



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CAPÍTULO TERCERO **LOS DERECHOS POLÍTICOS INDÍGENAS EN OAXACA**

LOS DERECHOS POLÍTICOS FUERON ORIGINALMENTE CONSAGRADOS EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. EL CASO DE LA CONSTITUCIÓN DE OAXACA DE 1825

Los estados de la Federación mexicana tuvieron primacía en el establecimiento de los derechos del hombre, cuando la primera Constitución federal de 1824, siguiendo el ejemplo de la versión original de la Constitución de los Estados Unidos, de 1787, no previó una declaración de derechos, denominada de manera posterior como “garantías individuales”. Por ello, Oaxaca consignó de esta manera en su Constitución inicial del 10 de enero de 1825, un capítulo expreso, el tercero, sobre los derechos políticos que pertenecían a los ciudadanos oaxaqueños, donde se reconocían y regulaban los derechos políticos como derechos humanos, con las limitaciones y condiciones que cualquier otro derecho tenía; no obstante, a diferencia de los demás, los derechos políticos se regulaban en un capítulo específico de la Constitución oaxaqueña y a lo largo de 10 disposiciones se detallaban todos los aspectos relacionados con su naturaleza, como la de ser un derecho exclusivo de los ciudadanos oaxaqueños (artículo 26), así como las causales por las cuales se perdían (artículo 27) o suspendían (artículos 28 y 29).

Para ejercer los derechos políticos, el ciudadano tendría que registrarse en el municipio de su residencia, cuya autoridad le daría una “patente” con toda la formalidad de una ceremonia (artículo 25). El ejercicio de dichos derechos consistía en sufragar, para lo cual se exigiría el requisito de saber leer y escribir a partir de 1840 (artículo 30),¹³⁴ así como en ser nombrado elector primario (parroquial) o secundario (departamental), o incluso ser electo para los cargos de edil, diputado y senador o gobernador del Estado.

El fraude electoral era seriamente castigado como un delito, con la pérdida del ejercicio de los derechos políticos. Dentro de esta categoría estaban la venta y la compra del voto (artículo 27, fracción IV).

Aunado a lo anterior, la primer Constitución del estado describió en tres capítulos el proceso electoral de una manera tan detallada que ninguna Constitución posterior se equipararía con la de 1825, relacionando las fechas exactas de

¹³⁴ Esta disposición resulta una influencia de la Constitución de Cádiz (1812), en cuyo artículo 25 se previó que los derechos políticos se perderían si el ciudadano permanecía analfabeto después del año de 1830. *Las Constituciones Políticas de Oaxaca*. LVII Legislatura Constitucional del H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Oaxaca y Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca. 2001. Oaxaca, p. 24.

celebración de las elecciones, el proceder de los electores y las soluciones ante los casos de empate y conflicto.

De la misma manera, la Constitución del Estado publicada el 15 de septiembre de 1857 y promulgada por Benito Juárez, incluyó en el título primero, correspondiente a los derechos del hombre, la disposición de que “las elecciones deben ser enteramente libres, y todo ciudadano que tenga los requisitos que señale la ley, tiene derecho de elegir y de ser electo para todos los empleos públicos” (artículo 18).

Aunque esta Constitución fue menos espectacular respecto de la anterior en materia electoral, depositó una mayor discrecionalidad en el Poder Legislativo para señalar las disposiciones electorales y transformó al Congreso en la autoridad máxima sobre la materia, tal como lo determinaba el artículo 48, fracción XVII:

El Congreso tiene facultad: ... XVII. Para constituirse en cuerpo electoral a efecto de computar los votos emitidos.

El artículo 36, determinó:

El Congreso califica las elecciones de sus miembros y resuelve las dudas que ocurran sobre ellas.

Lo mismo sucedía respecto de la declaración de validez de la elección del gobernador del Estado la cual se hacía por el Congreso. (Artículo 52).

Por su parte, la vigente Constitución del 4 de abril de 1922, siguió la desacertada disposición de la Constitución Federal de 1917, trasladando fuera del título correspondiente a las garantías individuales la obligación del ciudadano de votar y ser votado en las elecciones del Estado (artículo 23, primeras cuatro fracciones), aunque se repite el principio de que las elecciones deberían ser enteramente libres, con un lenguaje más prohibitivo que asertivo de derechos.¹³⁵

¹³⁵ Aunque a diferencia de la Constitución Federal, estas disposiciones se encuentran en el título que lleva por nombre “Orden Público”, en lugar de “prerrogativas y obligaciones del ciudadano”.

USOS Y COSTUMBRES EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES DE OAXACA. EL ÁMBITO INTERNACIONAL ANTES QUE EL NACIONAL

A pesar del acendrado nacionalismo mexicano, muchas instituciones jurídicas, políticas y sociales adoptadas en nuestro país provienen de convenciones internacionales y de acciones impulsadas por organismos internacionales o países extranjeros. Esto ha sido cierto desde la creación de México como país independiente, donde la Constitución política fue modelada a partir de la experiencia de los Estados Unidos y donde la reforma legislativa fue tomada del movimiento codificador francés. En la actualidad, la globalización es ineludible, en tanto que la integración mundial constituye una tendencia clara en los años por venir. Algunas de estas influencias provenientes de los tratados internacionales, sin embargo, son benéficas, como la relativa a la protección de los derechos indígenas.



Asamblea en municipio por usos y costumbres con participación de las mujeres.

De esta manera, contamos con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado el 27 de junio de 1989 por 328 países que asistieron a la 76 Reunión de la OIT, entre los que se encontraba México con su voto favorable.

Al ratificarse dicho Convenio por el Senado de la República el 11 de julio de 1990, México fue el primer país latinoamericano que ratificó el Tratado, por lo que fue publicado el 3 de agosto de 1990 en el Diario Oficial de la Federación. El documento de ratificación fue registrado ante la organización internacional correspondiente el 4 de septiembre de 1990, entrando en vigor al año posterior.

A diferencia del Convenio 107 de la misma organización, que versó sobre el mismo objeto, y que también fuera aprobado por México en 1957, el nuevo Convenio 169 supone que los pueblos indígenas constituyen un factor permanente de la población nacional dentro de cada país y no un elemento transitorio, cuya tasa de natalidad decreciente haría desaparecer a la etnia aborígen.¹³⁶ Este criterio, por demás engañoso, se aprecia en los hablantes de algún idioma indígena que si bien han disminuido con el tiempo, en términos reales se han incrementado en algunos estados como Chiapas y Oaxaca.¹³⁷ México cuenta con una población indígena de aproximadamente el equivalente al 9.8% de su población total, lo cual en el contexto de América del Norte resulta ser el mayor índice registrado, aunque sea moderado frente a otros países de Centro y Sudamérica.¹³⁸ No obstante, la tasa de crecimiento poblacional en comunidades con predominantes grupos indígenas ha disminuido paulatinamente, por lo que hacia 2005 se calculó la población indígena mexicana en 10' 103,571 habitantes.¹³⁹

A pesar de la importancia cultural e histórica de la población indígena para México, la realidad jurídica y política es que estas comunidades han sido mar-

¹³⁶ Magdalena Gómez. *Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Instituto Nacional Indigenista. 1995, p. 12.

¹³⁷ Por ejemplo, para el censo de 1895, había una población total de 2,734,712 de hablantes indígenas, mientras que cien años después hay 5,483,555. En Chiapas había 120,942 hablantes en 1895, mientras que en 1995 se contaron 768,720 hablantes, y lo mismo en Oaxaca, en donde había 471,439 hablantes indígenas en 1895, y 1,027,847 cien años después. *Estadísticas Históricas de México*, Tomo 1, Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, 4ª Ed., 1999, p. 115-118.

¹³⁸ Los países americanos de mayor población indígena son: Bolivia (71%), Guatemala (66%), Perú (47%) y Ecuador (43%), mientras que los de menor número son los países de América del Norte con los cuales nuestro país comparte la región, como son Canadá (1.40%) y Estados Unidos (0.65%), además de Brasil (0.20%) y Uruguay (0.016%) en Sudamérica. Gómez. *Op. cit.*, p. 45-46.

¹³⁹ En Oaxaca, la población indígena ha disminuido (-0.506%) y en 2005 contaba con 1,594,490.

ginadas y su tratamiento ante la ley es titubeante y vago; altamente dubitativo frente a la carga de un liberalismo histórico que no desea hacer excepciones al principio de igualdad de todos ante la ley, porque la obvia desigualdad social de los indígenas obliga a recapacitar sobre las políticas estatales hacia ellos.

Ante la carencia de una ley federal de pueblos indígenas y el escaso desarrollo legislativo sobre la materia en las entidades federativas, el Convenio 169 destaca como un instrumento de avanzada, que ha producido consecuencias en el gobierno federal mexicano, con la aprobación de la reforma constitucional al artículo 4°. En efecto, el 28 de enero de 1992, algunos meses después de la entrada en vigor del Convenio 169, se reformó de manera pálida el artículo 4° de la Constitución federal de México, para determinar que la sociedad mexicana es pluricultural, lo que no es necesariamente pluriétnica, y que la ley tenderá a garantizar, no reconocer, las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas de organización social, que no política.

El contraste y la tardanza de la Constitución mexicana con respecto al Convenio 169 es dramático. Mientras que el convenio reconocido por México establece en 44 artículos los derechos de los pueblos indígenas y tribales, nuestra Carta Magna en una porción de un párrafo, pretende incluir el reconocimiento de los usos y costumbres, junto con el derecho a la vivienda, a la salud y a la seguridad familiar, entre otros. Y aunque se podría pensar que no resulta necesario reproducir en la Constitución federal el contenido del tratado internacional referido, puesto que ya de por sí es “ley suprema de toda la Unión”; la realidad es que los tratados no son aplicados de manera directa por las autoridades mexicanas y la jurisprudencia ha dictado tesis aisladas inaceptables y poco respetuosas del sistema jurídico interno.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Tesis LXXVII/1999 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aparecida en la *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación* correspondiente al mes de noviembre de 1999 ya citado. La tesis es similar a la tesis de George Sutherland, quien renunció a la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1938, por lo “descabellado (unfashionable)” de sus opiniones. Una de ellas fue expuesta en el caso *United States v. Curtiss-Wright Export Corp* 299 U.S. 304 (1936), donde asienta “poderes inherentes” del Presidente en materia de relaciones internacionales, que implican la facultad presidencial de llevar a cabo tratados internacionales en materias no expresamente previstas en la Constitución. Por supuesto, la procedencia de este criterio debe entenderse en el contexto de la propia Constitución de los Estados Unidos y de su interpretación constitucional, como en el caso de *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. 316 (1819), que determina un federalismo con facultades concurrentes, por lo que no es del todo aceptable tratándose de nuestro sistema federal, que observa como regla general, una distribución rígida de competencias, según el artículo 124 constitucional. Vid. “*Curtiss-Wright Export Corp. v. United States.*”, “*Sutherland, George.*”. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Kermit L. Hall, [editor], Oxford, 1992.

El Convenio 169 determina en su artículo 8° que en la aplicación de la legislación nacional deberán tomarse en cuenta las costumbres de los pueblos, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales reconocidos en los órdenes jurídicos, tanto nacional como internacional. Esto, además de ser un principio, constituye la fijación de límites de aplicación de los usos y costumbres.

En consecuencia, si los cargos públicos municipales, según los usos y costumbres de Oaxaca, son gratuitos y duran de uno a tres años por lo general,¹⁴¹ esta contravención a la legislación electoral es compatible con la Constitución federal y el Convenio 169, ya que la remuneración de un cargo público y el término de tres años, no es un derecho fundamental. A pesar de que el término prescrito por la Constitución federal y local estuviera claramente determinado en su periodo para las autoridades municipales, en virtud de que esta disposición no atañe a los derechos fundamentales, no deberá prevalecer sobre la costumbre de un solo año, protegida por el artículo 2° de la Constitución federal, que se refiere al derecho indígena, y 16 de la Constitución de Oaxaca.¹⁴²

Podríamos aseverar que cualquier disposición orgánica de la Constitución y de las leyes está subordinada a la garantía de usos y costumbres, que es por sí misma un principio constitucional, así como por virtud del Convenio 169, que es ley fundamental, según el artículo 133 de la Constitución federal. La única limitación a esta garantía es que dicha costumbre fuera violatoria de otro derecho fundamental en los términos del propio convenio aludido, como sería, por ejemplo, el derecho que se reconoce en el artículo 11 del mismo convenio que dice: “La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos”.

