

**SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS.
CONSIDERACIONES DE ORDEN GENERAL Y
OPORTUNIDADES DE REFLEXIÓN DESDE UNA
PERSPECTIVA LEGISLATIVA**

**INDIGENOUS NORMATIVE SYSTEMS. GENERAL
CONSIDERATIONS AND OPPORTUNITIES
FOR REFLECTION FROM A LEGISLATIVE
PERSPECTIVE**

Mario Eduardo MALDONADO SMITH¹

RESUMEN: En este trabajo se presentan los fundamentos normativos y características generales de los sistemas normativos indígenas. Conforme a la literatura en la materia se reflexiona sobre el pluralismo jurídico que dichos sistemas han comportado en nuestro país. A través de las normas existentes y, sobre todo, mediante el empleo de la jurisprudencia se busca entender cómo se relacionan los sistemas indígenas con el sistema ordinario o no indígena explorando posibles áreas de oportunidad para legislar en la materia, en concreto, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

PALABRAS CLAVE: Indígenas, sistemas normativos, pluralismo.

ABSTRACT: *In this work, the regulatory foundations and general characteristics of indigenous regulatory systems are presented. According to the literature on the subject, we reflect on the legal pluralism that these systems have brought about in our country. Through existing regulations and, above all, through the use of jurisprudence, we seek to understand how indigenous systems relate to the ordinary or non-indigenous system, exploring possible areas of opportunity to legislate on the matter; specifically, in the Law Organic of the Judicial Power of the Federation and the National Code of Civil and Family Procedures.*

KEYWORDS: *Indigenous people, regulatory systems, pluralism.*

¹ Investigador A del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados y profesor de la Universidad Internacional de La Rioja, Doctor en Derechos Humanos por la Università degli Studi di Napoli, Federico II.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco normativo (nacional e internacional)*. III. *Sistemas normativos indígenas*. IV. *La interpretación judicial*. V. *Retos y áreas de oportunidad bajo una perspectiva legislativa*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En México, conforme a datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi), para 2022 la población de tres años y más que se autoidentificó como *indígena* ascendió a 23.2 millones, cantidad que equivale a un aproximado del 19.4% del total de población en ese parámetro de edad.² A ello se suma el reconocimiento de 68 lenguas indígenas con sus respectivas variantes distribuidas a lo largo y ancho del territorio nacional.³

En términos normativos, nuestro país ha reconocido desde 1994 que la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada en los pueblos indígenas, aspecto que hoy se contiene en el segundo párrafo del artículo 2o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).⁴

Bajo este entendido, se revela que la existencia de pueblos indígenas en nuestro país es un dato fáctico que nuestra Constitución nacional reconoce y que, incluso, lo eleva a componente de la “nación mexicana” de manera tal que, a diferencia de lo ocurrido años atrás, se evoluciona a asumir un modelo de configuración jurídica de las diferencias que no es ya el de la homologación o asimilación, sino el del reconocimiento, tutela e, incluso, promoción de esa diversidad.⁵

La constatación de esta tutela-promoción puede atestigüarse a lo largo de todo el artículo 2o., de la CPEUM, particularmente en el ya referido componente “pluricultural” de la nación, asimismo, en el reconocimiento que se hace de la libre determinación en su párrafo

² Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi), *Estadísticas a propósito del Día Internacional de los Pueblos Indígenas*, 2022, 1.

³ *Ibid.*, 3.

⁴ Art. 2o., segundo párrafo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

⁵ Maldonado Smith, *Torres de Babel. Estado, multiculturalismo y derechos humanos*, 57-68.

quinto y en la autonomía que deriva de la misma expresada en sus diversas manifestaciones contenidas en su apartado A.⁶

Asimismo, no debe perderse de vista que las categorías de “pueblos” y “comunidades” indígenas, son los titulares emblemáticos del derecho a la libre determinación, sin embargo, el último párrafo del apartado B del mismo artículo, instituye que, además “toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley”,⁷ cuestión que permite aplicar estas reflexiones a entidades colectivas como los pueblos y comunidades afrodescendientes (algo que, por lo demás ya se reconoce en el apartado C del artículo 2o. de la CPEUM),⁸ así como a grupos como los amish o menonitas de nuestro país,⁹ junto con otros colectivos con características similares que, en la literatura suelen englobarse bajo la categoría de los *encompassing groups*.¹⁰ Hecha esta observación, en el presente trabajo nos ocuparemos de los pueblos indígenas sin perder de vista que estas reflexiones podrían aplicarse a otros sujetos (guardando las debidas distinciones que cada grupo cultural requiere).

Dicho lo anterior y regresando a nuestras consideraciones iniciales, como parte de la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, la CPEUM reconoce diversas formas de autonomía; estas formas son señaladas a lo largo de ocho fracciones en el apartado A del artículo 2o. En este trabajo nos concentraremos en la fracción II (“Aplicar sus propios sistemas normativos...”¹¹) la cual, suele conocerse como “pluralismo jurídico”.

⁶ Art. 2o., quinto párrafo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

⁷ Art. 2o., apartado B, cuarto párrafo, *Ibid.*

⁸ Art. 2o., apartado C, *Ibid.*

⁹ En relación con la población menonita, el Poder Judicial de la Federación ha reconocido las particularidades específicas de esta comunidad, al respecto, véase: Tesis: XVII.1o.C.T.3 K (11A.), MENONITAS. CUANDO ALGUNA DE LAS PARTES SE AUTOADSCRIBAA ESA COMUNIDAD Y ADUZCA IMPEDIMENTO DE COMUNICACIÓN EFICAZ POR MOTIVO DE IDIOMA, LA AUTORIDAD JUDICIAL DEBERÁ ORDENAR DESDE SU LLAMAMIENTO LA DESIGNACIÓN DE UN INTÉRPRETE OFICIAL O PRÁCTICO CON CONOCIMIENTO DE SU IDIOMA NATAL, ASÍ COMO DE LAS CONDICIONES PARA CONOCER SU COSMOVISIÓN DERIVADA DE LA CULTURA, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 26, Tomo VII, junio de 2023, 6874. Registro digital: 2026578, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026578>.

¹⁰ Se trata de grupos humanos que comparten por adscripción una forma de cultura concentrada, es decir, sumamente densa y que, además, permite a sus integrantes disponer de una lengua común y radicarse en un determinado territorio histórico, Margalit y Raz, “National Self-Determination”, 447-454.

¹¹ Art. 2o., apartado A, fracción II, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

El pluralismo supone la existencia de al menos dos ordenamientos normativos en un mismo tiempo, lugar y con una misma vigencia (las normas indígenas y las normas positivas del Estado). Como es fácil intuir, esta situación plantea problemas jurídicos en relación con su correlativa vigencia, complementariedad, armonización, fórmulas de resolución de antinomias o de colisión entre principios.

A tal efecto, ¿cuál es el parámetro de regularidad constitucional que en estos casos se aplica?, ¿por qué decimos que tiene lugar un pluralismo jurídico?, ¿qué características tendría ese sistema normativo indígena?, ¿cómo se relaciona con el sistema no indígena u “ordinario” vigente?, ¿existe un reconocimiento de orden legal a ese sistema?, ¿cuáles son los límites sustantivos de este otro sistema?, ¿puede hablarse de una jurisdicción especial indígena?, ¿existen normas específicas que permitan dar respuesta a estas problemáticas o nos encontramos ante un área de oportunidad de orden legislativo?

A estas y otras más preguntas se plantea dar respuesta en este trabajo y, para ello, en primer término se abordará el estudio del marco normativo que posibilita los sistemas indígenas; a continuación, se presentarán algunos rasgos distintivos de estos sistemas y la interpretación que de ellos ha dado el Poder Judicial de la Federación para, finalmente, sobre la base de los elementos desarrollados, presentar algunas reflexiones conclusivas que nos permitan conocer en qué punto nos situamos, así como los retos y oportunidades que en el ámbito legislativo pueden plantearse.

Metodológicamente será empleado el método de análisis jurídico sobre la base de la normativa y la jurisprudencia existente. De igual manera, la investigación se enmarca en la preocupación manifestada por las diversas fuerzas legislativas que integran la Cámara de Diputados en relación con la promoción y tutela de los derechos de pueblos indígenas, afrodescendientes y colectivos similares.

II. MARCO NORMATIVO (NACIONAL E INTERNACIONAL)

Como hemos adelantado, la existencia de sistemas normativos indígenas son una manifestación de la libre determinación de la que gozan los sujetos colectivos “pueblo” y “comunidad” indígenas. Esta

libre determinación encuentra asidero constitucional en el artículo 2o., párrafo quinto, de la CPEUM, y una de las tantas formas en las que ésta se proyecta es en el pluralismo jurídico.

Dicha previsión constitucional es característica de un Estado multicultural,¹² en tanto que viene a reconocer un hecho social de antecedentes inmemoriales que tiene que ver con los códigos normativos que grupos humanos han empleado a lo largo de su historia. La cláusula constitucional (que es posterior cronológicamente a ese hecho histórico), no “otorga” ningún derecho, antes bien, “reconoce y garantiza” sistemas normativos preexistentes al propio Estado que han permitido a los colectivos indígenas su supervivencia como entidades culturalmente diferenciadas. Así, siguiendo a López Bárcenas, la CPEUM viene a reconocer el derecho “a su derecho” de los pueblos y comunidades indígenas.¹³

Se observa que es la propia CPEUM la que reconoce una suerte de sistema normativo “paralelo” al del Estado y, del mismo modo, a sujetos susceptibles de crear, administrar y hacer efectivo este sistema, cuestión que ha llevado hoy día a hablar de un “derecho indígena”, reconocido así por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).¹⁴

¹² Debe hacerse una importante advertencia y es que la multiculturalidad es un enfoque de gestión de la diversidad; se trata de una forma en la que este fenómeno es visto y tratado normativamente pero no es el único. Además de este enfoque existen otros como el pluralismo cultural o el interculturalismo. Las diferencias son sólo de grado entre estos enfoques compartiendo en general el principio de que la diversidad cultural es un elemento favorable en nuestras sociedades y rechazando estrategias como la asimilación o la homologación. De manera mucho más profunda, el pluralismo cultural se limita en los atisbos de la tolerancia, el multiculturalismo en el mosaico de identidades con amplia autonomía y el interculturalismo en la recíproca interrelación entre culturas. Se emplea aquí el enfoque multicultural porque, como se verá, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha empleado este enfoque en diversos casos donde expresamente ha acudido al mismo para darles solución, en nuestra consideración, se trata de un enfoque mucho más adecuado para afrontar la diversidad étnica que deriva de pueblos y comunidades indígenas que requieren fuertes espacios de autodeterminación, tal y como se los reconoce el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por tal razón se acude a esta metodología de análisis. La presente nota clarifica esta situación y reconoce expresamente la existencia de muchos otros enfoques por los que la diversidad puede ser gestionada. Sobre esta temática, véase Villodre Bernabé, “Pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad, conocimientos necesarios para la labor docente”, 58-61 y, Olivé, *Multiculturalismo y pluralismo*, 58-61.

¹³ López Bárcenas, “Ensayo sobre la ceguera... jurídica. Las teorías jurídicas y el derecho entre los Ñuú Savi”, 68.

¹⁴ Tesis: I.3o.P.48 P (10a.), DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL EN SUS DIMENSIONES COLECTIVA E INDIVIDUAL. ESTE DERECHO INDÍGENA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO TIENE UN ALCANCE ABSOLUTO, POR LO QUE NO ES FUNDAMENTO PARA EVITAR QUE SE APLIQUEN AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN LAS PENAS PREVISTAS EN LA LEY (TRATAMIENTO EN INTERNAMIENTO) AUN CUANDO ÉSTE SEA UN ADOLESCENTE Y COMETA ESE ILÍCITO EN GRADO DE TENTATIVA, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 30, Tomo IV, mayo de 2016, 2791. Registro digital: 2011630, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2011630>.

Este derecho tiene sus propias características que no son enteramente homologables a las del “derecho positivo” del Estado, cuestión sobre la que se hablará más adelante; por lo pronto, la observación expuesta permite reflexionar sobre un modelo de diversidad que parecería, en principio, cuestionar los fundamentos clásicos del Estado moderno entendido como una entidad a la que corresponde el monopolio exclusivo de la fuerza pública, de la creación de las leyes o, incluso, de su administración mediante tribunales *ex profeso*.¹⁵

Ahora bien, el reconocimiento que hace la CPEUM no constituye una medida aislada en el concierto regional e internacional, antes bien, se coloca como parte de profundos cambios que se han dado, impulsados por la lucha indígena en América Latina¹⁶, los movimientos étnico-identitarios en Europa (central y oriental) e, incluso, como precedente, la descolonización africana de los años sesenta y setenta del siglo pasado.¹⁷

Derivado de estas presiones, a finales de la década de los ochenta la Organización Internacional del Trabajo (OIT) abandonó su Convención 107 de 1957 dirigida a la asimilación de los pueblos indígenas¹⁸ y pasó a reconocer un modelo de diversidad cultural. De esta manera, el 27 de junio de 1989, fue adoptada la Convención 169 sobre pueblos indígenas y tribales (Convención 169 OIT) donde, por ejemplo, expresa en sus considerandos que “la evolución del derecho internacional desde 1957

¹⁵ El pluralismo jurídico es toda una revolución para el Estado moderno en tanto que viene a reconocer que éste no es el único sujeto legitimado para la creación de normas con la connotación de jurídicas. El monopolio de la función creadora del derecho, la supresión de toda forma de competencia a esta facultad y, más en lo específico, de la potestad punitiva del Estado a través de leyes y sus delitos son parte de los grandes dogmas del derecho y del Estado surgidos tras la revolución francesa en el contexto del liberalismo clásico; de esta manera, aspectos como el pluralismo jurídico indígena coloca en entredicho sus fundamentos. Por lo demás, el pluralismo jurídico no es ajeno a gran parte de la historia de la humanidad, grandes imperios como el romano, el mongol o el turco reconocían la existencia de sistemas jurídicos paralelos propios de los pueblos conquistados que venían reconocidos con la connotación de jurídicos a condición de respetar el derecho general del imperio. Tal fenómeno fue interrumpido por la conformación de los Estados contemporáneos y por la reducción del “derecho” a la “ley” expresado en la figura emblemática del “codex”; sobre estas reflexiones: Höffe, *Derecho intercultural*, 38; Grossi, *Ritorno al diritto*, 37; Sen, *Identity And violence. The illusion of Destiny*, 16; Bauman, *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, 66 y 67; Maldonado Smith, “Defensa de un modelo principlalista en sociedades complejas y plurales”, 99-101.

