

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS\*

Jorge Alberto GONZÁLEZ GALVÁN\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reconstrucción histórica*. III. *Marco teórico-conceptual*. IV. *Análisis exegético*. V. *Desarrollo legislativo*. VI. *Desarrollo jurisprudencial*. VII. *Derecho comparado*. VIII. *Derecho internacional*. IX. *Conclusiones*. X. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 2o. de la Constitución se reformó en 2001 para reconocer los derechos de los pueblos indígenas.<sup>1</sup> El gobierno federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) acordaron los siguientes temas de discusión con el fin de que, al ir agotando la discusión de cada uno, se enviara la iniciativa correspondiente al Congreso de la Unión para su aprobación: I. Derechos y culturas indígenas, II. Democracia y justicia, III. Desarrollo, y IV. Mujeres indígenas.<sup>2</sup>

La Comisión de Concordia y Pacificación para el estado de Chiapas (Cocopa), después de agotada la discusión del primer tema, elaboró la ini-

\* Este artículo se publicó en la obra colectiva *Los derechos del pueblo mexicano: México a través de sus Constituciones*, México, Senado de la República y otros, 2006, t. XVI.

\*\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; [jagg@servidor.unam.mx](mailto:jagg@servidor.unam.mx).

<sup>1</sup> “Decreto por el que aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o., y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

<sup>2</sup> Acuerdos de San Andrés Larrainzar, en [www.ezlnaldf.org](http://www.ezlnaldf.org), consulta del 16 de junio de 2005.

ciativa de reforma constitucional correspondiente el 29 de noviembre de 1996, a la cual el gobierno federal hizo algunas observaciones el 2 de febrero de 1998, que el EZLN no acuerda y la iniciativa no se presentó al Congreso.<sup>3</sup>

Hasta el 5 de diciembre de 2000 el Ejecutivo federal en turno envía la Iniciativa al Congreso de la Unión tal como la elaboró la Cocopa.<sup>4</sup> El Senado de la República, como cámara de origen, realizó el dictamen de reforma constitucional que aprobó y lo mismo hicieron las cámaras de Diputados federal y la mayoría de las locales, para que se publicara la reforma en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

En este trabajo vamos a analizar los antecedentes históricos de la reforma, el marco teórico conceptual que debe tomarse en cuenta para interpretarla, el contenido del artículo 2o. en relación con la definición del sujeto de los derechos y el reconocimiento de los pueblos indígenas como entidades de derecho público y de interés público. Asimismo, analizaremos el desarrollo jurisprudencial y el marco legislativo nacional e internacional de los derechos indígenas.

## II. RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA

La materia indígena en la Constitución estaba contenida en el artículo 4o. (reforma de 1992).<sup>5</sup> En éste se establecía que la nación mexicana era pluricultural con base en la existencia de los pueblos indígenas y mandataba la reglamentación de su organización interna, del acceso a la justicia del Estado y se reconocía la aplicación del derecho indígena en materia agraria.

<sup>3</sup> “Observaciones del Gobierno federal...”, en *www.ezln.org*, consulta del 16 de junio de 2005; Gómez, Magdalena, “Lo que debe usted saber de la iniciativa de la Cocopa. A propósito de las objeciones oficiales y oficiosas”, *La Jornada*, 8 de abril de 2001, en *www.jornada.unam.mx*, consulta del 16 de junio de 2005.

<sup>4</sup> “Ayer, en su discurso de toma de posesión, el presidente Vicente Fox adelantó que su primer acto de gobierno en materia legislativa será enviar la próxima semana al Congreso de la Unión, ‘como iniciativa de ley, el documento elaborado por la Cocopa que sintetiza los acuerdos de San Andrés’, que firmaron el pasado gobierno y el EZLN, pero que hasta el jueves el jefe del Ejecutivo federal se negó a ratificar”, Henríquez, Elio y Aponte, David, “Ordena Fox el retiro de 53 retenes en tres zonas de Chiapas”, *La Jornada*, 2 de diciembre de 2000, en *www.jornada.unam.mx*, consulta de 16 de junio de 2005.

<sup>5</sup> “Decreto por el que se reforma el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992.

La reforma indígena de 1992 se aprobó en el contexto del V Centenario del Descubrimiento-Encuentro-Conquista de América. México llegó a esta fecha sin tener un reconocimiento constitucional de sus pueblos indígenas, siendo el país latinoamericano con mayor población indígena en el continente. Con la reforma se salvó esta coyuntura, pero la reforma estructural nunca llegó. Lo que se nos vino encima no fue el anunciado acceso al primer mundo con la entrada en vigor del acuerdo de libre comercio con los estados de Norteamérica en enero de 1994, sino la realidad indígena, es decir, nuestro acceso al cuarto mundo.

A partir de 1994, con la insurrección zapatista en el estado de Chiapas, se presenta un caso históricamente inédito: los indígenas comienzan a entablar un diálogo con el gobierno federal para acordar el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas. El primer fruto de este diálogo es la reforma constitucional de 2001, cuyo marco teórico conceptual vamos a analizar.

### III. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas modifica el modelo constitucional concebido desde el siglo XIX. Este modelo estableció las bases de un proyecto de sociedad, Estado y derecho, monocultural, es decir, sin distinciones de raza, origen o pertenencia étnica.

El siglo XXI mexicano rompe con esta tradición e incorpora el principio de la diferencia cultural como uno de sus pilares, por ello la sociedad, el Estado y el derecho, deben ser ahora pluriculturales.

Si tomamos la propuesta teórica de Carl Schmitt de considerar que las normas constitucionales establecen implícitamente principios políticos fundamentales, veremos que el artículo 2o. establece tres nuevos principios: pluralismo cultural, el pluralismo político y el pluralismo jurídico.<sup>6</sup>

El principio del pluralismo cultural se establece al reconocerse que la nación es pluricultural, con ello el proyecto de nación homogénea culturalmente, es decir, la “mestiza”, desaparece.

El principio del pluralismo político se establece al reconocerse que la autoridad indígena puede ser electa y ejercer sus funciones con base en sus

<sup>6</sup> González Galván, Jorge Alberto, “Las decisiones políticas fundamentales en materia indígena: el Estado pluricultural de derecho en México”, ponencia presentada en las Jornadas Lascasianas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, octubre de 2003.

propias normas, con ello el monopolio de la representación popular que tienen los partidos políticos se rompe.

El principio del pluralismo jurídico se establece al reconocerse que en la aplicación de los sistemas normativos de los pueblos indígenas éstos deben respetar los derechos humanos, con ello el monopolio de creación, aprobación y aplicación de las normas jurídicas que tiene la cultura mayoritaria también se rompe.

El proyecto de nación que el Constituyente marca con base en estos principios es hacia una sociedad, un Estado y un derecho fundados en relaciones sociales, políticas y jurídicas, interculturales.

#### IV. ANÁLISIS EXEGÉTICO

El artículo 2o. establece en sus primeros cinco párrafos el reconocimiento de la nación mexicana pluricultural (principio del pluralismo cultural), define los sujetos de los derechos y reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

El principio del pluralismo cultural basado en el reconocimiento de nuestra pluriculturalidad ya existía desde la reforma constitucional al artículo 4o. de 1992 y no se estableció ninguna reserva o temor por dicho reconocimiento. En cambio, esta reserva o temor aflora casi diez años después para advertir (más que aclarar) que ese reconocimiento no significa un cheque en blanco a los pueblos indígenas para que puedan atentar en contra de la “unicidad e indivisibilidad” de la nación. Si fuera el caso, los pueblos indígenas no negociarían con el Estado su integración, por lo cual consideró innecesaria esta “aclaración” o “advertencia” (como se quiera ver).

