

CAPÍTULO NOVENO

LA VALIDEZ DEL DERECHO INDÍGENA EN EL DERECHO NACIONAL*

I. INTRODUCCIÓN

El primer intento de validación o de reconocimiento constitucional amplio del derecho indígena en el derecho nacional se materializa en la iniciativa de reformas elaborada por la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa). El dictamen de dicha iniciativa fue aprobado por el Senado y la Cámara de Diputados, el 25 y 28 de abril del año en curso, respectivamente.¹ Dicho dictamen tendrá que ser ahora discutido y, en su caso, aprobado por lo menos por 16 legislaturas de los estados para su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

Por derecho indígena se puede entender el conjunto de normas que el Estado establece en relación con los derechos de los pueblos indígenas y el conjunto de normas internas de éstos. La iniciativa se refiere al primer ámbito, donde se encuentra el reconocimiento al segundo, es decir, el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígenas, llamados “usos y costumbres”. El dictamen aprobado por el Congreso de la Unión integró las reformas, básicamente, en el artículo 2o. Éste contiene seis párrafos iniciales y dos apartados. En esta ponencia abordaré los puntos relacionados con el reconocimiento del Estado pluricultural de derecho y los derechos reconocidos a los pueblos indígenas.²

* Artículo publicado en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 37-50.

¹ La iniciativa fue elaborada el 29 de noviembre de 1996, con base en los acuerdos firmados en San Andrés Larránzar, Chiapas, por el gobierno federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el 16 de febrero de 1996, y enviada por el presidente Vicente Fox al Senado el cinco de diciembre de 2000. *Foros para la Revisión Integral de la Constitución*, México, Secretaría de Gobernación, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 2001, pp. 23-26.

² El dictamen consultado fue tomado de la página www.senado.gob.mx. Éste, por cierto, no contiene la exposición de motivos correspondiente (consulta de primero de

II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURICULTURAL DE DERECHO

El titular de la soberanía del Estado es el pueblo (artículo 39 constitucional).³ Cuando el poder republicano se consolida adopta las características del poder monárquico: *único e indivisible*, es decir, absolutista.⁴ Esto originó en los hechos que el pueblo, como titular ahora de la soberanía del Estado republicano, se considerara también único e indivisible, es decir, homogéneo culturalmente. Esta homogeneidad fue dictada e impuesta por la parte de la población que detentaba la hegemonía política. De esta manera, el *pueblo franco* o francés (culturalmente hablando), se consolidó negando los derechos culturales de los pueblos bretón y corzo, por ejemplo. En México, el poder republicano consolida su pueblo (el que habla español y vive bajo los valores de las sociedades occidentales) negando los derechos culturales de los pueblos rarámuri, wirrárika, nayerij... Para la población de las nacientes repúblicas liberales que no correspondían con las características culturales de la parte que detentaba el poder político, el Estado republicano siguió siendo como el Estado monárquico, un Estado absolutista, es decir, etnocida, monocultural, colonialista.

La reforma constitucional de 1992 vino a establecer las bases para la conformación de un Estado republicano, ya no etnocida ni monocultural, sino respetuoso de la heterogeneidad de su población, cuando reconoció que las características culturales del titular de su soberanía eran diversas: “La Nación mexicana tiene una composición *pluricultural* sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”.⁵ Lo cual confirma la iniciativa en el artículo 4o.⁶ La nación mexicana, el pueblo mexicano, la sociedad mexicana, la población existente, pues, en el territorio nacional, con base en este reconocimiento, es culturalmente heterogénea. Este reconocimiento jurídico no refleja sino lo que ha sido una constante

mayo de 2001). La *Minuta* de la Cámara de Diputados me fue proporcionada por la Dirección de Procuración de Justicia del Instituto Nacional Indigenista.

³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. I, 9a. ed., México, UNAM, 1997, p. 39.

⁴ Pierre, Nora, “Republique”, *Dictionnaire critique de la révolution française*, sous la direction de Francois Furet et Mona Ozuf, Paris, Flammarion, 1988, p. 836.