¹⁶ López Bárcenas, *op. cit.*, 67.

¹⁷ Raz, *La ética en el ámbito público*, 147.

¹⁸ Como ejemplo de este perfil de asimilación puede leerse en el preámbulo del Convenio 107 que “Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional ...”, sobre este perfil de integración, Kymlicka, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, 31.

[...] hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”.¹⁹

Dicha Convención prevé numerosas disposiciones en donde se busca proteger la identidad indígena, así, el artículo 2.1 expresa que los gobiernos deberán desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, medidas que permitan proteger sus derechos y garantizar el respeto a su integridad.²⁰ A su vez, el artículo 2.2, inciso b, señala que se deberá respetar su identidad social y cultural, incluyendo sus costumbres, tradiciones e instituciones.²¹

De particular interés es el artículo 8.1 que reconoce el “derecho consuetudinario” de los pueblos indígenas, mismo que “deberá tomarse debidamente en consideración”²² en la aplicación de la legislación nacional. También se expresa que los pueblos y comunidades indígenas tendrán el derecho de conservar sus costumbres e instituciones, con la salvaguarda de que éstas puedan ser compatibles con los derechos fundamentales. La Convención reconoce que en estos casos pueden plantearse “conflictos” y a tal efecto dispone que “deberán establecerse procedimientos” para su solución (artículo 8.2).²³

También es relevante el artículo 9.1 que viene a reconocer las formas tradicionales de represión de los delitos cometidos al interior de los pueblos por sus propios miembros.²⁴ En tal supuesto, la Convención insta a respetar los métodos tradicionales que los pueblos interesados emplean, siempre que puedan armonizarse con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos.

En el sistema universal de derechos humanos también pueden encontrarse disposiciones de relevancia. En concreto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que en su artículo 27 reconoce el derecho a la vida cultural de minorías étnicas, religiosas

¹⁹ “Considerandos”, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 27 de junio de 1989, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

²⁰ Art. 2.1, *Ibid.*

²¹ Art. 2.2, inciso b. *Ibid.*

²² Art. 8.1, *Ibid.*

²³ Art. 8.2, *Ibid.*

²⁴ Art. 9.1, *Ibid.*

y lingüísticas.²⁵ Sin embargo, lo que resulta ser aún más relevante es la interpretación que el Comité de Derechos Humanos ha hecho de esta disposición a través de su Observación General no. 23 sobre el “derecho de las minorías”, y en la cual expresa que el derecho de éstas al disfrute de su cultura “no menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado parte”.²⁶ Para el Comité, el PIDCP instituye la existencia de un derecho a la cultura, del cual se deriva la obligación del Estado “de no negarlo”, y, en consecuencia “todo Estado parte está obligado a asegurar la realización y el ejercicio de este derecho”.²⁷

Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) reconoce en su artículo 3 el derecho a la libre determinación y, como parte de ésta, la autonomía de los pueblos indígenas.²⁸ Además, expresa que dichos colectivos tienen el derecho a vivir como pueblos distintos (artículo 7.2), a no ser objeto de asimilación forzada (artículo 8.1), a practicar sus tradiciones y costumbres (11.1), a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones internas (artículo 20) y, conforme al artículo 34, a “promover, desarrollar y mantener [...] cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos”.²⁹

Como se observa, la Declaración advierte que no en todos los casos podrá hablarse de un pluralismo jurídico en tanto que, como parte de los procesos de asimilación, muchos pueblos han perdido sus instituciones, incluidas las jurídicas, lo cual supone que algunos pueblos tendrán más estructurados y desarrollados sus sistemas que otros o, incluso, que podrán existir casos en los que se haya perdido este tipo de instituciones, por ello, la Declaración anticipa con una vocación de tutela y promoción que dichos sistemas normativos deberán de protegerse, siempre y cuando aún existan.

²⁵ Art. 27, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

²⁶ Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Observación General no. 23. Derechos de las minorías (art. 27)*, 2.

²⁷ *Ibid.*, 4.

²⁸ Art. 3, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 13 de septiembre de 2007, https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

²⁹ Art. 34, *Ibid.*

En el contexto regional, también se destaca la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI). En dicha declaración se reconoce el derecho a la libre determinación (artículo III) y, como parte de este, la existencia de derechos colectivos (artículo VI), destacándose el de preservar y ejercitar sus sistemas jurídicos.³⁰ El artículo XXI.1 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a su autogobierno interno, así como a “mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión”.³¹ De relevancia es el artículo XXII intitulado “Derecho y jurisdicción indígena” que, en su numeral 2 expresa que “El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional”.³²

En los instrumentos internacionales citados también se reconoce el derecho de las personas indígenas a que sus usos, costumbres y tradiciones sean tenidas en cuenta en la resolución de los asuntos en que sean parte. Tal previsión es importante porque nos permite distinguir dos derechos conexos pero diferentes, uno es el denominado *derecho indígena* que es creado y administrado por el propio pueblo o comunidad y que constituye el pluralismo jurídico.

Cuestión distinta es el derecho a acceder a la jurisdicción del Estado, en este caso, acudiendo a los tribunales e instituciones estatales, donde, como parte de la diversidad étnico-cultural, se instituye que los juzgadores tomen en cuenta los usos y costumbres indígenas, además de dotarles de intérprete y traductor.³³

Finalmente, debe expresarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dispone de una gran experiencia en asuntos que involucran a pueblos indígenas y, en su jurisprudencia, ha desarrollado líneas generales encaminadas a la tutela del derecho a la libre determinación. Aunado a ello, se tenga presente que, para nuestro país, dichos criterios son vinculantes al ser una interpretación auténtica de la Convención

³⁰ Arts. III y VI, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 14 de junio de 2016, <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf> (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

³¹ Art. XXI.1, *Ibid.*

³² Art. XXII.2, *Ibid.*

³³ Art. 2o., Apartado A, fracción VIII, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

Americana sobre Derechos Humanos (CADH).³⁴

Llegados hasta aquí tenemos un marco constitucional e internacional en donde se asienta el derecho de los pueblos indígenas a conservar y a promover sus propios sistemas normativos, su “derecho indígena”.³⁵ Ahora bien, en el ámbito legislativo, ¿cómo se ha desarrollado?, ¿dónde se encuentra?, ¿qué características tiene?, ¿cómo se armoniza con el derecho positivo del Estado?

En primer lugar, es oportuno señalar que las regulaciones en la materia tienden a desarrollarse en el ámbito local, esto es, en las entidades federativas, no obstante, sí que existen disposiciones generales observables en normas competencia del Congreso de la Unión.

La Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (LINPI) faculta a dicho instituto a, entre muchas otras acciones, el colaborar en la promoción, fortalecimiento y coadyuvancia para el ejercicio del derecho a la libre determinación, y su autonomía, en cuanto a pueblos y comunidades indígenas, tal proceder faculta al Instituto a, entre

³⁴ Tesis: P/J 21/2014 (10a.), JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 204. Registro digital: 2006225, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006225>. En relación a los casos contenciosos aplicables en la materia, entre otros: Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra tierra) vs. Argentina*, “Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020”, Serie C No. 400, 231, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf; Corte IDH, *Caso comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, “Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015”, Serie C No. 305, 158, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, “Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012”, Serie C No. 245, 217, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf; Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012”, Serie C No. 250, 160, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf.

³⁵ El derecho indígena, enmarcado dentro del pluralismo jurídico es, como se ha indicado en la introducción toda una revolución en tanto que se viene a reconocer que el Estado no es el único sujeto legitimado para la creación de normas con la connotación de jurídicas o bien, de “derecho”. El monopolio de la función creadora del derecho, la supresión de toda forma de competencia a esta facultad y, más en lo específico, de la potestad punitiva del Estado a través de leyes y sus delitos es uno de los grandes dogmas del derecho surgido tras la revolución francesa en el liberalismo clásico que aspectos como el pluralismo jurídico indígena coloca en entredicho. El pluralismo jurídico fue, a su vez, un hecho característico de gran parte de la historia de la humanidad que, sin embargo, vino a ser interrumpido por la “modernidad” derivada del derecho positivo y por la reducción del “derecho” a la “ley”, la figura emblemática de este proceso fue el “codex”, sobre estas reflexiones: Sánchez, “El reto del multiculturalismo jurídico La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”, 26; De la Torre Rangel, *El derecho que sigue naciendo del pueblo. Movimientos sociales y pluralismo jurídico*, 13-14; Grossi, *op. cit.*, 23-37.

otras medidas, “impulsar y fortalecer... sus instituciones jurídicas”.³⁶ También se menciona que el Instituto se regirá, entre otros, por el principio del pluralismo jurídico.³⁷

Del mismo modo, la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (LFPPCPCIA) reconoce el principio del pluralismo jurídico.³⁸

Ahora bien, y de una manera más específica para efectos de nuestra investigación, dicho pluralismo es un instrumento que permitiría a los pueblos y comunidades indígenas aplicar su propio derecho en la resolución de sus conflictos internos, en tal sentido, bien podría ser entendido como un espacio, competencia o jurisdicción especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Téngase presente que, conforme al enfoque de la multiculturalidad, el contenido sustantivo de esos sistemas normativos indígenas corresponde ser definido por los propios sujetos interesados, no por el Estado. A este último tan solo compete observar que los sistemas guarden correlación con los principios constitucionales y, en consecuencia, las normas que sí podrían ser reguladas por el Estado corresponderían a aquellas que determinen la competencia (cuándo conocen de un asunto los tribunales del derecho positivo y cuándo las instituciones del pueblo indígena).

En tal sentido, las normas más especializadas en el rubro que podrían precisar los elementos de este pluralismo serían aquellas destinadas a la competencia o jurisdicción. Dentro de aquellas normas en las que el Congreso de la Unión tiene competencia, encontraríamos el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCF), el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y la Ley Orgánica del

³⁶ Art. 4, fracción IV, Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LINPI.pdf> (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

³⁷ Dicho principio, conforme al artículo 6, fracción VIII, “obliga a analizar la situación de los pueblos indígenas desde sus propios sistemas normativos que parten y tienen diferentes concepciones sobre el ejercicio del gobierno comunitario, en un marco de coordinación y respeto con el sistema jurídico federal y estatal”, Art. 6, fracción VIII, *Ibid.*

³⁸ Art. 4, fracción VIII, Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPCPCIA.pdf> (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

Poder Judicial de la Federación (LOPJF).³⁹ Se nota que la diversidad de materias es amplia pero ello no es obstáculo porque, como se verá más adelante, los sistemas jurídicos indígenas tienen en general una unidad de materia lo cual es coherente con la propia CPEUM que al momento de reconocer los sistemas jurídicos indígenas no los condiciona a materia alguna.

Al respecto, el CNPCF contiene una única mención a los pueblos y comunidades indígenas en su artículo 6 pero no refiere contenido alguno dirigido al pluralismo jurídico, sino que se refiere con exclusividad al ya adelantado (y diferente) derecho de acceso a la jurisdicción del Estado. Así, se expresa que la autoridad jurisdiccional deberá de garantizarles intérprete y traductor, así como considerar sus sistemas normativos, usos y costumbres.⁴⁰

Tratándose del CNPP, también se reconoce el derecho de acceso a la jurisdicción del Estado (artículos 45, párrafo sexto; 109, fracción IX; 110, párrafo segundo; 113, fracción XII, y 410, párrafo séptimo) pero, además, existe previsión del pluralismo jurídico. A tal efecto, inclusive, se le dedica un capítulo especial que corresponde al capítulo I “Pueblos y comunidades indígenas”, dentro del Título X “Procedimientos Especiales”, del Libro Segundo “Del Procedimiento” del CNPP. En dicho capítulo se encuentra el artículo 420 que reconoce la jurisdicción penal indígena.