Disposición que pudiera conflictuar con el tequio o la faena, que es una costumbre ampliamente observada por los pueblos indígenas y que, para el caso de Oaxaca, es requisito y base del sistema electoral para la provisión de car-

¹⁴¹ El artículo 98 de la Constitución de Oaxaca determinaba que los concejales electos por el sistema de usos y costumbres servirán al cargo por el tiempo “que sus tradiciones y prácticas democráticas determinen, pero que no podrá exceder de tres años”. Francisco López Bárcenas. *Entre lo propio y lo ajeno*, S. p. i. p. 93, 95-97. Actualmente, sólo el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución del Estado es el sustento de reconocimiento de los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas.

¹⁴² La misma opinión sustenta Magdalena Gómez en *Derechos Indígenas*, *Op. cit.* p. 68. El artículo 16 de la Constitución oaxaqueña reincide en la misma omisión del artículo 2° de la Constitución Federal, ya que establece como obligación única del Estado, a través de la ley, el promover el desarrollo de las formas específicas de la organización social, más no política, de las comunidades indígenas.

gos, pues las autoridades tradicionales deben mostrar una trayectoria de servicios personales hacia la comunidad, los cuales son obligatorios y por lo general no remunerados. En la actualidad, la propia Constitución de Oaxaca y las leyes locales consideran al tequio no como un trabajo forzoso, que sería contrario al artículo 5° de la Constitución federal y 11 del Convenio 169, sino una contribución que como tal es obligatoria para todos, según el artículo 31, fracción IV, de la Constitución federal, que establece como obligación de todos los mexicanos contribuir para los gastos del municipio, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes, entre las cuales están la propia Constitución oaxaqueña, en cuyo artículo 16, establece la obligación del tequio como una contribución del habitante para la comunidad donde habite.

Otro caso de mayor complejidad es la filtración religiosa en las elecciones según los usos y costumbres de los pueblos oaxaqueños, por ser éstos actos comunitarios cuya más profunda esencia de solidaridad tiene un sustento religioso. Todo este simbolismo de carácter religioso provoca tensiones al aplicar la legislación electoral. A pesar de ello, la garantía constitucional e internacional permite armonizar este derecho consuetudinario, consistente en bastones de mando, ofrendas ante la iglesia y otras conductas fundamentalmente católicas que, sin embargo, podrían transgredir la libertad de culto de futuras generaciones y, en consecuencia, el derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución Federal.¹⁴³

Los conflictos político-religiosos de las comunidades indígenas, representan, en nuestro país, un grave problema social que se ha manifestado en formas violentas, como la masacre de Acteal verificada el 22 de diciembre de 1997, donde una autoridad municipal, con nexos e identificación partidista, de credo presbiteriano, es involucrado en el homicidio y lesiones de un grupo católico, denominado “Las Abejas”, afiliado también a otro partido político diferente.¹⁴⁴

¹⁴³ La Comisión Estatal de Derechos Humanos ha conocido recientemente de algunos casos que merecen mención: 1) La recomendación 7/96 contra el Presidente Municipal de Santa María Tlahuitoltepec, Zacatepec, quien propició que se expulsara a 35 familias por pertenecer a la secta evangélica. El Presidente Municipal no ha acatado la recomendación; y 2) El caso de negativa para inhumar el cuerpo de un menor, contra el Presidente Municipal de Santa María Tlahuitoltepec, quien condicionó la inhumación a la celebración de una misa del rito católico, al padre del menor que también era evangélico. El 29 de julio de 1999 se aceptó la inhumación, a condición de que el cuerpo pasara frente a la iglesia católica.

¹⁴⁴ Ana Luisa Izquierdo (editora), “Presentación”, *Jornada Académica: Chiapas a partir de Acteal*. Instituto de Investigaciones Filológicas. UNAM. Ediciones Especiales núm. 18. México. Julio 2000. p. 7-14.

De la misma manera, se han dado casos de juicios de amparo, promovidos por miembros de sectas protestantes, cuyo tequiu se les ha exigido en la forma de actividades relacionadas con la iglesia católica, por lo que se han visto forzados a no cumplirlo por motivos religiosos.

Otra complicada faceta la constituye la práctica de algunas comunidades indígenas, mediante las cuales la mujer no vota o declina su voto por el de su cónyuge, haciendo así un verdadero voto corporativo o ciánico. Así, las mujeres no acostumbraban votar, pues declinaban este derecho a favor de sus esposos, por ser los legítimos poseedores o propietarios de la tierra, transformándose ésta práctica en un verdadero voto censitario y discriminatorio a la igualdad de la mujer, consagrada en el mismo artículo 2º de la Constitución federal y en el artículo 12 de la Constitución de Oaxaca. Esta costumbre ya ha sido modificada, pero no hay la certeza de que se haya erradicado.

Por lo anterior, convendría ampliar la regulación constitucional de este derecho consuetudinario, para apuntalar las soluciones a problemas que plantean los usos y costumbres frente a los derechos fundamentales previstos en la propia Constitución, ya que, tal como está el artículo 4º resulta precaria la referencia hacia estos problemas políticos y sociales.

No obstante, hasta antes de la reforma constitucional, las comunidades indígenas sólo eran notorias para el derecho agrario como comunidades con derechos reales sobre los terrenos ocupados. Desde este punto de vista, poco habíamos avanzado desde el amparo colonial o el interdicto posesorio de las tierras comunales, que fue limitado aún más con la Ley de desamortización de 1856, hasta 1992.

La modernidad olvidó al indígena y tuvo que intervenir la comunidad internacional para despertar la atención del legislador y político mexicano sobre el tema, a través del Convenio 169. Las mejores respuestas provinieron de algunas de las entidades federativas, como Oaxaca y Quintana Roo, pero no de las más necesitadas como Chiapas o de la misma Federación, las cuales no han prestado la atención debida.

México comienza el siglo XXI redefiniendo jurídicamente a las comunidades indígenas que han sido la población original del país desde hace siglos. El debate que originó la reforma constitucional publicada el 14 de agosto de 2001 demuestra que no existe una idea clara todavía de qué rumbo deben tomar los derechos indígenas, pues para ciertos sectores la reforma es deficiente, mientras que para otros es adecuada.

La presentación de varios juicios ante la Suprema Corte de Justicia planteando controversias constitucionales desde distintos ángulos, resulta un fenómeno reciente y único contra una reforma constitucional. ¿Por qué se ataca una reforma que pretende consagrar derechos indígenas? ¿Por qué se critica una reforma que fue producto de acuerdos, consensos y de la revisión de cinco iniciativas previas, por lo menos? ¿Por qué se controvierte una reforma constitucional que no violenta los compromisos ya aceptados por México a través del Convenio 169 de la OIT? La única respuesta que encuentro es por qué no se ha entendido el carácter de los derechos indígenas.

Consideramos que el punto de partida para aclarar la condición de los derechos indígenas en general, debe ser el artículo 1° de la Constitución Federal, que dice que las garantías individuales establecidas en la norma fundamental del país no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos del artículo 29 de la propia Constitución, que se refiere a las condiciones de emergencia, como lo son la invasión, la perturbación grave de la paz pública o cualquier otro evento que ponga en grave peligro o conflicto a la sociedad.

Lo anterior implica que si bien las garantías individuales no pueden restringirse ni suspenderse, sí es posible que se amplíen, tal como se ha logrado a través de las leyes federales, los tratados internacionales, las constituciones particulares de los estados, así como sus leyes locales y, para el caso de la Constitución de Veracruz del 3 de febrero de 2000, las mismas resoluciones judiciales en el estado (artículo 4°).¹⁴⁵

En consecuencia, por muy limitada que hubiese sido la reforma a los artículos 1°, 2°, 4°, 18 y 115 de la Constitución federal, mal llamada “ley indígena”, éstos representan el mínimo de los derechos que las comunidades indígenas tienen reconocidos y puedan tener en el futuro, a través de los distintos ordenamientos legales de carácter nacional e internacional.

Al respecto, contempló dos objetivos diversos, desde su primer artículo:

- a) Por un lado, establecer la igualdad ante la ley que los pueblos indígenas merecen,¹⁴⁶ y

¹⁴⁵ Artículo 4° (...) Toda persona gozará de los derechos que establecen la Constitución y las leyes federales, los tratados internacionales, esta Constitución y las leyes que de ella emanen; así como aquello que reconozca el Poder Judicial del Estado.

¹⁴⁶ Y que en materia política otros tratados han previsto con anterioridad, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en cuyo artículo 25 se establece que todos los ciudadanos deberán tener acceso a las funcio-

- b) lograr el respeto a su identidad social, a través de sus usos y costumbres.

Estos objetivos confunden por sus variadas consecuencias y aparentes antagonismos. El primer objetivo tiende a consagrar un fin que el liberalismo mexicano ha consolidado por centurias: el tratamiento de los pueblos indígenas como iguales frente a la sociedad mexicana, eliminando cualquier forma de discriminación. Sin embargo, el segundo objetivo es nuevo y disruptivo frente al liberalismo mexicano; el reconocimiento del pueblo indígena como distinto del resto de la sociedad.

Como se observa, este Convenio amplía los derechos consignados en la Constitución federal y fue el motor que provocó la reforma a la Constitución y leyes de estados mexicanos con alta población indígena, como Oaxaca. Pero ello no significa que la Constitución contravenga al Tratado en cuestión, ni que los estados mexicanos o la Federación no deban acatar al Convenio internacional. Con la reforma constitucional al artículo segundo en agosto de 2001, el contenido de dicho Convenio fue parcialmente incorporado en la norma fundamental.

Todo sistema jurídico está compuesto de diversas normas que se complementan entre sí y cuya columna vertebral es la Constitución federal. No hay necesidad de incluir en la Constitución todas las disposiciones que las demás normas contienen, puesto que, además de la imposibilidad para hacerlo, lo único que requiere la Constitución es que las demás normas no la contravengan y se creen de acuerdo al procedimiento que ella misma prevé. Las disposiciones constitucionales constituyen, de esta manera, el fundamento básico tanto de cuáles son los derechos humanos protegidos por las autoridades, como las demás prescripciones de organización entre los poderes.

Según el artículo 133 constitucional, la Constitución y las leyes federales, así como los tratados internacionales, son ley suprema de la Unión, lo cual implica que tienen validez en todo el territorio del país y deben ser acatados por todas las autoridades, sin importar si son federales, estatales o municipales. Por ello, tampoco es necesario que las constituciones y leyes estatales repitan textualmente los derechos indígenas que se establecen ya en esa categoría denominada Ley Suprema de la Unión.

nes públicas de su país, en condiciones generales de igualdad. De la misma manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en México en el *Diario Oficial de la Federación* desde el 7 de mayo de 1981, establece en el artículo 23 el mismo derecho y reitera, en su artículo 24, la igualdad ante la ley contra cualquier forma de discriminación.

En otras palabras, la Constitución vale por sí misma, como un mínimo de derechos que deben ser respetados y, en su caso, protegidos si son violados. Las leyes federales y los tratados internacionales, por su parte, sólo valen si no contravienen a la Constitución federal. El propio Convenio 169 establece como límite a los derechos indígenas que éstos no sean incompatibles con “los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional”, lo cual se refiere a las garantías individuales de la Constitución federal.

En nuestro país, si bien se ha avanzado en el establecimiento y protección de los derechos indígenas en general, poco se ha desarrollado respecto a un derecho político que es la base de varios tratados internacionales con vigencia en México; comenzando por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo primer artículo establece que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen, asimismo, a su desarrollo económico, social y cultural”.