El sujeto de los derechos reconocidos es el pueblo indígena, el cual está compuesto de comunidades. Ambos se definen, el primero como género y el segundo como especie. Se considera a los pueblos indígenas como poblaciones originarias que sufrieron un proceso de colonización y que conservan parte o todas sus instituciones. Esta definición tiene elementos contenidos en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (a partir de aquí: Convenio 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este Convenio fue adoptado el 27 de junio de

1989 por la OIT, y está en vigor en México desde el 5 de septiembre de 1991.<sup>7</sup>

La definición de comunidades indígenas es una novedad jurídica porque el Convenio 169 no las define. El caso mexicano muestra que esta aclaración era pertinente ya que se mencionaban en la iniciativa de reforma, pero no se les definía. Son comunidades indígenas aquellas que integran un pueblo indígena y tienen una organización, territorio e idioma propios.

En cuanto a los indígenas en lo individual, se considera que el criterio de autoadscripción se tomará en cuenta para determinar su identidad, es decir, que un indígena será considerado como tal si el mismo así lo considera y su comunidad lo acepta. Este principio se encuentra en el Convenio 169.

El derecho a la libre determinación se reconoce a los pueblos indígenas en el *marco constitucional*. Con este reconocimiento dicho derecho se convierte en un principio de derecho nacional, ya que su existencia original es de derecho internacional. Esto significa que es un derecho que debe ejercerse al interior de los Estados, es la lógica de la integración por consenso y no por imposición. Esta lógica está establecida en el mismo Convenio 169 a efecto de evitar caer en los temores de los Estados de legitimar procesos independentistas, es decir, la lógica de la separación.

Este marco constitucional fundado en las decisiones políticas fundamentales tiene que ser reinterpretado en función de las decisiones políticas fundamentales en materia indígena (el principio del pluralismo cultural, el principio del pluralismo político y el principio del pluralismo jurídico). En este sentido:

*El principio de la soberanía* del Estado mexicano debe entenderse que incluye además de las autonomías de las entidades federativas a las autonomías de los pueblos indígenas.

*El principio del sistema representativo* federal y local deberá entenderse que en su formación y ejercicio tienen que participar los pueblos con representantes propios elegidos con base en sus procedimientos electorales.

*El principio de los derechos humanos* tienen que ser entendidos (tanto por la sociedad mestiza como por la indígena) en el sentido que lo son tanto

<sup>7</sup> El gobierno mexicano ratificó ante la OIT este Convenio el 5 de septiembre de 1990, el Senado lo aprobó el 11 de julio de 1990 (*Diario Oficial de la Federación* del 3 de agosto de 1990) y fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de enero de 1991. Este Convenio es el producto de la revisión del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (número 107), adoptado por la OIT el 26 de junio de 1957 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de julio de 1960.

los derechos de las personas en lo individual, como los derechos de los pueblos en lo general.

*El principio de la división de poderes* debe entenderse en el sentido de que las comunidades indígenas en ejercicio del poder político conferido, éste no deberá ser autoritario, despótico.

*El principio del régimen federal* deberá ser entendido como un nuevo pacto en proceso de consolidación donde se deberán incluir los territorios y gobiernos indígenas en una nueva división política territorial.

*El principio de la supremacía del Estado sobre las Iglesias* implica que las concepciones y prácticas religiosas que los pueblos indígenas y sus comunidades elijan no serán *oficiales* en su interior, es decir, no podrán existir autonomías indígenas confesionales, y

*El principio de control de la constitucionalidad de leyes y actos* supone que las normas y ejercicio del poder indígena, como de cualquier autoridad, estarán sujetos a revisión cuando se considere que son violatorios de una norma constitucional federal.

El artículo 2o. establece la obligación a las legislaturas de los estados para que reglamenten este derecho a la libre determinación de sus pueblos indígenas también con base en sus especificidades históricas, sociales, culturales, geográficas.

El contenido siguiente del artículo dos toma el precedente organizativo del artículo 123 constitucional al desarrollarse en dos apartados. El apartado “A” reconoce los derechos políticos de los pueblos indígenas, es decir, su reconocimiento como autoridades: como entidades de derecho público. Y el apartado “B” reconoce los derechos sociales, culturales y económicos de los pueblos indígenas, es decir, su reconocimiento como culturas diferentes y entidades de interés público.

Los derechos políticos entendidos como la capacidad que tienen los pueblos indígenas para determinar su propia organización social, en sentido amplio, comprenden, en lo particular, su derecho a establecer las reglas de sus relaciones culturales, políticas, económicas y jurídicas.

Esto significa que los pueblos indígenas, con base en el apartado “A” del artículo 2o., en cuanto a sus derechos culturales, pueden hacer valer sus propios idiomas, tener una educación bilingüe e intercultural, practicar sus creencias religiosas, vestir a su manera y desarrollar sus propias actividades artísticas.

En cuanto a sus derechos políticos al interior de sus comunidades pueden elegir a sus propias autoridades y que éstas ejerzan sus funciones con base en sus propias formas de elección y de gobierno (principio del pluralismo político). Se explicita que los derechos de las mujeres a participar políticamente deben ser respetados.

En cuanto a sus derechos jurisdiccionales pueden hacer valer sus normas consuetudinarias, orales, para asegurar la convivencia pacífica y resolver cualquier conflicto que se presente, respetando (como cualquier autoridad reconocida) los derechos humanos de los propios miembros de sus comunidades (principio del pluralismo jurídico). Se espera que la ley reglamentaria de estos derechos explicita que por “validación” de las decisiones judiciales indígenas por parte de las autoridades jurisdiccionales federales o locales no indígenas (no pongo “estatales” porque con el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, también ésta es estatal), signifique su revisión o apelación, como en cualquier acto de autoridad, y únicamente a petición de parte afectada.

La protección de sus tierras y el acceso a sus recursos naturales están establecidos, sólo habrá que esperar para determinar su alcance la reglamentación correspondiente (y, en su caso, retomar las mesas de discusiones para explicitar estos derechos).

Toda norma debe considerarse autoaplicativa, es decir, que por ser norma vigente debe ser de aplicación inmediata. Sin embargo, hay una perversa práctica “constitucional” que considera que una norma constitucional no es obligatoria hasta que se reglamenta. Esto ocasionó, en el contexto del presidencialismo absoluto en el que habíamos vivido, que reformar la Constitución haya sido una práctica sexenal corriente. La falta de aplicación de algunas normas constitucionales se justificaba además con “argumentos” seudojurídicos de que eran obligaciones “programáticas”, legitimando la impunidad e irresponsabilidad política del Estado.

Esta práctica desafortunadamente pervive a pesar de que la alternancia en el poder ha mermado el ejercicio autoritario de la función ejecutiva. Esto se ha debido a la “politización” del tema indígena. La causa indígena ha sido el monopolio de la polarización: “todos estamos de acuerdo en que deben tener derechos pero dime desde qué bandera los defiendes y te diré si estás entre los buenos o entre los malos”.

Cierto, la confianza no se decreta, se gana día a día. Por eso la causa indígena debe ser la única bandera para que aquello que se norme se vaya

aplicando y que las diferencias de interpretación las resuelvan, como en cualquier Estado de derecho que se precie de serlo, los tribunales.

Por ejemplo, en el apartado “A”, se obliga a las legislaturas (y esto no es nada “programático”) para reglamentar el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas existentes en sus entidades federativas; hasta junio de 2005 ningún estado ha cumplido con reglamentar este derecho con base en el artículo 2o. reformado en 2001.

La iniciativa de reforma constitucional establecía como obligatoria la redistribución electoral federal y local, para que los pueblos indígenas aspiraran a tener representantes en los congresos. Sin embargo, esto no se atendió y se dejó en transitorios como posibilidad. La creación de los espacios legislativos en cuanto espacios pluriculturales tendrá que esperar. En este sentido, el “derecho” concedido a los pueblos indígenas en el apartado “A” para tener representantes en los ayuntamientos cuando la mayoría de la población sea indígena refleja, en este caso, el pobre alcance de lo aprobado.

En el último párrafo del apartado “A” se establece como obligación para los estados el reconocimiento también de los pueblos indígenas y sus comunidades en tanto entidades de interés público, es decir, como sujetos de derechos sociales, económicos y culturales. En el apartado “B” se desarrollan estos derechos.

