

# CONSTITUCIONALISMO Y MULTICULTURALISMO

*Miguel Carbonell*



*RESUMEN: Miguel Carbonell desarrolla los contenidos y relaciones teóricas entre constitucionalismo y multiculturalismo exponiendo la forma en que tales conexiones se han comenzado a manifestar en el orden jurídico mexicano, incluidos importantes criterios jurisprudenciales emitidos por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en materia de derechos político electorales y elecciones por usos y costumbres.*

*ABSTRACTS: Miguel Carbonell develops the contents and the theoretical relations between the constitutionalism and multiculturalism and mentions how such connections start to be present at the Mexican judicial system. Mr. Carbonell talks about the important jurisprudential criteria issued by the Federation Judicial Power's Electoral Court on electoral political rights and use and costumes elections.*

*Derecho y Cultura*, núm. 13,  
enero-abril de 2004,  
pp. 21-80

---

RÉSUMÉ: *Miguel Carbonell développe les continues et les relations théoriques entre le constitutionnalisme et les différentes cultures en exposant la façon dans laquelle telles connections ont commencé à se manifester dans l'ordre judiciaire mexicain y compris les importants critères jurisprudentiels issues par la Salle Supérieure du Tribunal Electoral du Pouvoir Judiciaire de la Fédération en matière de droits politiques électoraux et des élections par usages et coutumes.*

## I. MULTICULTURALISMO Y DERECHOS: UN DEBATE ABIERTO Y COMPLEJO

**E**n los últimos años hemos asistido a la inserción, dentro de los debates sobre el contenido y papel de las Constituciones, del tema del multiculturalismo y de los derechos de las minorías. Desde luego que la protección de las minorías ha sido un asunto central del constitucionalismo desde sus orígenes. La función de los derechos fundamentales y de los jueces constitucionales, que son dos instituciones básicas (mejor dicho, esenciales) del paradigma del Estado constitucional son típicamente contramayoritarias y tienen como uno de sus objetivos centrales la protección de las minorías.

Pero el debate actual no trata sobre el clásico enfoque relativo a la protección constitucional que debía darse a las minorías, sino que ha avanzado por su propia línea discursiva, diseñando una ruta que ha venido a poner en crisis varios de los conceptos fundamentales con los que la teoría constitucional había trabajado desde su nacimiento y, en particular, como algunos que se habían desarrollado a partir de la Segunda Guerra Mundial, momento en el que se consolida el modelo de Constitución que rige en la actualidad.<sup>1</sup>

La discusión sobre el multiculturalismo se ha extendido hacia muchas áreas del conocimiento social, abarcando temas referidos a la protección jurídica de las diferentes culturas que conviven al interior de un Estado, pero replanteando también cuestiones que tienen que ver con los derechos fundamentales, como pueden ser las concepciones de la autonomía moral de los individuos o los límites de la tolerancia hacia prácticas no liberales de

---

<sup>1</sup> Véase Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma” *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (obra colectiva), México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 109 y ss. (2a. ed., México, 2002).

organización societaria, para llegar incluso al propio concepto de cultura en tanto que objeto a proteger por el sistema constitucional de derechos fundamentales.

En cualquier caso, la reflexión teórica ha surgido como producto de necesidades absolutamente prácticas. En los últimos años se han exacerbado como nunca las pasiones nacionalistas y culturalistas, lo cual ha generado conflictos de gran magnitud derivados en parte de los retos que para la convivencia y organización estatal representa el multiculturalismo.<sup>2</sup>

Tal parece que el fenómeno de la globalización, el crecimiento expansivo de los alcances de los mercados y la imposición planetaria de una serie de pautas culturales y de valores sociales, se ha correspondido en el ámbito de los Estados-nación con un “retorno a la comunidad”, con un redescubrimiento del valor de lo propio, de lo distinto o de lo antiguo.<sup>3</sup> En este sentido, la globalización, aunque muchas veces deliberadamente se ignore por algunos de sus teorizadores, ha supuesto un movimiento doble: de una parte, hacia la internacionalización y la reducción del tiempo y el espacio —ilustrada por ejemplo en la velocidad de los mercados financieros para movilizar planetariamente y en tiempo real divisas y capitales—; por otra, en un resurgimiento de los localismos y una revitalización de los “discursos identitarios”, ya sea de raíz religiosa, cultural, étnica o nacional.<sup>4</sup> Es en este último punto donde se instala en definitiva la problemática multiculturalista.

Will Kymlicka identifica cuatro factores que han incidido en la explosión del interés en torno a la protección y acomodo de las minorías dentro de los Estados democráticos contemporáneos: *a)* en primer lugar, la caída de los regímenes comunistas de Europa del este, que desató una

<sup>2</sup> Se ha estimado que entre 1945 y 1975 ha habido diez millones de muertes relacionadas con la violencia étnica; de entonces a esta fecha la cifra sigue incrementándose por los hechos de Ruanda y Zaire a mediados de los 90, los de Bosnia y Croacia también en esa década y los de Punjab y Sri Lanka un poco antes. Sobre este punto, Kellas, James, *The Politics of Nationalism and Ethnicity*, 2a. ed., Nueva York, St. Martin's Press, 1998.

<sup>3</sup> Ianni, Octavio, *La era de la globalización*, México, Siglo XXI editores, 1999, pp. 127 y ss.

<sup>4</sup> Vallespín, Fernando, *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 29 y 30. En el mismo sentido, Isidoro Moreno destaca que la mundialización ha generado dos dinámicas complementarias y opuestas: “la dinámica de la *globalización* y la dinámica de la *localización*”, “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación” en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

oleada de nacionalismos étnicos esa parte del mundo; *b*) en segundo término, el reto del acomodo para los inmigrantes, cuestión que es particularmente intensa dentro de las democracias ricas de Europa y en Estados Unidos; *c*) en tercer lugar, el resurgimiento de los movimientos indígenas y su movilización política, que ha generado un efecto importante sobre varios de los textos constitucionales de América Latina, como veremos más adelante; y *d*) la creciente y constante amenaza de secesión que se está generando en varios países, como por ejemplo en Canadá, Gran Bretaña, Bélgica y España.<sup>5</sup>

Sea como sea, el tema del multiculturalismo no es de carácter exclusivamente teórico en la medida en que involucra cuestiones prácticas que tienen que resolver muchas de las democracias contemporáneas, incluyendo por supuesto la incipiente democracia mexicana.<sup>6</sup> Como apunta Neus Torbisco, “las *democracias con demócratas*, todavía no han superado ni mucho menos resuelto los problemas derivados de la diversidad cultural”.

Las dificultades mayores del debate multiculturalista se encuentran al momento de traducir normativamente las opciones tomadas con base en posturas propias de la filosofía moral o política o incluso de la antropología. El discurso multiculturalista es de aquellos que se mueve bien “en las alturas”, pero presenta graves problemas cuando se quiere aplicar a realidades que suelen ser muy complejas, como lo demuestra entre otros el caso del Estado mexicano.

Ante este panorama, las modernas democracias no pueden seguir tratando a las minorías como si no existieran o, peor aún, con la única arma de la represión a los que son diferentes por causa de su religión, de su origen étnico o de su pertenencia cultural. Hoy en día el reto puede

---

<sup>5</sup> *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 30.

<sup>6</sup> Como señala Will Kymlicka, “...minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el currículum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de símbolos nacionales, como la elección del himno nacional y las festividades oficiales. Encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables a dichas cuestiones constituye el principal desafío al que se enfrentan las democracias en la actualidad”, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 13; del mismo autor, “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, Del Águila, Rafael, Vallespín, Fernando *et al.*, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 413 y ss.

sintetizarse en una frase que ha sido muy utilizada, pero quizá no tan comprendida como sería necesario: hacer posible la convivencia intercultural con el respeto a la diversidad. Ese es el signo que marcará, durante las décadas que siguen, la historia de muchos países, entre los que desde luego se encuentra México.

¿Tiene algo que aportar la teoría del derecho constitucional y de los derechos fundamentales al debate multiculturalista? La respuesta, al tenor de la exposición que se realiza en los siguientes apartados, debe ser necesariamente positiva, puesto que en último término se trata de resolver el clásico problema de las relaciones entre la mayoría y las minorías, aunque en esta ocasión no estén determinadas según los parámetros clásicos con los que ha operado típicamente el constitucionalismo.

Por un lado, la intervención del derecho constitucional, como ya se apuntaba, debe darse por necesidades muy prácticas, que en parte han ido resolviendo muchos países. Al reconocer los derechos de las minorías —al darles incluso rango constitucional— se han evitado escenarios de guerras, terrorismo y violencia intercultural en varios países democráticos;<sup>7</sup> en otros casos, cuando las minorías han sido sojuzgadas o incluso reprimidas no se ha podido lograr un ambiente que permita la convivencia pacífica entre los grupos étnico-culturales.