La reforma constitucional al artículo 2º efectuada en 2001, establece en el quinto párrafo y en el apartado A, lo siguiente:

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

(...)

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

(...)

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno...

La reforma constitucional hizo la materia indígena concurrente, de tal manera que la Federación, los estados y los propios municipios podrán desarrollar los medios de garantía para la vigencia de los derechos indígenas, incluidos los políticos. Ya no es exclusiva responsabilidad de la Federación, como ha

sido la tónica en nuestro país, sobre todo a partir del conflicto armado en Chiapas de 1994.

No obstante, la cuestión indígena es más ahora una competencia de los estados y no sólo de la Federación. Enhorabuena, pues las comunidades indígenas son tan complejas y diversas que una solución global, a nivel federal, no podría ser posible de manera integral. Al respecto es significativo el ejemplo brindado por Oaxaca y Quintana Roo, que anticiparon a la Constitución federal el establecimiento de derechos indígenas, mediante el reconocimiento de la autonomía de los pueblos y la implantación de sistemas específicos de justicia indígena.¹⁴⁷

El problema indígena no puede resolverse ni caracterizarse con base en el conflicto de los altos de Chiapas que, por muy grave que haya sido, no refleja los problemas de todos los pueblos indígenas del país.

El punto III de los Acuerdos de San Andrés de 1996 hizo manifiesto el deseo de reconocer que los procesos electorales de los pueblos indígenas fuesen sin la participación de los partidos políticos, lo cual se reitera en el libro de Juan Pedro Viqueira y Willibald Sonnleitner, *Democracia en tierras indígenas. Las elecciones en los Altos de Chiapas 1991-1998*, cuando concluyen, con una inadecuada tendencia a la generalización, que los usos y costumbres en las elecciones han servido para mantener el caciquismo indígena aliado al antiguo partido político oficial. El caciquismo se manifiesta con independencia de la existencia de usos y costumbres, apreciándose en los municipios cuyas elecciones se efectúan a través del sistema de partidos políticos.

En principio, los usos y costumbres en los procesos electorales no siempre reconocen la participación de los partidos políticos, e incluso los excluyen, como es el caso de Oaxaca en cuyo Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales se establece el siguiente principio en el artículo 118:

Los ayuntamientos electos bajo normas de derecho consuetudinario no tendrán filiación partidista.

¹⁴⁷ En este sentido contrastan los ejemplos de estados que no han previsto en su Constitución y leyes un adecuado régimen para los indígenas de su sociedad, como son Tabasco, Campeche y Yucatán. Por otro lado, a pesar de sus problemas, Chiapas ha respondido lentamente al reto que tiene de garantizar esos derechos al prever exclusivamente disposiciones secundarias en los procedimientos civiles y penales, donde jueces ordinarios sólo consultan a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas (Ver artículos 972 y 977 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas y 347 y 350 del Código de Procedimientos Penales del mismo Estado).

Llama la atención que el Código de Elecciones y Participación Ciudadana de Chiapas (2008) no tenga regulación de las elecciones por usos y costumbres a pesar del estudio de Viqueira y Sonnleitner que los da por sentados, mientras que en Oaxaca su CIPPEO (1995) dedica el libro cuarto a la “Renovación de los ayuntamientos en municipios que electoralmente se rigen por normas de Derecho Consuetudinario”, conteniendo en los artículos 109 al 125 las normas pertinentes.

Quizá estamos frente a los dos extremos que la legislación electoral nos puede ofrecer: el único estado que prevé los usos y costumbres en materia electoral es Oaxaca y el más necesitado para implantarlos, que es Chiapas, no lo ha hecho. En otro extremo están todos los demás que ni siquiera contemplan esta posibilidad a pesar de su población indígena.¹⁴⁸

Ante esta perspectiva, tenemos una precaria situación en la aplicación del Convenio 169 por parte de las autoridades en México y, sin embargo, nuestra atención se ha concentrado más en la carente o deficiente legislación nacional para aplicar los derechos indígenas en nuestra población. ¿No es acaso el Convenio de la OIT norma vigente y ley suprema de la Nación?

Las mujeres indígenas de las Américas han condenado a México por la falta de aplicación del Convenio 169 en la Declaración Olowaili, efectuada en Panamá en el año 2000. Dicho Convenio establece en el artículo 4° que las legislaciones nacionales adecuarán su contenido al del tratado internacional para garantizar los derechos indígenas, incluyendo los de libre determinación, es decir, los relativos a los usos y costumbres en sus elecciones.¹⁴⁹

Los tratados internacionales no requieren de ninguna validación o implementación legislativa para su plena validez en México, ya que a diferencia de otros países, el nuestro requiere sólo que el Tratado no viole ninguna disposición constitucional y que sea signado y ratificado por el presidente y el Senado de la República respectivamente, para que sea ley suprema, sin ningún otro requisito. En consecuencia, el Convenio 169, que satisface los requisitos antes señalados, es una norma vigente que predomina ante cualquier norma secundaria que por omisión o de manera explícita lo contravenga.

¹⁴⁸ Incluso el Distrito Federal, cuya población indígena es mínima frente a la de las demás entidades federativas, estudió a través del Instituto Electoral del D.F., en julio del 2001, la posibilidad de implantar usos y costumbres en las delegaciones de Tláhuac, Milpa Alta y Xochimilco.

¹⁴⁹ En el Informe de México sobre la situación de los derechos humanos ante la Organización de Estados Americanos, rendido en 1998, se determinó que en nuestro país había 13,179 localidades predominantemente indígenas, las cuales serían las destinatarias naturales de la aplicación de usos y costumbres en sus elecciones.

Si cualquier legislación estatal estuviera en contra del Convenio 169, las autoridades locales tendrían la obligación de acatarlo de preferencia y aplicarlo de manera directa, de acuerdo al artículo 133 constitucional, y los individuos afectados de esa entidad federativa podrían acudir en vía de amparo para hacer valer sus derechos derivados del mencionado tratado internacional y, tratándose de sus derechos políticos, acudir a los juicios de protección de derechos político-electorales establecidos tanto en la legislación de Oaxaca como en la federal.

Un distinguido jurista, Emilio Velasco, escribió en 1874 respecto al célebre caso del Amparo Morelos, lo siguiente:

(...) No creyeron aquellos legisladores que a título de la soberanía de los Estados se pudiera vejar impunemente a una masa del pueblo, y violar en su perjuicio los derechos políticos asegurados por la Constitución; no creyeron que las instituciones federativas, con su principio de la soberanía de los Estados, pudieran ser una red para la libertad del pueblo de los Estados, una garantía para la usurpación triunfante.

(...)

Ha sido costumbre en nuestras prácticas políticas que el candidato derrotado, alegando fraudes y nulidad de la elección, levante revoluciones y provoque trastornos. ¡Cuán conveniente no hubiera sido, cuántos males no se hubieran evitado a la República, si el derrotado hubiera tenido acceso a los tribunales, para que se revisara la elección! Hoy que la Corte de Justicia cierra las puertas a las sublevaciones y que tiende a hacer efectivas las garantías que, conforme a la Constitución, tiene el pueblo en la Federación y en los estados, se ha levantado la tradición de abusos y de usurpaciones que presenta nuestra historia, para defender que la tiranía, si llega a apoderarse del mando, debe continuar allí como un hecho consumado.¹⁵⁰

LA HISTORIA LEGISLATIVA PRESENTA MÁS AVANCES QUE LA ACTUAL

Pareciera asombroso, pero cada vez es una constante más persistente que el derecho histórico nos brinda más claridad en las instituciones y soluciones más simples que el derecho contemporáneo. Retirando algunas argumentaciones ya vertidas con anterioridad, podemos recapitular lo siguiente:

En la época colonial, las comunidades indígenas fueron reconocidas como “Repúblicas de Indios”, desde las Leyes de Burgos, a principios del siglo XVI (1512). Estas leyes, elaboradas por los Reyes Católicos para los indios de San Juan, propusieron autonomía judicial y protección a sus usos y costumbres.¹⁵¹ Estas repúblicas fueron diferenciadas de los ayuntamientos y ciudades españolas y, en un principio, se evitó la interrelación étnica con los mestizos, negros y mulatos, prohibiendo que éstos habitaran los pueblos indios, aislando así virtualmente a las comunidades indígenas, mediante ordenanzas como la del 25 de noviembre de 1568, ordenando que no viviesen entre los indios, los mestizos, mulatos ni negros, “porque además de que los tratan mal (a los indios), y se sirven de ellos, les enseñan sus malas costumbres y ociosidad”;¹⁵² siendo refrendada esta prohibición en la ley XXII, del 30 de julio de 1646.¹⁵³

Desde la Recopilación de Leyes de Indias de 1681, se compilaron como derecho vigente en las Colonias ultramarinas, las normas de reconocimiento de los usos y costumbres de los pueblos aborígenes de América. De esta manera, la ley del 12 de julio de 1530, expedida por Carlos V, ordenó a los gobernadores el cuidado de los buenos usos y costumbres de los indios, que fueran acordes con la religión católica;¹⁵⁴ de la misma manera, en la ley de agosto de 1555 se

¹⁵¹ Woodrow Borah. *Justice by insurance. The General Indian Court of Colonial México and the legal aides of the Half-Real*, University of California Press Berkeley, 1983, p. 21.

¹⁵² Genaro V. Vásquez. *Doctrinas y realidades en la legislación para los indios*. Departamento de Asuntos Indígenas, México, 1940, p. 225.

¹⁵³ *Ídem*. p. 98. En los Estados Unidos, en el caso *Worcester v. Georgia* 31 US 515 (1832), se discutió en el siglo XIX, si un estado de la Unión Americana, podía prohibir el que un ciudadano norteamericano pudiera vivir en la reservación de los indios cherokees; dicha ley fue considerada contraria al tratado firmado entre el gobierno federal y la “nación” cherokee, por lo que debería prevalecer el tratado frente a la ley local. Worcester era un misionero que deseaba vivir entre los indígenas para evangelizarlos.

¹⁵⁴ Libro V, título II, ley XXII: *Que los gobernadores reconozcan la policía que los indios tuvieren y guarden sus usos en lo que no fueren contrarios a nuestra Sagrada Religión, y hagan que cada uno ejerza bien su oficio y la tierra esté abastecida y limpia y las obras públicas reparadas*. Los gobernadores y justicias reconozcan con particular atención el orden y la

reconoció de forma íntegra a “las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno y las que se hiciesen de nuevo”,¹⁵⁵ lo cual es interesante pues confirma la concepción de que las costumbres no son estáticas, sino que evolucionan con el tiempo. De la misma manera, se dictaron varias leyes dirigidas a los jueces, para que se aplicasen los usos y costumbres de los pueblos indios en toda controversia en la que se viesen envueltos.¹⁵⁶

El origen histórico de las repúblicas ha motivado que después de cuatro siglos el municipio no haya sido totalmente asimilado a las comunidades indígenas, cuyas costumbres de gobierno y organización social sean distintas a la institución de los ayuntamientos. En el México independiente:

El funcionamiento adecuado del municipio libre fue factible sólo en las comunidades indígenas aculturadas; más en aquéllas otras donde el proceso de cambio no ha logrado modificar realmente los patrones tradicionales, ese funcionamiento es precario o nulo.¹⁵⁷

Aunque ciertamente las Leyes de Indias reconocieron los usos y costumbres indígenas, tal como lo acabamos de mencionar, también tuvieron una tendencia contraria a algunos de ellos; sin embargo, las autoridades españolas se mostraron liberales frente al gobierno y las elecciones de autoridades indígenas tradicionales.

forma de vivir de los indios, policía y disposiciones en los mantenimientos, y avisen a los virreyes o audiencias, y guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fueren contra de nuestra Sagrada Religión, *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Madrid, Antonio Balbas, 1756, 2ª Edición, Tomo II, Foja 149.

¹⁵⁵ Libro II, Título I, ley IV: *Que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno y para las que se hicieren de nuevo*. Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro y las que se han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten, y siendo necesarios por la presente, las aprobamos y confirmamos. *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias. Mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey Don Carlos II*, Madrid, Antonio Balbas, 1756, Tomo I, 2ª Edición, Foja 126 vuelta.

