de identidad», en *Desacatos, Revista de Antropología Social*, CIESAS, núm. 15-16, otoño-invierno de 2004, México.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 134.

Un primer problema consiste en la identificación y, por tanto, el conocimiento de la costumbre jurídica. Cuándo se está frente a una costumbre jurídica y cuáles son las costumbres jurídicas de cada uno de los pueblos indígenas, son dos datos para crear condiciones de certidumbre o, si se prefiere, para reducir la incertidumbre de los sujetos inmiscuidos en las relaciones jurídicas. La pregunta de cuándo se está ante una costumbre jurídica es relevante para los efectos de derecho que se dan en las interacciones sociales. Si bien es posible que entre sujetos de una misma cultura la respuesta resulte evidente, no lo es cuando la interrelación se da entre sujetos de culturas diversas o cuando tal costumbre tiene que ser “aplicada”, o es materia de significación jurídica por un órgano “no indígena” del Estado.

Así pues, la juridicidad, en el sentido fuerte, será determinante para distinguir los ámbitos de conducta con relevancia jurídica, respecto de otros usos sociales que carecerían de ellos. Pensemos, por ejemplo, en el saludo; se trata de una conducta donde se está ante una práctica reiterada, observable, con una expectativa de reciprocidad. Normalmente la ausencia del saludo o de una respuesta al mismo sería considerada como falta a una buena costumbre, a reglas de cortesía o convivencia, pero irrelevante para el derecho. No obstante, en ciertos sectores sociales (el militar, por ejemplo) la ausencia del saludo de un inferior hacia un superior puede ser calificado como una falta y susceptible de ser sancionado. La calificación en este último caso depende de un precepto jurídico. Puede suceder lo mismo con el derecho consuetudinario.

Otra cuestión es la identificación del orden consuetudinario como derecho positivo; se integra de un orden presente, del conjunto de normas existente en el momento independientemente de su genealogía. Es decir, la evolución pudo haber incorporado normas de conducta derivadas de distintos momentos históricos: algunas provenientes de los pueblos “originales”, otras incorporadas en la Colonia (las mayordomías, los cargos respecto a la iglesia, por ejemplo), otras posteriormente. La costumbre no es un orden “arqueológico”; al igual que otros, es un derecho vivo que va modificándose.

La precisión de las diversas costumbres de un pueblo indígena es relevante para concebirlas como orden o como sistema. No solamente como un conjunto o una suma de costumbres, lo que por sí ya tendría un valor de conocimiento, sino como un conjunto que guarda entre sí ciertas relaciones de orden, jerarquía, organización de la decisión, etcétera. Este segundo aspecto permite establecer relaciones sistémicas y conocimiento de la racionalidad normativa.

5. LA COSTUMBRE COMO HECHO Y COMO NORMA

La definición de los ámbitos en que se genera la costumbre y el carácter de los sujetos que la aplican le dan distintos efectos. Si consideráramos que la costumbre indígena tiene un estatus equivalente a, por ejemplo, la costumbre de los comerciantes, tendríamos que la obligatoriedad se da en las relaciones intersubjetivas y que, de acuerdo con el derecho escrito, tal normatividad debe reconocerse por la autoridad como fuente obligacional. No obstante, la costumbre es tomada como un hecho que debe ser probado ante la autoridad que debe aplicarla para decidir el caso. La costumbre es materia de prueba²⁰.

En cambio, no tendría el mismo efecto si la costumbre se concibe como norma, como parte del sistema normativo del Estado. En tal caso no es hecho sino norma. Como cualquier otra norma (la escrita por excelencia), se presupone su conocimiento. El conocimiento de la norma es función natural del juez o del órgano administrativo que la aplica. No corresponde a las partes su prueba (“dame los hechos y te daré el derecho”, dice el apotegma). Ahora esto es posible en el ámbito en el que opera el ordenamiento indígena como fundamento de competencias y que es el de la comunidad. En el ámbito del pueblo la costumbre se aplicará en las relaciones intersubjetivas de los miembros del pueblo.