Desde otro punto de vista, al poner el debate sobre los derechos de las minorías en el nivel de los derechos fundamentales, se evita dejar el tema dentro de la órbita de las políticas públicas, que según algunos autores pueden ser discrecionales, experimentales e incluso transitorias. Al considerar a las reivindicaciones de las minorías como derechos fundamentales se les enfoca desde la óptica de la dignidad y el respeto básicos que deben darse en toda sociedad democrática.<sup>8</sup>

Hay que reconocer desde el principio que se trata de un tema en el que no pueden ofrecerse respuestas definitivas y en el que no hay teorías consolidadas. El debate ha cambiado de forma importante en los últimos años y el reconocimiento a los derechos de las minorías, aunque presente rasgos comunes en muchos países de América Latina, se ha llevado a cabo

<sup>7</sup> Como escribe Will Kymlicka, “En parte como resultado de haber adoptado estos derechos de las minorías, las democracias occidentales han aprendido a tratar la diversidad étnica de forma pacífica y democrática, con una ausencia casi completa de belicosidad, terrorismo, violencia o represión estatal”, *La política vernácula... cit.*, p. 12.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 16.

de forma diferente en cada ordenamiento constitucional. Como lo señala Kymlicka, “A pesar de la creciente envergadura de la bibliografía sobre los derechos de las minorías aún no disponemos de una explicación sistemática sobre qué tipos de exigencias de las minorías son apropiados y en qué contextos y para qué grupos, por ejemplo, sobre cómo difieren las reclamaciones de los pueblos indígenas de las reclamaciones de otros grupos nacionales”.<sup>9</sup>

### 1. *Las etapas del debate*

Para ir comprendiendo el debate reciente sobre el multiculturalismo, quizá sea oportuno hacer un breve recorrido sobre las principales estaciones en las que ese debate se ha detenido en los años recientes. Para lograr una exposición sintética pero a la vez —espero— sustantiva, voy a seguir la síntesis elaborada por Will Kymlicka, que ha identificado tres grandes etapas en la discusión sobre el multiculturalismo y los derechos de las minorías.

- A) En la primera etapa, que abarca las décadas de los años 70 y 80, los derechos de las minorías se identifican con el comunitarismo; de hecho, el debate se parece reducir a la disputa entre comunitaristas y liberales. En este punto, la posición sobre los derechos de las minorías dependía de la propia postura sobre el comunitarismo. Quienes aceptaban la necesidad de que existieran derechos de las minorías sostenían que esos derechos no eran del todo compatibles con los principios del individualismo moral o de la autonomía individual que defendía el liberalismo; se decía que las personas estaban neceseramente incrustadas en distintos roles y relaciones sociales, que determinaban su conducta y su percepción del bien, por lo que las comunidades requerían de una consideración más amplia que los individuos, a fin de asegurar la permanencia de ese contexto de elección.

En otras palabras, defender derechos de las minorías equivalía a defender posturas comunitaristas, mientras que las posiciones liberales no aceptaban tales derechos. En palabras de Kymlicka, “la defensa de los derechos de las minorías implicaba respaldar la crítica comunitarista al

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 13 y 14.

liberalismo y considerar que los derechos de las minorías representaban la defensa de los grupos minoritarios cohesionados y de mentalidad comunal frente a la intrusión del individualismo liberal”.<sup>10</sup>

- B) En la segunda etapa el debate cambia sustancialmente ya que se reconoce que el liberalismo también pueden dar cabida a derechos de las minorías. En ese cambio concurren varias circunstancias. Una de ellas es que se comprueba que las minorías no siempre quieren ser protegidas de los avances de la modernidad; por el contrario, lo que piden es una serie de protecciones que les permitan justamente poder disfrutar de esos avances en condiciones equitativas respecto a la mayoría. Las minorías culturales dejan de ser vistas como grupos regresivos y anti-liberales porque se comprueba que su adhesión a los principios de la modernidad liberal es tan profunda e intensa como lo es en el caso de los grupos mayoritarios. Se asume que el compromiso con la autonomía individual es muy profundo y extenso en nuestras democracias contemporáneas, el cual atraviesa cualquier diferencia étnica, lingüística o religiosa.

En este punto del debate, la cuestión central no responde al típico debate entre comunitaristas y liberales, sino entre diversas formas de entender el liberalismo y de llevarlo a la práctica. Algunas minorías argumentan que el reconocimiento de ciertos derechos colectivos, por ejemplo, los relacionados con su lengua, prácticas culturales e identidades, no se oponen únicamente al principio de autonomía individual, por el contrario, es un requerimiento exigido si se toma a ese principio como premisa para regular la convivencia entre la mayoría y las minorías culturales dentro de un Estado.

Las preguntas clave que surgen en esta etapa del debate son al menos las siguientes: ¿si las minorías culturales son liberales,<sup>11</sup> porqué entonces necesitan que se les reconozca un estatus jurídico particular?, ¿por qué no pueden satisfacer sus expectativas de vida con los típicos derechos fundamentales asignados a todos?, y lo más importante, ¿cómo asegurar

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>11</sup> No se debe pasar por alto que no todas las minorías culturales o étnicas son liberales, pero también es cierto que las minorías “típicamente anti-liberales” son, al menos en las democracias occidentales, la excepción y no la regla. Tampoco todos los derechos en favor de las minorías encajan bien en la teoría liberal, como veremos más adelante.

que el reconocimiento de un estatuto jurídico particular para las minorías no representará un rompimiento de los postulados esenciales del liberalismo; es decir, hasta dónde puede llegar ese reconocimiento sin situarse fuera del ámbito liberal? Para responder a estas preguntas Kymlicka formula un par de reglas, que aunque simplifican al máximo la cuestión también sirven para aclararla: los derechos de las minorías, nos dice este autor, son coherentes con el culturalismo liberal si:

- a) protegen la libertad de los individuos en el seno del grupo; y
  - b) promueven relaciones de igualdad (de no dominación) entre los grupos.<sup>12</sup>
- C) La tercera etapa del debate es, según Kymlicka, en la que nos encontramos actualmente. A partir de la etapa anterior se ha empezado a generar un consenso sobre el “culturalismo liberal”, que ha permitido que el debate haya ido avanzando hacia cuestiones muy concretas referentes al desarrollo de políticas multiculturalistas concretas. En esta tercera etapa se abandona la idea de la neutralidad estatal y se pasa a la idea del Estado democrático protector de las naciones y nacionalidades que conviven en su interior. Se trata de discutir las formas como se van a tutelar a las minorías nacionales, por un lado, y a los inmigrantes, por otro.

Para Kymlicka, los dos grandes avances del debate, hasta este momento, consisten en que, en primer lugar, se ha abandonado la idea de que la justicia social puede ser definida en términos de reglas que hagan caso omiso de las diferencias (*difference-blind rules*); actualmente se acepta que esas reglas pueden causar desigualdades y, por tanto, ser fuente de injusticias. El segundo avance es que hoy en día la carga de la prueba ya no corresponde a quienes defienden derechos de las minorías, sino de quienes defienden las reglas que no hacen caso de las diferencias, ya que deben probar que el *status quo* no crea injusticias para los grupos minoritarios.

De todo lo anterior se puede concluir que, desde hace unos años, se trata no de discutir si tiene preeminencia el individuo o la comunidad, si el reconocimiento de las diferencias funciona como excusa para regresar al feudalismo, o si la autonomía personal se puede desarrollar por fuera y aún en contra de todas las señas que imprime sobre cada individuo la pertenencia a un determinado grupo étnico o cultural; ahora la discusión se

---

<sup>12</sup> Kymlicka, *La política vernácula... cit.*, p. 36.



enfoca en la necesidad de impulsar o frenar el reconocimiento de reivindicaciones normativas muy concretas y específicas. Reivindicaciones que, en una de sus variantes, asumen la forma de derechos colectivos.

Para poder comprender la regulación constitucional que en materia de multiculturalismo y derechos de las minorías existe en México, hace falta preliminarmente repasar los argumentos en favor y en contra de los derechos culturalmente diferenciados (es decir, se trata del fundamento del estatuto jurídico diferenciado que algunas minorías reclaman, ¿cómo se justifica ese trato diferente?). Por otro lado, es importante ir aterrizando el debate a fin de identificar concretamente de qué derechos hablamos cuando hacemos referencia a los derechos colectivos. Una vez que se ha ido analizando lo anterior, podemos entrar al terreno de los problemas que las diferencias culturales suministran en el derecho constitucional positivo (esto es, ¿cómo hacer compatibles los derechos de las minorías con el resto de los derechos?, ¿cuáles son los sujetos a los que protegen esos derechos?) y particularmente en el constitucionalismo de América Latina, cuyo tema se ha enfocado al reconocimiento y protección de los derechos indígenas. Con todo ese bagaje nos será posible, finalmente, adentrarnos en la regulación que de esos derechos se contiene en el artículo 2o. de la Constitución mexicana, a partir de la reforma del 14 de agosto de 2001. Este es el plan expositivo de los apartados que siguen.