Se recuerde que, en este caso, el CNPP no “crea” una jurisdicción especial, sino que reconoce un hecho social ya existente, aunque dispone de reglas precisas para brindar una mayor seguridad jurídica. La disposición en cuestión señala, de manera coherente con la CPEUM, que dicha jurisdicción operará en los casos de delitos en los que se hayan visto afectados bienes jurídicos que sean exclusivos o propios del pueblo o comunidad en cuestión, esto es, cuando se trate de un “asunto interno”. Además, se expresa que la jurisdicción requerirá que tanto el imputado como la víctima, o, sus familiares, “acepten el modo en el que

³⁹ No se omite hacer mención que el factor cultural de los pueblos y comunidades indígenas también se contempla en las disposiciones sustantivas del Código Penal Federal (artículos 51, 52 y 423) y del Código Civil Federal (artículo 58), mismas que también son competencia del Congreso de la Unión. Sin embargo, en estos casos nos encontramos frente a normas que reglamentan el derecho de acceso a la jurisdicción del Estado y no al pluralismo jurídico como tal.

⁴⁰ Art. 6, Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf> (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

la comunidad, conforme a sus propios sistemas normativos” regulan y solucionan sus conflictos.⁴¹

En estos casos, el CNPP dispone de una regla que permite armonizar la jurisdicción indígena con la jurisdicción positiva, a tal efecto expresa que cuando se trate de un caso sujeto a la jurisdicción indígena, para la jurisdicción ordinaria operará la extinción de la acción penal. Esto es, la jurisdicción positiva dejará de conocer para trasladar el asunto a la jurisdicción indígena. Sin embargo, existe una cláusula de control en donde eventualmente la jurisdicción ordinaria podría conocer de un asunto, no ya en cuanto al fondo sino en relación con el procedimiento. Esta cláusula operaría cuando durante el proceso indígena no se hubieren respetado los derechos humanos y, de manera especial, la dignidad de las mujeres.

La previsión contenida en el CNPP vendría a reafirmar que el pluralismo jurídico constituye en los hechos una forma de competencia o jurisdicción indígena que, en el caso de la materia penal, estaría en cierto modo armonizada con el ordenamiento jurídico nacional, no así en materia civil y familiar. Asimismo, tampoco existiría una forma de reconocimiento a esta competencia bajo la LOPJF, aunque sí por vía de interpretación judicial como veremos próximamente. De esta manera, dichas ausencias normativas podrían constituir áreas de oportunidad sobre las cuales legislar en el ámbito del Congreso de la Unión.

Otro aspecto que debe recalcarse es que, como se adelantó, la competencia o jurisdicción indígena tiende a ser desarrollada en mayor medida en el ámbito local, particularmente a través de las leyes sobre derechos, costumbres y tradiciones indígenas, toda vez que materias como lo civil, familiar y penal son por su propia naturaleza preponderantemente locales (lo cual no impide que se disponga una regla general para los casos federales en la LOPJF, por ejemplo, ante delitos de orden federal, o, para todos los procedimientos a observarse dentro de la CNPP o el CNPCF).

⁴¹ Art. 420, Código Nacional de Procedimientos Penales, disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf> (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

Se tome como ejemplo el caso de Oaxaca.⁴² Aquí, la Ley Orgánica Municipal dispone en su artículo 65 Bis que, en los municipios con Sistemas Normativos Indígenas, la Asamblea General Comunitaria será reconocida como máxima autoridad y que sus acuerdos “serán plenamente válidos”, además de ser “reconocidos y respetados por el Estado”,⁴³ lo anterior siempre que, como se ha dicho, tales sistemas no contraríen derechos humanos. Esta disposición es complementada con la “Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicano del Estado de Oaxaca” que en su artículo 34 reconoce la jurisdicción especial indígena y, en el 38, señala cómo operará.⁴⁴

El artículo 34 prevé que las autoridades en pueblos y comunidades indígenas (las Asambleas Generales) podrán resolver sus conflictos con base en sus sistemas normativos internos (antes llamados usos y costumbres) y que, “dentro de sus ámbitos jurisdiccionales, serán compatibilizadas y convalidadas por las autoridades estatales respectivas, cuando se sometan a su consideración...”.⁴⁵ Como puede apreciarse, mediante este mecanismo se permite que las autoridades

⁴² Otro caso interesante es el de Guerrero que dispone de una Ley de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas donde se reconocen los sistemas normativos de dichos colectivos (artículos 6, fracciones I y VIII, y 26, fracción II). Se expresa que el Estado deberá reconocer y proteger dichos sistemas (artículo 7, fracción I, incisos a y c) en un marco de respeto a los derechos humanos. A la justicia indígena se dedica el Título Tercero (artículos 35 a 42), de manera somera, puede destacarse que: dichos sistemas se aplican en la solución de todos los conflictos internos de la comunidad, el procedimiento es “el que cada comunidad estime procedente de acuerdo con sus usos, tradiciones y costumbres”, siempre que se respeten los principios de legalidad, eficiencia, ejemplaridad y honradez (artículo 36, párrafos segundo y tercero). También se prevé el “Consejo Regional de Autoridades Comunitarias” como entidad vinculante con el Poder Judicial del Estado. Se dispone que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas deben ser respetadas por las autoridades del Estado (artículo 38) y, en cuanto a las reglas de competencia, el artículo 40 distingue dos criterios territoriales de aplicación conjunta, el lugar donde se cometió la infracción y el que los bienes jurídicos afectados se ubiquen en ese lugar. Los datos identificativos de la ley son, Ley número 701 de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, del Estado de Guerrero, disponible en <https://congresogro.gob.mx/legislacion/ordinarias/ARCHI/ley-numero-701-de-reconocimiento-derechos-y-cultura-de-los-pueblos-y-comunidades-indigenas-y-afromexicanas-del-estado-de-guerrero-701-2022-07-19.pdf> (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

⁴³ Art. 65 Bis, Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca, disponible en [https://www.congresooaxaca.gob.mx/docs65.congresooaxaca.gob.mx/legislacion_estatal/Ley_Organica_Municipal_\(Ref_dto_1538_aprob_LXV_Legis_13_sep_2023_PO_39_15a_secc_30_septiembre_2023\).pdf](https://www.congresooaxaca.gob.mx/docs65.congresooaxaca.gob.mx/legislacion_estatal/Ley_Organica_Municipal_(Ref_dto_1538_aprob_LXV_Legis_13_sep_2023_PO_39_15a_secc_30_septiembre_2023).pdf) (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

⁴⁴ Arts. 34 y 38, Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicano del Estado de Oaxaca, disponible en [https://www.congresooaxaca.gob.mx/docs65.congresooaxaca.gob.mx/legislacion_estatal/Ley_de_Derechos_de_los_Pueblos_y_Comunidades_Indigenas_y_Afromexicano_del_Estado_de_Oaxaca_\(Dto_ref_778_aprob_LXV_Legis_18_ene_2023_PO_4_2a_secc_28_ene_2023\).pdf](https://www.congresooaxaca.gob.mx/docs65.congresooaxaca.gob.mx/legislacion_estatal/Ley_de_Derechos_de_los_Pueblos_y_Comunidades_Indigenas_y_Afromexicano_del_Estado_de_Oaxaca_(Dto_ref_778_aprob_LXV_Legis_18_ene_2023_PO_4_2a_secc_28_ene_2023).pdf) (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

⁴⁵ Art. 34, *Ibid.*

estatales puedan validar las decisiones adoptadas por los pueblos y comunidades indígenas, cuestión que, de una parte, garantiza efectividad y reconocimiento a dichos sistemas y, de otra, permite un mecanismo de convalidación con la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, en cuanto a las reglas de la jurisdicción, el artículo 38 dispone de una directriz general a observarse en cualquier materia (incluso penal). Aquí se indica que la jurisdicción indígena vendrá ejercitada por las autoridades tradicionales en dos hipótesis. En la primera, la ley contempla una competencia personal e indica que conocerá la jurisdicción indígena cuando ambas partes sean indígenas. En el caso de que una parte sea indígena y la otra no, habrá de valorarse si el asunto es penal o no. Si es penal, corresponde al infractor decidir en qué jurisdicción vendrá juzgado, si no lo es, será el demandante el que decida.⁴⁶

La segunda hipótesis contempla una competencia material e indica que conocerá la jurisdicción indígena en los casos de: delitos que conforme al Código Penal del Estado de Oaxaca no excedan de dos años de prisión o dispongan sólo de pena económica; conflictos de tierras; faltas administrativas; incumplimiento de los deberes comunitarios; faltas contra la cultura y la organización comunitaria; cuestiones civiles, familiares y, en especial, respecto del incumplimiento de los deberes de padres y madres.⁴⁷

En el rubro de interpretación haremos referencia a criterios que la SCJN ha fijado ante la ausencia de reglas claras de competencia para la garantía del pluralismo; un proceder que, por cierto, puede catalogarse de activismo judicial, lo cual potencializa la necesidad de disponer de normas claras en el ámbito legislativo-procedimental para determinar

⁴⁶ Art. 38, *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.* Junto a lo anterior, la legislación oaxaqueña reconoce la jurisdicción indígena como parte de la jurisdicción del Estado. A tal efecto dispone que las resoluciones de las autoridades tradicionales indígenas tienen plena validez, sin embargo, en caso de inconformidad de alguna de las partes pueden ser revisadas las decisiones al interior de la justicia ordinaria la cual, no debe pronunciarse sobre el fondo de la decisión, sino sobre el procedimiento que se ha seguido y verificar que éste haya sido respetuoso de los principios constitucionales (tanto de la Constitución de Oaxaca como de la CPEUM). Esta revisión se realiza mediante las “Salas de Justicia Indígena”, sobre esta jurisdicción, véase el artículo 34 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicano del Estado de Oaxaca, *op. cit.*, y el artículo 23, fracción V de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Oaxaca, disponible en [https://www.congreso-oaxaca.gob.mx/docs65.congreso-oaxaca.gob.mx/legislacion_estatal/Ley_Organica_del_Poder_Judicial_del_Estado_de_Oaxaca_\(Ref_dto_1074_aprob_LXV_Legis_22_mzo_2023_PO_13_26a_secc_1_abr_2023\).pdf](https://www.congreso-oaxaca.gob.mx/docs65.congreso-oaxaca.gob.mx/legislacion_estatal/Ley_Organica_del_Poder_Judicial_del_Estado_de_Oaxaca_(Ref_dto_1074_aprob_LXV_Legis_22_mzo_2023_PO_13_26a_secc_1_abr_2023).pdf) (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

la competencia indígena, así como las vías de armonización con la jurisdicción ordinaria. Previo a ello, se presentan algunas reflexiones sobre los sistemas normativos indígenas en general.

III. SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS

Como ha quedado expresado, tanto la CPEUM, como el Convenio 169 OIT, la DUDPI y la DADPI reconocen la existencia de un derecho o jurisdicción indígena (pluralismo jurídico); asimismo, el CNPP, la LINPI, la LFPPCPCIA y la propia SCJN.

También se ha observado que, en algunos casos, se establecen reglas de armonización con la jurisdicción ordinaria (es el caso de la materia penal federal), pero en otros no y que tampoco existe un reconocimiento explícito en términos legales a la jurisdicción especial indígena por vía de la LOPJF.

Ahora bien, ¿por qué es importante disponer de reglas y de criterios claros? La razón estriba en que los sistemas normativos indígenas no son del todo homologables a las reglas del Estado y esto puede dar lugar a conflictos en su aplicación, tanto en sus aspectos sustantivos, como de procedimiento. En esta sección se dedicarán algunas reflexiones a explicar estos sistemas normativos, así como sus características más generales.

Antes que nada, conviene hacer una importantísima observación y es que, en realidad, no cabría hablar de un solo derecho indígena, sino antes bien, del derecho de cada uno de los pueblos y de las comunidades indígenas (afromexicanas y equiparables) de nuestro país, aspecto que, de nueva cuenta, aporta elementos para constatar la complejidad y la importancia de partir de reglas claras a observarse en estos casos.⁴⁸

Ahora bien, a pesar de la enorme diversidad de sistemas normativos (algo que, por lo demás es positivo en términos de pluralismo y riqueza cultural), sí que pueden derivarse algunos aspectos generales que suelen observarse en estos sistemas, anticipando que se trata de generalidades y que, en ciertos casos, podrán presentarse situaciones de excepción.

⁴⁸ Ávila Ordóñez, “El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos”, 948; Castro Rodríguez y Vásquez de la Rosa, *Seminario reconstitución de los sistemas políticos en municipios indígenas de Oaxaca*, 17; Correas, “Teoría del derecho y mundo indígena”, 62.

1. El contenido se determina por el contexto interno de referencia

Como primer punto, no se pierda de vista que los sistemas normativos indígenas son códigos de conducta en donde, al igual que como ocurre con el derecho positivo, se encuentran contenidas disposiciones que prohíben, obligan o permiten una determinada conducta. En la amplia mayoría de los casos, existe en general coincidencia entre el contenido de estos “operadores deónticos” y las expectativas que el derecho positivo dispone,⁴⁹ sólo en un número reducido de casos, que suelen ser la excepción, las divergencias se presentan y, en tales casos, el derecho indígena puede no ajustarse a los cánones constitucionales, razón por la cual, su margen de autonomía puede ser limitado.

Este límite suele estar configurado por principios como el respeto a los derechos humanos, los cuales, en palabras de la SCJN, han de ser interpretados de manera “intercultural” a fin de no privilegiar una determinada posición ideológica y dar así apertura a la diversidad.⁵⁰ Esta posición implica la realización de un diálogo intercultural en donde para establecer el sentido y valor de una determinada práctica, antes será necesario acudir al contexto interno de referencia (por ejemplo, mediante el auxilio de dictámenes antropológicos)⁵¹ para tratar de entender las razones o motivos que la sustentan y, a partir de ello, tender puentes que posibiliten una interpretación conforme a la

⁴⁹ Borja Jiménez, “Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos”, 25.

