

## EL FUERO INDÍGENA

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA

Para el derecho occidental, la convivencia y el enfrentamiento de distintos sistemas jurídicos no es un fenómeno extraño a su formación. Pareciera que los derechos modernos son producto de la síntesis de sistemas distintos y, en ocasiones, contrarios.

El derecho español es producto de las distintas costumbres jurídicas de los godos y otras etnias armonizadas con el derecho romano, en sus etapas más tempranas.<sup>1</sup> El derecho anglosajón es producto, igualmente, de la fusión entre las costumbres jurídicas de los pueblos anglosajones, daneses y germanos que habitaban en el siglo XI Inglaterra con el derecho escrito de los normandos que la invadieron y conquistaron; de su armonización surgió el moderno *common law*. Guillermo el Conquistador no eliminó las costumbres jurídicas de los pueblos subyugados<sup>2</sup> y la primera obra jurídica del nuevo sistema, escrita por Ranulf de Glanvill en el siglo XII, destacó dichas costumbres, pues la tituló: *Tratado de las leyes y costumbres del Reyno de Inglaterra*.<sup>3</sup>

El derecho francés de principios del siglo XIX, con repercusiones en Europa y en América, es producto también de la unión entre el *droit écrit* y el *droit coutumier*, con lo que logró

1 Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, 4a. reimpr., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 108-109.

2 Pollock, Frederick, y Maitland, Frederic William, *The History of English Law*, reimpresión de la 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1988, vol. I, pp. 88-90.

3 Van Caenegem, R. C., *The Birth of the English Common Law*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 2.

Napoleón la unidad nacional. La codificación fue el movimiento iusnaturalista de integración de distintos sistemas jurídicos en Francia, con la pretensión de aplicación universal sobre un territorio en el que con anterioridad a la expedición de los códigos había distintos sistemas.

Así como el derecho es producto de eclecticismos y de evoluciones, podemos adelantar que el derecho mexicano sufrirá en el futuro influencias de los sistemas jurídicos de los Estados Unidos y de Canadá, a raíz de la integración que comenzó en 1994 con el Tratado de Libre Comercio. El derecho tiende a la globalización y armonización de los distintos sistemas jurídicos nacionales.

Desde el siglo XIX, el movimiento de codificación adoptado en México ha generado uniformidades legislativas que no estaban previstas para un sistema federal. Ahora, esa uniformidad se anuncia no sólo para el código civil, sino también para el resto de los ordenamientos como el penal y los de procedimientos, con el objeto de ser comunes ante los tribunales.

Esta unificación jurídica, nacional e internacional, coexiste con la idea de un derecho alternativo establecido en los convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo para los pueblos indígenas que, lejos de uniformar, tienden al reconocimiento de la diferenciación entre las sociedades nacionales y los pueblos indígenas.

De igual manera, el concepto de derecho alternativo se inserta también en una dinámica propia de evolución. Si bien la Ilustración francesa nos legó el marco de referencia para construir el concepto de soberanía popular, ésta contuvo el germen de su limitación. La voluntad general fue expresión del predominio de la mayoría sobre las minorías; como la mayoría es el estado de la población más numeroso: la sociedad burguesa, ni los muy ricos, ni los muy pobres tendrían cabida en esa mayoría.

La filosofía política, que inspiró el Estado-Nación que es México y América Latina, estuvo basada en esa mayoría que expresaba la voluntad general de la población a través de las leyes expedidas por sus representantes. El gobierno popular,

y democrático era, en consecuencia, el que seguía la voluntad de la mayoría.

Sin embargo, el pensamiento social de la Constitución de 1857 y de la Constitución de 1917 cambió la perspectiva y enfocó su atención hacia las minorías: los trabajadores y los campesinos, aunque paradójicamente eran la mayoría de la población, fueron considerados como minorías pues el sistema político y jurídico les otorgaba tal tratamiento.

Durante el siglo XIX no se observó en nuestro país una política de conservación de las comunidades indígenas. Ni Benito Juárez se preocupó por su etnia como una comunidad sino que, pensando en una política integracionista, propia del pensamiento liberal, llegó incluso a aplicar la Ley de Desamortización de 1856 que propició, con el tiempo, el despojo de tierras para las comunidades indígenas.

Por ello, en el siglo XX, la democracia se ha tornado de un asunto fundado en las mayorías, a un sistema respetuoso de las minorías. Asimismo el rumbo de la política legislativa también ha cuidado no afectar a esas minorías.