## *2. Los arumentos sobre los derechos culturalmente diferenciados*

En el debate multiculturalista la cuestión principal es si para garantizar las diferencias y las identidades étnicas y culturales es necesario crear esferas jurídicas particulares, distintas de aquellas que rigen para la generalidad de los habitantes de un Estado o si, por el contrario, lo que hay que hacer es volver efectivos los derechos fundamentales de forma que se eliminen en la medida de lo posible las desigualdades tan importantes que han sufrido tradicionalmente las minorías. En particular, se trataría de saber si una pertenencia cultural o étnica determinada daría lugar al establecimiento de un estatus diferenciado —incluso de rango constitucional— para hacer real y efectiva dicha pertenencia.

Habría que discernir si el Estado constitucional se encuentra en mejores condiciones de realización de la justicia social —sobre todo en lo concerniente a las minorías—, llevando a cabo una “diferenciación

jurídica de las diferencias” —aunque optando por realizarla a partir de ciertas características no consideradas violatorias del principio de igualdad tanto formal como sustancial—<sup>13</sup> manteniendo una “homologación jurídica de las diferencias” o, finalmente, llevando a cabo una “igual valoración jurídica de las diferencias”.<sup>14</sup>

Obviamente, el debate no se limita a la discusión sobre el establecimiento o no de derechos culturalmente determinados, éste se centra también en la supremacía que deberían tener los derechos comunitarios o colectivos sobre los individuales y viceversa. Las posiciones en este punto son muy diversas, pero reflejan fielmente el debate de fondo entre liberales y comunitaristas.

La postura en favor de incluir y garantizar derechos diferenciados en razón de grupos se puede sintetizar, como lo hace Kymlicka,<sup>15</sup> en los siguientes tres puntos:

- A) *Argumento de la igualdad*. Se sostiene que algunos derechos culturalmente diferenciados no necesariamente crean desigualdades, sino que a veces las eliminan. Pudiera ser que la pertenencia a alguna cultura determinada conllevara algún tipo de desigualdad, de forma que los derechos diferenciados vendrían a corregir esa desventaja.

Este argumento mantiene que la estructura estatal no es ni puede ser culturalmente neutral en su actuación, de forma que se producen probables discriminaciones (y potenciales situaciones de desigualdad) siempre que el Estado fija la lengua oficial, los planes educativos seguidos en las escuelas o en las divisiones territoriales y administrativas hacia el interior de su territorio; estas medidas, en palabras de Habermas, afectan a “la autocomprensión ética de una nación”.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Se puede decir que, con las variantes que cada ordenamiento constitucional prevea, son violatorias *prima facie* del principio de igualdad las distinciones basadas sobre la raza, el sexo, la clase social, la religión y la preferencia sexual, entre otras.

<sup>14</sup> Los conceptos de “diferenciación jurídica de las diferencias”, “homologación jurídica de las diferencias” e “igual valoración jurídica de las diferencias” se toman de Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 74 y ss.

<sup>15</sup> *Ciudadanía multicultural... cit.*, capítulo VI.

<sup>16</sup> “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”... *cit.*, p. 206. Sobre el principio de neutralidad del Estado, Da Silveira, Pablo, “Neutralidad del Estado y respeto del pluralismo. Una defensa del perfeccionismo modesto”, *La política. Revista de*

Para compensar lo anterior, se afirma, se deben asegurar a las minorías ciertos derechos que les aseguren un mínimo de condiciones de igualdad con respecto a las ventajas que tendrían otros grupos. Por ejemplo, se pide que si la lengua oficial de un Estado es distinta de la que utiliza una minoría étnica, ésta última pueda tener acceso a traductores en los procesos judiciales en los que se vean involucrados sus miembros o que existan subvenciones estatales para mantener escuelas en donde se enseñe también la lengua de la minoría.

Esta perspectiva, evidentemente, parte del entendimiento de la igualdad en sentido “sustancial”; es decir, como realización fáctica de una cierta igualdad social, diversa de la igualdad “formal” que se asegura, por ejemplo, a través de la prohibición de leyes individuales.

- B) El argumento de los pactos o acuerdos históricos. Un segundo argumento mantiene que, en virtud de la incorporación de ciertos grupos dentro de unidades estatales más amplias, pueden haberse suscrito pactos o acuerdos históricos que preserven ciertos derechos para esos grupos y que habría que respetar y garantizar. Este punto de vista encuentra su apoyo en importantes pactos internacionales que reconocen el derecho a la autodeterminación de los pueblos<sup>17</sup> dicha autodeterminación comprende no solamente la posibilidad de constituir un Estado independiente, sino también la de fijar los términos en que se puede producir una unión de pueblos a través, por ejemplo, de una Federación.
- C) *El argumento sobre el valor de la diversidad cultural.* Un tercer argumento en favor de los derechos diferenciados se fundamenta en el juicio de que es valiosa la existencia de culturas diversas, ya que dicha diversidad contribuye a enriquecer la vida de las personas. Además, la existencia de otras culturas permite observar modelos alternativos de organización con los cuales pueden tomarse elementos útiles para

*Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, Paidós, núm. 4, octubre de 1998, pp. 117 y ss., así como Torbisco, *Minorías culturales y derechos colectivos...*, cit., capítulos VI y VII.

<sup>17</sup> Véase Lucas, Javier de, “Las minorías: de los derechos individuales al estatuto jurídico”, *Isonomía*, México, núm. 3, octubre de 1995, pp. 71 y ss., así como el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de la ONU, sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas (del 18 de diciembre de 1990) y el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en Estados independientes (en vigor a partir del 5 de septiembre de 1991).

la reforma y mejoramiento de las organizaciones sociales.<sup>18</sup> Por otro lado, la existencia de paisajes culturales distintos, desde un punto de vista puramente estético, crea un mundo más interesante. Para Kymlicka este argumento no sirve para justificar por sí solo derechos de las minorías.<sup>19</sup>

Cabe apuntar que a veces el argumento del valor de la diversidad cultural se usa de modo incorrecto para derivar de la simple existencia benéfica del pluralismo cultural, la necesidad de reconocer como valiosas *todas* las prácticas culturales, asumiendo un relativismo ético inaceptable y que en algunas ocasiones choca con el más elemental sentido de la democracia o, en situaciones extremas, con el todavía más básico concepto de la dignidad humana. Como dice Rodolfo Vázquez, poco se avanza en el debate multiculturalista si, “sobre la base de un pluralismo mal entendido, se piensa que todas las culturas tienen igual valor y todas merecen igual respeto. Esta premisa es falsa”.<sup>20</sup>

En efecto, del hecho de que se reconozcan los beneficios de la existencia de un conjunto de culturas distintas, no se puede derivar que todas esas culturas merezcan el mismo respeto<sup>21</sup> y, por tanto, no se les deben reconocer a todas derechos diferenciados solamente por ser distintas de las culturas mayoritarias, sin tomar en cuenta la compatibilidad de sus prácticas y costumbres con —por lo menos— los postulados básicos de la democracia y la dignidad de todas las personas.

Esta es una de las deficiencias del debate multiculturalista, el cual normalmente se realiza en términos abstractos cuando lo necesario es llevarlo a cabo a la vista de grupos y comunidades concretos, los cuales

---

<sup>18</sup> Como escribe Torbisco, “En la medida en que una sociedad multicultural incrementa las oportunidades de realizar opciones culturales más allá de las estrechas fronteras del grupo al que pertenecemos, el multiculturalismo es capaz de transformar, eventualmente enriqueciendo, el horizonte de significados disponible para quienes no son miembros de una cultura”, *Minorías culturales y derechos colectivos... cit.*, p. 523.

<sup>19</sup> *Ciudadanía multicultural... cit.*, p. 171.

<sup>20</sup> “Derechos de las minorías y tolerancia”, *Diánoia. Anuario de Filosofía*, México, núm. 43, 1997, p. 159.

<sup>21</sup> Garzón Valdés señala que “La verificación de diferentes costumbres —conjuntamente con sus implicaciones normativas— no permite inferir sin más el respeto incondicionado de esas mismas costumbres”, “El problema ético de las minorías étnicas”... *cit.*, p. 526.

—en virtud, precisamente, del pluralismo existente— no pueden ser todos puestos en el mismo saco.

En contra de los derechos culturalmente diferenciados y de su prevalencia sobre los derechos individuales se esgrimen los siguientes argumentos:

- A) *El argumento del individualismo ético.* Este argumento sostiene que los individuos valen más que los grupos a los que pertenecen y las culturas valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten. Por ello, los derechos comunitarios deben ceder si entran en conflicto con los derechos liberales, entendidos como valores que hay que atribuir a cada individuo en cuanto ser único e irrepetible.<sup>22</sup>
- B) *Argumento de la imparcialidad.* Este argumento coincide con el punto de vista expresado párrafos arriba en el sentido de que no todas las culturas deben ser toleradas o respetadas por igual. Añade que para resolver los conflictos interculturales se precisa de un metacriterio que puede ser la perspectiva kantiana del liberalismo. De acuerdo con este argumento se acepta un multiculturalismo “débil” que circunscribe las peculiaridades éticamente respetables o tolerables a tres ámbitos fundamentales: la lengua, el arte y las necesidades o deseos secundarios de las personas.<sup>23</sup>

### 3. ¿Qué derechos para las sociedades multiculturales?

Tomando como base los anteriores argumentos toca ahora exponer de qué derechos en concreto se estaría hablando cuando se hace referencia a derechos culturalmente diferenciados. A la existencia, reconocimiento y garantía de los derechos que a continuación se mencionan a continuación deben aplicarse, según sea el caso, a los argumentos mencionados en el apartado anterior.