El Estado se obliga a establecer las instituciones y políticas públicas que garanticen a los pueblos indígenas el cumplimiento de sus derechos y su desarrollo integral. Se pretende que dichas instituciones y políticas sean con la participación de los pueblos indígenas. Después de la reforma constitucional, el Congreso federal ha aprobado tres leyes que, en este sentido, tienen un déficit de participación de los pueblos indígenas: la Ley General de los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, la Ley de la Comisión Nacional de Desarrollo para los Pueblos Indígenas, y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.<sup>8</sup>

Los derechos a los que el Estado se obliga aplicar en relación con los pueblos indígenas son: el derecho al desarrollo económico; el derecho a la educación bilingüe e intercultural (para ello se obliga a crear un sistema de becas para estudiantes indígenas en todos los niveles educativos y que los

<sup>8</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 13 de marzo de 2003, 21 de mayo de 2003, y 11 de junio de 2003, respectivamente, en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), consulta del 14 de enero de 2004. Esta última es reglamentaria del primer párrafo del artículo 1o., pero la menciono aquí porque la reforma a dicho párrafo formó parte del decreto de reforma indígena del 14 de agosto de 2001.

programas educativos tengan un contenido de las diferentes culturas regionales); el derecho a la salud, haciendo efectivo su acceso a los centros de salud, respetando la medicina tradicional y realizando programas favoreciendo la nutrición infantil; el derecho a la vivienda; el derecho a los servicios sociales básicos; los derechos de las mujeres indígenas (salud, educación, producción y participación política); el derecho a estar comunicado; el derecho a difundir su cultura, a través de medios de comunicación masiva propios; los derechos económicos a la productividad y al desarrollo sustentable; los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, en el país y en el extranjero; los derechos económicos de planificación del desarrollo nacional y estatal, y el derecho a una justa distribución de la riqueza, a través de partidas presupuestales suficientes para cumplir con estas obligaciones.

Si la organización del contenido del artículo 2o. tiene como referente el artículo 123 y sus apartados, igualmente se debería desarrollar una reglamentación del apartado “A” con una Ley sobre la Autonomía Indígena, y del apartado “B” con una Ley de Desarrollo de los Pueblos Indígenas. A nivel local estas referencias ayudarían igualmente la reglamentación de estos apartados.

## V. DESARROLLO LEGISLATIVO

A nivel federal, tres leyes reglamentarias de la reforma indígena se han aprobado: la Ley General de los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas,<sup>9</sup> la Ley de la Comisión Nacional de Desarrollo para los Pueblos Indígenas,<sup>10</sup> y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.<sup>11</sup>

Los derechos lingüísticos reconocidos en la ley para los pueblos indígenas son: el derecho a practicarlos en sus comunidades como lenguas nacionales, el derecho a utilizar sus idiomas para realizar trámites administrativos ante la administración pública del Estado, el derecho a utilizar sus idiomas para acceder a la información pública, el derecho a utilizar sus idiomas para acceder a la jurisdicción del Estado (el cual se obliga a proporcionarles gratuitamente intérpretes y defensores que conozcan sus culturas y sus idio-

<sup>9</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de marzo de 2003.

<sup>10</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de mayo de 2003.

<sup>11</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2003.

mas), y el derecho a utilizar sus idiomas para acceder a la educación obligatoria, bilingüe e intercultural.

La ley de los derechos lingüísticos crea el Instituto Nacional de las Lenguas Indígenas con las obligaciones de asegurar el desarrollo, el respeto y la divulgación de los idiomas indígenas; acreditar a los intérpretes indígenas; impulsar la creación de las gramáticas indígenas y la investigación etnolingüística, así como la creación de institutos similares en los estados.

La Ley que crea la Comisión Nacional de Desarrollo para los Pueblos Indígenas sustituye al Instituto Nacional Indigenista con el fin de impulsar las políticas públicas de atención a los pueblos indígenas como entidades de interés público, es decir, fomentando su desarrollo económico, social y cultural.

La ley para combatir la discriminación es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución, el cual fue adicionado en el decreto de la reforma indígena. Dicho párrafo establece la prohibición de cualquier acto discriminatorio fundado en el origen étnico de la persona (destaco aquí sólo este fundamento por la materia indígena, que es el objetivo de estudio aquí).

Esta Ley establece en su artículo 14 que los órganos y autoridades de la Federación se obligan a:

I. Establecer programas educativos bilingües y que promuevan el intercambio cultural;

II. Crear un sistema de becas que fomente la alfabetización, la conclusión de la educación en todos los niveles y la capacitación para el empleo;

III. Crear programas permanentes de capacitación y actualización para los funcionarios públicos sobre la diversidad cultural;

IV. Empezar campañas permanentes de información en los medios de comunicación que promuevan el respeto a las culturas indígenas en el marco de los derechos humanos y las garantías individuales;

V. En el marco de las leyes aplicables, cuando se fijen sanciones penales a indígenas, procurar que tratándose de penas alternativas, se imponga aquella distinta a la privativa de la libertad, así como promover la aplicación de sustitutivos penales y beneficios de preliberación, de conformidad con las normas aplicables;

VI. Garantizar que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución, y

VII. Garantizar, a lo largo de cualquier proceso legal, el derecho a ser asistidos, si así lo solicitan, por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua.

La reglamentación del artículo 2o. a nivel local ha sido pobre, sólo éstos estados han cumplido con su obligación: Estado de México (10 de septiembre de 2002), San Luis Potosí (11 de julio de 2003), Tabasco (15 de noviembre de 2003), Durango (22 de febrero de 2004), Jalisco (29 de abril de 2004), Puebla (10 de diciembre de 2004).<sup>12</sup> Estas reformas no han hecho más que copiar lo que dice la reforma constitucional federal en su artículo 2o., es decir, tienen un carácter declarativo que no crea las instituciones que instrumenten los reconocimientos. Son reformas “baratas” que no les cuesta a los estados: “adáptese, pero no se aplique”.

San Luis Potosí tuvo la “audacia” de reconocer a sus comunidades indígenas como “sujetos de derecho público, personalidad jurídica y patrimonios propios”, es decir, hizo lo que ha sido una crítica a la reforma federal: la falta de reconocimiento explícito como autoridades indígenas y entidades de derecho público (aunque Oaxaca ya lo reconocía desde antes de la reforma federal). También se ocupó, al igual que el Estado de México, de aprobar una ley reglamentaria de sus reformas constitucionales. No es fácil vencer las inercias, pero al menos se han propuesto reformas para avanzar, con todo y las limitaciones.

Los demás estados no han realizado las reformas para adaptarse al mandato de la Constitución federal, ¿no se le llama a ello irresponsabilidad por omisión constitucional? ¿En qué Estado de derecho vivimos que la reglamentación federal también de los apartados del artículo 2o. no se ha llevado a cabo? ¿Acaso se cree que es suficiente con las leyes de la Comisión Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas, la de los derechos lingüísticos, y la del combate a la discriminación, las cuales fueron aprobadas sin cumplir con el requisito constitucional de consulta a los pueblos indígenas? No nos extrañe, ni querramos involucrarnos después en la bandera nacional, si por estas omisiones se orille a los pueblos indígenas a demandar el reconocimiento y aplicación de sus derechos por vías jurídicas fuera del Estado nacional, es decir, a la comunidad internacional de Estados.

<sup>12</sup> La reforma del Estado de México en [www.cddiputados.gob.mx](http://www.cddiputados.gob.mx), y las demás en [www.cdi.gob.mx](http://www.cdi.gob.mx), consulta de 19 del junio de 2005.

## VI. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

La aprobación de la reforma indígena en la Constitución originó la inconformidad de los pueblos indígenas, quienes presentaron controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Corte resolvió que no era competente para revisar el proceso de reforma constitucional llevado a cabo por el Constituyente Permanente porque éste es soberano.

Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación nunca imaginaron, quizá, que llegaría a sus manos un asunto sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución.<sup>13</sup> Las controversias constitucionales impugnaban la violación del procedimiento de reforma constitucional establecido en el artículo 135.<sup>14</sup> Para resolver el caso *conforme a derecho* debieron no sólo aplicar estrictamente la técnica jurídica, sino también los fines del derecho a los pueblos indígenas: justicia, igualdad, bien común.

La decisión era histórica: marcaría la pauta para la continuación del proceso de integración digna de los pueblos indígenas en el Estado, el derecho y la sociedad. La situación inédita en la que los ministros se encontraban hacía indispensable considerar los siguientes datos históricos respecto a la relación entre el derecho y los pueblos indígenas:

*Que el derecho no existe, es una invención del ser humano.* El grupo humano ha intuido, históricamente, diferentes maneras de organizar su orden respecto a las relaciones entre sí y su entorno. El derecho indígena concibe su orden conjuntando relaciones humanas y medio ambiente.

*Que el colonialismo jurídico no es una fatalidad, sino que es histórico.* La imposición de concepciones y prácticas jurídicas de una cultura ajena a la indígena ha sido la constante histórica. Las culturas jurídicas indígenas han sobrevivido bajo la imposición del orden de los náhuatl, españoles y mexicanos.

<sup>13</sup> “Después de publicada la reforma constitucional en materia indígena, más de 330 municipios mayoritariamente indígenas demandaron a través de su síndico procurador en vía de controversia constitucional...”, Espinoza Saucedo, Guadalupe *et al.*, *Los pueblos indígenas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas *et al.*, 2002, p. 25.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 19.

*Que el derecho indígena no siempre fue no escrito, sino que es verbal y consuetudinario por obligación.* En los llamados “libros de pinturas” prehispánicos constaban normas y hechos jurídicos. El orden colonial obligó al derecho indígena a reproducirse en la oralidad y la costumbre.

*Que el discurso del mestizaje justificó, de hecho, la desaparición de la cultura indígena.* Si fuéramos el producto de una mezcla cultural hablaríamos *nahuañol* y no es así, el idioma dominante es el español y reproducimos sus valores culturales implícitos.

*Que los espacios legislativos han sido el monopolio de la cultura jurídica no indígena.* La concepción y aprobación de Constituciones (federales y locales) y sus leyes secundarias, desde el siglo XIX, han excluido a representantes indígenas elegidos por sus pueblos.

*Que el sistema federal de gobierno no incorporó los territorios y gobiernos indígenas.* Los “jefes políticos” de las provincias que decidieron unirse a la Federación, no eran indígenas. Los territorios y gobiernos indígenas no fueron tomados en cuenta en el pacto federal.

*Que la libre determinación es a los pueblos indígenas lo que la libertad es a los individuos: su razón de ser y estar sobre la Tierra.* Así como un individuo necesita tener garantizada su libertad para decidir sobre su desarrollo sentimental, familiar y profesional, también los pueblos indígenas necesitan tener garantizado por el Estado su libre determinación para decidir sobre su desarrollo socioeconómico, cultural y político.

*Que los operadores en los espacios jurisdiccionales han sido formados sin el conocimiento de la historia y actualidad de las culturas jurídicas indígenas.* Poncio Pilatos *se lavó las manos* cuando se dio cuenta que desconocía las razones por las cuales la cultura jurídica judía le pedía condenar a Jesús y decidió en ejercicio y defensa de su propio derecho, el romano. El caso es trágico y se explica por la subordinación impuesta a la jurisdicción judía.

Las controversias constitucionales presentadas por los pueblos indígenas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación no esperaban un final trágico. Los tiempos de cambio que respiramos nos hacían suponer que los ministros no se lavarían las manos y condenarían a los pueblos indígenas a seguir cargando la cruz de la exclusión social, política y jurídica. El proceso de consolidación del Estado de derecho al que todos aspiramos demanda que las resoluciones no solamente reflejen la aplicación técnicamente impecable de las normas existentes, sino también una aplicación de las nor-

mas al caso concreto que haga justicia, en este caso, a los pueblos indígenas de México.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coordinador de la Comisión de Derecho Constitucional y Amparo de la Barra Mexicana de Abogados, destacó el funcionamiento en los años recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

En defensa del federalismo ha protegido de ser removidos a servidores públicos municipales, y ha sostenido el principio de inamovilidad judicial de juzgadores locales. Ha incursionado en el control constitucional de leyes electorales. Al tiempo que se ha enfrentado a problemas políticos de gran envergadura, como por ejemplo: la intervención de fuerzas armadas en seguridad pública; la procedencia de un juicio político en contra de un gobernador; el asunto del “Fobaproa”, mediante el cual exigió al titular del Ejecutivo federal entregar información al Congreso, y más recientemente el aborto y las cuotas electorales por género.

Destacaba Arturo Zaldívar este activo funcionamiento de la Suprema Corte en el contexto de la construcción del Estado democrático de derecho, por oposición a la actitud pasiva que tuvo durante el autoritarismo priista, donde se abstuvo de defender los derechos políticos “por no tratarse de garantías individuales” y prácticamente contribuyó a institucionalizar la tortura al conceder “mayor validez a las confesiones realizadas ante policías judiciales o agentes del Ministerio Público, sin presencia del abogado del indiciado”.<sup>15</sup>

El máximo tribunal del país nos acostumbró, pues, por sus decisiones recientes, a que sus actuaciones eran no solamente sustentadas en la pulcritud jurídica sino también en la responsabilidad y conciencia social, es decir, a proceder como un actor fundamental en el proceso de consolidación del Estado social, democrático y pluricultural de derecho.

La ministra Olga Sánchez Cordero incluso recomendaba hace unos meses a los jueces evitar “alejarse de la realidad y de los problemas que aquejan a la sociedad para sumirse en conceptos meramente teóricos que no

<sup>15</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “La justicia constitucional en México. Balance y retos”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 421-440.

contribuyen a la realización de la justicia”.<sup>16</sup> Y para reforzar su propuesta citaba a Daniel E. Herrendorf: “Si es ignorado el dato sociológico proveniente de las dinámicas cambiantes, el derecho se convierte en anacrónico”.<sup>17</sup>

Por los antecedentes expuestos es de extrañar que la Corte declarara la improcedencia de las controversias:<sup>18</sup> “Por lo expuesto y fundado, se resuelve: ÚNICO. Es improcedente la presente controversia constitucional”.<sup>19</sup>

Es de extrañar también que Olga Sánchez Cordero, ministra ponente, haya propuesto abstenerse, *de facto*, revisar el fondo del asunto por considerar que la Corte no es competente para pronunciarse respecto al cumplimiento de las normas constitucionales que establecen el procedimiento de reforma a la Constitución, ya que el poder reformador de la Constitución (los congresos federal y locales) es soberano y no está incluido en los presupuestos establecidos en el artículo 105, con lo cual se pretende evitar caer en un *activismo judicial*.

Este alto tribunal estima que si bien la parte actora impugna en la presente controversia la invalidez del proceso reformativo, no puede soslayarse el hecho de que los vicios que se le atribuyen ocurrieron durante la sustanciación de dicho proceso, que jurídicamente no pueden desvincularse de su objeto que es la aprobación y declaratoria de reformas de algunos preceptos de la Constitución... y toda vez que esas reformas constitucionales emanan de una autoridad no incluida expresamente en ninguna parte del artículo 105 constitucional, fuerza es concluir que la presente controversia, apoyada en dicho precepto, resulta improcedente, toda vez que a esta Suprema Corte de Justicia la Carta Fundamental de la República no le confiere facultad expresa.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, *Jueces que necesitamos. Jueces que no necesitamos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001, p. 25.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Castillo, Gustavo y Aranda, Jesús “SCJN: improcedentes, las controversias constitucionales contra la ley indígena”, *La Jornada*, México, 7 de septiembre de 2002, en [www.jornada.unam.mx](http://www.jornada.unam.mx), consulta del 24 de septiembre de 2002.