¹⁵⁶ Libro II, título XV, ley LXXXIII (Compila leyes de 1542, 1550, 1563, 1571 y 1596). *Que las audiencias tengan del buen tratamiento de los indios y brevedad de sus pleitos*. En los pleitos entre indios o con ellos, se hagan procesos ordinarios ni haya dilaciones, como suele acontecer, por la malicia de los abogados y procuradores, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustos y que tengan las audiencias cuidado, que así se guarde por los otros jueces inferiores. *Op. cit.*, Fojas 200 y 200 vuelta.

¹⁵⁷ Gonzalo Aguirre Bertrán y Ricardo Pozas A. “Instituciones indígenas en el México actual”, en *Métodos y resultados de la política indigenista en México*, Ediciones del Instituto Nacional Indigenista, México, 1954, p. 260.

De esta manera, prohibieron la poligamia,¹⁵⁸ la venta de hijas para contraer matrimonio,¹⁵⁹ y, sobre todo, las prácticas religiosas, como en la Ley XXXVII del 24 de agosto de 1529 sobre “la bebida del pulque usada por indios de la Nueva España”, ratificada en posteriores decretos del 24 de enero de 1545, 3 de octubre de 1607 y 26 de julio de 1672,¹⁶⁰ o la Ley I del 18 de octubre de 1569 para los indios del Perú que trabajan en la coca, para que sean bien tratados y no usen de ella en supersticiones y hechicerías.

Pero por otra parte, hay cédulas que muestran un respeto hacia otros usos y costumbres más relacionadas con el gobierno indígena, como la Ley X del 19 de octubre de 1514, para que los pleitos de indios se actúen y resuelvan a verdad sabida, es decir, de acuerdo a las costumbres de su comunidad.

El privilegio que le fue otorgado a los tlaxcaltecas sentó el precedente en lo que sería nuestro país, del reconocimiento de la Ley XLII del 17 de abril de 1585 para que sus gobernadores sólo fuesen escogidos de entre los naturales. Ya la Ordenanza expedida el 4 de septiembre de 1551, había establecido que los indios que poblasen tierras no colonizadas tendrían el privilegio de no pagar tributos y de elegir a sus propias autoridades, de acuerdo a sus costumbres, durante los siguientes 10 años, con la condición de que levantasen una iglesia y no permitiesen la entrada de ningún español, salvo que fuera sacerdote.¹⁶¹

Por otra parte, la Ley XVII del 19 de agosto de 1631 dispuso que en los corregimientos de indios no hubiese alguaciles mayores, así como que en cada pueblo se nombrase a un indio alguacil.

¹⁵⁸ Ley IV del 13 de julio de 1530: “Que los indios o indias que se casaren con dos mujeres o maridos, sean castigados”. Vázquez, *Op. Cit.*, p. 70.

¹⁵⁹ Ley VI del 29 de septiembre de 1628: “Que los indios no puedan vender a sus hijas para contraer matrimonio”. Vázquez, *Op. Cit.*, p. 70. Práctica que todavía es común entre los triquis. De ser cierto, esta práctica podría también ser contraria a los derechos fundamentales de la persona, y por ende, contraria al Convenio 169.

¹⁶⁰ Usan los indios de la Nueva España de una bebida llamada pulque, que destilan los magueyes, plantas de mucho beneficio para diferentes efectos, y aunque bebida con templeza se podría tolerar, porque ya están acostumbrados a ella, se han experimentado notables daños, y perjuicios de la forma con que la confeccionan, introduciéndole algunos ingredientes nocivos a la salud espiritual y temporal, pues con pretexto de conservarla, y que no se corrompa la mezclan con ciertas raíces, agua hirviendo y cal, con que toma tanta fuerza, que les obliga a perder el sentido, abraza los miembros principales del cuerpo, y los enferma, entorpece, y mata con grandísima facilidad, y lo que más es, *estando enajenados cometen idolatrías, hacen ceremonias y sacrificios de la gentilidad*, y furiosos traban pendeencias, y se quitan la vida, cometiendo muchos vicios carnales, nefandos, e incestuosos, con que han obligado a que los preladados eclesiásticos fulminen censuras”...Vázquez. *Op. Cit.*, p. 80-81.

¹⁶¹ Vázquez, *Op. Cit.*, p. 221-222.

No obstante, la cédula real del 20 de enero de 1596, refrendada en 1664, había sido específica para Oaxaca, en el sentido de que los corregidores para pueblos de indios en la Antequera fuesen escogidos de entre los vecinos de la entidad y no residiesen en la ciudad de México “a más de 80 leguas de distancia”.¹⁶²

Particularmente, en la mixteca oaxaqueña había un claro gobierno dividido en distintos niveles en la época colonial, donde el nivel local, o sea el gobierno de las comunidades y municipales, se permitió la supervivencia de cacicazgos y repúblicas, de acuerdo a las tradiciones indígenas. Según Ronald Spores:

En los antiguos imperios de los aztecas y los tarascos, que eran los más grandes, amplios y altamente evolucionados de los sistemas políticos en México, el poder y la posición de los jefes políticos tradicionales fueron eliminados y sustituidos por las instituciones y los administradores españoles. Sin embargo, en la Mixteca, muchos elementos de gobierno tradicional sobrevivieron, los caciques continuaron, siendo reconocidos y apoyados como las figuras de mayor categoría social y política en sus dominios, continuando en la conservación de sus prerrogativas tradicionales y en el ejercicio de los poderes del gobierno mucho después de la Conquista.¹⁶³

De esta manera, observa el mismo autor, la institución española del cabildo, se combinó con los caciques indígenas y desde los siglos XVI y XVII, las principales posiciones de los ayuntamientos mixtecas fueron ocupadas por caciques y principales. Para el siglo XVIII, el ayuntamiento integrado de esta manera siempre cuidó de su autonomía frente al gobierno provincial de Oaxaca.¹⁶⁴ Lo mismo se puede afirmar respecto de los zapotecas, quienes desde la Conquista recibieron un tratamiento especial, donde los caciques conservaron sus prerrogativas y continuaron gobernando sus comunidades, adaptándose a la forma municipal y evolucionando con mayor participación de los macehuales o del pueblo común, al ser electivos los cargos municipales.¹⁶⁵ Quizá esta sea parte de la respuesta a la armonización del municipio en el Oaxaca indígena, proceso

¹⁶² *Ídem*, p. 455.

¹⁶³ Ronald Spores. *The mixtecs in ancient and colonial times*, University of Oklahoma Press, Norman, 1984, p. 166.

¹⁶⁴ *Ídem*, p. 167 y 179.

¹⁶⁵ Joseph W. Whitecolton. *Los zapotecos. Príncipes, sacerdotes y campesinos*, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 208-215.

que no se dio en estados como en el de Chiapas, según veremos. Juan de Palafox y Mendoza, en su carácter de virrey, emitió la Ordenanza del 23 de agosto de 1642, relativa a elecciones en los pueblos indios, en la que se lee lo siguiente

Por cuanto por mandamiento del gobierno está dispuesto y ordenado que en las elecciones que los indios de los pueblos de esta Nueva España, no intervenga la justicia ni ministro de doctrina que le violente, ni perturbe la libre elección que deben hacer de los indios, los más capaces y útiles al bien de su República y que después de hechas las presenten ante su Justicia para que, poniendo en ellas un auto, las remitan al Gobierno informando si los sujetos tienen contradicciones, delitos u otros impedimentos o causas para no ser confirmados por los Señores Virreyes; y habiéndose este estilo generalmente, he sido informado que de algún tiempo a esta parte no se hace con la puntualidad debida y que se han introducido españoles, mestizos y mulatos y otros de nación mezclada a ser electos en estos oficios en daños de los naturales, para servirse de ellos sin dar haciendas y tener granjerías de que resultan muchos inconvenientes, a cuyo remedio conviene recurrir.¹⁶⁶ Estas palabras no se consideran fuera de época ante la intervención de los partidos políticos en los pueblos que han adoptado usos y costumbres, pues en ocasiones, los miembros de dichos partidos manipulan, intervienen y subrepticamente imponen el esquema nacional de elecciones por partidos políticos a que se refiere el artículo 41 de la Constitución Federal, pero que es antitético al artículo 4º que permite el desarrollo de los usos y costumbres apropiados a la organización social de los pueblos indígenas.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Vázquez, *Op. Cit.*, p. 298-299.

¹⁶⁷ Carmen Cordero Avendaño de Durand, *La vara de mando. Costumbre jurídica en la transmisión de poderes. Ayuntamiento de Oaxaca de Juárez*, 1997, p. 122-123. De la misma autora: "Renovación de ayuntamientos en los municipios de elección por usos y costumbres", en *Pueblos indígenas y derechos étnicos*. VII Jornadas Lascasianas, UNAM, 1999, p. 107-111.

LAS LEYES LOCALES AVANZAN LOS DERECHOS INDÍGENAS EN MAYOR MEDIDA QUE LAS FEDERALES

Oaxaca ha demostrado una actitud racional hacia sus comunidades indígenas, pues su legislación ha contemplado y respondido mejor que la de ninguna otra entidad a la problemática de dichas comunidades.

A semejanza del Procurador de Pobres instalado en San Luis Potosí por Ponciano Arriaga en 1847, el 4 de octubre de 1852 fue creado el Abogado de Pobres en Oaxaca, encargado de la defensa de las clases menesterosas, que coinciden con los indígenas.¹⁶⁸ La institución tiene un origen colonial muy antiguo, reconocida en el Protector de Indios, encargado de representar a los indígenas en sus causas ante la justicia colonial. Esta peculiar institución, sin paralelo en el Nuevo Mundo, fue promovida por Bartolomé de las Casas y Juan de Zumárraga en el siglo XVI, con gran acierto y energía. La cédula del 2 de agosto de 1530 le otorgó facultades a dicho funcionario para la investigación de los abusos cometidos contra los indios, de cuyos resultados tenía que informar a la Audiencia correspondiente.

De la misma manera, durante la Colonia se creó el cargo de Procurador General de Indios que tenía como objetivo ser abogado ante la Audiencia para sustanciar las peticiones de libertad de esclavos entre los indios.¹⁶⁹

El liberalismo implantado en la Constitución de Cádiz de 1812 eliminó los privilegios de los polos de la sociedad novohispana, tanto de las élites como de los indios, pues ambos fueron afectados en pos de una igualdad ante la ley, por lo que las anteriores figuras desaparecieron. El cargo de Protector de Indios fue así suprimido por cédula real del 11 de enero de 1821, por “incompatibilidad con el sistema constitucional”.¹⁷⁰

¹⁶⁸ El Abogado de Pobres sustituyó en esta fecha a un procurador de pobres, de origen no identificado en Oaxaca, y fue la respuesta liberal al problema indígena, ya que al no querer reconocer tratamientos diferenciados, basados en razones étnicas, la desigualdad económica y social fue la única realidad que permitiría excepciones al principio de igualdad ante la ley. El 13 de septiembre de 1858 se expidió una nueva ley reglamentaria de Justicia, en cuyo capítulo XI se reguló al Abogado de Pobres, como nombramiento sería efectuado por el gobierno en terna de la Corte de Justicia del Estado, sufriendo la primer reforma el 24 de marzo de 1862, donde se le contempla como defensor de oficio, siendo transformado en su función. Hacia el 10 de junio de 1867 se “reestablece” la plaza de “abogado procurador”, con duración de dos años, según el decreto del 16 de diciembre de 1885.

¹⁶⁹ Borah. *Op. Cit.* p. 62-63.

¹⁷⁰ Charles R. Cutter. *The Protector de Indios in Colonial New México.* 1659-1821, University of New México Press, Albuquerque, 1986, p. 99.

No obstante, las raíces profundas de la institución permitieron que con el gobierno independiente se volviera a establecer y se desarrollara en la actualidad el defensor público.