⁵⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar con perspectiva intercultural: personas, pueblos y comunidades indígenas*, Ciudad de México, 2022, 59. En materia electoral también ha sido asumido este criterio, véase: Jurisprudencia 19/2018 (6a.), JUZGAR CON PERSPECTIVA INTERCULTURAL. ELEMENTOS MÍNIMOS PARA SU APLICACIÓN EN MATERIA ELECTORAL, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Sexta época, año 11, n. 22, vol. 218, 18-19. <https://www.te.gob.mx/ius2021/#/>.

⁵¹ En casos que involucran personas indígenas, migrantes, minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, se evidencia el auxilio que disciplinas como la antropología o la etnología pueden aportar al derecho. A partir de estas disciplinas, el juez dispone de un contexto de referencia mucho más profundo para resolver la cuestión, se ha dicho incluso que el juzgador asume en estos casos la forma de un “juez antropólogo”, Ruggiu, *Il giudice antropologo*, 55. De la misma manera, en el contexto latinoamericano Sánchez expresa que la asunción de la multiculturalidad ha acercado la antropología al derecho, de manera que hoy en día, estas ciencias se relacionan profundamente, particularmente en casos que involucran sistemas jurídicos indígenas, Sánchez, *op. cit.*, 70.

Constitución; cuando ello no sea posible, nos encontraremos ante una zona límite en donde el pluralismo jurídico podrá ceder.⁵²

2. Oralidad, escritura y dinamismo

Una peculiaridad que se presenta en este derecho es que no necesariamente se encuentra contenido en documentos escritos, en muchos pueblos y comunidades el derecho constituye una *praxis* costumbrista que se repite de generación en generación y que da lugar a una expectativa respecto de lo que es debido, obligado o permitido.⁵³ De esta manera, el derecho es oral,⁵⁴ es costumbrista, no existe la necesidad de que la norma sea publicada en un diario o periódico oficial, los códigos de conducta son conocidos por la tradición, siendo difícil aducir planteamientos como la ignorancia de la ley, errores de tipo (respecto de los elementos normativos) o de prohibición (respecto de eventuales excepciones).⁵⁵

Se observa que en algunos casos ese derecho se encuentra contenido en un código, catálogo o estatuto de usos y costumbres,⁵⁶ aunque no

⁵² Un ejemplo de este diálogo intercultural puede advertirse en el caso San Bartolo Coyotepec donde la Asamblea General Comunitaria no permitió la participación de mujeres en su proceso de renovación electoral por sistemas normativos internos en 2013, tras un diálogo con la autoridad administrativa se repitió la elección buscando mecanismos de participación de las mujeres, asimismo, con la sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral se dispuso la realización de diálogos continuos con las autoridades indígenas y del Estado para promover la participación política de las mujeres logrando en la elección de 2014 un 40% de representación femenina en las autoridades incluso cuando no existía por aquel entonces un porcentaje mínimo obligatorio, ni mucho menos la paridad. El caso es emblemático en materia de participación política de las mujeres en contextos indígenas, el elemento central, como se observa en la sentencia, fue el diálogo intercultural, véase la Sentencia recaída al Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano SUP-REC-16/2014, Sala Superior del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación, Ponente: Flavio Galván Rivera, 5 de marzo de 2014, 384. <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-REC-16-2014>, asimismo, Maldonado Smith, “Pluralidad y conflicto en sistemas normativos indígenas. Posibles vías de armonización en contextos constitucionales y democráticos, el caso de San Bartolo Coyotepec, México”, 99-106.

⁵³ Cruz Rueda, “Principios generales del derecho indígena”, 36. Asimismo, un caso práctico donde se observa esta situación es la Sentencia recaída al Amparo Directo 6/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, 21 de noviembre de 2019: párr. 63. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/AD%206-2018_0.pdf.

⁵⁴ Castro Rodríguez y Vásquez de la Rosa, *op. cit.*, 16; Correas, *Teoría del derecho... op. cit.*, 169-170.

⁵⁵ Chimbo Villacorte, “El error de prohibición en la justicia indígena”, 38-46; Hurtado Pozo, “Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano”, 83-86.

⁵⁶ Como ocurre, por ejemplo, en la comunidad indígena wixárika a que se refiere la Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1041/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 8 de julio de 2020: párr. 34. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/gyQ_3XgB_UqKst8o_LF8/%22Libertad%20de%20creencia%22.

suele ser la regla general. Aquí, principios como el de legalidad, certeza, taxatividad o reserva de ley vienen garantizados no por la norma escrita, sino por la expectativa que de esa norma existe en el pueblo o comunidad (cuestión que la hace cierta y por todos “conocible”).⁵⁷

Ahora bien, como toda expresión cultural, el derecho indígena tampoco es un elemento estático que se repita idénticamente a lo largo del tiempo.⁵⁸ Las culturas son dinámicas, se encuentran en un permanente proceso de aprendizaje recíproco, de contactos, de recreación, cambios y de mutaciones que son consustanciales a la propia existencia humana.⁵⁹

Esta situación, por ejemplo, se atestigua con instituciones indígenas que encuentran su génesis en una conjunción de elementos hispánicos propios de la conquista y de instituciones del México independiente,⁶⁰ tal como ocurre con la figura del ayuntamiento, las mayordomías, el gobernador, el presidente municipal y los síndicos o, inclusive, tratándose de ciertas sanciones, como lo es el fute.⁶¹

Lo dicho resulta relevante al momento de tratar de identificar en qué casos un pueblo o comunidad indígena preserva sus instituciones tradicionales y su derecho, siendo relevante no que éstas se mantengan inmutables a lo largo del tiempo (algo que por lo demás sería extremadamente difícil) sino, ante todo, que sean reconocidas como propias por el sujeto colectivo (identidad), que se sigan aplicando en los hechos (vigencia) y que contribuyan a la resolución de sus conflictos internos.

3. Unidad de materia y elementos mágico-religiosos

La idea de un derecho civil, familiar, penal, administrativo, laboral, etc., es un constructo de nuestra sociedad contemporánea bajo el cual se aborda el estudio del fenómeno jurídico. En el caso de los pueblos y comunidades indígenas se trabaja directamente bajo la idea general

⁵⁷ Ávila Ordóñez, *op. cit.*, 949.

⁵⁸ Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, 23.

⁵⁹ Martínez de Bringas, “Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. Un análisis desde los derechos indígenas”, 422.

⁶⁰ Sánchez Botero, “Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas”, 198-199. Ejemplos concretos de estas instituciones son presentados en Méndez García, *Servir al mundo indio en su religiosidad. Experiencia y propuesta de evangelización desde la Mayordomía*, 19.

⁶¹ De la Torre Rangel, *op. cit.*, 31.

del derecho, sin divisiones o materias. De esta manera, resulta difícil encontrar al interior de estas colectividades divisiones claras entre lo que conocemos como una cuestión penal, civil o administrativa.⁶²

Así, el derecho indígena se caracteriza por su unidad de materia⁶³ y porque, incluso, en la idea general del comportamiento esperado, se conjugan elementos con un componente simbólico, mágico-religioso y naturalista. En efecto, en la mayor parte de los pueblos indígenas, el factor religioso se proyecta en amplios campos de la vida cotidiana y es también un elemento que permite explicar relaciones causales, a ello se suma la componente mágica que se atribuye a determinadas fuerzas o, incluso, a los ciclos de la naturaleza.⁶⁴

A partir de este conjunto de elementos, los pueblos y comunidades indígenas entienden su propia condición y su relación con la tierra, el agua, los animales y la vida en general.⁶⁵ Estos aspectos, a su vez, se proyectan en los sistemas normativos en donde, por citar algunos ejemplos, pueden ser consideradas faltas, conductas como: acudir a un lugar prohibido, no cumplir con las obligaciones religiosas, la omisión de un determinado ritual, cosechar fuera de los periodos establecidos, practicar la brujería sin estar autorizado (sin ser un chamán), sancionar la ociosidad (y en consecuencia obligar al “tequio”), convocar a asamblea o elegir a autoridades sin seguirse un determinado procedimiento o durante los días santos o prohibidos.⁶⁶

Bajo el principio de respeto a la pluralidad, debe tenerse en cuenta que la configuración de estos “tipos normativos” encuentra asidero constitucional y, en consecuencia, corresponde a las autoridades del Estado respetar la facultad de estos colectivos para definir qué conducta

⁶² López Sarabia, “El ejercicio del pluralismo jurídico en el Sistema Jurídico Mexicano”, 170; Vázquez de la Rosa y Castro Rodríguez, *Manual. Indicadores de participación ciudadana en regiones indígenas de Oaxaca*, 11.

⁶³ Martínez Ortega, *Jurisdicción indígena: Herramientas para fortalecer la impartición de justicia y el ejercicio de derechos*, 19.

⁶⁴ Muñoz de la Cruz, “Justicia indígena wixárika”, 216-219; Orantes García, “Los ab’teletik y sus roles en la justicia indígena de los tseltales de los Altos de Chiapas”, 113; Sánchez, *op. cit.*, 72.

⁶⁵ Correas, “La propiedad. Reflexiones sobre la propiedad en el mundo indígena”, 173-182.

⁶⁶ Chimbo Villacorte, *op. cit.*, 41-42.

es sancionable y qué pena le viene acompañada.⁶⁷ Se reitera, no corresponde a las autoridades no indígenas o del Estado (como podría ser el órgano legislativo) el determinar qué conducta se sanciona y bajo qué pena, toda vez que dicha potestad se le confiere al propio pueblo o comunidad conforme a su autonomía.

Esta última situación, sin embargo, no equivale a una licencia absoluta. Como se recuerda, el elemento central es la afectación a los intereses propios del pueblo o la comunidad,⁶⁸ es decir, el bien jurídico tutelado y, además, toda hipótesis de conducta ilícita y su sanción encuentran el límite configurativo que se expresa en el respeto a los derechos fundamentales (aunque bajo una perspectiva intercultural). Así, para que la hipótesis y su sanción sean permisibles, habrán de ser reconducidas a los parámetros de regularidad constitucional que posibiliten motivar su tutela y vigencia (algo que, por ejemplo, ya se ha demostrado en el caso del tequio que, de otro modo, pudiera constituir una forma de trabajo forzado).⁶⁹

4. Autoridades tradicionales

Cada pueblo y comunidad indígena disponen, como parte de su autonomía, del derecho a reconocer a sus autoridades tradicionales. En algunos casos estas se presentan bajo la forma del presidente municipal, el regidor, síndicos, consejo de ancianos, representantes de comités o hermandades y la propia autoridad mágico-religiosa (el cura, chamán, hechicero, madrona o curandera, etc.).⁷⁰

⁶⁷ Así, por ejemplo, en el pueblo de San Juan Chamula, Chiapas, las autoridades tradicionales pueden conocer de faltas relacionadas con el “mal de ojo” o con la brujería, mismo caso respecto de la brujería en Tenejapa, véase: Adonon Viveros, “El derecho en la práctica: juzgados de paz y conciliación indígena en los Altos de Chiapas”, 85 y, Orantes García, *op. cit.*, 119. En el derecho comparado también pueden verse juicios indígenas seguidos por brujería, como ejemplos: Chimbo Villacorte, *op. cit.*, 41; Fuchs, “Casos prácticos”, 23-24.

⁶⁸ Martínez Ortega, *op. cit.*, 41.

⁶⁹ Sobre la figura del tequio, la SCJN ha concluido su compatibilidad constitucional expresando que es un “trabajo comunal... en el que se advierte la solidaridad de los vecinos para realizar trabajos que beneficien a la colectividad, como la construcción y mantenimiento de caminos, templos, escuelas y otras obras de beneficio común”, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 158/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, 23 de agosto de 2017. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=211705>. Asimismo, sobre el tequio véase: Vásquez de la Rosa y Castro Rodríguez, *op. cit.*, 14.

⁷⁰ Castro Rodríguez y Vásquez de la Rosa, *op. cit.*, 17.

Como característica distintiva se observa que, en general, las autoridades son electas bajo procedimientos de democracia directa⁷¹ en donde, a su vez, se verifica la existencia de un mandato condicional por el que la Asamblea General supervisa el desempeño de la función conferida y, en virtud de su valoración, confirma o retira el mandato a quien es electo como autoridad. Este sistema, igualmente, se sustenta en el principio de la alternancia evitando así la concentración desmedida de poderes en un solo individuo por periodos indeterminados de tiempo.⁷²

El núcleo que legitima a las autoridades es el sistema de cargos y su vigilancia por parte de la Asamblea General.⁷³ En este sistema, cada miembro desempeña cierta función en beneficio de la colectividad. A la par, existe un sistema de escalafón que permite acceder a cargos de mayor importancia, llegando incluso hasta el de presidente o presidenta municipal.⁷⁴ El órgano que verifica el adecuado cumplimiento de las funciones es la Asamblea General en donde se evalúa el proceder de las autoridades comunitarias para refrendarlas o sustituirlas.