<sup>19</sup> *Controversias constitucionales 82/2001 y 48/2001* promovidas, respectivamente, por los ayuntamientos de los municipios de Santiago Amoltepec y de San Pedro Quiatóni Tlacolula, del estado de Oaxaca, en contra del procedimiento que culminó con las reformas publicadas como constitucionales en materia indígena, p. 91. Texto de la resolución que consta de 725 páginas proporcionada vía Internet por el doctor Eduardo Ferrer.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 80.

Este criterio fue sostenido en la tesis 39/2002:

PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución... el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; estos es, la función que realiza el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las legislaturas estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión al realizar el cómputo de votos de las legislaturas locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de órgano reformador de la Constitución, realizando una función exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera *una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo* [las cursivas son mías], porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.<sup>21</sup>

Ante esto, los ciudadanos nos preguntamos ¿quién nos va a proteger de los posibles abusos de un Constituyente dominado por una mayoría absoluta de un partido político o de una alianza de partidos que decidiera, por ejemplo, penalizar con la muerte a todos los homicidas? ¿Se justifica social y políticamente que la Corte se abstenga de revisar un posible caso de autoritarismo legislativo sólo porque se considera soberano al poder reformador de la Constitución? ¿Acaso el Poder Judicial no comparte la soberanía como atributo del Estado y no de uno de sus órganos? ¿Acaso la soberanía no se funda en el pueblo y no en sus representantes? ¿Cómo se explica que la ministra ponente de la resolución a pesar de reconocer su solidaridad con los indígenas y su situación proponga abstenerse de entrar al fondo de las controversias? En este orden de ideas, coincido con el voto minoritario de los ministros:

el tema a debate, con rigor jurídico, no debió enfocarse del modo expuesto... el considerando en el que se sustentó la mayoría del miembros del Pleno para fundar la improcedencia de la controversia constitucional, partió del supuesto de que se cuestionaban las reformas constitucionales en materia indígena y, lógicamente, arribó a esa conclusión. Pensamos que un análisis riguroso de las demandas respectivas debió conducir a un supuesto diverso, a saber, si pueden

<sup>21</sup> Espinoza Saucedo, Guadalupe *et. al.*, *op.cit.*, nota 13, pp. 75 y 76.

formar parte de la Constitución las adiciones y reformas que derivaron de un procedimiento inconstitucional. De este problema central se sigue el relativo a si la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene competencia para examinar ese problema. Como se ve, el enfoque de la cuestión debatida varía sustancialmente: para la mayoría se propuso la inconstitucionalidad de una adición y reforma a la Constitución; para la minoría, lo que se discutía era si el procedimiento previsto en la Constitución fue idóneo para producir el nacimiento de nuevas normas con el rango de constitucionales. Para la mayoría, la Suprema Corte carece de competencia para examinar la constitucionalidad de normas constitucionales; para la minoría, la Suprema Corte es competente para analizar si se respetó la Constitución al llevarse a cabo un procedimiento de reformas constitucionales. Para la mayoría, la controversia constitucional no está prevista para examinar una reforma constitucional emanada del Poder Reformador reconocido en el artículo 135 de la Constitución; para la minoría, la controversia constitucional sí está prevista para determinar si el Congreso de la Unión, a través de las cámaras de Senadores y Diputados y las legislaturas de los estados, al participar en el procedimiento previsto en el artículo citado, lo respetaron íntegramente y, por tanto, si las normas que produjeron pueden formar parte de la Constitución.<sup>22</sup>

El voto mayoritario de la Corte sostuvo también que las controversias constitucionales sólo proceden en contra de “actos o disposiciones generales” contrarias a la Constitución y que por tales se debería entender “los actos propiamente dichos y las leyes y los reglamentos federales, locales y municipales, mas no a las reformas y adiciones constitucionales ni el proceso que les dé origen”.<sup>23</sup>

El argumento no aporta elementos de respuesta a la pregunta de fondo: ¿Qué cualidad tiene la norma constitucional que establece el procedimiento de reforma a la Constitución que no tengan las demás para que no sea sujeto a revisión su cumplimiento? Por lo cual cabe preguntarse: ¿acaso el máximo tribunal de la nación está renunciando a sus funciones de ser el guardián de la Constitución?

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL ES IMPROCEDENTE PARA IMPUGNAR EL PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. [tesis 40/2002] De lo dispuesto por el artículo 105, fracción I, de la Constitución... y de las diversas exposiciones de motivos y dictámenes relativos a las reformas a

<sup>22</sup> *Controversias constitucionales 82/2001 y 48/2001...*, cit., nota 19, pp. 95 y 96.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 81 y 82.

este precepto constitucional, se desprende que la tutela jurídica de la controversia constitucional es la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal (Federación, estados, municipios y Distrito Federal) y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41, 49, 115, 116 y 122 de la propia Constitución, con motivo de sus actos o disposiciones generales que estén en conflicto o contraríen a la norma fundamental, lo cual se encuentra referido a los actos en estricto sentido y a las leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales, locales o municipales, e inclusive tratados internacionales. De lo anterior deriva que el citado precepto constitucional no contempla dentro de sus órganos, poderes o entidades que pueden ser parte dentro de una controversia constitucional, al órgano reformador de la Constitución, previsto en el artículo 135 del mismo ordenamiento, pues no se trata de un órgano de igual naturaleza que aquellos en quienes se confían las funciones del gobierno; además de que se integra por órganos de carácter federal y locales, es a quien corresponde, de forma exclusiva, por así disponerlo la Constitución federal, acordar reformas y adiciones a ésta, y de ahí a establecer las atribuciones y competencias de los órganos de gobierno, *sin que tampoco, al referirse al citado artículo 105, fracción I, a "disposiciones generales", comprenda las normas constitucionales* [las cursivas son mías].<sup>24</sup>

La decisión de los ocho ministros que se declararon incompetentes para revisar el cumplimiento del procedimiento de reforma constitucional es preocupante, nos deja en la indefensión, abre el camino al absolutismo, ya no presidencial, sino legislativo.<sup>25</sup> Para los pueblos indígenas dicha resolución los condena a seguir cargando la cruz de la exclusión social, política y jurídica. No entrar al fondo de la reforma por una lectura formalista sin integrar el dato sociológico convierte a la Constitución en una norma anacrónica. No se tiene la intención de perpetuar la exclusión de los indígenas al no revisar si sus derechos están satisfactoriamente reconocidos en la reforma constitucional aprobada; sin embargo, no hay que olvidar que se puede ser injusto tanto por acción como por omisión.

<sup>24</sup> Espinoza Saucedo, Guadalupe *et. al.*, *op. cit.*, nota 13, pp. 76 y 77.

<sup>25</sup> Algunos ministros de la Corte han expuesto los argumentos de su decisión en los siguientes periódicos: Castro, Juventino V., "Las reformas constitucionales en materia indígena", *El Universal*, México, 12 de septiembre de 2002, en [www.eluniversal.com.mx](http://www.eluniversal.com.mx), consulta del 24 de septiembre de 2002; Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, "Constitución y derechos indígenas", *El Universal*, 30 de septiembre de 2002, en [www.eluniversal.com.mx](http://www.eluniversal.com.mx), consulta del 30 de septiembre de 2002; Silva Meza, Juan N., "El fallo sobre ley indígena, legal, no complaciente. Una resolución favorecedora habría perjudicado al Poder Judicial", entrevista de Jesús Aranda, *La Jornada*, 30 de septiembre de 2002, p. 8.

El Tribunal Federal Electoral, por su parte, ha considerado que el derecho electoral indígena no viola por sí el principio de igualdad, y que debe respetar el principio de universalidad del sufragio.<sup>26</sup> Antes de la reforma de 2001, el Tribunal ya había confirmado la obligatoriedad del derecho electoral indígena en Oaxaca reconocido desde la reforma constitucional al artículo 4o. de 1992 y en la Constitución local.