⁵ *Diario Oficial de la Federación*, de 28 de enero de 1992.

⁶ *Foros para la Revisión...*, cit., p. 4.

sociológica: la existencia de culturas diferentes en nuestra historia. De esta manera, el Estado mexicano, entendido como la sociedad mexicana políticamente organizada, es pluricultural. Por ello, las demandas de los pueblos indígenas, puesto que se plantean al interior del Estado nacional, no pretenden provocar la desunión de toda la población ni la separación del territorio del país, sino que se entienda, al incluir el respeto a las diferencias culturales, que la noción de *unicidad e indivisibilidad* del poder político mexicano no puede seguir excluyendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Esta aclaración no tendría lugar si el dictamen no hubiera agregado que “La Nación Mexicana es única e indivisible”.⁷ Algo que resulta innecesario y que no mejora la iniciativa. Demuestra una falta de sensibilidad histórica y política, como reflejo todavía de una mentalidad colonial: excluyente, intolerante, racista. La misma exposición de motivos de la iniciativa ya lo aclaraba: “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural, pero un solo Estado nacional soberano: el Estado mexicano”.⁸

El reconocimiento de derechos colectivos en nuestra Constitución, por otra parte, no es una novedad. De hecho, se considera que fue la primera en reconocerlos cuando en 1917 se aprobaron los artículos 27 (los derechos de los campesinos) y 123 (los derechos de los trabajadores). Este original reconocimiento inauguró un proceso de construcción del Estado *social* de derecho. Con ello, el principio de igualdad jurídica se actualizó al reconocerse que la ley no podía ser igual ante aquellos que eran social y económicamente desiguales. Así, se vino a establecer la obligación de las autoridades, laboral y agraria, para suplir la deficiencia de las quejas de trabajadores y campesinos cuando éstas no mencionaran a lo que tenían derecho con base en los hechos expuestos en las demandas.⁹

La iniciativa confirma, pues, que la nación mexicana es pluricultural, por tanto que el titular de la soberanía del Estado es culturalmente heterogéneo. Con ello se consolidan las bases constitucionales para el

⁷ Artículo 2o., primer párrafo.

⁸ *Foros para la Revisión...*, cit., p. 24.

⁹ Reforma constitucional al artículo 107, fracción II, publicada en el *Diario Oficial* de siete de abril de 1986; reforma a la Ley Federal del Trabajo, de los artículos 685 a 1010 (*Diario Oficial* de cuatro de enero de 1980), y al Reglamento Interior de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, de 16 de enero de 1981, y reforma a la Ley de Amparo, artículos 76 y 79, de 20 de mayo de 1986, en www.juridicas.unam.mx, consultada el 20 de mayo de 2001.

reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ampliándose el ámbito de protección del principio de igualdad jurídica no sólo a los que son en lo social y en lo económico diferentes, sino también en lo cultural. Esta es la razón para hablar ahora de la inauguración de un proceso de construcción novedoso del Estado mexicano, del Estado puricultural de derecho.

¿Cuáles son dichos derechos colectivos?

III. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los derechos de los pueblos originarios son derechos históricos, es decir, imprescriptibles, no se extinguen por el paso del tiempo ni la subordinación política a la que puedan estar sometidos. Los pueblos indígenas de México han vivido bajo el dominio de otros pueblos y fueron éstos los que decidieron cuáles debían ser sus derechos. La iniciativa ha roto esta cadena (literalmente) puesto que ha sido el producto de la negociación, principalmente, entre los pueblos indígenas catalizados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (sobre todo la de los pueblos indígenas organizados) y el Estado mexicano (los ejecutivos y congresos federales y chiapanecos a través, principalmente, del comisionado para la paz y de la Cocopa, respectivamente). Este diálogo intercultural ha producido los siguientes contenidos en relación con los titulares de los derechos y el derecho a la libre determinación.