La consideración de la costumbre como “derecho” da lugar a un complejo de problemas inédito, en particular, a una reformulación constitucional de una serie de cuestiones hasta ahora no discutidas: en específico, la costumbre como norma de ordenación de la autoridad (ya no solamente de la conducta individual) en la que puede verse como creadora de autoridad, de límite de competencia, etcétera. Estas expresiones significarían reformular la vieja idea de que la costumbre no es fuente del derecho administrativo. Esto último haría pleno el reconocimiento del orden jurídico consuetudinario. Un planteamiento en tal sentido es el que se explicita en el Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas:

Artículo XVI. *Derecho Indígena*

1. El derecho indígena es parte constituyente del orden jurídico de los Estados y de su marco de desenvolvimiento social y económico.
2. Las poblaciones indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas legales indígenas, de aplicarlos en los asuntos internos en las comunida-

²⁰ El artículo 54 de la Ley Indígena de Chile indica que la costumbre debe ser probada en juicio.

des, incluyendo en los sistemas de dominio inmobiliario y de recursos naturales, en la resolución de conflictos internos y entre comunidades indígenas, en la prevención y represión penal, y en el mantenimiento de la paz y armonía internas.

3. En la jurisdicción de cada Estado, los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses serán conducidos de manera tal de proveer al derecho de los indígenas plena representación con dignidad e igualdad frente a la ley. Ello incluirá la aplicación del derecho y costumbre indígena y, de ser necesario, el uso de la lengua nativa.

Pero, además, también llevaría a reformular el entendimiento constitucional, de autoridad competente, fundamentación y motivación, ley, etcétera.

Para hacer efectivo el orden consuetudinario tendría que considerarse que es posible fundamentar y motivar en costumbre, determinar competencias por costumbre, tendría que trabajarse también en estándares distintos de racionalización de los actos de autoridad, pero igualmente válidos a los del derecho escrito. Es cierto que lo anterior resulta un parteaguas en el entendimiento del régimen y control de los actos de autoridad, pero no por ello ajeno a la tradición constitucional moderna. Los sistemas de *common law* han operado durante mucho tiempo con una raíz diversa a la del derecho legislado y, sin embargo, no por ello han carecido de instrumentos de control de autoridad; por el contrario, hay una extendida tradición de *rule of law* de raigambre distinta al derecho legislado. Es centralmente una cuestión de cultura constitucional, más que de quiebra de principios constitucionales.

Así pues, la costumbre puede tener los siguientes efectos:

- a) Como generadora de derechos²¹.
- b) Como generadora de obligaciones²².

²¹ Los derechos creados por este medio están acotados por el espacio competencial del orden indígena y, dentro del mismo, por los derechos creados consuetudinariamente. José Ramón Cossío considera que los mismos son de carácter político, de jurisdicción, sociales, económicos y culturales. Cfr., *Los problemas del derecho indígena*, CND, México, 2003, p. 104. Ejemplos interesantes de la costumbre como posible excluyente del delito se encuentran en CARLOS MORALES SÁNCHEZ, «La costumbre indígena como causa excluyente del delito»: <http://www.scjn.gob.mx/reforma/archivos/3062.pdf>. Por otro lado, hay precedentes en derecho comparado en que se ha reconocido a la comunidad indígena el dominio sobre aguas y se les garantiza una dotación en volumen: http://www.institutoindigena.cl/boletin_13.htm.

²² Sin prejuzgar su constitucionalidad, un ejemplo es la obligación de un homicida de sostener a la familia de la víctima: <http://www.fzln.org.mx/displayarticlepdf1307.pdf>.

- c) Como generadora de competencias de autoridad de sujetos indígenas de derecho público²³.
- d) Como límite al ejercicio de autoridad indígena²⁴.