En este sistema, se valora la eficacia, eficiencia y responsabilidad con las que la encomienda conferida se ha ejercido y que dan a su titular un prestigio y respaldo comunitario, ello pasa a ser un capital social, político y religioso celosamente protegido.⁷⁵ Además, bajo este sistema se efectiviza lo que en la teoría democrática se ha dado en llamar un mandato revocable, de modo tal que, la autoridad que resulta electa y no cumple con las expectativas, puede ser destituida en cualquier momento por la Asamblea General.⁷⁶

Para el caso de la administración e impartición de justicia, suelen distinguirse las autoridades competentes debido a la entidad del daño ocasionado. Así, conflictos menores pueden ser resueltos por el presidente municipal o regidores en turno; para el caso de conflictos mayores, al verse afectada la entera comunidad es ésta la que se erige en

⁷¹ Correas, *Teoría del derecho...* *op.cit.*, 100.

⁷² *Ibid.*, 85.

⁷³ Burguete Cal y Mayor, "El gobierno indígena en Chiapas: una discusión contemporánea", 281-282; Castro Rodríguez y Vásquez de la Rosa, *op. cit.*, 16.

⁷⁴ Vásquez de la Rosa y Castro Rodríguez, *op. cit.*, 11.

⁷⁵ De la Torre Rangel, *op. cit.*, 147.

⁷⁶ Caminal Badia, "La representación y el parlamento", 412.

máxima autoridad bajo la forma de la Asamblea General Comunitaria.⁷⁷

Además, en ciertas comunidades también participan los consejos de ancianos brindando su parecer y expresando su “prudencia” ante los casos que le son sujetos a consideración.⁷⁸

Al momento de armonizar estas figuras con el sistema general del Estado, debe existir certeza respecto de la facultad que una autoridad puede tener para imponer una cierta sanción, asimismo, para su ejecución o efectividad. A la par, toda autoridad (incluyendo la Asamblea), debe garantizar derechos básicos del proceso, como lo son: el derecho del acusado a tener un defensor; el principio de contradicción; la libertad en el ofrecimiento de pruebas; el principio de legalidad (bajo la idea de la predictibilidad); la tutela de los derechos de las víctimas; la reparación del daño, etc.

5. Sanción y su finalidad

Como se ha adelantado, al no existir una división en lo penal, civil, administrativo, electoral o de otro tipo, en los pueblos y comunidades indígenas suele existir una idea general en la que una conducta contraria a las expectativas sociales constituye un “problema”, “falta” o, incluso, un “error” (en contraposición a lo que vendrían siendo los “delitos” o “infracciones” en el sistema de derecho positivo).⁷⁹

Bajo la cosmovisión indígena, esta falta o error se proyecta en el resto de la comunidad, de manera tal que, en estos casos, no es que se afecte un interés particular, sino un interés general o colectivo que es el del pueblo o la comunidad entera,⁸⁰ situación que permite explicar por qué en los casos más graves es la Asamblea General la que viene a conocer del caso y, a la par, por qué el procedimiento es desarrollado de una manera gratuita y expedita (en tanto que la demora repercute como criterio de inestabilidad para la comunidad).⁸¹

⁷⁷ López Sarabia, *op. cit.*, 170; Vásquez de la Rosa y Castro Rodríguez, *op. cit.*, 13; Correas, *Teoría del derecho... op. cit.*, 83.

⁷⁸ De la Torre Rangel, *op. cit.*, 147.

⁷⁹ Martínez Ortega, *op. cit.*, 42.

⁸⁰ Borja Jiménez, “Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y los derechos indígenas”, 296.

⁸¹ De la Torre Rangel, *op. cit.*, 147.

De manera general, el procedimiento comienza con una acusación ante la autoridad tradicional quien, tras ello, ordena llamar a la parte denunciada para que ejercite su derecho a la defensa y exprese sus consideraciones. De ser posible se privilegia la resolución del conflicto mediante una disculpa, reconocimiento de culpabilidad, regaño o prevención futura.⁸² Si no existe acuerdo, se continúa con la investigación en donde pueden ser llamados testigos y aportarse pruebas de diversa índole.

Finalmente, se emite una decisión en donde se determina, o no, la responsabilidad, así como las sanciones correspondientes.

En caso de inconformarse con esta decisión, las partes pueden plantear su “revisión” a las autoridades del Estado (como en el caso de Oaxaca que se ha visto) quienes, en garantía del derecho a la autodeterminación no pueden pronunciarse sobre el fondo del asunto (algo que por lo demás plantearía conflictos de cara al principio *non bis in idem*), pero sí cerciorarse que en el caso concreto hayan sido respetados las directrices constitucionales.⁸³

Bajo la idea de afectación al sujeto colectivo, la sanción también se erige como un instrumento que permite dos funciones, en primer lugar, restaurar el equilibrio comunitario (evitar divisiones, fricciones, resentimientos, violencia y toda forma de conflicto) y, en segundo término, reincorporar a la persona al núcleo social.⁸⁴ En esta segunda función, puede apreciarse la coincidencia (y respeto) que se logra con el principio de la reinsertión social.⁸⁵

En cuanto a las sanciones son variables y, dependen de la entidad del daño ocasionado. Como se ha dicho, en conflictos menores se busca el diálogo, la concertación y la reparación del daño. Ejemplos

⁸² *Ibid.*, 80.

⁸³ Dado que la CPEUM permite a las autoridades indígenas juzgar y resolver sus propios conflictos, el hecho de que otra autoridad volviera a juzgarlos sería contrario al principio *non bis in idem*. En correspondencia, los jueces del derecho positivo no pueden pronunciarse sobre el fondo de una decisión indígena, sin embargo, lo que sí pueden hacer es verificar que esa decisión se haya adoptado en correspondencia con los parámetros de constitucionalidad. Como ejemplo, la ya citada Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Oaxaca donde se indica que la Sala de Justicia indígena conocerá de: “los asuntos relacionados con las resoluciones emitidas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas en ejercicio de su función jurisdiccional al aplicar sus sistemas normativos, para constatar que en el procedimiento respectivo se hayan respetado los principios y derechos humanos tutelados en la Constitución Federal, los tratados internacionales y la Constitución particular del Estado”, Art. 23, fracción V, inciso a, Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Oaxaca, *op. cit.*

⁸⁴ Sánchez, *op. cit.*, 71; Sánchez Botero, *op. cit.*, 197; Kalinsky, *Justicia, cultura y derecho penal*, 142.

⁸⁵ Ávila Ordóñez, *op. cit.*, 956.

de conflictos menores son: peleas familiares, robos de cuantía menor, difamación, alcoholismo y vagancia, lesiones de poca entidad, etc.⁸⁶ En estos casos la sanción puede consistir en un llamado de atención, reproches comunitarios, trabajos en favor de la comunidad, adquisición de bienes destinados al servicio público, compensación económica o, suspensión de ciertos derechos colectivos.⁸⁷ Se recalca, la finalidad de la sanción es restaurar el equilibrio y la paz, por ello, tienen primacía las medidas que de manera más inmediata se dirigen a estos objetivos lo cual hace que los sistemas indígenas sean sumamente pragmáticos.⁸⁸

Cuando la entidad del daño afecta considerablemente al sujeto colectivo (privación de la vida, delitos relacionados con drogas y estupefacientes, violación, abigeato, graves incumplimientos a los acuerdos comunitarios),⁸⁹ las sanciones pueden consistir en: detenciones por breve periodo de tiempo (para reflexionar sobre lo ocurrido), el reenvío a la jurisdicción del Estado (en delitos graves como homicidio, narcotráfico o secuestro), confiscación de bienes, pérdida de derechos comunitarios, sanciones corporales (como el fuate)⁹⁰ o expulsión comunitaria.⁹¹

Dichas sanciones vienen aplicadas teniendo presente, entre otros aspectos: la gravedad de la conducta; la ofensa concreta al bien jurídico; la historia personal del individuo (por ejemplo, el cumplimiento de sus deberes comunitarios y su desempeño en el sistema de cargos);⁹² el vínculo que la persona tiene con la comunidad; los motivos que lo han impulsado a delinquir o; la reincidencia.

Es de observar que, en estos grupos humanos existe un gran sentido de pertenencia comunitaria, de manera tal que, cuando se estima que una ofensa ha colocado en grave riesgo al propio sujeto colectivo (el pueblo o

⁸⁶ De la Torre Rangel, *op. cit.*, 74-75.

⁸⁷ Borja Jiménez, *Derecho indígena... op. cit.*, 20.

⁸⁸ Sánchez, *op. cit.*, 72; Mendiola Soto, "La justicia oral y comunal o'dam: un análisis desde los principios de vida y directrices jurídicas", 185-189; Adonon Viveros, "La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?", 93-95.

⁸⁹ De la Torre Rangel, *op. cit.*, 75.

⁹⁰ Sobre esta sanción, véase en el derecho comparado la Sentencia T-523/97, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional colombiana, Ponente: Carlos Gaviria Díaz, 15 de octubre de 1997, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>.

⁹¹ Ávila Ordóñez, 961; Borja Jiménez, *Líneas básicas..., op. cit.*, 260.

⁹² Castro Rodríguez y Vásquez de la Rosa, *op. cit.*, 10.

la comunidad), a modo de autoconservación, puede aplicarse la sanción más drástica que, bajo este esquema, es la expulsión del individuo.

Puede verse que es en el ámbito de las sanciones en donde los sistemas normativos indígenas encontrarían mayores tensiones de cara a su armonización con el sistema ordinario y, en especial, con la propia Constitución. En contextos comparados, por ejemplo, sanciones como el fuste o latigazo han sido inclusive consideradas constitucionales (aunque, en nuestra perspectiva, bajo una interpretación sumamente amplia y de dudosa legitimidad constitucional).⁹³

A modo de guía, se observa que, aún en el caso de las sanciones, los intérpretes y operadores jurídicos han de abordar la cuestión bajo un perfil de lectura “intercultural” y no dar por descontado de inicio la contrariedad de una cierta sanción con los cánones constitucionales.⁹⁴

Antes que nada se requiere, conforme los dicta la propia CPEUM, saber identificar el contexto de referencia tomando en consideración a los “usos y costumbres” lo cual supone adentrarse en el contexto cultural para abordar la problemática mediante un diálogo recíproco que permita a los operadores jurídicos conocer cuál es el sentido y la relevancia que una cierta práctica cultural puede asumir en el contexto de referencia, es decir, conocer el punto de vista interno del pueblo o la comunidad, cuestión que no equivale a “compartir” esa visión pero sí al menos conocerla y tratar de darle una justificación bajo los cánones de la interpretación constitucional.

Lo anterior supone una interpretación teleológicamente orientada que permita encontrar respaldo constitucional. Sólo en los casos en los que una cierta práctica o sanción pudiese revelarse incapaz de ser reconducida a dichos cánones, habrá de concluirse en la restricción a la autonomía indígena por encontrarse, en el caso concreto, en colisión frente a otros derechos fundamentales cuya primacía, en tal situación, se estima prevalente.⁹⁵

⁹³ Sobre esta sanción planteamos comentarios más extensos en Maldonado Smith, *Torres de Babel... op. cit.*, 118-120.

⁹⁴ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5008/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 10 de mayo de 2017, párr. 79. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/KyqR3XgB_UqKst8osRtT/5008/2016.

⁹⁵ Así ha ocurrido, por ejemplo, cuando se limitó la libertad religiosa de los miembros de una comunidad indígena mediante la prohibición de todo credo diverso al mayoritario, véase la Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1041/2019, *op. cit.* Sobre la relación de precedencia condicionada, Alexy, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 73.

Como se observa, en aquellos conflictos vinculados con la multiculturalidad, no existe una única regla a aplicar pues, no se pierda de vista que, el derecho a la autodeterminación y sus diversas formas de expresión son también derechos de orden fundamental que sólo podrán ser restringidos cuando, en un caso específico, tales derechos fundamentales se coloquen en conflicto y uno de ellos haya de ser preferido con relación al otro (en términos de Alexy, la relación de precedencia condicionada).⁹⁶

IV. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

En este apartado se observará cómo la SCJN valida las consideraciones y estrategias de armonización que, en cierta medida, hemos adelantado al momento de referir algunas de las características generales de los sistemas normativos indígenas. Sin embargo, dicho proceder interpretativo ha tenido lugar ante la ausencia de disposiciones legislativas claras que permitiesen al operador e interprete resolver situaciones de competencia de manera inmediata brindando así certeza y seguridad a las partes involucradas.

Antes de abordar la interpretación judicial importa clarificar que, aunado a ello, la SCJN ha elaborado un protocolo específico en materia indígena. En términos generales, este protocolo insta a las autoridades judiciales a no perder de vista que, en México, la multiculturalidad es un hecho social y atendiendo a las obligaciones constitucionales de defensa a los derechos humanos y, en el caso concreto, de la libre determinación y autonomía indígena, en aquellos casos en los que se involucren pueblos y comunidades han de resolver bajo una perspectiva intercultural lo cual supone un diálogo con las culturas en cuestión para, a partir de ello, desentrañar el significado de una determinada práctica cultural y poder, en su caso, darle armonía bajo los principios constitucionales.⁹⁷

⁹⁶ La SCJN expresa: “en casos en que los sistemas normativos indígenas entren en conflicto con los derechos reconocidos por el orden jurídico estatal, lo que acontece es una colisión entre diversos derechos humanos: por un lado, la diversidad cultural y la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas y, por otro, aquellos que se estiman infringidos por los sistemas normativos indígenas. Todos ellos en su conjunto son derechos humanos reconocidos en los niveles constitucional y convencional, y, por ende, tienen relevancia jurídica para la resolución de los casos”, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar...*, *op. cit.*, 274.