Según Kymlicka,<sup>24</sup> quien utiliza una perspectiva liberal o liberal moderada, hay tres tipos de derechos diferenciados en función del grupo:

<sup>22</sup> Vázquez, Rodolfo, “Derechos de las minorías y tolerancia”... *cit.*, pp. 156 y ss. Una crítica general a los postulados multiculturalistas se puede ver en Vitale, Ermanno, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per el pensiero democratico*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

<sup>23</sup> Vázquez, Rodolfo, “Derechos de las minorías y tolerancia”... *cit.*, p. 161.

<sup>24</sup> *Ciudadanía multicultural...*, *cit.*, pp. 46 y ss. Un análisis complementario puede verse en Levy, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 167 y ss.

- A) *Los derechos de autogobierno*. Por este tipo de derechos podemos entender los que son reconocidos a uno o más grupos minoritarios dentro de un Estado, de acuerdo con los cuales pueden diseñarse y ejercerse de forma autónoma atribuciones de carácter político y/o jurisdiccional. Una forma concreta que pueden tomar estos derechos es el federalismo; en un Estado federal las competencias gubernativas se encuentran divididas entre los diferentes niveles de gobierno, de forma tal que las subunidades regionales cuentan con márgenes más o menos amplios para determinar sus estructuras y formas de organización política (siempre dentro del marco que establece la Constitución federal, por supuesto).<sup>25</sup>

Kymlicka señala que, en principio, no hay una conexión necesaria entre el federalismo y la diversidad cultural, aunque reconoce también que esta forma de distribución del poder estatal constituye una estrategia común para acomodar a las minorías nacionales.<sup>26</sup> Otros autores destacan que la organización federal dentro de los Estados democráticos juega un papel muy importante para controlar a las mayorías y, en consecuencia, para proteger a las minorías.<sup>27</sup>

Obviamente, el federalismo servirá para dar cabida a la diversidad cultural en la medida en que la o las minorías nacionales sean mayoritarias dentro de las unidades regionales o esas mismas minorías puedan estar en condiciones de tener una representación política propia del territorio subnacional; de lo contrario, la división territorial del Estado solamente servirá para reproducir el dominio mayoritario que existe a nivel nacional.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Una descripción de la forma en que se encuentran distribuidos los ámbitos competenciales entre la Federación y las entidades federativas en México puede verse en Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

<sup>26</sup> *Ciudadanía multicultural...*, cit., p. 49.

<sup>27</sup> En este sentido, Alfred Stepan, “Democracia y federalismo. Un análisis comparata”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, año XXVIII, abril de 1998, pp. 5-53. Sobre el mismo punto, Linz, Juan J., “Democracia, multinacionalismo y federalismo”, *Revista Española de Ciencia Política*, Madrid, vol. 1, núm. 1, 1999, pp. 7-40.

<sup>28</sup> Kymlicka, *Ciudadanía multicultural...* cit., p. 50; véase también las observaciones de Habermas, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”... cit., pp. 208 y 209.

B) *Derechos poliétnicos*. Estos derechos tienen por objetivo erradicar las discriminaciones y los prejuicios existentes contra las minorías culturales. Se concretan en la exigencia de subvención pública para las prácticas culturales de las comunidades o para tener acceso en condiciones de cierta igualdad a los mercados de intercambio de bienes y servicios. Bajo ciertas modalidades, algunos grupos en los que no existen diferencias entre la moral pública y la moral privada (y en los que, por tanto, la religión es una forma de poder sobre la comunidad) reivindican la exención de leyes y disposiciones que perjudiquen sus prácticas religiosas. Tal es el caso, recordado por Kymlicka, de la negativa a usar casco de seguridad para motocicletas de los varones *sij's* en Canadá, de forma que puedan seguir utilizando sus turbantes. En Inglaterra los judíos y musulmanes han solicitado que se les exima del cierre dominical de los negocios o de las normas relativas al sacrificio de los animales. En México los niños que profesan algunas religiones se niegan a rendir culto en las escuelas públicas a los símbolos patrios como la bandera o el himno nacionales.<sup>29</sup>

Una característica de este tipo de derechos es que, en principio, no obstaculizan el éxito y la viabilidad de las instituciones políticas y económicas de las sociedades dominantes, con lo cual no plantean *prima facie* un conflicto con algún otro tipo de derecho.

C) *Derechos especiales de representación*. Estos derechos tienen por objetivo compensar algunas desviaciones o insuficiencias de los procesos de representación política de los Estados democráticos contemporáneos. En este sentido, algunos grupos han pugnado por establecer algo así como una “acción de clase política”, que compense de forma temporal algunas desventajas o barreras sistémicas que les impiden contar con una efectiva representación política.<sup>30</sup> Entre estas desventajas se menciona, por ejemplo, la imposibilidad que tienen algunas minorías de establecer alianzas con otros grupos sociales, lo

---

<sup>29</sup> Sobre este último punto, Cázares, Carlos y Peña de Hoyos, José Luis, “Los testigos de Jehová y la objeción de conciencia”, *La objeción de conciencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 255-268.

<sup>30</sup> Kymlicka, *Ciudadanía multicultural... cit.*, p. 54.

cual las coloca en una situación de inferioridad real respecto de los demás grupos.<sup>31</sup>

Las críticas hacia este tipo de derechos se dirigen, por lo menos, en una doble vertiente. En primer lugar, sostienen que los problemas de la representación política no son exclusivos de los grupos culturalmente diferenciados, sino de toda la sociedad. No hay prácticamente ningún Estado democrático que haya podido solucionar de modo eficaz el tema de la representación política.<sup>32</sup> El predominio de las burocracias partidistas, los efectos nocivos del corporativismo, la influencia de los grupos de presión, entre otros, son fenómenos que alteran el concepto y funcionamiento de la representación política y explican en alguna medida el descontento popular respecto del desempeño de los órganos representativos.

En segundo lugar, se dice que los mismos derechos especiales de representación deberían asignarse —si se acepta la postura de quienes defienden estos derechos— a otros grupos, no necesariamente minoritarios, pero que también tienen problemas para ser efectivamente representados. El caso paradigmático al respecto es el de las mujeres, las cuales en casi todos los países tienen un notable índice de subrepresentación respecto de los hombres si se toma en cuenta el porcentaje del total de la población que son. Argumentos parecidos se podrían sostener para el caso de los discapacitados, de los pobres, etcétera. Se trata del conocido argumento de “la pendiente resbaladiza”: si comenzamos reconociendo una representación especial para las minorías étnicas terminaremos haciendo lo mismo con otros grupos discriminados.

Desde mi punto de vista, lo que cabría hacer en este campo son al menos dos cosas, una de alcance particular y otra de tipo más general: *a)* por un lado intentar construir una “representación de grupo”, quizá mediante el establecimiento de uno o varios distritos electorales indígenas, que pudieran escoger representantes ante las cámaras legislativas federales y locales exclusivamente entre sus miembros; y *b)* por otro lado, habría que

---

<sup>31</sup> Sullivan, Kathleen M., “Representation of racial minorities” Brinkley, Alan, Polsby *et. al.*, *The New Federalist Papers. Essays in Defense of the Constitution*, Nueva York, Londres, W.W. Norton and Company, 1997, p. 104. Véase también González Galván, “Los paradigmas constitucionales y los derechos indígenas”... *cit.*, p. 100.

<sup>32</sup> Sartori, Giovanni, “En defensa de la representación política”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 91, abril de 1999, pp. 2 y ss.



mejorar, en general, los mecanismos representativos del Estado; esto se puede lograr si se democratizan internamente los partidos políticos, si se establecen mecanismos de *accountability* para los representantes populares, si se crean sistemas de fiscalización de ingresos y gastos para las campañas políticas, etcétera.

Tales medidas traerían beneficios no solamente para los grupos culturalmente diversos, sino para toda la sociedad, con lo cual se verían satisfechas las reivindicaciones de esos grupos. La idea de transitar hacia una democracia “posrepresentativa” no parece ni posible ni deseable de momento,<sup>33</sup> esto no quiere decir que no se puedan intentar innovaciones a los sistemas representativos que se utilizan en el presente.

Una forma parcialmente distinta de las señaladas para avanzar hacia una mejor protección de las minorías, sin producir alteraciones graves en el sistema de representación política que han consagrado la mayoría de Estados democráticos, quizá pudiera darse en el momento de definir la conformación de los distritos electorales. Al establecer las “demarcaciones del voto” se pueden tomar en cuenta la relación mayoría-minorías, de tal forma que las segundas puedan contar con una gama de opciones que les permita tener posibilidades de elegir a sus propios representantes.