Las instituciones propias de cada provincia han permitido que sus leyes fuesen más progresistas que las leyes generales, y de acuerdo con las condiciones de su propia identidad. Este ha sido el espíritu y una de las ventajas del sistema federal. Tal fue el caso de la legislación electoral.

Desde la Ley Electoral para los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del Estado de Oaxaca del 25 de febrero de 1920, los partidos políticos no fueron considerados como los únicos con capacidad para presentar candidatos a elecciones populares, sino que autorizó la candidatura de postulados independientes, desligando las elecciones de los partidos políticos y dando así mayor flexibilidad para la elección por el sistema de usos y costumbres,¹⁷¹ asimismo, en dicha ley se dispuso incluso una multa para aquellos ciudadanos que no votasen, lo cual es una práctica todavía presente en algunas comunidades.¹⁷²

La siguiente ley electoral del 13 de julio de 1922, que fue expedida por el gobernador Manuel García Vigil, conservó a los candidatos independientes y estableció el principio de que el secreto del voto era potestativo para el elector,¹⁷³ con lo cual se facilitaba la existencia de usos y costumbres, ya que los candidatos no tendrían que pertenecer a un partido político y la propia comunidad podía reunirse en asamblea para votar levantando la mano o sufragando de viva voz, sin guardar el secreto que se requiere en las elecciones ordinarias. Era pues, un buen sistema, que hacía compatibles los usos y costumbres con el sistema electoral partidista que conocemos.

¹⁷¹ El artículo 15 de esta ley refería: "Los candidatos no dependientes de partidos políticos tendrán los mismos derechos conferidos a los candidatos de éstos, siempre que estén apoyados por 50 ciudadanos del distrito que hayan firmado su adhesión voluntaria en acta formal, que tengan un programa político al que deben dar publicidad y que se sujeten a los requisitos prevenidos en las fracciones VII y VIII del artículo anterior" (registros en plazos fijados por la ley y representantes ante casillas).

¹⁷² Artículo 62: Los ciudadanos que injustificadamente dejaren de votar en los términos que dispone esta ley, sufrirán una multa de uno a cincuenta pesos y quedarán suspensos en sus derechos políticos por el término de dos años.

¹⁷³ Artículo 99: "Requisitos para los candidatos independientes: I. Que sean postulados por un número de ciudadanos igual, cuando menos, al de los miembros del partido político reconocido, que tenga menor número; II. Que publiquen un programa político en el distrito en que deba efectuarse la elección; III. Que la postulación sea hecha tres meses antes del día de la elección", cuando menos; IV. Que dentro de los ocho días siguientes a la postulación se registre el acta de ésta en el Ayuntamiento de la cabecera del Distrito Electoral, si se trata de la elección de diputados, o en la Secretaría General del Despacho, si de la del Gobernador (sic); V. Que se registre la candidatura en el término que fija el artículo 18.

Un avance más lo constituyó la Ley de Plebiscitos municipales, contenida en el decreto número 50, del 11 de febrero de 1933, y su Reglamento de fecha 3 de noviembre del mismo año. Mediante esta ley, la figura de participación ciudadana denominada “plebiscito”, permitió armonizar los usos y costumbres indígenas con las formas del procedimiento electoral normal. En esta sencilla ley de 12 artículos, se contempló al plebiscito como solución de conflictos electorales en los municipios, como una especie de nueva elección por segunda vuelta, cuando se cuestionara la nulidad de elecciones,¹⁷⁴ prevista en la Ley Electoral de ayuntamientos del 21 de noviembre de 1924.

A solicitud de los propios ciudadanos residentes en el municipio, el gobierno del Estado convocaría a un plebiscito a celebrarse en fecha cercana. Esta convocatoria se tendría que publicar en el *Periódico Oficial del Estado* y en el periódico de mayor circulación en el municipio en cuestión, con una anticipación no menor de 10 días antes de la celebración del plebiscito. Actualmente, la Constitución vigente del estado prevé el plebiscito en el artículo 25, base A, fracción IV.

El representante del gobierno del estado conducirá la celebración del plebiscito, cerciorándose de que los votantes fuesen residentes del mismo municipio y preguntando sobre las planillas en contienda. Una vez celebrado el acto y computados los votos, en el mismo acto, el candidato ganador tomaría de inmediato posesión de su cargo.

Este plebiscito era, en consecuencia, una forma de celebrar nuevas elecciones a la usanza de las comunidades involucradas; aunque en segunda vuelta, consistía una elección más acorde con las costumbres indígenas, por lo que fue ampliamente practicado en los municipios indígenas. Su vigencia fue larga, si se compara con la brevedad de las leyes electorales, pues este plebiscito municipal perduró hasta la Ley Electoral del 6 de enero de 1962, que constituyó un grave retroceso frente a los logros alcanzados después de la Revolución en Oaxaca.

¹⁷⁴ Artículo 60: “Son causas de nulidad en las elecciones: I. Error o fraude en la computación de votos, II. La intervención de la violencia física o moral o el cohecho, III. Haberse instalado la casilla electoral, contra lo dispuesto en esta ley. IV. La falta de algún requisito legal en el elector ya sea anterior a la elección o superviniente hasta el momento de hacerse la computación definitiva o la declaración de los electos, V. Error sustancial respecto de la persona nombrada, VI. No haberse permitido a los partidos políticos o a los candidatos independientes la intervención que la ley les concede en las elecciones. VII. No haberse instalado más de la mitad del número de casillas que debieron instalarse”. En San Luis Potosí, el gobernador Rafael Nieto introdujo la figura de segunda vuelta en las elecciones municipales hacia 1923.

La Ley Electoral de 1962 es una típica ley electoral, formalista y cerrada hacia los usos y costumbres, pues elimina las candidaturas independientes y rigidiza el carácter de elector a quien tenga credencial solamente. A partir de este año, el derecho consuetudinario electoral es parcialmente eliminado en el estado y las leyes respectivas se concentran más en el monopolio de los partidos políticos y su control sobre el proceso electoral, en detrimento de la libertad política de los indígenas. El 9 de agosto de 1990 se presentó una iniciativa del Poder Ejecutivo del estado de Oaxaca que contenía el proyecto de reformas a la Constitución del estado, anticipándose a cualquier otra reforma de esa naturaleza en el país. En esa ocasión, el gobernador Heladio Ramírez López expresó:

las leyes surgidas de nuestros procesos políticos no han incorporado plenamente los diferentes paisajes de nuestra realidad social (pues) es muy significativo que en Oaxaca, siendo el estado más pluriétnico del país, nuestra Constitución no mencione, en ninguna de sus partes, la situación relativa a las minorías étnicas que integran y forman la sociedad oaxaqueña. Por el contrario, pareciera que los diversos textos de las constituciones que han regido los destinos del estado, deliberadamente soslayaron tal realidad.¹⁷⁵

La iniciativa consideró que el reconocimiento de los derechos indígenas implicaba afirmar el federalismo y el nacionalismo mexicanos. En su texto incorpora los temas que se consideran fundamentales como: a) educación, b) igualdad de las etnias, c) planeación del desarrollo, d) reconocimiento formal del tequio, e) responsabilidades de los municipios, y f) conciliación de los conflictos agrarios.

La motivación principal de la iniciativa se expresó de la siguiente manera:

Consideramos necesario que la realidad étnica plural de Oaxaca sea reconocida en la Constitución Política de nuestro Estado. Somos un haz de naciones, un conjunto de etnias con idiomas, tradiciones, usos, costumbres y creencias propias. Y somos también un gran pueblo mestizo que comparte esa herencia profunda.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Discurso del gobernador de Oaxaca, licenciado Heladio Ramírez López, el 9 de agosto de 1990 en la Cámara de Diputados, con motivo de la presentación de la iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, para ser admitida a discusión por el Congreso del Estado. Versión estenográfica, p. 6.

¹⁷⁶ *Ídem*, p. 12.

De la exposición de motivos de la iniciativa, también se da cuenta de la reforma al artículo 39 de la Constitución del Estado, en los siguientes términos:

Al mismo tiempo, en esta materia, es necesario considerar las peculiaridades propias de nuestras regiones, por lo que proponemos que la ley, al desarrollar este precepto, tome en cuenta las prácticas democráticas de las comunidades indígenas, respetando sus tradiciones.¹⁷⁷

De esta manera, se propuso la reforma al artículo 12 de la Constitución de Oaxaca para instaurar a las autoridades municipales en garantes de la preservación del tequio como expresión de solidaridad comunitaria, según los usos de cada región étnica; al artículo 16 para consagrar el régimen de protección genérico de los usos y costumbres de las comunidades indígenas; al artículo 39, en su fracción V para establecer el principio de que la ley respete las prácticas democráticas de las comunidades indígenas y proteja sus tradiciones, entre otras disposiciones reformadas.

Después de la organización de foros de análisis por parte de la Legislatura del estado, la comisión de estudios constitucionales consideró la reforma al artículo 12, relativa al tequio, como “de las más importantes”. El dictamen rendido no soslaya la problemática constitucional de esta institución:

En los foros organizados por esta LIV Legislatura, se manifestó la inquietud sobre si el tequio estaría en oposición al artículo 5° de la Constitución Federal. No existe tal oposición. El texto federal garantiza la libertad de trabajo. El tequio elevado a rango constitucional, no se contrapone al precepto federal, porque es una antigua tradición de solidaridad comunitaria en que todos disfrutan de sus beneficios. No se da en el tequio la relación laboral en la que existen contraprestaciones recíprocas entre el trabajador y el patrón; el tequio es una aportación a la comunidad.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Exposición de motivos a la iniciativa de reformas a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, del 9 de agosto de 1990, p. 76.

¹⁷⁸ Dictamen de la Comisión de Estudios Constitucionales de la LIV Legislatura del Congreso del Estado. Sala de Comisiones, 25 de octubre de 1990. Dictamen elaborado por los diputados Crispín Carrera Rayón, Pedro Salinas Guzmán y Felipe Martínez Chávez, p. 4.

La comisión dictaminadora propuso que las disposiciones sobre usos y costumbres electorales traspasaran del artículo 39, fracciones IV y V, de la iniciativa donde estaban propuestas, al nuevo artículo 25, sexto párrafo, para que dijera “En la ley se establecerán el respeto a las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas”.

El dictamen fue puesto a discusión en la sesión del 26 de octubre del mismo año de 1990 y siendo aprobado por todos los partidos políticos, fue publicada la reforma el 29 de octubre en el *Periódico Oficial Gobierno del Estado*.

Esta fue una iniciativa de gran mérito, pues, a diferencia de la mayoría de las reformas que se han implantado en los estados, ésta no obedeció a una reforma previa de la Constitución federal, sino como lo reconoció una posterior reforma de 1994:

“La Constitución del Estado de Oaxaca se adelantó inclusive a la Nacional al establecer la protección de la cultura y lenguas indígenas”.¹⁷⁹ En esta reforma se reconocieron expresamente quince lenguas indígenas y se estableció como obligación del Estado la de impartir la educación en las lenguas de las comunidades bilingües.¹⁸⁰

Gracias al análisis y propuesta legislativa de una comisión especial que se formó al interior del Congreso, denominada Comisión Especial de Análisis de propuestas para la reforma de la Legislación Electoral del Estado,¹⁸¹ presentó el 8 de mayo de 1995 una iniciativa de reformas tanto a la legislación electoral como a la Constitución del Estado.

La reforma de 1990 desencadenó en la última década del siglo XX, una serie de reformas fundamentales emprendidas por el estado, hacia sus comunidades indígenas. El 21 de marzo de 1998 fue entregada una iniciativa del gobernador Diódoro Carrasco al Poder Legislativo local, que reformó nuevamente la Constitución de la entidad. En la misma fecha se envió al Congreso una inicia-

¹⁷⁹ Dictamen de la Comisión de Estudios Constitucionales de la IV Legislatura del Estado Libre y Soberano de Oaxaca. Sala de sesiones del Congreso del Estado. 2 de junio de 1994. Dictamen rendido por los diputados Carlos Santiago Carrasco, Mauro Pedro Francisco Méndez y Jacobo Sánchez López.