No obstante, para la integración cultural y jurídica de un país, existen dos vías: la codificación y la adjudicación; la primera es propia de nuestra tradición continental europea, mientras que la segunda es propia de la tradición anglosajona.

Cuando en nuestro país se exigen leyes o códigos que contemplen las costumbres jurídicas de los pueblos indígenas, o se les sugiere mayor representatividad política en los órganos de gobierno nacionales a través incluso de partidos políticos propios de indígenas,<sup>4</sup> o se les somete a los procedimientos de procuración y administración de justicia nacionales; se está forzando una integración y una aculturación absolutamente diferente al respeto que merecen sus costumbres indígenas. En otras palabras, se está procediendo a arrasar sus costumbres con la paradójica finalidad de respetarlas.

4 La propuesta de la ONU a través de Steve I. Austin de crear un partido político indígena es un ejemplo de solución que no atiende a la idiosincrasia del indígena, por lo que consideramos que se requiere de mayor reflexión para implantar esta propuesta. *El Nacional*, 28 de septiembre de 1994, p. 8.

Las etnias indígenas no sólo son diferentes en su vestido y costumbres, sino que son profundamente distintas a la sociedad ladina prevaleciente en una nación, en su sentido esencial de la vida, en sus valores, y sobre todo, por el modo en la solidaridad comunitaria que los entrelaza. De tal manera que nuestro derecho nacional tan repleto de formulismos, procedimientos escritos, palabras sacramentales, plazos y términos, instancias, medios de prueba y otras características que han sido producto de nuestra evolución cultural durante siglos, resulta quizá la modalidad cultural más lejana y ajena a las costumbres indígenas de pueblos que se han mantenido separados de la sociedad nacional durante los mismos siglos que le llevó forjar su sistema jurídico.

No hay nada más atentatorio a la identidad étnica de una comunidad indígena que aplicarle el sistema jurídico en su detalle. Por lo tanto, un sistema nacional que así lo hace se transforma en autocrático. Las barreras no sólo son lingüísticas, como muchos han sostenido, pues el intérprete sólo traduce palabras que nada significan para los valores de justicia, moralidad y comunitarios de un indígena. Lo más importante es que se transgrede la identidad y los conceptos tradicionales sobre los que se basa una sociedad dada como la indígena.

El problema es muy complejo para la sociedad mexicana, su situación se agrava por poseer elementos autoritarios en su composición y por contar con una tendencia a la simplificación y unificación de todos los valores culturales.

Aunque se ha calculado que la población indígena constituye un 10% de la población total de México, el "problema indígena" no es un bloque que se pueda reducir en una ley sobre la cuestión. Resulta todavía más difícil cuando las llamadas costumbres jurídicas no han sido total ni definitivamente catalogadas, estudiadas ni documentadas. De las 52 grandes etnias que existen en nuestro país, las costumbres son variadas y, algunas, antagónicas. No es posible reducir la riqueza y diversidad de costumbres en un sólo cuerpo legal; de tal manera que el papel de una ley sobre los indígenas

debe ser muy modesto; el de enmarcar tan sólo los principios, límites y órganos que ejecuten el contenido de dicha ley.

Pero la solución no está en el método tradicional del derecho nacional; es decir, la de "codificar" las costumbres indígenas y engrosar la burocracia nacional para aplicar esos principios inmutables y abstractos sobre la realidad indígena.<sup>5</sup>

Estas leyes, aunque fuesen producto de consultas y foros, serían fotografías de una realidad estática y circunscrita a un pensamiento de comunidades, personajes y opiniones coyunturales y concretas. Nuestras leyes no han logrado el grado de capacidad de respuesta necesario como para reformarse con la celeridad y profundidad necesarias; en otro estudio he demostrado cómo es más fácil reformar la propia Constitución que las leyes ordinarias.<sup>6</sup>

Creo que es tiempo propicio para intentar otro método: el de la adjudicación. Cuando los países anglosajones se enfrentaron ante sistemas jurídicos contrarios y diversos, confiaron en el juez más que en el legislador la armonización de ambos sistemas; pues el juez puede aplicar caso por caso las costumbres, leyes y demás factores que intervienen para llegar a una decisión justa, sin hacer declaraciones generales que perjudiquen a la población si se equivocan, como sería el caso de una ley.<sup>7</sup> En la colonia, durante siglos, la justicia indígena fue la respuesta más idónea para solucionar la convivencia entre dos sociedades distintas. Desde 1591 hasta 1820 funcionó exitosamente el Juzgado General de Indios para dirimir las controversias que perturbaban el orden social de esas comunidades. Fue tan benéfica su acción que la doctrina no duda en las

5 Parecen sostener la misma tesis Lartigue, François, "Los intermediarios culturales en la Sierra Tarahumara", Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (compiladores), *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 204. En la misma obra Hamel, Rainer Enrique, "Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo", pp. 223-225.