1. *Los titulares de los derechos*

La iniciativa retoma del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo la definición de pueblos indígenas¹⁰ como titulares de los derechos:

Aquéllos que descienden de poblaciones que habitaban en el país al iniciarse la colonización y antes de que se establecieran las fronteras de los Estados Unidos Mexicanos, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (artículo cuarto, primer párrafo).

¹⁰ Artículo 1, sección 1, inciso b, en *Foros para la Revisión...*, cit., p. 80. Dicho Convenio ratificado por México (*Diario Oficial de la Federación* del 24 de enero de 1991).

El dictamen quitó la aclaración respecto de que se consideran pueblos indígenas los que vivían también “antes de que se establecieran las fronteras de los Estados Unidos Mexicanos”. Algo que tampoco mejora la iniciativa, ya que denota más bien el espíritu colonial todavía latente. Lo que sí la mejora es haber incorporado, para identificar a los pueblos indígenas como sujetos de derechos, el criterio de autoidentidad: “La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas (artículo 2o., párrafo tercero)”.¹¹

El dictamen también mejora la iniciativa cuando define (ya que ésta no lo hacía) lo que debe entenderse por comunidades indígenas: “Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquéllas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres (artículo 2o., párrafo cuarto)”.¹² Supongo que se ha retomado la expresión “usos y costumbres” ya que se refieren, en este contexto, al aspecto electoral (como ya es común en Oaxaca). Sin embargo, considero que la iniciativa reconoce a los *sistemas normativos* de los pueblos indígenas, con lo cual incluye a sus normas electorales. La expresión “usos y costumbres” es una reminiscencia colonial, que fue utilizada por primera vez en el siglo XVI en una cédula real para condicionar la aplicación de los sistemas normativos de los indígenas si se oponían a la ley castellana o a la moral cristiana.¹³

Además de las definiciones y del criterio de autoidentidad señalados para identificar a los sujetos de los derechos, el dictamen establece que deberá tomarse en cuenta los “criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico” (artículo 2o., párrafo cinco). Algo que me parece redundante y que complica la interpretación ya que habla de “reconocimiento” y no de identificación, y menciona que ello lo hará las legislaturas de los estados, antes de la frase que reconoce el derecho a la libre determinación de los

¹¹ Criterio que consta en el Convenio 169: artículo 1, sección 2, en *Foros para la Revisión...*, cit., pp. 80 y 81.

¹² Algo que ya constaba en la Constitución de Oaxaca: Artículo 16, segundo párrafo (*Peródico Oficial* del 29 de octubre de 1990), en Instituto Nacional Indigenista (ed.), *Los pueblos indígenas en la legislación nacional. Recopilación de disposiciones específicas en materia indígena*, 2a. ed., México, INI, 2001, p. 19

¹³ García Gallo, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, vol. 2, 4a. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1971, p. 234.

pueblos indígenas. Lo cual hace pensar que el “reconocimiento” se refiere a este derecho y no a su identificación.

2. *El derecho a la libre determinación*

El derecho a la libre determinación es la matriz de prerrogativas reconocidas a los pueblos indígenas. La libre determinación es a los pueblos lo que la libertad es a los individuos: su razón de ser y estar sobre la Tierra. En otras palabras, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es la facultad de decidir libremente su desarrollo social, económico, político, cultural y espiritual. Este derecho se les reconoce a los pueblos indígenas para ser ejercido al interior del poder político nacional, es decir, respetando su legislación y reconocidas como autoridades. Respetando su legislación cuando se establece en la iniciativa que: “Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación y, como expresión de ésta, a la autonomía *como parte del Estado mexicano* (artículo 4o., párrafo segundo)”. Y reconocidas como autoridades cuando propone reformar el artículo 115 para establecer que son *entidades de derecho público* (fracción IX, segundo párrafo).