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS RELACIONADOS CON EL PROCEDIMIENTO ELECTORAL CONSUECUDINARIO. CIUDADANOS Y AUTORIDADES ESTÁN OBLIGADOS A RESPETARLOS (legislación de Oaxaca). En términos de lo dispuesto en los artículos 4o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 16, párrafos primero y segundo, y 25, párrafo decimoquinto, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, si en la ley se reconoce la validez y vigencia de las formas de organización social, política y de gobierno de las comunidades indígenas, entonces resulta que los ciudadanos y las autoridades comunitarias, municipales, estatales, del Distrito Federal y federales, están obligados a respetar las normas consuetudinarias o reglas internas respectivas.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Incidente de ejecución de sentencia. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 19 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya.

Nota: *El contenido del primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó incorporado en el artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 14 de agosto de 2001.*<sup>27</sup>

El desarrollo jurisprudencial en materia indígena es pobre. La confianza en el Poder Judicial federal y local no es algo común en la ciudadanía. La tradicional subordinación a los poderes ejecutivos y la corrupción ha minado la confianza en sus funciones. Sin embargo, a nivel federal se va ganando

<sup>26</sup> “Usos y costumbres. Las elecciones por este sistema no implican por sí mismas violación al principio de igualdad”, SUP-JDC-013/2002, Martínez Domínguez Indalecio y otros, 5 de junio de 2002, unanimidad de votos, ponente: De la Peza, José Luis, secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo, tesis S3EL 152/2002; y “Usos y costumbres. Elecciones efectuadas bajo este régimen pueden ser afectadas si vulneran el principio de universalidad del sufragio”, *ibidem*, sala superior tesis S3EL 151/2002, en [www.trife.org.mx](http://www.trife.org.mx), consulta del 20 de junio de 2005.

<sup>27</sup> En [www.trife.org.mx](http://www.trife.org.mx), consulta del 20 de junio de 2005.

do terreno en el contexto de la democratización y desmantelamiento del autoritarismo político, no siendo así todavía a nivel local, por lo cual los poderes judiciales deben librar la batalla en favor de su plena independencia y saneamiento institucional.

## VII. DERECHO COMPARADO

La mayoría de las Constituciones del continente americano reconocen los derechos de los pueblos indígenas:<sup>28</sup> Argentina el 22 de agosto de 1994, Belice el 21 de septiembre de 1981, Bolivia el 6 de febrero de 1995, Brasil el 5 de octubre de 1988, Canadá en 1982, Chile el 11 de marzo de 1981, Colombia el 4 de septiembre de 1991, Ecuador el 10 de agosto de 1998, El Salvador el 31 de enero de 1992, Guatemala el 14 de enero de 1986, Honduras el 14 de enero de 1986, Nicaragua el 10. de febrero de 1995, Panamá en 1994, Paraguay el 7 de septiembre de 1993, Perú en 1993, Uruguay 8 de diciembre de 1996, y Venezuela el 15 de diciembre de 1999.

Estas Constituciones reconocen que sus proyectos de naciones ya no son la aspiración de ser una cultura “nacional”, homogénea culturalmente, “mestiza”, sino que sus proyectos de naciones son la construcción de relaciones sociales, políticas, económicas y jurídicas, pluriculturales, pluriétnicas, plurilingües. La Constitución colombiana ha desarrollado un conjunto de derechos de los pueblos indígenas que la mayoría de las Constituciones no tienen: reconocimientos de la inalienabilidad de las tierras indígenas (artículo 63), de la jurisdicción indígena (artículo 246), y de la autonomía territorial indígena (artículo 286). Asimismo, la falta de leyes reglamentarias no ha sido un obstáculo para aplicar la reforma indígena, por el respaldo jurisprudencial de la Suprema Corte.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Barié, Cletus Gregor, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: panorama*, 2a. ed., Bolivia, Instituto Indigenista Interamericano/Comisión Nacional de Desarrollo para los Pueblos Indígenas y editorial Abya-Yala, 2003; sobre los derechos indígenas en Canadá: Virtual Law Office: Bill Henderson, en [www.bloorstreet.com](http://www.bloorstreet.com), consulta del 20 de junio de 2005; se puede consultar los textos de legislación reglamentaria en González Guerra, Gisela (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999; Walsh, Catherine, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en [www.icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html](http://www.icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html), consulta del 21 de enero de 2004.

<sup>29</sup> Castrillón Orrego, Juan Diego, *La dinámica internacional y nacional en la formación de los derechos indígenas: el caso Colombia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tesis de doctorado en derecho, 2005.

Se percibe una falta de voluntad política para desarrollar las normas que den vida a las reformas constitucionales. Los países han afrontado su obligación de reconocer los derechos de sus pueblos indígenas de manera coyuntural, sin responsabilizarse por los impactos sociales, culturales y económicos, que estos reconocimientos implican. Ello puede orillar, al igual que en nuestro país, a que sus demandas de reconocimiento y aplicación efectiva de sus derechos las lleven a instancias jurídicas fuera de los Estados nacionales.

### VIII. DERECHO INTERNACIONAL

El desarrollo del derecho internacional indígena ha sido sistematizado por James Anaya de manera completa y crítica.<sup>30</sup> Cletus Gregor Barié muestra muy bien el panorama de la legislación internacional, implícita y explícitamente, relacionada con los pueblos indígenas.<sup>31</sup>

La presencia de los pueblos indígenas como *actores* en los organismos internacionales para impulsar el reconocimiento de sus derechos se empieza a impulsar en la década de los años setenta (Declaración de Barbados de 1971) y se consolida en la de los ochenta, a partir de la creación del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas en 1982.

El único precedente legislativo que explicita los derechos de los pueblos indígenas antes de los setenta, es el Convenio 107 de la OIT de 1957. La fuerza que fueron adquiriendo en el Grupo de Trabajo hizo que este Convenio se revisara, para que los considerara como *pueblos* y no poblaciones, y para que el espíritu de la integración cultural por imposición que permeaba en el Convenio se transformara en un espíritu de *integración por consenso*. Y así fue, en 1989 se aprobó en el seno de la OIT el Convenio 169 donde

<sup>30</sup> Anaya, James S., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, presentación de Bartolomé Clavero, trad. de Luis Rodríguez-Piñero Royo en colaboración con Pablo Gutiérrez Vega y Bartolomé Clavero, Madrid, Trotta, 2005. Asimismo se puede consultar Rouland, Norbert *et al.*, *Derecho de minorías y de pueblos autóctonos*, México, Siglo XXI, 1999.

<sup>31</sup> En [www.gregor.padep.org.bo](http://www.gregor.padep.org.bo), consulta del 20 de junio de 2005. Se puede complementar la consulta de estos documentos en Buergenthal, Thomas, *Derechos humanos internacionales*, trad. de Ángel Carlos González Ruiz, 2a. ed., México, Gernika, 2002; Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, trad. de Ana Isabel Stellino, México, Gernika, 1994.

además se reconocía el derecho de los pueblos indígenas a su libre determinación al interior de los Estados nacionales.

¿Cómo fue que un organismo que regula las condiciones del trabajo en el mundo se interesó en reconocer los derechos de los pueblos indígenas? Veamos las acciones y medidas legislativas que emprendió sobre los derechos indígenas para tratar de dar respuesta.<sup>32</sup>

Entre *las acciones* destacan: la propuesta de estudios sobre las condiciones laborales de los trabajadores indígenas (1921); la creación de la Comisión de Expertos en Trabajo Nativo (1926); la celebración de la Primera Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Santiago, Chile en 1936, donde se propuso que los países de América Latina proporcionaran un informe sobre la situación económica y social de los indígenas (el cual sólo Perú realizó);<sup>33</sup> la celebración de la Segunda Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT, celebrada en la Habana, Cuba en 1939, donde se renovó la propuesta de la primera conferencia, enviando un cuestionario a los países (lo que se hizo el año siguiente); la celebración de la Tercera Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT, celebrada en la ciudad de México en 1946, donde se hicieron las propuestas de crear una subcomisión especial encargada del Estudio de las Cuestiones Indígenas, y de una Comisión de Expertos sobre los Problemas Sociales de las Poblaciones Indígenas del Mundo, ambas desde el punto de vista de su condición de trabajadores y no antropológico; en 1949 la celebración de la Cuarta Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT, en Montevideo, Uruguay, donde se propuso que la Comisión de Expertos en Trabajo Indígena (que se creara), atendiera la capacitación, seguridad y asistencia social de los indígenas, y que se elaboraran estudios monográficos por países

<sup>32</sup> Cfr. Organización Internacional del Trabajo (ed.), *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas de América Latina, Informe II de la Cuarta Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Montevideo, Uruguay, en abril de 1949*, Ginebra, 1949; Lerner, Natán, *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación* (capítulo 5, “Poblaciones indígenas: el Convenio de 1989”), México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991; Secretaría del Trabajo y Previsión Social (ed.), *México y la organización Internacional del Trabajo*, 5a. ed., México, 1998; Molina Palafox, Marco Antonio, *Análisis comparativo de los Convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo y su aplicación en México*, UNAM, Facultad de Derecho, tesis de doctorado, 1998.