6 González Oropeza, Manuel, "Parte orgánica", *Democracia mexicana*, México, SEP-CONACYT, Instituto de Investigaciones Legislativas, LV Legislatura del Congreso de la Unión, 1994, pp. 122-123.

7 Véase la opinión de Triana Antorueza, Adolfo, "El Estado y el derecho frente a los indígenas", *op. cit.*, nota 5, p. 295.

ventajas que traería el reimplantarlo, pues los problemas que resolvía, subsisten aún hoy en día.<sup>8</sup>

Por supuesto, la idea de un juzgado de indios dirigido por jueces ladinos, animado con el espíritu de estricto derecho y con la centralización con la que se ejerció la jurisdicción sobre los pueblos indios sería un fracaso en la actualidad y se potenciarían los errores que ya apuntaba Hipólito Villarroel en su pliego del siglo XVIII acerca del Juzgado General de Indios.<sup>9</sup>

Pero la idea básica de una jurisdicción especializada sobre las comunidades indias sobrevive como un concepto razonablemente viable y compatible históricamente con las costumbres y núcleos indígenas. El Juzgado General de Indios fue suprimido por la Constitución de Cádiz de manera definitiva en 1820, bajo la influencia de la Ilustración en que, para la consolidación de la Nación Española, se requería la existencia de un solo código o recopilación de leyes para aplicarse a todo tipo de personas del reino, según se plasmó en el artículo 248 de esa Constitución.<sup>10</sup>

Actualmente, en los pueblos operan jueces naturales que imparten justicia de acuerdo a los valores y costumbres de cada barrio y de cada etnia, logrando un efectivo control social en la comunidad. Sólo cuando interviene el aparato de justicia nacional es cuando se generan problemas y choques entre las sociedades, lo cual está documentado desde el siglo XVI,<sup>11</sup> por ello, es necesario legitimar este sistema natural de administración de justicia y conformar lo que el derecho nacional reconoce bajo el nombre de fuero, para articular un "fuero indígena".

8 Borah, Woodrow, *Justice by Insurance*, University of California Press, 1983, pp. 5 y 413. De 1930 a 1972 funcionaron juzgados de indios en Chile. Aylwin Oyarzún, José, "Tierra Mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena", *op. cit.*, nota 5, p. 344.

9 Borah, W., *op. cit.*, nota 8, pp. 385-389

10 *Ibidem*, pp. 396-398.

11 *Ibidem*, p. 98 y se encuentra ilustrado en otros sistemas nacionales como el peruano. Cfr. Ballón Aguirre, Francisco, "Sistema jurídico Aguaruna y positivismo", *op. cit.*, nota 5, p. 128.

El fuero indígena tendría la ventaja de utilizar y respetar las formas de justicia ya existentes en las comunidades, legitimando el Estado sus decisiones y apoyándolas en caso necesario. Sólo los jueces indígenas son capaces de conocer y aplicar las costumbres indígenas de su comunidad, que, para las autoridades ladinas, sería muy difícil conocer de antemano y mucho menos abstraer de sus orígenes para elaborar una ley con pretensiones universales. Recordemos la pluralidad de trayectorias históricas y formas culturales que permite particularizar, singularizar y distinguir a los pueblos indígenas de México.

Para establecer este fuero indígena se tendría que reformar el artículo 13 constitucional y adoptar quizá una redacción parecida a la manifestada en octubre de 1974, por el Parlamento Indio Latinoamericano del Cono Sur: "debe promulgarse una ley que contemple la autogestión, permitiendo a las comunidades indígenas regirse por sus propios reglamentos y costumbres así como administrar justicia a los integrantes de dichas comunidades por sus propios jueces".