¹⁸⁰ Esta reforma fue publicada en el *Periódico Oficial* el 9 de julio de 1994, mediante decreto número 195. El 21 de enero de 1995 apareció la fé de erratas a dicho decreto.

¹⁸¹ Integrada pluralmente por los diputados Carlos Santiago Carrasco (PRI), Carlos Felguérez Jiménez (PFCRN), Efraín Arturo López Alvarado (PAN), Erasto Melgar García (PPS) y José María Yáñez Gatica (PRD).

tiva de Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado.¹⁸² En la exposición de motivos de la iniciativa se lee:

Por muchos años, las prácticas políticas y culturales de los pueblos y comunidades indígenas de Oaxaca, basadas en sus tradiciones ancestrales, fueron toleradas por el gobierno. Estaban vigentes, lo mismo para constituir sus autoridades que para administrar justicia, pero siempre expuestas a una acción discrecional que podría impugnarlas, puesto que los derechos indígenas, ejercidos cotidianamente por ellos, no estaban reconocidos en nuestras leyes.

En una tendencia innovadora que la iniciativa de 1998 reconoce, y con fundamento en los resultados de la Consulta Nacional sobre Derechos y Participación Indígenas de 1996, se plasmó el 6 de junio de 1998 la autodeterminación de los pueblos indios, el carácter del tequio como equivalente al pago de contribuciones en especie, según el artículo 12 de la Constitución de Oaxaca, el establecimiento de una autoridad y su procedimiento para resolver las controversias derivadas de la prestación del tequio; se reconocieron, además, en el artículo 16 de dicha Constitución: “los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como (la) jurisdicción a las autoridades tradicionales de los mismos”, lo cual es una interpretación respecto a la “jurisdicción del Estado”, o los tribunales comunes, que reconoce innecesariamente el artículo 4º de la Constitución federal;¹⁸³ pues sustituye el fuero común, a los métodos de composición social de dichas comunidades, lo cual es el reconocimiento del fuero indígena, que ciertamente resulta un avance, sólo experimentado en Oaxaca y Quintana Roo hasta el momento.¹⁸⁴

¹⁸² Dicha iniciativa complementaría la reforma constitucional referida. La iniciativa toma en consideración los Acuerdos de San Andrés Larrainzar del 16 de febrero de 1996, según se desprende del considerando décimo del dictamen de la Comisión de Asuntos Indígenas, emitido el 17 de junio de 1998. Esta comisión estuvo integrada por los diputados Jaime Bailón Corres, Leopoldo De Gyves de la Cruz, Fausto Mijangos Reyes, Abel Alvarado Vásquez, Rosalío Mendoza Cisneros, Tomás José Acevedo Rosas, Teóduo Domínguez Nolasco, Delfino Santiago Pérez, Cristóbal Carmona Morales y David León Ramírez.

¹⁸³ Esta referencia a la jurisdicción del Estado en este precepto de la Constitución federal, es innecesaria, ya que el artículo 17 de dicha Constitución garantiza a todos los habitantes el acceso a tal jurisdicción.

¹⁸⁴ Manuel González Oropeza, “El fuero indígena”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Antropología Jurídica, UNAM, México, 1995, p. 121-130.

Esta iniciativa de gran interés fue dictaminada por la Comisión de Estudios Constitucionales el 29 de mayo de 1998, integrada por cinco diputados,¹⁸⁵ donde se hace referencia al Convenio 169 de la OIT y se adoptan las mismas palabras de la exposición de motivos del gobernador para consultar la aprobación de la reforma.

Una vez aprobadas por la LVI Legislatura del Congreso del Estado, las reformas se promulgaron el 4 de junio y fueron publicadas el 6 de junio de 1998.

Una reforma previa, producto de la participación de una asociación por la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas, fechada el 25 de febrero de 1997, se había recogido en los artículos 29 y 98 de la Constitución de Oaxaca, reforma contenida en el decreto número 153, publicado el 8 de marzo de 1997. Dicha reforma contiene una excepción al sufragio secreto en la elección de los ayuntamientos regidos por el sistema de usos y costumbres, así como al periodo de duración en su cargo, para adecuarse totalmente a sus tradiciones y prácticas democráticas.

EL PROCESO ELECTORAL MUNICIPAL DE 1995 EN OAXACA

En dicho año, por vez primera, 72% de los municipios en Oaxaca eligió a sus autoridades de acuerdo con el sistema de usos y costumbres, lo cual representa que 412 municipios hicieron realidad toda la estructura legal e histórica que se ha reseñado. El resultado es exitoso y merece reconocimiento. Durante ese proceso sólo se presentaron 36 recursos de impugnación, por lo que repartidos entre los 570 municipios oaxaqueños, representan 0.06 recursos por municipio.¹⁸⁶

A partir de la reforma del 14 de septiembre de 1995, al Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado de Oaxaca, en su título cuarto, aprobado originalmente el 30 de enero de 1992, el reconocimiento de los usos y costumbres en materia electoral no implicaba la descripción de los procedimientos reconocidos como tales para celebrar el proceso electoral. Es-

¹⁸⁵ Manuel Pérez Morales, Elpidio Concha Arellano, Javier Jiménez Herrera, Germán Rojas Walls y Abel Alvarado Vásquez.

¹⁸⁶ Instituto Estatal Electoral; *Memoria de los procesos electorales de diputados y concejales 1995*, Oaxaca 1996, p. 11.

ta deficiencia fue subsanada en la reforma al Código correspondiente al 1° de octubre de 1997, en su artículo 109.

El peso del convenio 169 se aprecia en la exposición de motivos de la reforma al título cuarto del Código Electoral:

A nivel internacional se ha reconocido en múltiples foros y declaraciones el derecho de los pueblos y comunidades a preservar sus formas de organización y sus instituciones sociales, económicas, culturales, religiosas y políticas dentro de las estructuras nacionales. Más allá de las simples declaraciones, la Organización Internacional del Trabajo, aprobó en 1989 el convenio 169. Un elevado número de municipios oaxaqueños elige, hasta el día de hoy, a sus autoridades municipales acudiendo a mecanismos que se basan en las costumbres observadas desde tiempo inmemorial. Estas formas de organización social han funcionado como un importantísimo factor de cohesión social al interior de las comunidades. En este sentido, atendiendo a las disposiciones del convenio 169 de la OIT, es necesario elaborar normas que promuevan la preservación de las instituciones y tradiciones de las costumbres, la reforma propuesta no entra en detalles. En cambio, se deja en libertad a las comunidades de decidir, tal como lo han venido haciendo hasta ahora, todos los aspectos relacionados con los procedimientos para elegir a sus autoridades.¹⁸⁷

Como no había definición sobre cuántos ni cuáles municipios se regirían por el sistema de usos y costumbres en 1995, la selección se dio en un proceso de consenso ante la autoridad electoral estatal, presidida por Cipriano Flores Cruz, y los propios partidos políticos, del 23 de septiembre al 15 de octubre de 1995; método poco ortodoxo, pero necesario para iniciar el nuevo sistema. De tal suerte, que los partidos políticos reconocieron inicialmente 390 municipios sujetos a tales características y concedieron que habría otros 30 por definir, “en tránsito”. De ellos, se definirían posteriormente 18 más en una segunda fase de consenso y, finalmente, habría cuatro más que se agregarían para resultar un total de 418 municipios que celebrarían sus históricas elecciones según sus usos y costumbres plenamente reconocidos por la avanzada ley oaxaqueña.

¹⁸⁷ Decreto 328 por el que se reforma la denominación del libro Cuarto, Título único y el artículo 136, párrafo primero del Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca, publicado en el *Periódico Oficial de Oaxaca* el 14 de septiembre de 1995. Ídem. Instituto Estatal Electoral, *Op. Cit.*, p. 40-43.

Con las dificultades propias de cualquier proceso electoral, se llevaron a cabo las elecciones municipales de 1995:

Haciendo a un lado sus diferencias, los actores políticos de Oaxaca contribuyeron a que ese México profundo se manifestara y se reconociera, con entereza, como componente activo de nuestra vida política. Se exhibió una extraordinaria esencia y sincretismo; en ellas, se respetó la vigencia de naturales concepciones y prácticas tradicionales de la democracia comunitaria.¹⁸⁸

En las elecciones por el sistema de usos y costumbres no hay candidatos propiamente dichos, sino que la población elige a las autoridades después de haber sido seleccionadas por la instancia social de mayor respeto, que en la mayoría de las ocasiones es el Consejo de Ancianos o de personas de respeto en la comunidad. Generalmente, el reconocimiento que hace la población, reunida en asamblea, de las autoridades seleccionadas, se hace con el absoluto consenso; sin embargo, en 1995, sólo hubo ocho casos en el que la asamblea no ratificó a la autoridad propuesta para el cargo.¹⁸⁹

Existen 25 distritos electorales locales en Oaxaca, distribuidos a lo largo de los 570 municipios. El éxito de las elecciones por usos y costumbres en 1995, se dio en un entorno en el cual predominan las pequeñas localidades (7,210), rurales en su casi totalidad (98.14%), que no llegan a 2,500 habitantes. Abundando, el 56.7% de la población habita en localidades menores a los 2,000 habitantes, lo cual es un reto para la organización de los procesos electorales, que por tales circunstancias se dificulta, aún más, por la orografía y las distancias del estado.

Las elecciones en los 158 municipios que se rigieron por el sistema de partidos políticos se llevaron a cabo el 12 de noviembre de 1995 y en su celebración hubo incidentes lamentables en algunos municipios, como el homicidio de una persona en el municipio de Mazatlán Villa de Flores, en Teotitlán, así como de otra en el de Asunción Ixtaltepec. Adicionalmente, el Tribunal Electoral del Estado conoció de recursos que afectaban los resultados en 25% de los 158 municipios, por lo que hubo inconformidad en cerca de 40 de estos municipios.

¹⁸⁸ Instituto Estatal Electoral, *Op. Cit.*, p. 17.

¹⁸⁹ *Ídem*, p. 34.

Por lo que respecta a los 412 municipios que se rigieron por el sistema de usos y costumbres, las elecciones se realizaron en fechas distintas: 128 municipios las efectuaron antes del 15 de septiembre de 1995, 172 en el periodo que abarca del 15 al 30 de septiembre, 101 dentro del periodo del 1° de octubre al 12 de noviembre y sólo 11 después de la última fecha, habiendo sido el municipio de San Antonio Nanahuatipam el último en celebrar su elección, el 26 de mayo de 1996.¹⁹⁰ Ninguno de los lamentables incidentes que se reportaron en las elecciones ordinarias se reportan en estos municipios regidos por usos y costumbres, aunque llama la atención la disparidad en las fechas de elecciones.

La presencia de los partidos políticos ha sido un factor perturbador que la doctrina ha criticado ampliamente en la elección por usos y costumbres. En este aspecto, habrá que considerar que si bien la legislación separa y deslinda la presencia y actividad de dichas organizaciones políticas, no es posible su completo destierro del panorama de los municipios oaxaqueños, pues además de las elecciones municipales, el mapa electoral de cualquier estado se encuentra superpuesto con elecciones locales y federales que los comités municipales de dichos partidos deben atender. El reto, pues, se presenta para evitar las influencias nocivas que se presentan en las elecciones municipales por usos y costumbres, como su posicionamiento y activismo respecto de algunos usos y costumbres, como sucedió en Huautla de Jiménez, cuando el Partido Popular Socialista promovía la discusión de la gratuidad en la faena o tequio, a principios de los años setenta.¹⁹¹ Considero que estas interferencias en los usos y costumbres no son válidas y deben ser consideradas incompatibles con el régimen de usos y costumbres. Lo anterior en virtud de que si bien dicho sistema puede evolucionar y cambiar en algunos aspectos fundamentales como el del tequio o la faena, dicho cambio debe darse en el contexto de la evolución social propia de la comunidad, y no forzada por organizaciones políticas cuyos métodos de consenso pueden ser muy forzados y directos para una sociedad que, precisamente por tradición, no está habituada a ello.