En el dictamen se reconoce el derecho a la libre determinación y confirma que los pueblos indígenas respetarán la legislación vigente al establecer que dicho derecho “se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional” (artículo 2o., párrafo quinto). Sin embargo, no reconoce a las comunidades indígenas como autoridades del Estado mexicano, es decir, como entidades de derecho público, sino como “entidades de interés público” (apartado A, fracción VIII, párrafo segundo), es decir, como órganos subordinados, tutelados, por el Estado. El contexto del reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas en la Constitución es como *personas jurídicas*, como sujetos de derechos colectivos, donde el derecho nacional reconoce válida la existencia de sus autoridades y normas internas como parte del mismo, por ello se habla de entidades de derecho público. La noción de interés público hace referencia no a las personas (jurídicas o físicas) sino a la finalidad de las *normas* que emite el Estado: son normas de derecho público cuando el fin que se persigue es de beneficio colectivo, de interés público, y son normas de derecho privado cuando el fin es satisfacer un interés particular.¹⁴ El Es-

¹⁴ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 33a. ed., revisada y actualizada por Manuel Fraga, México, Porrúa, 1994, pp. 81-88; Gaxiola Moraila, Federico Jorge, “Derecho

tado puede reconocer organizaciones de individuos como *empresas e instituciones de interés público* cuando los fines que persiguen son de beneficio colectivo, pero no son consideradas como autoridades del Estado.¹⁵

Uno de los derechos que se decantan del derecho a la libre determinación es el derecho de los pueblos indígenas a concebir, aprobar y aplicar sus sistemas normativos internos.

A. El derecho al derecho

El derecho indígena, entendido como el derecho de los pueblos indígenas a concebir y aplicar sus normas internas está validado por el derecho nacional cuando se establece que en “la aplicación de sus sistemas normativos...”.¹⁶ En esta frase se está reconociendo que en los pueblos indígenas existen normas concebidas y aprobadas por ellos mismos, y que en su aplicación, o sea, en su derecho a la *juris dictio* (su derecho a decir el derecho), es válido también siempre y cuando se respeten los derechos humanos. La iniciativa y el dictamen mencionan en especial los de las mujeres, pero entiendo que por *derechos humanos* se incluye los derechos de las mujeres y a todas las garantías sociales e individuales vigentes.

La iniciativa establece que los juicios, procedimientos y decisiones de las autoridades judiciales indígenas serán convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado. El dictamen sustituye “convalidados” por *validados (idem)*. Considero que al reconocer a los pueblos indígenas como entes de derecho público, como parte del Estado mexicano, sus juicios, procedimientos y resoluciones están sujetos a respetar la legislación vigente y por tanto a someterlos, como los de cualquier autoridad, no a la convalidación, validación u homologación de otra autoridad, sino a su *revisión* por un órgano jurisdiccional del Estado cuyo personal, en este caso, tenga “conocimiento de sus lenguas y culturas” (como ya se esta-

privado y derecho público”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. III-D, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 197-199.

¹⁵ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 17a. ed., corregida y aumentada por Andrés Serra Rojas Beltri, México, Porrúa, 1996, pp. 891-901.

¹⁶ Artículos 4o., fracción II de la Iniciativa, y 2o., apartado A, fracción II del Dictamen.

blece para la designación de intérpretes y traductores)¹⁷ a solicitud de la parte afectada. Tenemos ya en México un antecedente de esto: la Ley de Justicia Indígena de Quintana Roo reconoce la existencia de este órgano revisor (o de apelación) perteneciente al Supremo Tribunal de Justicia del estado, cuyos magistrados deberán ser “miembros respetables de la comunidad, que dominen el idioma, y conozcan los usos, las costumbres y tradiciones de su comunidad, sin que sea necesario reunir los requisitos o tengan los impedimentos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado (artículo 9o., segundo párrafo)”.¹⁸ El reconocimiento y ejercicio de la autoridad judicial indígena debe ser plena. Así se establece también en Quintana Roo:

Si las partes, por la mediación del juez tradicional admiten arreglar sus diferencias mediante convenio, éste quedará homologado a una sentencia debidamente ejecutoriada, y si deciden someterse al arbitraje del juez tradicional, la resolución dictada tendrá el carácter de cosa juzgada (artículo 12).¹⁹