<sup>33</sup> Poblete Troncoso, Moisés, *Condiciones de vida y de trabajo de la población indígena del Perú*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1938.

sobre la distribución demográfica y ocupacional de los indígenas, y en 1953 la publicación de *Poblaciones indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones autóctonas de los países independientes*.<sup>34</sup>

Entre las *medidas legislativas* destacan los siguientes convenios y recomendaciones sobre pueblos indígenas: el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso (1930); el Convenio 50 sobre reclutamiento de trabajadores indígenas (1936); el Convenio 64 sobre los contratos de trabajo en lengua original a los trabajadores indígenas, aprobado en 1939; el Convenio 65 sobre la derogación de sanciones penales a trabajadores indígenas por incumplimiento del contrato (1939; recomendaciones relacionadas: 58 sobre la duración mínima de los contratos escritos de los trabajadores indígenas; 59 sobre la inspección del trabajo indígena); el Convenio 66 sobre los trabajadores migrantes (1947; recomendaciones relacionadas: 62 sobre trabajadores emigrantes; 100 sobre la protección de los trabajadores emigrantes en los países y territorios insuficientemente desarrollados); el Convenio 86 sobre la duración máxima de los contratos de trabajo a trabajadores indígenas (1947); el Convenio 104 sobre la confirmación de la abolición de sanciones penales a trabajadores indígenas por incumplimiento de trabajo (1955); el Convenio 107 sobre las poblaciones indígenas y tribales (1957; recomendación relacionada: 104 sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras tribales y semitribales en los países independientes); el Convenio 110 sobre las plantaciones (1958; recomendación relacionada: 110 sobre las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones); el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958; recomendación relacionada: 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación); el Convenio 122 sobre la política del empleo (1964; recomendación relacionada: 122 sobre la política de empleo); el Convenio 141 sobre la organización de trabajadores rurales

<sup>34</sup> *Estudios y documentos*, nueva serie, núm. 35, Ginebra, 1953. En 1955 la OIT recibió 33 cuestionarios contestados por países del mundo, incluyendo a México, véase Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Condiciones de vida y trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, 39a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1956 [sic], Informe VIII (2), Ginebra, 1955. Austria, Noruega y los Países Bajos contestaron el cuestionario, pero no se manifestaron sobre el fondo “porque el problema en estudio no se plantea respecto a ellos”, pp. 1 y 2. La posición de Noruega y de los Países Bajos ha cambiado, ya que han aprobado el Convenio que aquí se analiza, y Austria está en proceso de aprobación, véase Kuppe, René, “El Convenio OIT 169 y tres países europeos. Una contribución al discurso sobre derechos humanos en Europa”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994.

(1975; Recomendación relacionada: 149 sobre la organización de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social), y el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989).

En cuanto a la legislación ratificada por México en materia de derechos de los pueblos indígenas, tenemos los siguientes convenios: Convenio 29,<sup>35</sup> ratificado el 12 de mayo de 1934; Convenio 107,<sup>36</sup> ratificado el 1o. de junio de 1959; Convenio 110,<sup>37</sup> ratificado el 20 de junio de 1960; Convenio 111,<sup>38</sup> ratificado el 11 de septiembre de 1961; Convenio 141,<sup>39</sup> ratificado el 28 de junio de 1978; y el Convenio 169,<sup>40</sup> ratificado el 5 de septiembre de 1990.

El Convenio 169 ha sido la única arma jurídica que los pueblos indígenas han tenido para justificar el reconocimiento de sus derechos en los Estados donde viven. Los Estados latinoamericanos enraizados en un nacionalismo jurídico trasnochado han hecho de la norma internacional una enemiga, una yegua de Troya, que pone en peligro la sacrosanta pureza del derecho interno, por lo cual su vigencia es prácticamente nula. En esta relación de fuerzas, los derechos indígenas se debaten en un mar de inercias, desprecios e irresponsabilidades. Los Estados aprueban las normas internacionales y las aplican siempre y cuando no afecten sus intereses, necolonialismo puro: “Apruébese, pero no se cumpla”.

Los proyectos de declaraciones de los derechos de los pueblos indígenas impulsados por la Organización de las Naciones Unidas (“universal”), y por la Organización de Estados Americanos (“americana”), están prácticamente en el cajón de los olvidos por el temor de que dichos documentos legitimen el derecho de los pueblos indígenas a su independencia. El que algo debe, algo teme.

Las instancias internacionales no han servido de mucho para apoyar la plena vigencia de los derechos indígenas. Se declaran, como la Suprema Corte mexicana, incompetentes: la OIT actúa por querrela, y los pueblos indígenas no lo pueden hacer directamente, sino a través de algún sindicato; la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo atiende los casos

<sup>35</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 10 de agosto de 1935.

<sup>36</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 7 de julio de 1960.

<sup>37</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 14 de septiembre de 1960.

<sup>38</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 3 de enero de 1961.

<sup>39</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 4 de diciembre de 1978.

<sup>40</sup> Publicada su aprobación en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de agosto, y su ratificación y promulgación el 24 de enero de 1991.

individuales de indígenas, después que agotaron las instancias judiciales nacionales (si apenas tienen para comer, cómo van a pagar los servicios que se requieren para llegar a agotar estas instancias).

## IX. CONCLUSIONES

México se despertó esta semana con una “Alerta Roja” en la zona zapatista del estado de Chiapas.<sup>41</sup> No sabemos qué consecuencias pueda esto tener. Dicen que se van a concentrar para decidir sobre su futuro donde está en juego el perder, quizá, lo logrado hasta ahora.

No sé si la paciencia pacifista del neozapatismo se agotó. No sé si se retirarán para concentrarse y concentrar la atención de los medios de comunicación. No sé si presienten que el Ejército federal se está preparando para atacarlos. No sé si quieren que los planteamientos de las precampañas rumbo a las elecciones presidenciales no olviden el tema indígena. No sé si decidieron romper nuevamente el silencio con las armas. No sé si están pensando en acudir a instancias internacionales para el reconocimiento de su libre determinación. No sé si quieren jugar al gato y al ratón con el Ejército federal.

Sólo el tiempo nos dirá la respuesta correcta. Considero que la vía armada nunca ha sido ni será la mejor forma de resolver los problemas. Ojalá que ni el Ejército federal ni el Ejército zapatista reinicien las hostilidades. Urge más bien retomar las armas del diálogo, la tolerancia, la confianza, la esperanza.

Las enmiendas que se consideren necesarias para clarificar y poder aplicar la reforma constitucional en el corto plazo, deberían ser el propósito que la sociedad civil debemos exigir a las partes. La violencia siembra semillas muertas por eso nada se puede esperar de bueno intercambiando balas. Sólo con el diálogo respetuoso y responsable se puede sembrar semillas vivas esperando consolidar la dignidad y elevar las condiciones de vida de los pueblos indígenas intercambiando ideas.