⁹⁷ *Ibid.*, 4. Igualmente, véase la Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5008/2016, *op. cit.*, párr. 79.

En dicho protocolo se reconoce que, como parte de su libre determinación, los pueblos indígenas gozan de autonomía para determinar y aplicar sus sistemas normativos en lo que se denomina “jurisdicción especial indígena”, se dispone que las autoridades del Estado están obligadas a reconocer este derecho, esto es, no es potestativo,⁹⁸ en tanto que dichas normas son parte del “derecho mexicano”, además, como parte del derecho nacional, se sujetan a los límites constitucionales instituidos, en particular el respeto a los derechos humanos.⁹⁹ Asimismo, el protocolo señala que en caso de conflicto con las normas positivas de orden legal (las normas federales, estatales, municipales, etc.), la jurisdicción indígena tiene prelación con base en el principio de maximización de la autonomía, no así respecto de los principios constitucionales.¹⁰⁰

La SCJN hace suya la consideración de que “la concepción y vivencia cotidiana de los derechos humanos no es homogénea ni uniforme”.¹⁰¹ particularmente en el caso de los pueblos indígenas, lo cual, de ninguna manera supone que esas visiones alternativas sean negadas, antes bien, se requiere de una armonización que sólo puede lograrse mediante “interpretaciones contextualizadas de los valores que salvaguardan los derechos humanos”.¹⁰²

Así, y de manera coincidente con lo que hemos dicho líneas atrás, se requiere acudir, mediante ese diálogo intercultural, al punto de vista interno de una determinada práctica para materializar el imperativo de interpretación contextual y, hecho lo anterior, tratar de reconducir la práctica en cuestión a los parámetros de regularidad constitucional, este conocimiento de la cosmovisión indígena “es determinante para aplicar una perspectiva intercultural”.¹⁰³

La Corte comparte la opinión de que, actuar de manera contraria, esto es, resolviendo únicamente desde el punto de vista externo (el

⁹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar... op. cit.*, 57.

⁹⁹ *Ibid.*, 8.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 94. En el mismo sentido se decantó la Sentencia recaída al Amparo Directo 6/2018, *op. cit.*, párr. 204.

¹⁰¹ Martínez, “El bloque intercultural jurídico. Protección de los estándares universales mediante un diálogo respetuoso”, 110, citado en Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar...op cit.*, 8.

¹⁰² *Ibid.*, 8.

¹⁰³ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar...op cit.*, 47.

del operador)¹⁰⁴ y bajo un parámetro en el que la práctica en cuestión podría *per se* (y sin haber realizado el dialogo intercultural) ser considerada violatoria a los derechos humanos, sería un “prejuicio discriminatorio”¹⁰⁵ que no encontraría tutela constitucional en sociedades multiculturales como la nuestra.

En su experiencia, la SCJN además de reconocer, tutelar y promover el principio de la multiculturalidad,¹⁰⁶ ha incorporado estándares para el caso del pluralismo jurídico. Como se habrá apreciado en las notas al pie de página, una sentencia emblemática es el Amparo Directo 6/2018, en éste, la Corte expresó que, conforme al principio del multiculturalismo, en nuestro país no existe una suerte de monismo jurídico, sino de pluralismo en donde sujetos como los pueblos y comunidades indígenas pueden crear sus propias normas que asumen la connotación de derecho con el mismo valor jurídico que las normas positivas del Estado.¹⁰⁷

Asimismo, la SCJN ha expresado que en casos de pluralismo jurídico los juzgadores han de resolver conforme a una perspectiva intercultural, lo cual supone el diálogo entre sistemas normativos, en consecuencia, no debe darse por descontada ninguna visión sobre el mundo, sobre todo

¹⁰⁴ Las categorías de punto de vista externo e interno son tomadas de Hart, *The concept of law*, 88. Se observa que la terminología empleada por la Corte es coincidente, aunque emplea la expresión de punto de vista “objetivo” y “subjetivo”, tal y como ocurre en la Sentencia recaída al Amparo Directo 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 12 de junio de 2019: párr. 148. https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2017/1/2_218845_4751.docx .

¹⁰⁵ Martínez, *op. cit.*, 110.

¹⁰⁶ Las sentencias en donde se reconoce el principio de la multiculturalidad son muchas, una muestra representativa son las siguientes: Sentencia recaída al Amparo Directo 6/2018, *op. cit.*, párr. 68 y 217; Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1041/2019, *op. cit.*, párr. 165, 176 y 203; Sentencia recaída al Amparo en Revisión 603/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 13 de enero de 2021, párr. 74. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/M7III3kBNHmckC8LtO1E/Amparo%20en%20Revisi%C3%B3n%20603/2019; Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5465/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 26 de abril de 2013, párr. 76, 81, 85, 91. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/hTDv3XgB_UqKst8o84Rf/Amparo%20Directo%20en%20Revisi%C3%B3n%205465/2014 .

¹⁰⁷ Reafirmando lo que ya se comentó al inicio de este artículo, la SCJN expresa “La jurisdicción especial indígena, viene a romper con el monopolio Estatal de la administración de justicia permitiendo la convivencia de los diversos ordenamientos jurídicos existentes en su interior”, Sentencia recaída al Amparo Directo 6/2018, *op. cit.*, párr. 65. Asimismo: “la exigencia constitucional que implica el reconocimiento de la multiculturalidad que caracteriza a la Nación Mexicana y, por tanto, a la existencia y vigencia de distintos sistemas normativos dentro del territorio nacional: un sistema normativo conformado por las disposiciones jurídicas nacionales e internacionales del Estado central, y otro conformado por los usos y costumbre de los distintos pueblos y comunidades ...”, *Ibid.*, párr. 68.

la indígena pues, proceder así, sería una posición arbitraria y contraria a los principios de igualdad y no discriminación.¹⁰⁸

Tras este diálogo, si de los hechos se observa que los juzgadores se encuentran ante un conflicto en el que se manifiestan intereses exclusivos del pueblo y, además, si éste se encuentra en posibilidad de juzgar los hechos (si se dispone de un sistema normativo interno), la Corte ha indicado que debe declinarse la competencia del Estado y trasladarla a la del pueblo indígena para que sea éste, bajo su propio sistema normativo, el que juzgue.¹⁰⁹

A la par, la autonomía indígena manifestada en los sistemas normativos internos supone la capacidad del pueblo para determinar qué se juzga (cuáles son las faltas o conductas jurídicamente relevantes), cómo se juzga (el procedimiento), por quién se juzga (las autoridades tradicionales) y que sanciones pueden imponerse (la potestad punitiva). En suma, quedan comprendidas la totalidad de funciones que hacen parte del propio proceder judicial.¹¹⁰

Una cuestión de gran relevancia es que la SCJN ha entendido que los sistemas indígenas hacen parte del sistema jurídico mexicano y, en consecuencia, se encuentran sujetos al cumplimiento de los mismos principios constitucionales que han de observarse en la jurisdicción no indígena.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir, ni mucho menos debe entenderse en el sentido de que los pueblos y comunidades indígenas, al estar sujetos a los principios constitucionales, deben replicar exactamente las instituciones que existen dentro de la jurisdicción

108 Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5465/2014, *op. cit.*, párr. 85.

109 La Corte hace referencia al Toca Penal 99/2013 donde jueces federales, tras tener un diálogo con la comunidad de Santiago Quiavicuzas, llegaron a la conclusión de que el asunto debía de ser juzgado por ésta, y no por las autoridades no indígenas bajo el principio de la maximización de la autonomía indígena. En tal caso se observó que el hecho afectaba intereses exclusivos de la comunidad, que ésta disponía de un sistema normativo propio y que quería y podía juzgar los hechos. Así, los tribunales federales declinaron su competencia en favor de la autoridad jurisdiccional indígena, además, en términos procesales, no había impedimento alguno en tanto que la Ley Orgánica del Poder Judicial de Oaxaca reconocía ya esta forma de jurisdicción. A tal efecto y, abonando a este trabajo, cabría reflexionar qué habría pasado si se tratara de un Estado de la federación en donde no se reconociera legalmente la jurisdicción indígena o, inclusive, en asuntos del orden federal donde tampoco se prevé esta jurisdicción al interior de la LOPJF. Como expresa la SCJN “la declinación de competencia es una alternativa que permite el adecuado ejercicio del derecho a la jurisdicción indígena cuando un órgano del Estado estime que el conocimiento y resolución de ciertos hechos corresponde a las autoridades tradicionales de la comunidad conforme a sus sistemas normativos” Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar...*, *op. cit.*, 170-171. En mayor profundidad, véase: Martínez Ortega, *op. cit.*, 59-61.

110 Sentencia recaída al Amparo Directo 6/2018, *op. cit.*, párr. 62.

ordinaria. De ser así habría de caerse en el absurdo de, por ejemplo, requerirles la existencia de jueces formados en la escuela judicial, peritos, notarios, elecciones conforme a los sistemas de partidos y otras tantas figuras de este tipo. Una interpretación así haría nugatorio el derecho a la diferencia y a la autonomía indígena.

Precisamente, a fin de maximizar la autonomía indígena no se exige que dichas entidades (el pueblo y la comunidad) repliquen las categorías conceptuales del Estado mexicano, lo que sí se exige y, eventualmente puede revisarse por los jueces, es que las propias instituciones indígenas respeten el núcleo esencial básico de cada derecho fundamental, incluyendo los de carácter procedimental para que dichas medidas no puedan considerarse arbitrarias.¹¹¹ A tal efecto, para la Corte lo importante no es la constatación de las instituciones propias del derecho no indígena sino más bien el grado en el que son satisfechas las finalidades buscadas por esas instituciones.¹¹²

Lo anterior es importante porque, para la Corte, la jurisdicción indígena supone que, las autoridades indígenas hacen parte de las autoridades del Estado mexicano y, en consecuencia, se encuentran obligadas al cumplimiento de las obligaciones básicas en materia de derechos humanos.¹¹³ Una de ellas, incluida dentro del deber de “respetar”, supone el no proferir actos de molestia de manera injustificada, esto es, respetar el debido proceso y sus diversos componentes (como el que exista una notificación, se permita saber de qué se le acusa, disponer de una defensa, aportar pruebas, garantía del derecho a la contradicción, etc.).¹¹⁴

En cuanto a los parámetros a observarse para la determinación de competencia (indígena u ordinaria), la SCJN ha dispuesto que los juzgadores deben de partir de un análisis en el que pueda acreditarse, primeramente, si el pueblo o comunidad conserva sus sistemas normativos y sí, tras lo anterior, se vislumbra la observancia de los derechos humanos. En este último caso, como se ha indicado, la Corte apela a no prejuzgar desde la visión occidental, sino a realizar un diálogo intercultural a partir del cual, en su caso, pueda hacerse

¹¹¹ *Ibid.*, párr. 213.

¹¹² *Ibid.*, párr. 204.

¹¹³ Con relación a estas obligaciones: Pinto, *Temas de derechos humanos*, 47-50.

¹¹⁴ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1041/2019, *op. cit.*, párr. 219.

una interpretación constitucionalmente orientada.¹¹⁵ Reunidos tales elementos, el pueblo o comunidad podría conocer del caso en cuestión.

Para la Corte, otro parámetro a observarse en la determinación de la competencia es el principio de maximización de la autonomía indígena por lo que, en caso de duda, habrá de privilegiarse el mismo. Este principio se aplica, por ejemplo, cuando existe duda respecto de qué autoridad es la competente o, incluso, cuando pudiera vislumbrarse un conflicto entre normas con rango de ley (no principios constitucionales) en cuyo caso primarán los usos y costumbres indígenas.¹¹⁶

A la par, la Corte ha dispuesto diversos criterios que han de observarse para determinar la competencia, mismos que depende de cada caso, no son absolutos, y han de aplicarse conforme al principio de maximización de la autonomía, estos criterios son: el personal, el territorial, el objetivo y el institucional.

El criterio personal remite a los sujetos que se ven involucrados, si todas las partes son indígenas (ya sea del mismo pueblo o comunidad) o bien, si existen personas indígenas y no indígenas. En el primer caso, además, debe valorarse el bien jurídico afectado, si se encuentra previsto en ambos ordenamientos jurídicos o si sólo de manera exclusiva en alguno de ellos. En el caso de que sólo esté presente en el sistema no indígena (por ejemplo, delitos fiscales), conocerán las autoridades del Estado; en el caso de que sea exclusivo del sistema indígena, las autoridades indígenas (por ejemplo, conductas referidas a la brujería).

El caso más complejo es, sin duda, cuando el bien jurídico es contemplado en ambos sistemas, en estos casos, no existe una respuesta única y, para la Corte, deberá valorarse: 1. La conciencia de identidad étnica del imputado; 2. Los usos y costumbres; 3. El eventual grado de aislamiento (que, por ejemplo, podría dar lugar a errores de tipo o de prohibición); 4. La conciencia sobre la ilicitud de la conducta (el error culturalmente motivado)¹¹⁷ y; 5. El efecto de la sanción sobre la persona.¹¹⁸

Tratándose de conductas en las que se vean involucrados tanto indígenas como no indígenas, respecto de las personas indígenas se observarán los

¹¹⁵ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5465/2014, *op. cit.*, párr. 85.

¹¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar...*, *op. cit.*, 149.

¹¹⁷ Véase Hurtado Pozo, *op. cit.*, 83-86.