Este es el espíritu del acuerdo establecido respecto al *nuevo marco jurídico* que el gobierno federal se ha obligado a reconocer en la Constitución: “Derechos de jurisdicción. Para que se acepten sus propios procedimientos para designar sus autoridades y sus sistemas normativos para la resolución de conflictos internos, con respeto a los derechos humanos (Acuerdos de San Andrés)”.²⁰

La ley reglamentaria correspondiente tendrá que establecer los ámbitos de competencia de cada jurisdicción, para que de manera coordinada se apliquen las normas y los delitos no queden impunes sea cual sea el lugar en que se cometan. Dicha ley apoyaría igualmente los contenidos por hacerse en las legislaciones locales, tal como está previsto, en forma general, en los Acuerdos de San Andrés:

Competencia. Se necesita configurar una atribución concurrente con las instancias de gobierno federal, estatal y municipal, así como una distri-

¹⁷ Artículo cuarto, fracción VII, párrafo cinco de la Iniciativa, y artículo 2o., apartado A, fracción VIII, primer párrafo, del Dictamen.

¹⁸ Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo, Chetumal, INI, Delegación Estatal, Procuración de Justicia, sin fecha.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Foros para la Revisión..., cit.*, p. 9.

bución de competencias políticas, de manejo de recursos y protección de la naturaleza entre estas instancias políticas de gobierno del Estado Mexicano, a efecto de responder de manera oportuna a los requerimientos y demandas de los pueblos indígenas.”²¹ Los aspectos de coordinación jurisdiccional tendrían que establecerse en una ley federal y no en una ley local (como lo pretende el Dictamen, según lo explica su exposición de motivos). En todo caso, la elaboración de una ley reglamentaria en materia indígena facilitaría el desglose de los contenidos por la legislación local.

IV. CONCLUSIÓN

Desde una perspectiva histórica son innegables los avances logrados sobre el reconocimiento o validez del derecho indígena en el derecho nacional en los años recientes: ante los rezagos académicos se han generado una lluvia de reflexiones multidisciplinarias que enriquece el proceso; ante rezagos jurídicos tenemos 16 Constituciones locales y la federal que reconocen la existencia de pueblos indígenas; ante los rezagos políticos se ejerce el derecho a la autonomía en Oaxaca; ante los rezagos judiciales se ejerce el derecho a la jurisdicción en Quintana Roo. ¿Esto es suficiente? Por supuesto que no. La mayor parte de estos reconocimientos, por un lado, se iniciaron en un contexto poco propicio a la participación directa y plural de los pueblos indígenas y han sido esfuerzos institucionales coyunturales carentes de voluntad política para aplicar, y ampliar, cabalmente las reformas. Por otro lado, los alcances, en general, han sido limitados ya que los órganos públicos encargados de aplicar dichas reformas (sean instituciones administrativas o judiciales) no han tenido la capacidad financiera suficiente ni su personal ha sido actualizado para actuar con base en la letra y espíritu de esos cambios.

La constante hasta ahora es que el reconocimiento del derecho indígena por el Estado ha estado sujeto a los vaivenes político-electoral, y hasta emocionales, de los ejecutivos locales y federal, así como de sus legisladores, es decir, de la población no indígena que ha ejercido, históricamente, el monopolio de la producción de normas. Si se quiere intentar corregir esta tendencia se tendría que ir incorporando personal, a las instancias ejecutivas, legislativas y judiciales del Estado, con conocimientos de las lenguas y culturas de los pueblos indígenas. Parte de este proceso

²¹ *Ibidem*, p. 12.

podría considerar la posibilidad de convocar a nuevos congresos constituyentes para darnos Constituciones (federal y locales), con representantes de los pueblos indígenas, que respondan a las demandas de respeto a las diferencias culturales para que las relaciones sociales sean igualitarias y de solidaridad social, para que las condiciones de vida de la mayor parte de la población sean dignas.