¹⁹⁰ Instituto Estatal Electoral. *Op. Cit.*, p. 206-207. El caso del municipio de Nanahuatipam, con una población de 1,352 habitantes resultó especial, pues aunque se seleccionó a sus autoridades por el sistema de usos y costumbres, se presentaron el día de la elección dos planillas, cada una apoyada abiertamente por un partido político, lo cual es una incongruencia que puede explicar la confusión y dilación que provocó su elección. *Op. cit.*, p. 221.

¹⁹¹ Juan José Santibáñez y Gonzalo Varela, "Municipios y Tradiciones. Las costumbres jurídicas del Pueblo mazateco", *Tradiciones y Costumbres Jurídicas en Comunidades Indígenas de México*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1ª reimpresión, 1997, p. 21.

Por otra parte, habrá que reconocer que los partidos políticos en ocasiones han asumido la defensa misma de los usos y costumbres, tal como se aprecia en el caso del municipio de San Sebastián Tutla, que fue un municipio en transición en 1998, cuando la autoridad electoral del estado decidió cambiar su régimen por el de partidos políticos. El Partido Revolucionario Institucional apeló la resolución ante el Tribunal Electoral del Estado, con base en la falta de fundamentación del acto reclamado, ya que no se había ponderado adecuadamente, a su entender, los elementos que hacen a un municipio susceptible de registrarse por el sistema de usos y costumbres, tal como lo prescribe el artículo 110 del Código Electoral. El recurso de apelación fue resuelto favorablemente al municipio, por lo cual conservó su régimen de usos y costumbres, el 5 de septiembre de 1998. Aunque este caso es ejemplar, resulta paradójico que la defensa del municipio por conservar sus usos y costumbres en materia electoral tuviera que ser asumida por un partido político, y no por canales apropiados que el mismo municipio tuviera a su disposición. Lo único que hizo el municipio de referencia fue dirigir una carta abierta y publicarla en los periódicos, por lo que cabría la pregunta sobre si la rigidez en la legitimación procesal les cierran las puertas de la justicia electoral a los municipios por usos y costumbres.

Con base en la elección de 1995, los partidos políticos, más que los propios municipios, siguieron siendo los actores más relevantes en el proceso de actualización de régimen que se abrió, para preparar las siguientes elecciones que tendrían verificativo el 2 de agosto de 1998. Decenas de municipios fueron revisados a petición de cuatro partidos políticos, de los cuales, el Partido de Acción Nacional fue el más abundante en solicitar la revisión de 35 municipios, pues lo que consideraban era que la práctica inveterada de usos y costumbres en la elección de sus autoridades tradicionales no estaba aclarada de manera debida.

La revisión se hizo pausada y mesuradamente, y en la gran mayoría de los casos, los municipios mantuvieron el sistema de usos y costumbres o, incluso, cambiaron su régimen de partidos políticos por el de usos y costumbres. Sólo un municipio, simpatizante del PAN, cambió el régimen de usos por el de partidos políticos, y fue el de Ayoquezco de Aldama.

Al final, para la elección de 1998, hubo 418 municipios por el sistema de usos y costumbres, seis más que en 1995,¹⁹² y sólo 152 municipios por el régimen de

¹⁹² Dichos municipios fueron: San Pedro Ixtlahuaca, Santa María Guelacé, San Agustín Chayuco, Santa Catarina Mechoacán, Santa María Camotlán y San Sebastián Tecomaxtlahuaca.

partidos políticos. La decisión de futuros cambios en el régimen electoral de los municipios debiera estar más anclada en los métodos de participación ciudadana que empiezan a ser aceptados en todo el país. La presión que puede llegar a hacerse sobre la autoridad electoral en esta materia es desproporcionada, por lo que si después del consenso, dictamen antropológico y consulta a los organismos no gubernamentales, no resulta clara la resolución definitiva, debiera utilizarse el plebiscito que ya en la década de los treinta fue utilizado en materia electoral municipal, para consultar a la población directamente, del municipio en cuestión, si opta o no por un cambio de régimen, sin ninguna participación de los partidos políticos o de personas que puedan influir sobre la decisión popular.

LA EXCEPCIÓN DE CHIAPAS

Cuna de célebres juristas, el estado de Chiapas a través de su gobierno no ha tenido éxito en la adaptación de sus instituciones hacia la grave problemática indígena, como lo demuestra su vecino, el estado de Oaxaca. Además, desde 1994, se aprecia que el gobierno estatal ha preferido que la Federación le preste el auxilio y se haga cargo, con las fuerzas armadas permanentes, de resolver institucionalmente el problema indígena de la región de los Altos del estado. Esta actitud ha sido condenada desde 1870 por Benito Juárez, cuando en su informe al Congreso de la Unión manifestó que los problemas políticos de los estados no pueden resolverse con el auxilio federal del ejército.

Pero, además, esta actitud ha sido ineficaz, pues los problemas están latentes en el estado y no se han reglamentado en el ámbito federal los usos y costumbres a que se refiere el artículo 2° de la Constitución Federal. De la misma manera, las negociaciones federales con el grupo beligerante del Ejército Zapatista de Liberación Nacional fueron suspendidas.¹⁹³

La premisa más elemental en Chiapas es reconocer en su orden jurídico interno la existencia de una verdadera autonomía en los municipios indígenas para que se rijan de acuerdo con sus usos y costumbres. La ley chiapaneca debiera ser todavía más flexible en cuanto a la caracterización de sus muni-

¹⁹³ Salomón Nahmad Sitton, "Autonomía indígena y soberanía nacional: El caso de la ley indígena de Oaxaca", en *Alteridades*, Núm. 9, 1999, p.118. Cfr. Manuel González Oropeza, "La constitucionalidad de los Acuerdos de San Andrés", en *Memorias de la Jornada Académica: Chiapas a partir de Acteal*, UNAM, 2000, p. 73-81. Los Acuerdos de San Andrés motivaron en parte la reforma constitucional del artículo 2° en 2001.

cipios, pues sus pueblos mayas, a diferencia de los indígenas de Oaxaca, son pueblos que no se han aculturado de la misma manera que el resto del país.

En Chiapas existe aproximadamente un cuarto de millón de habitantes que no hablan español; siendo la lengua el factor de medición más importante para determinar el grado de aculturamiento, resulta entonces que los indígenas chiapanecos son los menos integrados al país. Por ello, desde 1925, el enviado presidencial y ex diputado constituyente, Amado Aguirre, le expresó al titular del Poder Ejecutivo, después de haber realizado un viaje de investigación sobre el área maya, lo siguiente:

Sujetos los indios al Supremo Gobierno de la República y obedeciendo las leyes siempre que se les impone un mandato conforme a ellas, correría empero su autonomía peligro, y no tienen organización ninguna conforme a nuestras leyes, porque no existe el municipio entre ellos, ni han adoptado organización conforme a las Leyes de la República, sino que conservan cierta autonomía en su gobierno, cuya autoridad unitaria la asume el jefe de la tribu (sic), independientemente de las otras dos y la autoridad es omnímoda porque él sólo falla sin apelación y según su propio criterio, en todo asunto civil o penal.

Lo mismo fue apreciado en 1954 por los distinguidos antropólogos Gonzalo Aguirre Beltrán y Ricardo Pozas¹⁹⁴ para los pueblos indígenas que habitan los Altos de Chiapas.

La organización municipal puede traer problemas endémicos en la aplicación de usos y costumbres, tal como sucedió con los triquis de Copala en Oaxaca, cuando en 1948, por reacción hacia su belicosidad se les suprimió como un municipio y se les hizo depender de la cabecera municipal de Juxtlahuaca, poblada por otra etnia. De esta manera, los triquis quedaron supeditados administrativa y judicialmente a ese municipio cuyos habitantes no compartían sus usos y costumbres, infringiendo así, mediante un simple reacomodo de geografía política, el derecho consuetudinario triqui.¹⁹⁵

¹⁹⁴ *Ídem*, nota número 15.

¹⁹⁵ Carmen Cordero Avendaño. *Contribución al estudio del derecho consuetudinario de los Triques*. Instituto de Administración Pública de Oaxaca. 1997. p. 65.

La reacción del gobierno de Guatemala hacia los pueblos mayas ha sido congruente con las anteriores apreciaciones, por lo que a partir del Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, suscrito en marzo de 1995 entre el gobierno de Guatemala y La Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, se comenzó una reforma legislativa profunda, al estilo de Oaxaca, en la cual se otorga plena autonomía a los municipios indígenas, liberándolos de los partidos políticos.

Por otra parte, se puede colegir que la codificación de las costumbres indígenas puede ser nociva, ya que se rigidizarían los usos, tal como lo explicó Savigny en sus escritos sobre la teoría histórica del Derecho y, en la actualidad, se aprecia con la opinión de Rachel Sieder, que compartimos absolutamente: “La costumbre no puede ser congelada en el tiempo o en la Ley”.¹⁹⁶

Por ello, la solución de un derecho alternativo, es decir, el reconocimiento de los usos y costumbres de trascendencia jurídica por parte del derecho mexicano, es el principio de un proceso meditado y lento, que no se agota con la elaboración de una ley genial que sustraiga los principios detrás de cada uso y costumbre, proveniente de las etnias que habitan en un Estado o en un país.

La legislación debe ser el fundamento que permita a un sistema judicial indígena, el armonizar ambos órdenes jurídicos, con base en casos concretos que fijen precedentes de aplicación del derecho nacional, hacia los usos y costumbres en concreto;¹⁹⁷ o mejor dicho, de la manera en que lo expresó Gonzalo Aguirre Beltrán en una opinión vertida en julio de 1989: “La cuestión étnica es sumamente compleja para resolverla con una simple reforma constitucional en un país que no tiene la tradición de respetar estrictamente las normas sancionadas por la comunidad nacional”.¹⁹⁸ Hacia ese rumbo apunta el decreto número 79, del 6 de agosto de 1997 de Quintana Roo, por el cual se crea una administración de justicia indígena.

No obstante lo anterior, con la reforma constitucional del 4 de mayo de 1999, Chiapas comienza el reconocimiento de los derechos de los pueblos mayas a su cultura. No obstante, en el artículo 13 de su Constitución se reconoce: “el derecho de las comunidades indígenas para elegir a sus autoridades

¹⁹⁶ Rachel Sieder, *Customary Law and Democratic Transition in Guatemala*, University of London Research papers. Núm. 48. 1997. p. 55. Santibáñez y Varela. *Op. Cit.*, p. 14.

¹⁹⁷ Henio Millán Valenzuela, “Democracia y derechos indígenas: ¿Un conflicto entre tradición y modernidad?”, en *Revista del Tribunal Electoral del Estado de México*, Núm. 11, mayo-junio 1999, Toluca, p. 642.

¹⁹⁸ Citado por Salomón Nahmad, *Op. Cit.*, p. 120.

tradicionales de acuerdo a sus usos, costumbres y tradiciones”. De la misma manera, se reconoce en dicho artículo la solución de controversias en los “municipios con población de mayoría indígena”, conforme a sus usos, costumbres, tradiciones y valores culturales.

Ya Oaxaca lo había reconocido en la reforma al artículo 16 de su Constitución el 6 de junio de 1998, en términos todavía más amplios, según mencionamos en páginas anteriores.

USOS Y COSTUMBRES SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO COMPARADO

Además de la reforma constitucional, el Convenio 169, que satisface los requisitos antes señalados, es una norma de aplicación permanente ante cualquier norma secundaria que por omisión o explícitamente lo contravenga.

Si cualquier legislación estatal estuviera en contra del Convenio 169, las autoridades locales tendrían la obligación de acatarlo de preferencia y aplicarlo de manera directa, de acuerdo con los artículos 1º, 120 y 133 constitucionales, y los individuos afectados en esa entidad federativa podrían acudir en vía de amparo para hacer valer sus derechos derivados del mencionado tratado internacional.

Aunque parezca una solución heterodoxa, la única vía para deshacer la inercia y el *impasse* existente en nuestro país respecto a esta materia, parece ser el ámbito internacional, que tiene su expresión en los tribunales federales, así como en los organismos internacionales de derechos humanos, tanto de investigación como jurisdiccionales.