¹¹⁸ Sentencia recaída al Amparo Directo 6/2018, *op. cit.*, párr. 177-182.

parámetros anteriores, tratándose de los no indígenas, en principio conocerá la jurisdicción ordinaria (así, por ejemplo, no tendría ningún sentido la función de reinserción social de la pena del sistema indígena para quien no es indígena)¹¹⁹ pero, en algunos casos, podrá conocer la jurisdicción indígena, siempre que la persona no indígena así lo manifieste.¹²⁰

El siguiente factor es el territorial y remite a dónde ocurrieron los hechos. Para los pueblos y comunidades indígenas el factor territorial tiene una componente de vital importancia pues existe una conexión especial de éstos con su territorio originario, así como con ciertos lugares que consideran sagrados. Este criterio no es exclusivo y en complemento con otros criterios (como el personal) puede ser una herramienta para reforzar la determinación de competencia. Así, este reforzamiento hacia la jurisdicción especial indígena puede darse cuando la conducta se comete en territorio indígena o en sitios o lugares de especial trascendencia para el pueblo o la comunidad.¹²¹

El factor objetivo remite con exclusividad al bien jurídico que, como se ha visto, también se valora en el factor personal. Si el bien jurídico es exclusivo del pueblo o la comunidad, conoce ésta, si sólo es del Estado conoce la jurisdicción ordinaria y, si es de ambos, se determina la competencia bajo los parámetros vistos con antelación.¹²²

Finalmente, el factor institucional remite a la existencia de instituciones propias capaces de estar en posibilidad de conocer y resolver sobre el hecho en cuestión.¹²³ Como ya se adelantó, se trata de un criterio elemental, sin el cual, los anteriores factores no podrían tener vigencia.

De esta manera, si en un caso concreto se reúnen los factores anteriores no cabrá duda de que la competencia corresponderá a la jurisdicción indígena o, si, por el contrario, no se reúnen, a la jurisdicción ordinaria. En algunos casos, sin embargo, deberán ponderarse los criterios y determinar a cuál de ellos dar especial valencia sin perder de vista la lectura intercultural que ha de hacerse del derecho.

¹¹⁹ Ávila Ordóñez, *op. cit.*, 968.

¹²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar...*, *op. cit.*, 151.

¹²¹ Sentencia recaída al Amparo Directo 6/2018, *op. cit.*, párrs. 183-187.

¹²² *Ibid.*, párrs. 188-191.

¹²³ *Ibid.*, párrs. 192-197.

Como colofón de este apartado, se observa que la SCJN reconoce por vía interpretativa la existencia de una jurisdicción especial indígena y, además, el carácter de autoridades y, en consecuencia, de eventuales actos de autoridad proferidos por parte de pueblos y comunidades indígenas, aspecto que, por ejemplo, los sujetaría (a dichas autoridades) al régimen normativo a observarse por parte de toda autoridad pública, incluidas herramientas de defensa como lo sería el propio juicio de amparo (frente actos de autoridad).¹²⁴ Sin embargo, este reconocimiento se ha hecho por vía de interpretación ante la ausencia de una normativa procedimental clara que reconozca legalmente la jurisdicción especial indígena en el orden federal.

V. RETOS Y ÁREAS DE OPORTUNIDAD BAJO UNA PERSPECTIVA LEGISLATIVA

Como ha quedado ya señalado, el pluralismo jurídico es una de las manifestaciones de la libre determinación y éste supone, en primer término, reconocer la paridad existente entre las instituciones indígenas y las instituciones del Estado. De aquí se sigue que, si un pueblo indígena dispone de sus propias autoridades tradicionales, si tiene instituciones que le permitan definir lo lícito de lo ilícito y, si dichas normas son en general armonizables con la CPEUM, en consecuencia, se encuentra facultado para conocer y resolver aquella cuestión que surja en el seno de la comunidad y que afecte a ésta.

Como también se ha dicho en la introducción, la temática indígena concierne a todas las autoridades del Estado, ya sean federales, estatales o municipales en sus diversos ámbitos de competencia. En la materia local, serán las autoridades de los estados las que determinen las reglas para la armonización del derecho indígena con el derecho positivo del Estado y, en el ámbito federal, el Congreso de la Unión debe hacer lo propio, tal y como ya se ha hecho en el CNPP.

¹²⁴ Una hipótesis que, en realidad, ya ha ocurrido, véase Sentencia recaída al Amparo en Revisión 202/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, 29 de septiembre de 2021, https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/HTDv3XgB_UqKst8o84Rf/Amparo%20Directo%20en%20Revisi%C3%B3n%205465/2014, donde la SCJN determinó la procedencia del amparo ante un acto de autoridad indígena.

Es de indicar que, inclusive, esta situación es una obligación de orden constitucional a fin de efectivizar la libre determinación y autonomía indígena instituida en el artículo 2o. de la CPEUM. Así, en el ya multicitado Amparo Directo 6/2018 la SCJN expresó que, respecto de las autoridades del Estado:

existe constitucional y convencionalmente la obligación... de establecer en sus normas secundarias, procedimientos eficaces a través de los cuales, individual o colectivamente, los pueblos indígenas tengan la posibilidad real y efectiva de lograr la validación de las resoluciones emitidas con motivo de sus sistemas normativos, esto es, que logren darle fuerza o firmeza a dichas resoluciones, a través de diversos mecanismos que deben establecer las leyes secundarias, en aras de que se determine que el conocimiento de ciertos hechos o conflictos no corresponde a la jurisdicción ordinaria, sino a la jurisdicción especial indígena.¹²⁵

Pues bien, no en todos los estados de la federación existen normas que dispongan cómo se realiza la armonización entre la justicia indígena y la justicia ordinaria (a modo de como se presentó en los ejemplos de Oaxaca y de Guerrero), ni tampoco se ha realizado tal ejercicio de armonización en las normas que son competencia del Congreso de la Unión. La consecuencia de esta situación es que, o bien, existe una regulación disímil o incluso ni siquiera se prevé, tal y como ocurre en el CNPCF o en la LOPJF.¹²⁶

De esta manera, ante la existencia de un vacío normativo, las reglas de cuándo procede la denominada *jurisdicción indígena* y cuándo la *jurisdicción ordinaria* han sido determinadas, en términos muy genéricos, por vía de interpretación judicial. Ello nos ha dado algunos parámetros de cómo proceder en estos casos, ciertas directrices o principios que, se reitera, han sido emitidos ante la ausencia de normas procedimentales claras que corresponderían ser abordadas, en lo específico, por las autoridades legislativas del Estado, incluyendo al Congreso de la Unión.

¹²⁵ Sentencia recaída al Amparo Directo 6/2018, *op. cit.*, párr. 58.

¹²⁶ Sobre la ausencia de disposiciones que reconozcan en el pluralismo más allá del CNPP, véase: López Sarabia, *op. cit.*, 168.

En el derecho comparado, Beatriz Sánchez es de la misma opinión al indicar que, en el terreno de la multiculturalidad, es el Parlamento en donde debería ser discutida y debatida esta situación pues es aquí en donde convergen la pluralidad del país y en donde se crean las condiciones de legitimidad de una norma.¹²⁷ Sobre el particular, también es de advertir, que a fin de respetar los principios de la multiculturalidad, la maximización de autonomía, la participación y la propia dignidad de los pueblos y comunidades indígenas, afromexicanas y equiparables, toda norma en la materia, incluyendo aquellas dirigidas a determinar las reglas de competencia entre las jurisdicciones, ha de ser consultada a los colectivos interesados, caso contrario, el procedimiento resultará inconstitucional.¹²⁸

Ahora bien, nutridos de la experiencia que la SCJN ha elaborado en este tema, sí que podrían ser empleadas sus reflexiones como insumo para una eventual armonización legislativa, tanto de los estados de la federación como por parte de la normativa que es competencia del H. Congreso de la Unión. En relación con este último, hemos identificado que la normativa más adecuada sería la de orden procedimental, en especial el CNPP, el CNPCF y la LOPJF.

En el caso de la normativa penal existe ya esta armonización, aunque bien podría ser enriquecida bajo los parámetros señalados en este artículo, en el caso del CNPCF se evidencia una ausencia absoluta de la cuestión, al igual que en la LOPJF donde cabría un reconocimiento de la jurisdicción especial indígena que permitiera vías de armonización con las autoridades judiciales federales (siendo la jurisdicción indígena una forma específica de jurisdicción del propio Estado mexicano).

Finalmente, una última reflexión pasa por la conveniencia de reconocer la jurisdicción indígena al interior del cuerpo de leyes

127 “[N]o son los tribunales el espacio más apropiado para establecer las reglas que deben guiar las relaciones interculturales. Pero ello requiere una precondition: una sociedad dispuesta a mirarse a sí misma como pluriétnica y multicultural”, Sánchez, *op. cit.*, 61, más adelante, la misma autora reitera: “La Corte se encuentra en el incómodo papel de fallar sobre sistemas y formas de ver el mundo que no comprende y, pese a sus esfuerzos, no ha podido asumir una posición neutral, tal vez porque no es posible hacerlo. Es entonces indispensable encararlo y hacerlo explícito. Además, no es un juez blanco —ni unipersonal ni colectivo— el llamado a definir las reglas de las relaciones interculturales. Éstas, si se pretenden respetuosas de la diversidad, deben ser elaboradas tras un proceso de diálogo y concertación entre los actores involucrados. Un proceso así toma tiempo, y no son los tribunales los espacios apropiados para su desarrollo”, *Ibid.*, 95.

128 Maldonado Smith, “Posibles directrices en la regulación de una eventual ley de consulta a pueblos indígenas y afrodescendientes”, 59-62.

señalado pues, si bien es cierto que por vía de la interpretación judicial queda claro la existencia de un derecho indígena con la misma valía que la del derecho positivo, ello no siempre se reconoce en los hechos por parte de los operadores jurídicos y es necesario acudir hasta una instancia judicial para que sea ésta la que termine por reconocer el hecho empírico, reconocido constitucionalmente, de los sistemas normativos indígenas. Así, un reconocimiento legal abonaría en términos de equiparación normativa de estos sistemas contribuyendo a erosionar viejos atavismos e, inclusive, prácticas discriminatorias por las que no se toma en su real dimensión la importancia y la trascendencia del derecho indígena.

En el siguiente apartado, el de conclusiones, presentamos los hallazgos derivados del estudio normativo e interpretativo que se ha realizado y que podrían ser explorados *de lege ferenda* en esta temática.

VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones podemos señalar las siguientes:

Primera. Los pueblos y comunidades indígenas, afro-mexicanas y equiparables gozan del derecho a la libre determinación. Tal derecho se ejerce mediante diversas formas de autonomía, una de ellas es la que se refiere al pluralismo jurídico, esto es, la facultad para que tales colectivos dispongan de sus propias normas en la resolución de sus conflictos internos. La libre determinación y la autonomía expresada en las propias normas indígenas encuentra asidero constitucional en el artículo 2o., apartado A, fracción II, de la CPEUM, así como en instrumentos internacionales vinculantes para México, como la Convención 169 de la OIT y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; asimismo, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los propios criterios del Poder Judicial de la Federación.

Segunda. Los sistemas normativos indígenas (y de los colectivos equiparables) conforman un “derecho indígena” que viene reconocido por la propia CPEUM, la cual, no otorga facultad alguna, antes bien, reconoce un hecho fáctico que consiste en la existencia de un derecho propio, anterior al propio Estado mexicano y a su derecho positivo e, incluso, con un valor normativo equiparable (salvo tratándose de las

disposiciones constitucionales). En consecuencia, todas las autoridades del Estado se encuentran obligadas a reconocer y respetar dicho derecho. La confluencia del derecho indígena y el derecho positivo plantea la existencia de un pluralismo jurídico, el cual es reconocido por la SCJN y que requiere de normas claras de armonización.

Tercera. El parámetro interpretativo para la armonización viene dado desde la CPEUM bajo el criterio hermenéutico del respeto a los derechos humanos, en especial los de las mujeres. Sin embargo, los derechos humanos, leyes, prácticas culturales y el propio derecho admiten interpretaciones contextualizadas que pueden alcanzarse mediante diálogos interculturales. A través de estos diálogos puede conocerse el punto de vista interno, con el cual, el hecho en cuestión podría ser reconducido a los parámetros de regularidad constitucional que permitan armonizar su vigencia. La SCJN dispone de una clara línea jurisprudencial en donde los operadores no pueden juzgar únicamente bajo su perspectiva externa, sino que tienen que acudir al contexto cultural de referencia (punto de vista interno) y, proceder de manera contraria, sería contrario al principio de la multiculturalidad (en tanto que podría basarse en prejuicios y ser discriminatorio).

Cuarta. Realizado el diálogo intercultural, los operadores jurídicos podrían declinar su competencia en favor del sistema normativo indígena. Actualmente sólo existen criterios generales en materia penal, expresados en el CNPP, no así en materia civil y familiar, como tampoco una jurisdicción especial reconocida por vía de la LOPJF. Como consecuencia, la SCJN ha fijado criterios que permitirían dar claridad, ante la ausencia de normas, respecto de en qué casos correspondería juzgar al pueblo o la comunidad y en cuáles a los tribunales del Estado. En todo caso, tiene que realizarse el diálogo intercultural para poder llegar a una respuesta.