6. LOS SUJETOS INDÍGENAS Y LOS ÁMBITOS DE LA COSTUMBRE

Se ha destacado como relevante para precisar las características de la costumbre como fuente, su eficacia en el seno del “pueblo” o la “comunidad”. En ambos casos se trata de conjuntos de normas. No obstante, su expresión es distinta. En el pueblo indígena se presenta como una normatividad intersubjetiva, es decir, opera como una normatividad entre individuos que pertenecen a un mismo pueblo. La vinculatoriedad (la expectativa de reciprocidad) tiene sentido si se supone, y sólo en ese sentido, un criterio de “pertenencia”. Por ejemplo, si el pueblo yaqui tiene una norma que establezca una prohibición o una obligación, tal norma “rige” la conducta de los integrantes del pueblo yaqui y solamente entre ellos. Alguien “no yaqui” no está obligado por la misma, en tanto no forma parte del pueblo. Así pues, la autonomía para darse sus normas se expresa constitucionalmente como un derecho. En tal aspecto, la autonomía se expresaría de manera análoga a la autonomía de los gobernados para autoorganizarse y autonormarse, como lo hace una sociedad civil o mercantil, por ejemplo, al darse sus estatutos, o bien, los comerciantes que constituyen determinadas convenciones, prácticas, usos, costumbres. La peculiaridad de la costumbre de los pueblos indígenas es un límite, llamémosle “negativo”, que son las garantías individuales y los derechos humanos. Éstas, como se ha dicho, se constituyen como un límite “sustantivo”, más allá del límite “de la fuente” aplicable a otro tipo de costumbre (la de los comerciantes, por ejemplo, en el que no puede alegarse práctica en contrario a la ley). Lo anterior no significa que, en el caso de la costumbre indígena, no pueda por ley señalársele límites, lo cual es posible, sino que el límite debe satisfacer un criterio sustantivo, que es el de su apego a las garantías individuales y los derechos humanos. Un límite establecido en la ley es válido si satisface tal estándar, en cambio, una limitación por ley es indebida si se aparta de los derechos humanos y las garantías individuales.

²³ Si las normas regulan a las autoridades indígenas y asignan funciones, tienen como función la creación de «roles» y, por tanto, cumplen funciones de creación de competencia.

²⁴ La limitación puede darse en sentido positivo o negativo; en el primer sentido, señala la potestad, qué puede hacer; en el segundo, puede señalarse una obligación o prohibición.

A diferencia de la eficacia de la costumbre en el pueblo, en la comunidad la costumbre es un “orden jurídico”. Al ser la comunidad una unidad asentada en un territorio que reconoce autoridades según sus usos y costumbres, se reúnen los elementos de un sujeto análogo a los de derecho público: un conjunto de normas que tienen validez en un ámbito territorial determinado que es aplicado por una autoridad con jurisdicción en el mismo sobre las personas que se ubiquen en tal demarcación²⁵. Si se acepta esta diferencia, la costumbre en este caso es expresión de un ordenamiento que se sujeta a las reglas de la “competencia”. La existencia de normas consuetudinarias, sus contenidos, sus formas de expresión, provienen del ejercicio de un “poder” que excede los ámbitos del “derecho subjetivo” y se conforma como “derecho objetivo”.

Si la comunidad es un orden jurídico, debe encajar en el resto del ordenamiento mexicano. La comunidad es un ámbito de competencias definido por los órdenes municipal, estatal y federal. Siendo un sujeto jurídico propio del orden municipal y definiéndose sus competencias básicamente dentro de sus límites, ingresa en una serie de relaciones jurídicas cuyo ámbito de actuación puede ser también definido por ordenamientos estatales y federales, en tanto los mismos le puedan establecer, capacidades, facultades, prerrogativas, etcétera. El ámbito comunitario está integrado por una combinación de normas de derecho escrito y consuetudinario. La Constitución garantiza que lo consuetudinario sea una forma alternativa de expresión normativa, le da validez, vigencia y, por tanto, legítima que ésa pueda ser su forma para ser eficaz. En tal sentido, el derecho consuetudinario, dentro de su ámbito, es igualmente válido que el derecho escrito. Al igual que la costumbre como derecho, la costumbre como competencia está sujeta a un criterio de satisfacción sustantiva de respeto a los derechos humanos y garantías individuales (excepto las relativas a su expresión como derecho escrito).