En todo proceso legislativo se decantan tres niveles de análisis: la discusión, la aprobación y la aplicación. En el nivel de discusión relacionado con la reforma indígena se puede afirmar que se enfrentaron las dos visio-

<sup>41</sup> “Los zapatistas declaran la «alerta roja»”, 21 de junio de 2005, en *www.actualidad.es.terra.es*, consulta del 23 de junio de 2005.

nes de país: la monocultural y la pluricultural. De los encuentros y desencuentros entre ambas surgió la iniciativa de reforma constitucional como producto de un fenómeno inédito históricamente y en consecuencia con aciertos y aspectos a enmendar. Esto último se esperaba que hiciera el Congreso de la Unión en el nivel de aprobación de la reforma. La Comisión de Concordia y Pacificación debió haber sido el puente activo entre el nivel de discusión y el de aprobación para cabildear ante los grupos parlamentarios una aprobación de la reforma que no alterara el espíritu de la misma, es decir, la inclusión respetuosa y digna de los pueblos indígenas en la Constitución. No fue el caso y el Senado en lugar de sólo mejorar la reforma, oscureció su actuación con algunos agregados innecesarios, ambiguos y diversas omisiones.

Las mejoras del Senado fueron: incluir el principio de autoadscripción de los pueblos indígenas y los elementos de definición de las comunidades indígenas; aclarar que el acceso a los recursos naturales no incluirían las áreas estratégicas; sistematizar las bases de una política indigenista de participación con los pueblos indígenas y la obligación constitucional de que los presupuestos de egresos federal y estatales establezcan partidas especiales para el cumplimiento de dicha política.

Reconocer que somos una sociedad pluricultural y añadir que “La nación mexicana es única e indivisible” es innecesario, ya que las demandas indígenas se plantean al interior del Estado: no pretenden desunir ni dividir. Reconocer el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas sin explicitar, como lo hacía la iniciativa, que son por tanto entidades de derecho público, aunque era innecesario porque estaba implícito, causó más confusión que claridad. Y más confusión causó al establecer en el apartado “A”, es decir, en el marco de los derechos autonómicos, que los pueblos indígenas serían también reconocidos como entidades de interés público.

Una de las omisiones del Senado fue no considerar la propuesta de ampliar los derechos políticos de los pueblos indígenas a participar en las elecciones federales y estatales al establecerse en la iniciativa original la redistribución electoral (artículos 53 y 116). Solamente el artículo tercero transitorio del decreto de reforma estableció, de manera incompleta a título de recomendación, que “Para establecer la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales deberá tomarse en consideración, cuan-

do sea factible, la ubicación de los pueblos y comunidades indígenas, a fin de propiciar su participación política”.

La reforma indígena, históricamente, es un avance sustancial hacia la construcción de un país pluricultural y justo. Las enmiendas por hacer podrían ser la ocasión para que la discusión y ampliación de los derechos de los pueblos indígenas se realice en su ámbito de debate de fondo: la reforma del Estado. No hay culpas que pagar, sino responsabilidades que asumir.

Mi propuesta es que una revisión de la reforma constitucional en materia indígena debe ser considerada, parte de la reforma del Estado. En este sentido, se debe considerar la reforma indígena como un “paquete legislativo” que incluya las leyes reglamentarias correspondientes, donde se establezcan las nuevas instituciones que se encarguen de consolidar la autonomía y el desarrollo de los pueblos indígenas.

El marco del diálogo también debe ser revisado. La discusión de los temas debería concentrarse en una sola mesa y proponer una sola reforma indígena integral.

El desafío sigue estando ahí: no hemos podido, a pesar de las reformas legislativas, crear las nuevas instituciones que impulsen de manera efectiva el respeto a los derechos de los pueblos indígenas y garanticen su desarrollo económico, educativo, sustentable. En este sentido, este trabajo, no pretende ser un mero recuento de datos y opiniones, sino que espera influir en las masas... encefálicas de los que tienen en sus manos velar por la aplicación efectiva de los derechos indígenas como corresponde a cada uno de los derechos del pueblo mexicano.

## X. BIBLIOGRAFÍA

———, “Constitución y derechos indígenas”, *El Universal*, 30 de septiembre de 2002, en [www.eluniversal.com.mx](http://www.eluniversal.com.mx)

———, “La autonomía y la reforma constitucional en México”, [www.alertanet.org](http://www.alertanet.org)

ANAYA, James S., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, trad. de Luis Rodríguez-Piñero Royo en colaboración con Pablo Gutiérrez Vega y Bartolomé Clavero, Madrid, Trotta, 2005.

BARIÉ, Cletus Gregor, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, 2a. ed., Bolivia, Instituto Indigenista

- Interamericano/Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas/ Abya Yala, 2003.
- BUERGENTHAL, Thomas, *Derechos humanos internacionales*, trad. de Ángel Carlos González Ruiz, 2a. ed., México, Gernika, 2002.
- CASTILLO, Gustavo y ARANDA, Jesús, “SCJN: improcedentes, las controversias constitucionales contra la ley indígena”, *La Jornada*, México, 7 de septiembre de 2002, en [www.jornada.unam.mx](http://www.jornada.unam.mx)
- CASTRILLÓN ORREGO, Juan Diego, *La dinámica internacional y nacional en la formación de los derechos indígenas: el caso Colombia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tesis de doctorado en derecho, 2005.
- CASTRO, Juventino V., “Las reformas constitucionales en materia indígena”, *El Universal*, México, 12 de septiembre de 2002, en [www.eluniversal.com.mx](http://www.eluniversal.com.mx)
- CHACÓN ROJAS, Oswaldo, *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas. Problemas y límites de los paradigmas políticos*, México, Universidad Autónoma de Chiapas-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- CIENFUEGOS SALGADO, David, “Comunidades indígenas y protección del medio ambiente. La reforma al artículo segundo de la Constitución federal mexicana”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. LII, núm. 237, 2001.
- DÍAZ-POLANCO, Héctor, y SÁNCHEZ, Consuelo, *México diverso. El debate por la autonomía*, México, Siglo XXI, 2002.
- DONELLY, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, trad. de Ana Isabel Stellino, México, Gernika, 1994.
- DURAND ALCÁNTARA, Carlos H., *Derecho indígena*, México, Congreso del Estado de Guerrero, 2001.
- ESPIÑOZA SAUCEDA *et al.*, *Los pueblos indígenas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas *et al.*, 2002
- GÓMEZ, Magdalena, “Lo que debe usted saber de la iniciativa de la Copca. A propósito de las objeciones oficiales y oficiosas”, *La Jornada*, 8 de abril de 2001, [www.jornada.unam.mx](http://www.jornada.unam.mx)
- GONZÁLEZ GUERRA, Gisela (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.

- KUPPE, René, “El Convenio OIT 169 y tres países europeos. Una contribución al discurso sobre derechos humanos en Europa”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994.
- LERNER, Natán, *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- MOLINA PALAFOX, Marco Antonio, *Análisis comparativo de los convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo y su aplicación en México*, UNAM, Facultad de Derecho, tesis de doctorado, 1998.
- POBLETE TRONCOSO, Moisés, *Condiciones de vida y de trabajo de la población indígena del Perú*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1938.
- RABASA GAMBOA, Emilio, *Derecho constitucional indígena*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- ROULAND, Norbert *et al.*, *Derecho de minorías y de pueblos autóctonos*, México, Siglo XXI, 1999.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, *Jueces que necesitamos. Jueces que no necesitamos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001
- SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (ed.), *México y la Organización Internacional del Trabajo*, 5a. ed., México, 1998.
- SILVA MEZA, Juan N., “El fallo sobre ley indígena, legal, no complaciente. Una resolución favorecedora habría perjudicado al poder judicial”, entrevista de Jesús Aranda, *La Jornada*, 30 de septiembre de 2002.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *La cuestión étnica*, trad. de Francisco Segovia, México, El Colegio de México, 2001.
- WALSH, Catherine, *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*, en [www.icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html](http://www.icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html)
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, “La justicia constitucional en México. Balance y retos”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.