Quinta. Para determinar cuándo corresponde juzgar al pueblo o a la comunidad, el operador debe cerciorarse primeramente de que exista un sistema normativo indígena y que pueda armonizarse con los principios constitucionales (para ello se requiere del diálogo intercultural). Hecho lo anterior, el operador puede determinar la competencia bajo los criterios personal, de territorio, objetivo o de bien jurídico e institucional. Asimismo, deberá guiarse bajo los principios de la multiculturalidad y la maximización de la autonomía.

Sexta. Es importante que los operadores jurídicos sepan identificar cuándo se encuentran ante un sistema normativo indígena y cuáles son sus particularidades. Algunas de estas características son: cada práctica cultural, expectativas de comportamiento y su sanción han de ser interpretadas en el contexto interno de referencia; muchos sistemas indígenas son orales, dinámicos y pragmáticos; el derecho indígena dispone de una unidad de materia y conjuga elementos mágico-religiosos; los sistemas indígenas suelen regirse por relaciones causales, simbólicas y naturalistas; los pueblos y comunidades disponen de sus propias autoridades tradicionales legitimadas para impartir justicia y; en los sistemas normativos indígenas la pena y su sanción se dirigen al equilibrio y supervivencia del sujeto colectivo, lo cual supone también procedimientos de “reincorporación” para quien ha faltado a los códigos de conducta.

Séptima. Las normas que determinan la competencia indígena o de las autoridades positivas del Estado tienden a ser normas locales; sin embargo, existen casos en donde existiría competencia del Congreso de la Unión para determinar cómo proceder en estos casos. El CNPP dispone un criterio general que podría ser complementado con las observaciones aquí presentadas, sin embargo, también sería un área de oportunidad la reforma al CNPCF a fin de contemplar reglas claras que permitan saber cuándo conocerá una autoridad indígena y cuándo una autoridad del derecho positivo. Asimismo, también sería oportuna la reforma a la LOPJF para reconocer en esta ley la jurisdicción especial indígena en aquellos casos que pudieran ser competencia de autoridades federales (por ejemplo, delitos en materias federales o concurrentes). En este último caso, además, se permitiría incorporar por vía legislativa a las autoridades indígenas dentro de las autoridades del Estado, cuestión que facilitaría el reconocimiento de sus decisiones, su equivalencia y homologación.

Octava. Se recuerda que, conforme al enfoque de la multiculturalidad y al principio de maximización de autonomía, no corresponde a las autoridades del Estado determinar el contenido del derecho indígena, éste corresponde con exclusividad al propio pueblo o comunidad; las autoridades positivas del Estado únicamente pueden corroborar que en el procedimiento indígena se hayan respetado los principios constitucionales y, al hacerlo, los operadores también deben de partir de una interpretación multicultural del derecho.

Novena. Finalmente, toda modificación legislativa en vía *de lege ferenda* habría de contar con la participación de los pueblos y comunidades indígenas conforme a su derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada. No hacerlo sería contrario al enfoque de la multiculturalidad y pudiera dar pauta a cuestionar la constitucionalidad del proceso legislativo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Adonon Viveros, Akuavi. “El derecho en la práctica: Juzgados de Paz y Conciliación Indígena en los Altos de Chiapas”. En Orantes García, José Rubén y Araceli Burguete Cal y Mayor (coords). *Justicia indígena, derecho de consulta, autonomías y resistencias*. San Cristóbal de las Casas: Centro de Investigaciones Multidisciplinarias sobre Chiapas y la Frontera Sur-Universidad Nacional Autónoma de México, 2018: 77-108. <https://www.cimsur.unam.mx/index.php/publicacion/obra/136> .
- . “La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?”. En Huber, Rudolf, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal y Rosembert Ariza. *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Ciudad de México: Colección Fundación Konrad Adenauer, 2008: 87-117. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=d42df12d-a8a8-6858-d603-b3b167e9ce91&groupId=252038 .
- Alexy, Robert. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducido por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Ávila Ordóñez, María Paz. “El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos”. *American University International Law Review* 28, n.º 4 (2013): 943-974. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol28/iss4/3/>
- Basile, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*. Milán: Editorial Giuffrè, 2010.

- Bauman, Zygmunt. *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*. Traducido por Lilia Mosconi. Ciudad de México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 2019.
- Borja Jiménez, Emiliano. “Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos”. *Nuevo Foro Penal* 73, n.º 5 (julio-diciembre 2009): 11-46. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3822976.pdf>
- . “Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y los derechos indígenas”. En Borja Jiménez, Emiliano (coord.). *Diversidad cultural. Conflicto y derecho: nuevos horizontes del derecho de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Colección Monografías 419, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006: 259-372. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=664490>
- Burguete Cal y Mayor, Araceli. “El gobierno indígena en Chiapas: una discusión contemporánea”. En Orantes García, José Rubén y Araceli Burguete Cal y Mayor (coords.). *Justicia indígena, derecho de consulta, autonomías y resistencias*. San Cristóbal de las Casas: Centro de Investigaciones Multidisciplinarias sobre Chiapas y la Frontera Sur-Universidad Nacional Autónoma de México, 2018: 273-303. <https://www.cimsur.unam.mx/index.php/publicacion/obra/136>.
- Caminal Badia, Miquel. “La representación y el parlamento”. En Caminal Badia, Miquel (ed.). *Manual de Ciencia Política*. 2.ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005: 405-426.
- Castro Rodríguez, Angélica y Vásquez de la Rosa, Miguel Ángel. *Seminario reconstitución de los sistemas políticos en municipios indígenas de Oaxaca*. Oaxaca de Juárez: Editorial EDUCA, 2004.
- Chimbo Villacorte, Diego Fernando. “El error de prohibición en la justicia indígena”. *Derecho penal y criminología* 37, n.º 103 (julio 2017): 35-51.
doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v37n103.03>
- Correas, Óscar. “La propiedad. Reflexiones sobre la propiedad en el mundo indígena”. En Correas, Óscar (coord.). *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*. 2.ª ed. Colección Derecho y Sociedad. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán, 2017: 121-195.

- . “Teoría del derecho y mundo indígena”. En Correas, Óscar (coord.). *Derecho indígena mexicano I*. 2.^a ed., Colección Derecho y Sociedad. Ciudad México: Ediciones Coyoacán, 2012: 17-188.
- Cruz Rueda, Elisa. “Principios generales del derecho indígena”. En Huber, Rudolf, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal y Rosember Ariza. *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Ciudad de México: Colección Fundación Konrad Adenauer, 2008: 29-50. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=d42df12d-a8a8-6858-d603-b3b167e9ce91&groupId=252038.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *El derecho que sigue naciendo del pueblo. Movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Ciudad de México: ediciones Coyoacán, 2012.
- Fuchs, Marie-Christine. “Casos prácticos”. En Fuchs, Marie-Christine (ed.). *Pluralismo jurídico. Manual para la práctica de la justicia intercultural*. 2.^a ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2020: 21-26. <https://www.kas.de/documents/271408/4591369/Manual+pluralismo+WEB.pdf/56ec34af-5755-0b6e-0908-c8cf66c6ccef?version=1.0&t=1608564923021>.
- Grossi, Paolo. *Ritorno al diritto*. 5.^a ed. Bari: Editorial Laterza, 2015.
- Hart, Herbert L.A. *The concept of law*. 2.^a ed. Nueva York: Editorial Clarendon Press, 1994.
- Höffe, Otfried. *Derecho intercultural*. Traducido por Rafael Sevilla. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008.
- Hurtado Pozo, José. “Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano”. *Derecho penal y criminología* 29, n.º 86-87 (diciembre 2008): 83-86. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/617>.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi). *Estadísticas a propósito del Día Internacional de los Pueblos Indígenas*, 2022, comunicado de prensa 430/22. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_PueblosInd22.pdf
- Kalinsky, Beatriz. *Justicia, cultura y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2000.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*. Nueva York: Oxford University Press, 2007.

- López Bárcenas, Francisco. “Ensayo sobre la ceguera... jurídica. Las teorías jurídicas y el derecho entre los Ñuú Savi”. En Correas, Óscar (coord.). *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*. 2.^a ed. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán, 2017: 67-120.
- López Sarabia, Tomás. “El ejercicio del pluralismo jurídico en el Sistema Jurídico Mexicano”. En López Bárcenas, Francisco (coord.). *El pensamiento indígena contemporáneo*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018: 163-174. <https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2019/000297986/000297986.pdf>
- Maldonado Smith, Mario Eduardo. “Posibles directrices en la regulación de una eventual ley de consulta a pueblos indígenas y afrodescendientes”. *Quorum Legislativo* 138, (junio 2022): 55-96. <https://portalhcd.diputados.gob.mx/PortalWeb/Micrositios/edc19728-d484-4cfd-ba42-e4501170f621/PUBLICACIONES/QUORUM%20LEGISLATIVO/Quorum-136.pdf>
- . “Defensa de un modelo principialista en sociedades complejas y plurales”. *Iuris Tantum* 37 (enero-junio 2023): 96-124. doi: <https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.04> .
- . “Pluralidad y conflicto en sistemas normativos indígenas: Posibles vías de armonización en contextos constitucionales y democráticos, el caso de San Bartolo Coyotepec, México”. *Revista General de Derecho Público Comparado* 34 (diciembre 2023): 84-113. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=34&id=14 .
- . *Estado, multiculturalismo y derechos humanos*. Colección Posgrado. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Margalit, Avishai y Raz, Joseph. “National Self-Determination”. *Journal of Philosophy* 87, n.º 9 (1990): 439-461. doi: <https://doi.org/10.2307/2026968> .
- Martínez de Bringas, Asier. “Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. Un análisis desde los derechos indígenas”. *Revista de Derecho Político* 86, n.º 1 (enero-abril 2013): 411-444. doi: <https://doi.org/10.5944/rdp.86.2013.12140> .

- Martínez Ortega, Gerardo. *Jurisdicción indígena: Herramientas para fortalecer la impartición de justicia y el ejercicio de derechos*. Oaxaca de Juárez: Centro Profesional Indígena de Asesoría, Defensa y Tradición, 2021. <http://juristadelfuturo.org/wp-content/uploads/2022/02/Jurisdiccion-Indigena-Herramientas-para-fortalecer-imparticion-de-justicia-juristadelfuturo-org.pdf> .
- Martínez, Juan Carlos. “Del bloque de constitucionalidad al bloque intercultural jurídico”. En Fuchs, Marie-Christine (ed.). *Pluralismo jurídico. Manual para la práctica de la justicia intercultural*. 2.^a ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2020: 110-114. <https://www.kas.de/documents/271408/4591369/Manual+pluralismo+WEB.pdf/56ec34af-5755-0b6e-0908-c8cf66c6ccef?version=1.0&t=1608564923021> .
- Méndez García, Porfirio. *Servir al mundo indio en su religiosidad. Experiencia y propuesta de evangelización desde la Mayordomía*. Tepeji del Río de Ocampo: Editorial U’ene, 2001.
- Mendía Soto, Honorio. “La justicia oral y comunal o’dam: un análisis desde los principios de vida y directrices jurídicas”. En López Bárcenas, Francisco (coord.). *El pensamiento indígena contemporáneo*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018: 175-190. <https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2019/000297986/000297986.pdf> .
- Muñoz de la Cruz, Maximino. “Justicia indígena wixárika”. En López Bárcenas, Francisco (coord.). *El pensamiento indígena contemporáneo*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018: 213-224. <https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2019/000297986/000297986.pdf> .
- Olivé, León. *Multiculturalismo y pluralismo*. Ciudad de México: Editorial Paidós, 1999.
- Orantes García, José Rubén. “Los ab’teletik y sus roles en la justicia indígena de los tseltales de los Altos de Chiapas”. En Orantes García, José Rubén y Araceli Burguete Cal y Mayor (coords.). *Justicia indígena, derecho de consulta, autonomías y resistencias*. San Cristóbal de las Casas: Centro de Investigaciones Multidisciplinarias sobre Chiapas y la Frontera Sur-Universidad Nacional Autónoma de México, 2018: 109-136. <https://www.cimsur.unam.mx/index.php/publicacion/obra/136> .

- Pinto, Mónica. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- Raz, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Traducido por Marta Luz Melón. Barcelona: Editorial Gedisa, 2001.
- Ruggiu, Ilenia. *Il giudice antropologo*. Roma: Franco Angeli Editores, 2013.
- Sánchez Botero, Esther. “Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas”. En De Sousa Santos, Boaventura y Mauricio García Villegas (coords.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo II. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2004: 159-199.
- Sánchez, Beatriz Eugenia. “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. En De Sousa Santos, Boaventura y Mauricio García Villegas (coords.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo II. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2004: 5-142.
- Sen, Amartya. *Identity And violence. The illusion of Destiny*. Nueva York: Editorial Penguin Books, 2006.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). *Protocolo para juzgar con perspectiva intercultural: personas, pueblos y comunidades indígenas*, Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion/en-casos-que-involucren-derechos-de-personas-comunidades-y-pueblos> .
- Vásquez de la Rosa, Miguel Ángel y Angélica Castro Rodríguez. *Manual. Indicadores de participación ciudadana en regiones indígenas de Oaxaca*. Oaxaca de Juárez: Editorial EDUCA, 2008.
- Villodre Bernabé, María del Mar. “Pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad, conocimientos necesarios para la labor docente”. *Revista Educativa Hekademos* 11 (junio 2012): 67-76. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4059798> .
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Observación General no. 23. Derechos de las minorías (art. 27)*. Nueva York: Comité de Derechos Humanos, 1994. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler>.

Otras

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre
Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

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

Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.