En Estados Unidos la integración de los llamados *majority-minority congressional districts* ha producido que para las elecciones de 1994 el número de miembros afroamericanos de la Cámara de Representantes pasara de 17 a 39. De esos 39, solamente tres representantes no fueron elegidos en distritos conformados bajo el criterio de *majority-minority*.<sup>34</sup> A pesar de que luego la Corte Suprema de los Estados Unidos ha limitado esa práctica por considerarla no apegada a la Constitución,<sup>35</sup> tal vez los mismos parámetros se puedan tomar en cuenta en aquellos estados en los que la base de definición de los distritos no tenga que ser racial, pero pueda ser cultural o étnica.

Un teórico muy relevante, Jacob T. Levy, ha elaborado una síntesis de los tipos de derechos culturales o colectivos que suelen estar presentes tanto en los discursos teóricos como en las políticas públicas de los estados

<sup>33</sup> Sartori, Giovanni, “En defensa de la representación política”... *cit.*, p. 6.

<sup>34</sup> Sullivan, Kathleen M., “Representation of racial minorities”... *cit.*, p. 106.

<sup>35</sup> Véase Ceccherini, Eleonora, “Eguaglianza del voto e rappresentatività delle minoranze: recenti orientamenti giurisprudenziali negli Stati Uniti”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 1997, pp. 311 y ss.

multiculturales.<sup>36</sup> Se trata de una lista que comprende tanto aquellas reivindicaciones que pueden parecer legítimas desde una óptica liberal, como otras que quizá no lo sean tanto. Pero la discusión sobre la legitimidad de cada una de las especies que a continuación se exponen es algo que puede hacerse solamente a partir de su conocimiento y análisis, y no de forma previa.

Los principales derechos culturales o colectivos son, de acuerdo con Levy, los siguientes:

- A) *Exenciones* a leyes que penalizan o dificultan prácticas culturales; en este rubro se incluirían las exenciones de la prohibición de usar el peyote para ciertas tribus indígenas o de obligación para los miembros de la tribu Sikh de quitarse el turbante para poder ponerse el casco al viajar en motocicleta. También sería el caso de quienes, profesando la religión judía, piden que se les exente del cierre dominical obligatorio de los comercios, en aquellos países donde tal medida existe.
- B) *Asistencia* para llevar a cabo una serie de acciones que la mayoría puede realizar sin ayuda. Se trata, sobre todo, de pedir subvenciones públicas para llevar a cabo festivales tradicionales, para impulsar la difusión de su propia lengua o para fundar asociaciones étnicas.
- C) *Autogobierno* para las minorías étnicas, culturales o nacionales. Dentro de esta categoría se incluyen las demandas de secesión, de autonomía gubernativa —por ejemplo a través del federalismo— o jurisdiccional —jurisdicciones indígenas, penas diferenciadas en razón de la pertenencia étnicas, etcétera—.
- D) Reglas externas consistentes en la restricción de ciertas libertades para los no-miembros de la comunidad, establecida para la protección de la cultura de la comunidad. Como ejemplos Levy menciona las restricciones al inglés en Quebec o al ejercicio del voto dentro de ciertas comunidades indígenas para los que no pertenecen a su grupo étnico. Otro ejemplo sería la prohibición de adquirir tierras o propiedades de los miembros de la minoría.
- E) *Reglas internas* que buscan normar hacia dentro del grupo la conducta de sus miembros; ejemplos de las reglas internas lo son las

---

<sup>36</sup> Levy, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo... cit.*, pp. 167 y ss.

prohibiciones para casarse con una persona que no pertenezca al grupo o la obligación de vestirse de cierta forma (como en el caso de los talibanes en Afganistán). Sobre estas reglas, Torbisco apunta que “desde una óptica liberal, parece claro que el Estado no puede legítimamente imponer tales reglas, pero ¿qué ocurre si las impone un grupo a sus miembros?”<sup>37</sup> El reconocimiento de este tipo de reglas implica la reproducción al interior de las minorías de lo que se quiere evitar en la relación minoría-mayoría. Además, bajo determinados contextos culturales, puede suponer la preservación *jurídica* de una serie de prácticas que serían reprobables desde el punto de vista moral; como afirma Garzón Valdés, “si la conservación de la identidad o de la unidad familiar dependen de prácticas crueles y denigrantes como la circuncisión femenina, esa identidad o esa unidad carecen de toda justificación desde el punto de vista moral... no entiendo por qué... el Estado deba fomentar la existencia de concepciones culturales que no benefician a quienes las practican”.<sup>38</sup>

- F) *Reconocimiento/obligatoriedad* de sus prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la mayoría. Se trataría de la exigencia de reconocimiento a las prácticas jurídicas de los grupos étnicos y culturales; en parte, esta reivindicación está unida a la de autogobierno. En México el artículo 2o. ofrece ya una base constitucional bastante detallada para llevar a cabo el reconocimiento de las prácticas jurídicas indígenas. Conviene decir, de nuevo, que el reconocimiento de las prácticas jurídicas de los grupos étnicos o culturales no puede darse en el vacío, sin tomar en cuenta las peculiaridades de cada grupo concreto y su mayor o menor compatibilidad con, al menos, una serie mínima de derechos fundamentales que deben ser aceptados por todos.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Torbisco, Neus, *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal...*, cit., p. 163.

<sup>38</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 74, julio-agosto de 1997, p. 20.

<sup>39</sup> No deja por ello de ser sorprendente el contenido de la fracción I del apartado A del artículo 2o., que establece: “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: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política o cultural”. Por fortuna, esta manifestación de relativismo cultural se

- G) *Representación* adecuada de las minorías en los cuerpos legislativos de las mayorías; dicha representación tendría que estar de algún modo garantizada o facilitada por el propio sistema jurídico. Se trataría de una representación de grupo, que por ejemplo reservara un determinado porcentaje de los puestos electivos a los miembros de una minoría.<sup>40</sup> Otra posibilidad consistiría en delimitar los distritos electorales de tal forma que las minorías fueran mayoría dentro de un determinado distrito, con lo cual se les podría dar la oportunidad de elegir a un representante afín a sus preocupaciones, pero sin limitarlas a la elección de los miembros del grupo.
- H) *Demandas simbólicas*, que comprenden cuestiones que tienen que ver con los elementos simbólicos que identifican a una determinada comunidad; tal es el caso de las festividades y los himnos nacionales o de los contenidos de la historia oficial.

Del elenco recién transcrito se puede observar que los derechos colectivos, en principio, son tanto derechos que tienen *los individuos que pertenecen a una cierta comunidad*, en razón justamente de esa pertenencia; como los derechos que tiene un *grupo minoritario en relación con (o frente a) la mayoría*. Por ejemplo, las exenciones a algunas de las leyes de la mayoría son sin duda de tipo individual, pero reconocidas por razón de una pertenencia étnica o cultural; por otro lado, el derecho a la autodeterminación, al autogobierno o a las demandas simbólicas sólo tiene sentido si se otorga al grupo entendido complexivamente y no a cada uno de sus individuos.

El reconocimiento de algunos de estos tipos de derechos (pre)supone, entre otras cuestiones, considerar que nuestros ordenamientos jurídicos —incluyendo los ordenamientos de los países democráticos— asumen un determinado punto de vista cultural, religioso, sexual, político, etcétera; esto significa que ni el ordenamiento jurídico ni las instituciones públicas que actúan bajo su amparo son neutrales frente a las diversas opciones culturales, religiosas, sexuales, políticas, etcétera. Por ejemplo, ¿cómo se puede dudar de que el cierre o descanso dominical de los establecimientos mercantiles es una norma tomada de la religión católica?, como lo es

encuentra matizada en la fracción II del mismo apartado, que impone el respeto a las “garantías individuales” y los “derechos humanos” por parte de los integrantes de las comunidades indígenas.

<sup>40</sup> Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra, 2000.

también el matrimonio heterosexual, la previsión como delito del adulterio (o incluso, en el pasado, de la sodomía), y así por el estilo.

Por otro lado, el reconocimiento de derechos colectivos también se da con base en la (pre)suposición de que, en los Estados multiculturales, el ordenamiento jurídico y las instituciones públicas no pertenecen solamente a la mayoría, ni deben servir para privar a las minorías de sus propias prácticas culturales (siempre que las minorías, desde luego, estén dispuestas a respetar un mínimo ético de reglas de convivencia).<sup>41</sup>

Una cosa es que el Estado, sus reglas y sus instituciones no sean neutrales y otra muy distinta es que el propio Estado sea administrado como si perteneciera a uno solo de los grupos que conforman una sociedad. Entre una cosa y otra hay, evidentemente, una buena distancia, la misma que existe entre un Estado democrático y un Estado totalitario.

Como algunos autores como Juan Antonio Cruz Parcer o Neus Torbisco han intentado una ruta alternativa para identificar a los derechos colectivos; para ellos, tales derechos serían distintos a los tradicionales derechos individuales en la medida en que tienen por objeto bienes que no son individualizables<sup>42</sup>, es decir, bienes que les son útiles a los individuos en la medida en que pertenecen a un grupo. Es otra forma, igualmente útil e interesante, de acercarse al tema y que pone también de manifiesto las limitaciones que tienen las teorías tradicionales en materia de derechos fundamentales.