El fuero indígena es compatible con el espíritu del constituyente mexicano que permitió el fuero militar para garantizar imparcialidad en la justicia y, en el caso de los militares, aplicar penas ejemplares para conservar el honor y la disciplina del Ejército. En el caso de los indígenas, el objetivo también sería lograr la imparcialidad pero además lograría el viejo anhelo de hacer respetar un derecho social, es decir, un derecho surgido de una comunidad sin la aprobación de los órganos estatales, según lo explicara el autor del término, Georges Gurvith en 1945.

Complemento de los jueces naturales serían los peritos antropólogos que fungirían como secretarios del tribunal indígena, éstos tendrían la obligación de plasmar por escrito la decisión y explicar la o las costumbres aplicadas; con ello se lograría formar una especie de jurisprudencia y se documentaría además la costumbre implicada. Una ventaja del sistema es que la justicia indígena no requiere de defensores ni de fiscales, sino que el procedimiento es directo entre los jueces

y las partes y ajeno a los problemas señalados de la justicia ladina.<sup>12</sup>

En diversas comunidades existen topiles o policías encargados de auxiliar en los fallos de los jueces, pero en caso necesario, estos jueces y/o el perito antropólogo tendría facultad para solicitar el auxilio a las autoridades municipales, estatales o federales. De acuerdo con las tradiciones, en pocas ocasiones sería necesaria esta intervención, pues la justicia indígena tiene como característica esencial el sentido de composición, así como la persuasión y la colaboración de la comunidad para hacer efectivas sus decisiones.<sup>13</sup>

Quizá el Fuero Indígena se complemente con una posible segunda instancia, un Supremo Tribunal Indígena, que revise los casos más graves, a petición de parte o a instancias del perito antropólogo y que se sustancie a través del mismo tribunal *a quo*.

Entre las características de la justicia indígena deben contarse la oralidad, la inmediatez del juicio, la celeridad en la sentencia, y el bilingüismo en su caso. Correspondería al perito antropólogo, auxiliado por traductores y secretarios, la escritura de las actuaciones y de la sentencia misma, como correspondería a los secretarios de acuerdos de cualquier juzgado.

La justicia entre los pueblos sería, de esta manera, respetuosa de los valores y tradiciones, y tendería a armonizar las concepciones indígenas de propiedad comunitaria;<sup>14</sup> de familia extendida, de poligamia permitida,<sup>15</sup> de penas y sanciones, de

12 Gómez, Magdalena, "La defensoría jurídica de presos indígenas", *op. cit.*, nota 5, pp. 373-377.

13 Enrique Hamel, Rainer, *op. cit.*, nota 5, pp. 209 y 211. En esta misma obra Cfr. Sierra, María Teresa, "Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena", pp. 233-238.

14 Chenaut, Victoria, "Costumbre y resistencia étnica: Modalidades entre los Totonaca", *op. cit.*, nota 5, pp. 160-168.

15 Chenaut, V., *op. cit.*, p. 180. Cordero Avendaño de Durand, Carmen, *Contribución al estudio del derecho consuetudinario de los triquis*, Instituto de Administración Pública de Oaxaca, 1977, p. 106. De la misma autora *Supervivencia de un derecho consuetudinario en el Valle de Tlucolula*, Oaxaca, Fondo Nacional para Actividades Sociales, 1982.



trabajo comunitario, y de esponsales a futuro entre otros que marcan una diferencia notable con los valores comunes de la sociedad mexicana.

El fuero indígena y la ley que lo limitase en su alcance tendría que definir si se permitiría la pena de muerte, así como la supervivencia de algunas costumbres que chocan abiertamente con la ideología ladina de manera tal que pudiese ser incompatible con el derecho nacional.<sup>16</sup>

Creo que la solución a la problemática indígena se aliviaría si se reconocieran legalmente los órganos de gobierno de sus comunidades, y, de entre ellos, resaltaría con singularidad la existencia reconocida de jueces que impartan justicia sin interferencias y de acuerdo a los procedimientos y costumbres de cada barrio o pueblo. Sólo así, México avanzaría en la democracia, en los derechos humanos y en la dignidad de los indígenas.

16 Ver el caso de los indígenas Ayoreo de Paraguay que practican la eutanasia y el infanticidio en casos extremos. Prieto, Esther, "Derecho consuetudinario en la legislación paraguaya (siglo XX)", *op. cit.*, nota 5, p. 317.