La delimitación de las competencias es fundamentalmente una cuestión “externa” al ordenamiento comunitario. Depende de la Constitución y de las leyes federales y locales. Éstas, a su vez, encuentran un límite en la autonomía indígena y sus ámbitos comprendidos constitucionalmente (por ejemplo, una ley no podrá imponer a una comunidad una determinada autoridad o un modo distinto de elección, tampoco que adopten una obligación de legislar su costumbre).

Suponiendo que la competencia sea precisable, aparece la cuestión de cómo se aplica tal orden comunitario dentro de su ámbito territorial. En

²⁵ Tales cuestiones se han examinado con mayor detalle en el libro escrito en coautoría con JOSÉ RAMÓN COSSÍO y FERNANDO FRANCO, *Derechos y Cultura Indígena. Los dilemas del debate jurídico*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1998.

principio, la autoridad indígena ejerce su autoridad (su competencia) en la demarcación territorial de igual manera que cualquier otro sujeto territorial. Sin embargo, su carácter indígena vuelve más compleja su aplicación. La cuestión parte de la posibilidad de una composición multiétnica y multicultural de la población comunitaria. Son dos las cuestiones a considerar en la validez del ordenamiento indígena: la primera es su proveniencia indígena, la segunda es el grado de eficacia en su aplicación. El artículo 2º constitucional hace referencia a que las comunidades son sujetos de regulación especial dada su relación con los pueblos indígenas, "integrantes", dice. La redacción supone que hay una correspondencia entre los integrantes de una comunidad y un pueblo. Así pues, una comunidad será integrante del pueblo si hay coincidencia en sus integrantes. La cuestión comienza a complicarse si en la comunidad (dentro de su territorio) habitan personas no pertenecientes a ese pueblo. La posible integración poblacional anterior plantea la pregunta: ¿serán aplicables las normas del derecho a los pobladores no seris? Lo anterior se liga con otra cuestión: ¿cuál es el grado de observancia del derecho consuetudinario? No debe perderse de vista que, tratándose de costumbre, la validez coincide con su eficacia. La norma existe en tanto se trata de una práctica reiterada y se hace posible la expectativa de reciprocidad. En una comunidad pluriétnica y pluricultural, la costumbre indígena como ordenamiento de la comunidad tiene relación con la mayoría de la población y con su hegemonía. Como en cualquier sociedad humana, la eficacia de un ordenamiento es una cuestión de poder. Así pues, la afirmación que se hizo anteriormente en el sentido de que, "en principio", el orden normativo indígena se aplica por la autoridad en el territorio de la comunidad, se cruza con la afirmación de que también en principio se aplicaría a la población perteneciente al pueblo indígena. Así, el ámbito territorial a su vez tiene que contemplar un ámbito personal de validez.

La delimitación de un dominio personal de validez acotado a lo indígena, parecería establecer un lindero que impediría aplicarlo a no indígenas o inclusive a indígenas de un pueblo distinto. Lo anterior, creo, tendría una relativización si opera una aceptación o asimilación de la persona a las normas de derecho consuetudinario. Esto es, la delimitación no impediría que alguien voluntariamente acepte someterse a un determinado régimen si el mismo le establece obligaciones que son aceptadas o auto-asumidas. Habrá, en cambio, normas que requieran un elemento *intuitu personae* que no podrá satisfacer.

De este modo, se presentará la necesidad de examinar cuál es la actitud de un no indígena ante el orden indígena. Aquí se pueden presentar problemas similares a los que suceden, por ejemplo, en la costumbre inter-

nacional. En el derecho internacional existe la postura de que el *ius cogens* es obligatorio para todos; para otras costumbres generales se aplica a todos, sea que participen o no de la conducta (tesis objetiva). Por el contrario, existe la tesis subjetiva que indica que solamente se aplica a quienes participan de la conducta. Asimismo, hay reconocimiento de que la costumbre no se aplica al objetor persistente²⁶.