#### 4. *Los dilemas de los derechos de grupo*

La aceptación de los tipos de derechos mencionados, con las modalidades que se quieran, supone dar un paso adelante con respecto a

<sup>41</sup> La idea de que las instituciones estatales no deben pertenecer a ninguno de los grupos que conviven dentro de un Estado multicultural se toma de Raz, Joseph, "Multiculturalism: a liberal view", *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 159.

<sup>42</sup> Torbisco, Neus, "El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas" en Carbonell, Miguel *et al.*, (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías... cit.*; Cruz Parcer, Juan Antonio, "Sobre el concepto de derechos colectivos", *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 12, 1998; una posición relativamente escéptica sobre los derechos colectivos puede verse en López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.

los argumentos que limitan los derechos en razón de grupo a la lengua, el arte o las necesidades secundarias de los individuos, pero también implica una limitación importante para quienes consideran que los grupos pueden tener derechos por su simple existencia y que, además, tales derechos colectivos deben prevalecer aun en el caso de que entren en conflicto con los derechos individuales. La cuestión parece ser un poco más compleja de lo que podrían suponer quienes se ubican en ambos extremos del debate.

Como sostiene Ferrajoli, un cuadro de derechos fundamentales bien diseñado, con un sistema de garantías apropiado, es suficiente para asegurar una igualdad que permita a cada individuo proteger y hacer uso de su propia identidad. Contando con ese marco general, las posibilidades de acción de la legislación secundaria son muchas; a través de un ejercicio legislativo responsable se puede perfectamente dar cabida a las necesidades y deseos de las personas que integran los grupos culturalmente diversos. Esto no excluye que un estatus jurídico diferenciado para las minorías étnicas no se pueda integrar directamente en el texto constitucional.

Quizá la misión principal que tienen frente a sí las sociedades democráticas en las que conviven diversas naciones y nacionalidades sigue siendo la de lograr una cierta homogeneidad social, entendiendo por ella no la posibilidad de arrasar con todas las diferencias, sino el establecimiento de un orden social que permita a todos los miembros de la comunidad el goce de los derechos vinculados con la satisfacción de sus bienes básicos, para utilizar las palabras de Ernesto Garzón Valdés. De acuerdo con este mismo autor, los bienes básicos son aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida; es decir, para la actuación del individuo como agente moral.<sup>43</sup> A partir del aseguramiento de esos bienes básicos se pueden explorar algunas modalidades de los derechos culturalmente diferenciados como las mencionadas arriba.

Lo anterior no obsta para reconocer que los derechos colectivos pueden tener dificultades de encaje dentro de una teoría liberal de la sociedad. Obviamente, la forma de hacer convivir a los derechos de grupo o colectivos en sociedades que propugnan como valores básicos la libertad y la igualdad de los ciudadanos no es una tarea fácil ni que pueda resolverse de un solo plumazo.

---

<sup>43</sup> “El problema ético de las minorías étnicas...”, *cit.*, p. 531.

Una manera de hacer que los derechos colectivos no choquen con el pensamiento liberal que concibe al individuo como el único agente moral válido dentro de la sociedad, consiste en distinguir entre las reivindicaciones que podrían presentar los grupos étnicos o culturales hacia dentro de sus comunidades (y que, por tanto, podrían aplicar sobre sus miembros) y aquellas otras que se proyectarían hacia fuera de las mismas (en su relación con otros grupos). A las primeras Kymlicka las llama “restricciones internas” y tienen por objeto proteger al grupo del impacto que podría tener el disenso interno.<sup>44</sup> A las segunda, el mismo autor las denomina “protecciones externas”, cuya misión sería proteger al grupo de las decisiones políticas y económicas de la mayoría.

En general, para un punto de vista liberal resultan inaceptables las restricciones internas. Habermas en este punto niega la posibilidad de que el multiculturalismo se deba mantener artificialmente, con un sentido de protección administrativa de las especies. Por el contrario, sostiene este autor, las posibilidades de sobrevivencia de una cultura se mantienen mientras esa cultura siga convenciendo a sus miembros, motivando una apropiación productiva y una prosecución de la misma. Por tanto, una garantía jurídicamente asegurada de la supervivencia de una cultura le robaría a sus miembros la opción de continuar perteneciendo a la misma o determinar si ha llegado el momento de abandonarla. La posibilidad de toda persona de confrontar a su propia cultura siempre debe quedar abierta.<sup>45</sup>

Como señala Fernando Salmerón, “es verdad que los compromisos y lealtades que dan sentido a las vidas individuales encarnan siempre en las prácticas sociales de una cultura, pero lo hacen por decisión libre de una persona, y con una adhesión que no pierde nunca la capacidad crítica, ni la capacidad de abandonar en bloque la cultura de origen”.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> El tema de las “restricciones internas” es de una importancia capital para el correcto entendimiento de la protección de las minorías, ya que tiene que ver con las llamadas “minorías dentro de las minorías”, es decir, con los grupos minoritarios que conviven dentro de otro grupo que a su vez es minoría con respecto a un grupo distinto. Sobre el punto, Green, Leslie, “Internal minorities and their rights”, Kymlicka, Will (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 256 y ss.

<sup>45</sup> Las ideas anteriores se encuentran en Habermas, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”... *cit.*, pp. 210 y 211; en el mismo sentido, Kymlicka, *Ciudadanía multicultural...*, *cit.*, p. 59.

<sup>46</sup> *Diversidad cultural y democracia...*, *cit.*, p. 32.

El hecho de negar a los grupos étnicos o culturales la posibilidad de imponer sobre sus propios miembros (incluso en contra de su voluntad) algunos derechos de tipo colectivo no implica, tratar de diluir o erosionar su sentido de pertenencia. Por el contrario, es justamente en un contexto democrático, basado en la libertad del sujeto y en un mínimo de igualdad formal y sustancial, en donde más se pueden potenciar los sentidos naturales de pertenencia de los ciudadanos.<sup>47</sup>

Esa misma pertenencia, a su vez, juega en favor de la democracia al potenciar la responsabilidad, el interés y la participación ciudadana en los asuntos públicos. En este sentido, Alain Touraine señala: “no hay democracia sin conciencia de pertenencia a una colectividad política, una nación en la mayoría de los casos, pero también una comuna, una región y hasta un conjunto federal...”.<sup>48</sup>

La eliminación de las restricciones internas también se ubica en la línea de asegurar a los individuos su calidad de agentes morales; en ese sentido, por ejemplo, “los representantes de las comunidades indígenas deben estar dispuestos a abandonar reglas o principios de comportamiento si, dadas las circunstancias actuales, ellos contribuyen a aumentar su vulnerabilidad”.<sup>49</sup>

Por lo que hace a las “protecciones externas”, me parece que la tradición liberal no tendría tanto problema en aceptarlas con base en la idea de la equidad que debe privar entre grupos y en el principio de igualdad de los derechos de los sistemas de vidas culturales,<sup>50</sup> aunque habría que ver las formas concretas que toman dichas protecciones. Quizá en este punto se deba enfatizar, nuevamente, las enormes posibilidades que ofrece un sistema de derechos fundamentales bien armado conteniendo las garantías necesarias y suficientes para ser efectivo en la realidad.

---

<sup>47</sup> Berezin, Mabel, “Introduction. Democracy and Others in the Global Polity”, *International Sociology*, Londres, núm. 3, septiembre de 1999, pp. 227 y ss.

<sup>48</sup> ¿*Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 99.

<sup>49</sup> Garzón Valdés, “El problema ético de las minorías étnicas...” *cit.*, pp. 534 y 536.

<sup>50</sup> Habermas, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”... *cit.*, p. 191.



## II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

En América Latina el debate sobre el multiculturalismo se ha centrado, casi de forma exclusiva, en el tema de los derechos indígenas, y particularmente en las modalidades de su regulación jurídico-constitucional.<sup>51</sup>

En la década de los 80 el debate constitucional de la región se había centrado en las formas de transitar desde regímenes dictatoriales o no pluralistas, hacia sistemas democráticos que permitieran contar con elecciones fiables y transparentes. Asentada la vía electoral como el mecanismo normal de acceso a los cargos públicos representativos y destronadas al menos sobre el papel las dictaduras hasta entonces existentes, el siguiente objetivo de las reformas fueron las estructuras del sistema económico, de manera que se transitara de economías cerradas, operadas fundamentalmente por el Estado y por las camarillas empresariales que apoyaban a los gobernantes de turno a través de relaciones clientelares y corruptas, hacia economías abiertas caracterizadas por importantes procesos de privatización y por la firma de diversos acuerdos de libre comercio con otros países. Ese fue el gran tema de la primera mitad de los años 90.

Luego, a partir de la segunda mitad de los 90, parte de las energías constitucionales de la región se centraron en las formas de reconocimiento de los derechos indígenas, o de la diversidad étnica en general, dentro de las cartas fundamentales.<sup>52</sup> El alzamiento en Chiapas del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) el mismo día en que entraba en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1o. de enero de 1994) parece condensar simbólicamente lo que en esos años iba a ser un escenario que, con sus variantes locales y con diferente intensidad dependiendo de cada país, se reprodujo en toda la región.