No sería la primera vez que en tiempos recientes el derecho internacional viene en auxilio de México para mejorar los derechos humanos de sus habitantes. Precisamente la justicia electoral de nuestro país se benefició cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos intervino en tres conflictos electorales, generados en Chihuahua y Durango, y dictó la resolución 01/90, mediante la cual puso en evidencia la carencia en México de un sistema jurisdiccional consolidado que garantizara el debido proceso legal, frente a las irregularidades de los procesos electorales.

Al haber suscrito la respectiva Convención Americana de Derechos Humanos, nuestro país accedió a la intervención de dicha Comisión y a aceptar las recomen-

daciones que en esta materia emitiera, por lo que no hubo ninguna afectación a la soberanía nacional; antes bien, hubo estricto apego al Estado de Derecho.

De la misma manera, cuando la justicia electoral federal ya constituye una garantía no sólo del debido proceso legal y de los derechos políticos para los habitantes, sino de la forma republicana de gobierno para la Federación mexicana, no vale la soberanía local para justificar atentados e irregularidades, pues ante todo está el respetivo Pacto Federal que no puede mantenerse a base de fraudes a la soberanía popular.

Por otra parte, es importante considerar que aunque México no cuenta con una historia degradante hacia sus minorías étnicas, pues la libertad y la ciudadanía fueron otorgadas desde los orígenes de nuestras instituciones, la evolución política y jurídica de las mismas ha quedado rezagada respecto de otros países que tuvieron un pasado discriminatorio. En Canadá y en Australia, por ejemplo, no reconocieron plena ciudadanía a sus “primeras naciones”, sino hasta 1961 y 1967, respectivamente, pero han avanzado vertiginosamente en los últimos años en la protección de sus derechos fundamentales.

En Estados Unidos, a pesar de las grandes infamias que pesan sobre su historia, sin embargo, desde 1831 se reconoció a los indígenas como naciones con “hábitos y costumbres” diversas, que debían considerarse como “comunidades distintas y políticamente independientes”.¹⁹⁹

Ese país de igual manera, reconoció desde el precedente de *Ex parte Crow Dog*²⁰⁰ de 1883 que la justicia indígena impartida por sus propias autoridades era parte de su soberanía.²⁰¹ A partir de 1970, Richard Nixon proclamó la autodeterminación de los pueblos indígenas en ese país, confirmando así la resolución judicial que se había rendido a través del caso *United States v. Mazurie* 419 US 544 (1975).

El Congreso puede válidamente delegar la facultad de regular el comercio al Consejo del Pueblo, pues la autoridad de los pueblos indios sobre ma-

¹⁹⁹ *Cherokee Nation v. State of Georgia*. 30 US 1 (1831)

²⁰⁰ En 1883, la Suprema Corte de Estados Unidos decidió el caso *Ex parte Crow Dog* 109 US 556, donde reconoció la facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas como parte de su autonomía. El caso versó sobre el reconocimiento de la justicia impartida por el pueblo Sioux, cuando juzgaron de homicidio a uno de sus miembros. No obstante, en 1885, el Congreso federal de ese país expidió la Ley de Delitos Graves que determinó que los delitos graves dentro de las comunidades indígenas deberían juzgarse por los tribunales ordinarios del Estado.

²⁰¹ En otro caso se ha confirmado este precedente: *National Farmers Union Insurance Companies v. Crow Tribe of Indians* 471 US 845 (1985).

terias que afectan las relaciones internas y sociales de su vida, es suficiente razón para que el Congreso pueda delegar su autoridad para regular el comercio según el artículo I, sección 8 de la Constitución.²⁰²

En el caso *United States v. Wheeler* 435 US 313 (1978) se definió que la soberanía de los pueblos indígenas es de carácter único y limitado por la legislación federal o los tratados internacionales.²⁰³ En 1975 se aprobó la versión legislativa de estos principios a través de la Ley Indígena de Libre Determinación y Asistencia Educativa (25 USC 450).

En esta ley se reconoce que el Gobierno Federal ha tutelado inadecuadamente a los pueblos indios de ese país y reconoce que lo mejor para el autogobierno y determinación de los pueblos indígenas sería el establecimiento de un proceso educativo que induzca el desarrollo de las habilidades de liderazgo entre los miembros de dichas comunidades. De la misma manera, se reconoció que para lograr este objetivo se debería promover que la planeación de los programas que se implementen en las comunidades indígenas por el Gobierno Federal, debiendo contar con la participación y decisión de los propios indígenas interesados, a través de representantes.

Por su parte, en Canadá, los Métis de la provincia de Ontario han formado desde 1983 una asociación denominada *Métis National Council*, cuyos líderes son electos según sus usos y costumbres, y que busca el reconocimiento más amplio de su autogobierno.²⁰⁴ Los Métis son precisamente representantes del mestizaje que se dio en América del Norte entre los indígenas de las zonas boreales y los europeos que recién llegaban, el mestizaje producido en el siglo XVIII originó la nueva nación métis. El mestizaje en México es anterior y creó la nación mexicana.

²⁰² 419 US 556-557 (1975). El caso presenta la reclamación de un comerciante para establecer un bar a las orillas de un pueblo indígena, pero dentro del territorio de la Reservación Wind River, donde el Consejo del Pueblo, con fundamento en una disposición legislativa (18 US 1161) le niega la licencia para introducir bebidas alcohólicas.

²⁰³ El caso se refirió al enjuiciamiento de un indio navajo por parte de los tribunales federales, por haber cometido un delito según la Ley Federal de Delitos Graves, cuando ya había sido enjuiciado por sus autoridades tradicionales. El quejoso alegó la violación del principio *non bis in idem*. La Suprema Corte decidió que dicho principio no se violaba pues la jurisdicción penal es concurrente y puede haber casos en los que tribunales estatales concurren con tribunales federales en el enjuiciamiento de la misma persona por conductas que son punidas en las dos jurisdicciones. Independientemente de la problemática penal que presenta este caso, resulta interesante que la justicia indígena es considerada como un atributo de la autonomía del pueblo navajo.

²⁰⁴ Desde 1980, Australia tiene también una comisión similar para el desarrollo del autogobierno indígena, bajo el nombre de *Aboriginal Development Commission*.

A partir del 1° de abril de 1999, se estableció un nuevo territorio federal en Canadá, Nunavut, con población Inuit y que en su lengua (*Inuktitut*) significa “Nuestra Tierra”, es gobernada por un jefe indígena y la autonomía se encontró en la forma de un territorio federal dentro del sistema político canadiense. De la misma manera como los pueblos indígenas de Oaxaca la han encontrado en la forma municipal de gobierno.

El gobierno del Territorio de Nunavut, es parlamentario, pero las elecciones se celebran sin la participación de partidos políticos en respeto a las costumbres de los Inuit. Además del Premier de Nunavut existe el Comisionado del Gobierno de Canadá, que es el enlace entre dicho gobierno y las costumbres indígenas de esa población.

A pesar de los indudables avances, las actitudes de los gobiernos democráticos respecto de sus minorías étnicas ha dejado mucho que desear en la actualidad, por lo que es sano que los órganos de gobierno de varios países hayan reconocido su equivocación y de manera abierta hayan rendido declaraciones sobre el compromiso hacia sus comunidades indígenas. En 1999, el Parlamento Federal Australiano aprobó un punto de acuerdo por el cual hizo público su sentimiento por las injusticias pasadas cometidas contra sus pueblos aborígenes. Este mismo sentimiento se percibe en el Título 25 del Código de los Estados Unidos, en su sección 450 que explicamos con anterioridad.

De la misma manera, el Congreso de los Estados Unidos aprobó el 23 de noviembre de 1993, la ley llamada de “Disculpas”, número 103-150, por la que reprobaba la conducta del gobierno en el derrocamiento de la Reina Liliuokalani de Hawaii cien años atrás.²⁰⁵ En ese mismo año, la Legislatura del Estado de Hawaii, expidió la ley 359, mediante la cual reconoció que los hawaianos nativos son pueblos indígenas distintos con una continuidad histórica.

El propósito de la ley fue facilitar los esfuerzos de los nativos para determinar su propia voluntad de gobernarse por una nación soberana indígena, en un espíritu de autodeterminación. De esta manera se formó la Hawaiian Sovereignty Elections Council que, aunque fue disuelto el 31 de diciembre de 1996, su idea de construir el consenso para la creación de un gobierno hawaiano nativo pervive.

²⁰⁵ El 17 de enero de 1893 marinos norteamericanos tomaron por asalto el Palacio de Gobierno de la Reina con la ayuda de un residente americano empresario. La similitud con la separación de Texas y la invasión de California tiempo atrás, es sorprendente.

El tema de los usos y costumbres dentro del derecho indígena no es fácil ni de soluciones absolutas. Tiene que construirse casuísticamente, de acuerdo a las etnias involucradas y a los Estados miembros de los países federales en donde se encuentran. En mi opinión, la solución no está en las leyes federales, sino en las legislaciones y jurisdicciones locales.

Sin embargo, el primer derecho, el de la libre determinación, debe garantizarse en todas las comunidades indígenas, respetando sus usos y costumbres, siempre de acuerdo con los principios constitucionales y tratados internacionales sobre la materia.

En el caso de *Morton v. Mancari* 417 US 535 (1974), la Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que el voto de los indígenas en sus comunidades para elegir a los jefes no contravenía la enmienda XV de la Constitución,²⁰⁶ porque lejos de ser una forma de discriminación contra los no indígenas, el voto se basaba en aspectos culturales y políticos desarrollados en el tiempo.

El caso se había dado por candidatos no indígenas a ocupar puestos dentro de la Administración de Asuntos Indígenas del Gobierno Federal de los Estados Unidos, que no habían sido contratados, pues de acuerdo con la Ley de Reorganización Indígena de 1934, los miembros de los pueblos indígenas tienen prioridad en la contratación dentro de ese organismo público. Los quejosos argumentaron que esta preferencia violaba la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de 1972, pero la Suprema Corte de ese país no aceptó esos argumentos.

A través de su ponencia, el Ministro Harry Blackmun desestimó los argumentos de los quejosos, pues consideró que se trataba de un asunto de discriminación racial, ni de preferencia racial, sino de un criterio de empleo destinado a fomentar el auto gobierno indígena y a hacer a la Administración de Asuntos Indígenas (*Bureau of Indian Affairs*) más responsable hacia los intereses de las comunidades a las que sirve.²⁰⁷

En el caso *Corbière v. Canada* (Minister of Indian and Northern Affairs) [1999] 2 SCR, decidido el 20 de mayo de 1999, se determinó que la sección 77 (1) de la ley indígena de ese país violaba el principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 15 de la Carta de Derechos de 1982 de

²⁰⁶ Esta enmienda aprobada en 1870 se refiere al derecho de todos los habitantes a no ser discriminados en el sufragio por razón de su raza, origen o condición de servidumbre. Sin embargo, se utiliza como una disposición genérica para evitar cualquier discriminación en cualquier posición o empleo.

²⁰⁷ *Morton (Secretary of Interior) v. Mancari* 417 US 553-554 (1974).

Canadá, al exigir que en las elecciones tribales sólo votaran los indígenas residentes habituales, excluyendo a otros miembros de la comunidad que no residían con la misma habitualidad. La resolución que determinó como inconstitucional a la sección de la Ley Indígena correspondiente, y dió un plazo de 18 meses para que el Parlamento pudiera reformar la ley en consecuencia. Este caso ilustra de la discriminación que se hace respecto de indígenas que no residen en sus pueblos.²⁰⁸

Estos son precedentes de derecho comparado, donde la jurisdicción o la autoridad del Estado puede limitar los derechos indígenas cuando sobrepasan los límites fijados en las constituciones respectivas. Algo similar puede y debe pasar para contener los excesos de algunos usos y costumbres que violentan los principios de igualdad de género o de libertad de culto, pero eso debe ser, en principio, responsabilidad de los mismos estados, el regularlos y limitarlos si contravienen principios fundamentales.