Otra cuestión a considerar tiene que ver con la materia regulada. Si la comunidad es, en tanto orden, un conjunto de competencias, entonces podrán ser agrupables por materia: por ejemplo, para resolver cierto tipo de conflictos, o para aplicar, en su demarcación territorial, cierto tipo de reglamentaciones municipales (faltas de policía y gobierno), o para ordenar trabajo comunitario (tequio). Tales competencias parten de fundamentos de derecho escrito o bien consuetudinario (un mestizaje competencial). En algunos casos la materia tendrá que ver con cuestiones de interés general, como la elección de autoridades, obras relacionadas con bienes públicos (vías de comunicación, escuelas, agua, drenaje, etcétera); en otros, con intereses privados (un conflicto entre partes identificadas). Si el ámbito material se cruza con el espacial y el personal, las cosas pueden apreciarse en su complejidad. Por ejemplo, si se trata de elecciones de autoridades de una comunidad, se plantea la cuestión de si un habitante no indígena tiene derecho a participar ejerciendo derechos políticos activos y pasivos, o bien si está obligado por el tequio²⁷. La respuesta a las preguntas anteriores tiene evidentemente que encontrar respuestas jurídicas. Hay algunos casos fáciles en los que si una cuestión involucra a individuos del pueblo indígena o el asunto solamente les afecta a ellos, puede aplicarse la costumbre. Los casos que me parece son más difíciles son aquéllos que involucran a población diversa y que afectan cuestiones generales, donde la aplicación del derecho consuetudinario tiene más dificultad y problemas de validez. Parecería recomendable que la autoridad indígena recurriera al derecho escrito cuando la materia involucrara a población no indígena. No obstante, debo hacer una confesión: las respuestas aquí anunciadas son más bien preliminares. Tendrán que irse avanzando en la medida en que haya un mejor conocimiento de la realidad indígena y el entendimiento de que las mismas tienen también un impacto en la costumbre y en el tejido de las relaciones sociales.

²⁶ Cfr. M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª edición, Tecnos, Madrid, p. 120.

²⁷ En otra colaboración me he atrevido a pronunciar algunas respuestas en torno a esta cuestión. Ver «El tequio, una aproximación jurídica», en *Diálogo y Debate*, México, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- CELANO, Bruno, *Dos estudios sobre la costumbre*. Trad. Juan José Moreso, Fontamara, México, 2000.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, UNAM, 1998.
- CORTÉS CAMPOS, Josefina, “El orden público una cuestión de mimetismo jurídico”, tesis profesional, ITAM, México, 1996.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Los problemas del derecho indígena*, CNDH, México, 2003.
- Fernando FRANCO y José ROLDÁN XOPA, *Derechos y Cultura Indígena. Los dilemas del debate jurídico*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1998.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª edición, Tecnos, Madrid, p. 120.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 33ª edición, Porrúa, México, 1994, p. 114.
- GÓMEZ, Magdalena, “Derecho indígena y Derecho nacional”: <http://www.cge.udg.mx/revistaudg/rug13/derecho.html>, consulta, 4 de mayo de 2005.
- MORALES SÁNCHEZ, Carlos, “La costumbre indígena como causa excluyente del delito”: <http://www.scjn.gob.mx/reforma/archivos/3062.pdf>.
- RIVERA, Isaías, “Derecho positivo indígena”: http://www.pa.gob.mx/publica/rev_26/Isa%C3%ADas%20Rivera.pdf
- ROLDÁN XOPA, José, *Constitución y mercado*, Porrúa, 2004.
- “El tequio, una aproximación jurídica”, en *Diálogo y Debate*, México, 2000.
- SIERRA, M^a Teresa, “Diálogos y prácticas interculturales: derechos humanos, derechos de las mujeres y políticas de identidad”, en *Desacatos, Revista de Antropología Social*, CIESAS, núm. 15-16, otoño-invierno de 2004, México.