No es que antes de los 90 no existieran regulaciones constitucionales de los derechos indígenas, pero en términos generales podría decirse que se trataba de declaraciones bastante abstractas, casi todas realizadas de forma

---

<sup>51</sup> Un panorama de las normas constitucionales y legislativas sobre la materia puede verse en González Guerra, Gisela (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

<sup>52</sup> Para una primera aproximación, González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

pomposa pero carentes de los elementos necesarios para articular posiciones jurídicas concretas.

En las páginas siguientes se analizan algunas de las dificultades que, desde el punto de vista de la teoría jurídica, ha tenido el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas. Se trata de un análisis teórico en la medida en que tiene por objetivo principal estudiar las dificultades que se presentan en el texto de las normas jurídicas en donde se concretó dicha constitucionalización, sin entrar a estudiar los datos empíricos que nos pudieran dar una radiografía completa de la aplicación de esas normas en la realidad.

Conviene señalar que, como en tantos otros temas, los estudios jurídicos sobre los derechos indígenas son bastante escasos; esto genera dos consecuencias inmediatas e importantes: por un lado, el analista no encuentra literatura suficiente para transitar sobre un camino que suele ser frecuentado por posiciones demagógicas y retóricas, muchas veces defendidas desde sectores del análisis social distintos al jurídico (fundamentalmente desde la antropología o desde la sociología); por otro lado, al no haber podido contar con el apoyo de ejercicios de control teórico, los políticos han operado los procesos de reforma constitucional para reconocer los derechos indígenas sin brújula y sin rumbo, dejándose llevar más bien por las señales que les enviaban los sondeos de popularidad y asumiendo actitudes que les pudieran redituar beneficios electorales en el corto plazo.

La ausencia de trabajos teóricos en la materia ha provocado también una falta de crítica con respecto a los productos constitucionalmente alcanzados; la crítica de los constitucionalistas en la mayoría de los casos no ha existido; cuando sí se ha producido, en ocasiones ha sido desechada por especialistas de otras áreas con los argumentos de que se trataba de ejercicios propios del talante conservador de los juristas o bien de simples manifestaciones de “racismo jurídico”, que buscaban hacerle el juego a los intereses de las empresas transnacionales que querían apropiarse de los recursos naturales de las zonas indígenas.

En este contexto y bajo tales coordenadas —nada halagüeñas, por cierto— se mueven las reflexiones que siguen. En lugar de repasar cada uno de los ordenamientos de la región, se ha preferido ubicar algunos problemas de carácter general producidas a partir del reconocimiento constitucional de los derechos indígenas y, junto a su análisis, hacer las

menciones normativas que correspondan en cada caso. Como es obvio, la problemática indígena varía mucho de un país a otro; si bien los problemas que se mencionan a continuación se presentan prácticamente en todos, su intensidad es de hecho muy variable entre ellos, lo mismo que las respuestas que se han generado desde cada experiencia jurídica concreta.

### 1. *La identificación del sujeto*

Una de las impugnaciones que de forma más recurrente se le han hecho a las teorías *standar* sobre el multiculturalismo es la que se refiere a las dificultades de determinación de los sujetos y de los objetos de tal teoría: ¿qué es una cultura?, ¿qué son los derechos colectivos?, ¿cómo distinguir, dentro de las sociedades pluralistas del presente, los grupos relevantes para la asignación de *status* jurídicos diferenciados?<sup>53</sup>

Se trata de preguntas válidas, pero a veces tenían más la intención de cerrar el debate que de refinarlo. En cualquier caso, una parte de las mismas preguntas es la primera de las dificultades a las que se tuvo que enfrentar el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina. La cuestión no es menor, sobre todo si se considera que en varios países de la región, una buena parte de la población no es ni indígena, ni no indígena, sino mestiza, es decir, está compuesta por personas que tienen una identidad y una forma de vida intermedias entre lo indígena y lo que, para sintetizar, se podría llamar lo occidental.

El tema del sujeto, que tiene evidentes connotaciones políticas y sociales, es relevante desde el punto de vista jurídico para determinar el ámbito personal de validez de las normas indígenas. Es decir, una vez que se ha creado en varios países un subsistema jurídico aplicable a los pueblos indígenas, debemos ser capaces de identificar con claridad a los sujetos de dicho ordenamiento, de forma que, por ejemplo, los jueces sepan a cabalidad a quiénes se les puede aplicar dicha normativa.

Este es un problema que no se había presentado hasta hace relativamente pocos años, puesto que como ya se mencionó anteriormente

---

<sup>53</sup> Algunas de estas preguntas se encuentran formuladas y contestadas en parte (en referencia a los derechos colectivos solamente) en Comanducci, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado” y Torbisco, Neus, “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas”, ambos en Miguel, Carbonell, *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

el debate sobre el multiculturalismo y el reconocimiento de las diferencias dentro de los Estados nacionales se había desarrollado en un nivel más abstracto. No es sino a partir de la inclusión en los ordenamientos constitucionales de preceptos concretos, que permiten articular posiciones jurídicas igualmente concretas, que el tema del sujeto se vuelve necesario.

Una influencia importante acerca de la identificación del sujeto (es decir, de la determinación de qué es lo indígena y de quiénes lo son) proviene del que prácticamente es el único instrumento jurídico internacional en la materia: el “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169 de la OIT).<sup>54</sup>

En su artículo 1o. se establece que: “el presente convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos, total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) los pueblos son considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o de la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas... La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio”.

Para reducir la vaguedad e indeterminación del ámbito “personal” de validez de las normas aplicables a los indígenas, algunos autores apuntan que “lo recomendable sería establecer algún o algunos medios de objetivación que pueden tener un principio de ‘presunción de verdad’ tales como la constancia de autoridades de pueblos indígenas o municipales, acta de nacimiento con mención de pertenecer a un pueblo indígena, la

---

<sup>54</sup> También se deben revisar, en relación al tema que nos ocupa, la “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas” de la ONU (1990) y el “Convenio marco europeo para la protección de las minorías nacionales” del Consejo de Europa (1995); el primero de estos documentos puede consultarse en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, t. I, pp. 91 y ss.

declaración de testigos e, incluso, la protesta de decir verdad del interesado, por ejemplo.”<sup>55</sup>

La identificación del sujeto no se debe abordar como un cuestión estática, ya que hay coincidencia en la mayor parte de los trabajos teóricos en el sentido de que un sujeto que en un momento determinado pueda ser considerado como miembro de una minoría puede dejar de pertenecer a la misma por voluntad propia, acogiéndose de esa manera al sistema jurídico que rige para quienes no pertenecen a una minoría. Esto supone que se debe dejarse a salvo el derecho del sujeto a pertenecer a un pueblo indígena (lo que se ha llamado *el derecho a la puerta*), es decir, se debe preservar la posibilidad de que un factor de nacimiento no determine en el futuro las opciones que pueda tomar la persona.

## 2. *La tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas*

Aparte de los aspectos mencionados, la determinación de los sujetos del derecho indígena se enfrenta a la tensión que afecta a varios extremos del debate entre la perspectiva individual y la colectiva o comunitaria. En otras palabras, hay ciertos elementos normativos que sugieren que el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas está hecho en algunos casos para los indígenas considerados individualmente y en otros para los pueblos o comunidades indígenas. Se trata del relevante problema de la titularidad de los derechos.

Para volver al caso mexicano, el propio artículo 2o. constitucional define a los pueblos indígenas con las siguientes palabras: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”; posteriormente define a las *comunidades que integran un pueblo indígena* como “aquéllas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

---

<sup>55</sup> Cossío, José R., *et al.*, *Derechos y cultura indígenas. El debate jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1998, p. 162.

Pueblos indígenas y comunidades que los integran son por tanto dos definiciones que, al menos en el contexto constitucional mexicano (pero no solamente en él), se utilizan para determinar a los sujetos del derecho indígena. La cuestión que se aborda en el presente apartado, de nuevo, tiene gran relevancia práctica pues si los sujetos son de orden colectivo, será la comunidad misma la titular de los derechos reconocidos por la Constitución (comunidad que actuará por medio de sus representantes, que serán quienes tendrán reconocida la personalidad jurídica para hablar en nombre de sus integrantes);<sup>56</sup> en cambio, si los sujetos son individuales entonces la cuestión cambia de forma importante, porque serán las personas consideradas individualmente y no la comunidad las que puedan reclamarlos, lo cual tiene importantes connotaciones prácticas.

Las preguntas que conviene al menos apuntar en este contexto son las siguientes: ¿se protege también a los indígenas que no vivan dentro de sus comunidades? ¿qué sucede con los indígenas que viven en las grandes ciudades? ¿se les aplican o no las disposiciones del derecho indígena y las eventuales leyes que se pueden dictar en la materia?,<sup>57</sup> ¿puede haber una relevancia indígena individual o tiene que ser necesariamente —para que se pueda expresar en términos jurídicos— colectiva?, ¿y los indígenas que son migrantes y que se encuentren fuera de sus comunidades originales?, ¿qué sucede con ellos?, ¿pueden o no beneficiarse de las disposiciones aplicables a “los pueblos” y a las “comunidades indígenas”?, ¿no sería mejor considerar no solamente a los pueblos y comunidades, sino

---

<sup>56</sup> Aparte de la bibliografía que ya se ha citado, algunas cuestiones interesantes sobre los derechos colectivos son estudiadas por Torbisco, Neus, “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas...”, *cit.*; *idem*, “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos” en De Lucas, Javier (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, CGPJ, 2001; *idem*, “Derechos colectivos”, varios autores, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 155-160.

<sup>57</sup> Un caso interesante al respecto es el resuelto por la sentencia T-496 de 1996 de la Corte Constitucional Colombiana en la que, entre otras cuestiones, la Corte resolvió que el juez ordinario, al conocer de un proceso penal en el que se encuentre acusado un indígena por haber cometido un acto presuntamente delictivo fuera del territorio de su comunidad, debe valorar la pertinencia de devolverlo a ella para que sea allí juzgado. Al respecto, Solano González, Edgar, “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional Colombiana”, *XII Jornadas Lascasianas Internacionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 16 de octubre de 2002.

en general a la población indígena o a los indígenas en lo individual, para lograr una cobertura más amplia y tendencialmente universal?<sup>58</sup>

Una conclusión a la que se puede legítimamente llegar para comenzar a pensar en responder a algunas de las anteriores cuestiones es que probablemente existan algunas disposiciones dentro del artículo 2o. de la Constitución mexicana que sean de titularidad individual (por ejemplo, el derecho de cada individuo de ser considerado o no como miembro de un pueblo indígena y casi todos los derechos contenidos en el apartado A de ese precepto, sobre el que nos detendremos en las páginas siguientes).

En el ámbito internacional la cuestión tampoco está zanjada. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 da un reconocimiento jurídico a las minorías, pero prohíbe que se les nieguen algunos derechos específicos a *las personas que integren esas minorías*, con lo cual no resuelve la tensión individuo-comunidad que se está comentando. El texto de ese artículo es el siguiente: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Obviamente, hay casos en los que los ordenamientos constitucionales clarifican la cuestión, asignando expresamente los derechos de forma colectiva o de forma individual. Así sucede en el artículo 329 de la Constitución colombiana de 1991, que indica lo siguiente: “la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional... Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”. En el mismo sentido se puede citar el artículo 124 de la Constitución venezolana de 1999, cuyo texto, en la parte que ahora interesa, es el siguiente: “se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos

---

<sup>58</sup> La “visión individualista” de la sociedad, concretada en la asignación también individual de los derechos fundamentales ha sido una de las principales críticas que las teorías comunitaristas han lanzado contra el liberalismo. Uno de los campos de confrontación de esta polémica, que no tiene un carácter solamente académico, ha sido precisamente el del reconocimiento de la subjetividad colectiva de las comunidades indígenas, que se ha producido en algunos textos constitucionales de América Latina, pero solamente en referencia a cierto tipo de derechos (sobre todo derechos relacionados con tenencia de la tierra y propiedad intelectual como se menciona enseguida).

indígenas”;<sup>59</sup> este precepto es muy parecido al artículo 84.9 de la Constitución de Ecuador de 1998.

Otros supuestos de titularidad colectiva de un derecho, de entre los varios que se podrían citar, se encuentran en el artículo 67 de la Constitución de Guatemala de 1985 y en el artículo 123 de la Constitución de Panamá de 1972 (tenencia comunal o colectiva de la propiedad agraria); véase también, en términos similares, los artículos 20, fracción XI de la Constitución brasileña y 181 de la Constitución nicaragüense.

En suma, un primer obstáculo que han tenido que enfrentar los procesos de reforma constitucional para el reconocimiento del derecho indígena ha sido el relativo a la identificación del sujeto de ese derecho. Los resultados alcanzados por varios ordenamientos corroboran la afirmación que se hacía párrafos arriba en el sentido de que algunas de esas reformas se realizaron sin guía y sin rumbo, con resultados bastante dispares.

Pese a todo, algunos textos constitucionales han elegido dar por supuesta la identificación del sujeto, no aportando ningún elemento para llevarla a cabo. Tal es el caso de la Constitución argentina, que luego de su reforma integral de 1994, estableció en favor de su Congreso Nacional la facultad<sup>60</sup> de “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y arreglar la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones” (artículo 75.17).

En el mismo supuesto se encuentra la Constitución de Bolivia, que en su artículo 171 dispone:

---

<sup>59</sup> Para una primera aproximación a la regulación constitucional de los derechos indígenas en Venezuela, véase Iturraspe, Francisco, “Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarios en la Constitución venezolana de 1999” en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 431 y ss.; Brewer Carías, Allan R., *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Arte, 1999, pp. 195 y ss.

<sup>60</sup> Se trata en el caso argentino, por tanto, de una garantía institucional, no propiamente de “derechos” indígenas.



“Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado”.<sup>61</sup>

### 1. *La armonización entre el derecho nacional y el derecho indígena*

Una de las principales reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas ha sido la de contar con un reconocimiento de su propio ordenamiento jurídico, es decir, con un “derecho al propio derecho”.<sup>62</sup> En la mayoría de ordenamientos constitucionales de América Latina esa aspiración ha sido satisfecha, con mayor o menor amplitud.

Las dificultades, sin embargo, han surgido al momento de lograr una cierta armonía entre el subsistema jurídico indígena y el ordenamiento nacional. Particularmente intensas han sido en algunos casos las tensiones que se han registrado entre el derecho indígena y los derechos fundamentales recogidos en las constituciones y asignados, como es lógico, a todas las personas sujetas al ordenamiento estatal, sean o no indígenas.

Las tensiones mencionadas se pueden dar en dos distintas dimensiones: una individual y otra organizativa o de naturaleza institucional. Conviene

<sup>61</sup> Casos parecidos se encuentran en la Constitución de Brasil de 1988 (artículos 231 y 232) y en la de Guatemala (artículo 66). Más ambiguo es el artículo 83 de la Constitución de Ecuador, cuyo texto es el siguiente: “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”; un comentario a este precepto puede verse en Aparicio, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CEDECS, 2002, p. 126.

<sup>62</sup> Aparicio, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina... cit.*, p. XII.

analizarlas por separado puesto que se trata de problemas cercanos, pero diferentes.

A. *El derecho indígena y los derechos fundamentales*

Varias constituciones de América Latina les han otorgado a los pueblos indígenas autonomía para aplicar su propio sistema jurídico, normalmente integrado por “usos y costumbres”; el límite para dicha aplicación ha sido el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por los mismos textos constitucionales.

Y es aquí, como se ha dicho, donde se han presentado algunos problemas de armonización. La cuestión principal parece ser la de cómo se debe entender ese respeto a los derechos fundamentales. Si el respeto debe ser amplio y total, las posibilidades de actuación de los usos y costumbres serían bastante limitadas;<sup>63</sup> si ese respeto puede “ceder” o “matizarse” en algunos casos, el subsistema jurídico indígena tendría un mayor campo de actuación.<sup>64</sup>

Veamos un caso concreto que nos sirve para ilustrar lo anterior y que pone también de manifiesto algunas de las dificultades prácticas con las que se enfrenta la delimitación de los alcances de cada sistema jurídico. Se trata de un caso real, retomado por Rodolfo Vázquez de un testimonio que se encuentra en un libro del conocido indigenista Rodolfo Stavenhagen:

En una comunidad indígena de Oaxaca, un hombre mató a su amigo en una reyerta, ambos en estado de embriaguez. Después de varios días de discusión, el consejo de ancianos de la comunidad, como *autoridad tradicional*, decidió que el culpable, siendo soltero, debía casarse con la viuda de su víctima y sostener a los hijos de ésta. De esta manera, se resolvió el problema del sostén económico de la familia de la víctima, el culpable asumió su culpa y su responsabilidad, se evitaron conflictos potenciales entre las familias de ambos y se mantuvo el equilibrio social de la comunidad. Sin embargo, enterada la autoridad judicial del estado del homicidio cometido, quiso aprehender al asesino. La comunidad se negó a entregarlo y la autoridad gubernamental llamó al ejército para proceder en su contra. Ante la

---

<sup>63</sup> Véase las consideraciones de la sentencia T-349 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana.

<sup>64</sup> En este segundo supuesto habría que determinar los criterios y fundamentos bajo los que se podría llevar a cabo esa cesión o matización.

posibilidad de un conflicto violento con la comunidad, el gobernador del estado decidió respetar la decisión de la comunidad”.<sup>65</sup>

Supongamos que a esa comunidad el sistema jurídico nacional le había reconocido autonomía para organizar su propio sistema judicial, el cual en consecuencia podía proceder a aplicar sus “usos y costumbres”.<sup>66</sup> Con independencia de la valoración moral que nos merezca el caso narrado, cuestión que ahora no interesa, se plantean desde el punto de vista jurídico al menos las siguientes cuestiones: ¿es compatible, en materia penal, el sistema de usos y costumbres (un sistema no escrito, por tanto) con el principio de legalidad (concretamente con el principio de tipicidad)?<sup>67</sup> ¿qué tipo de sanciones pueden aplicar las autoridades tradicionales? ¿se vulnera el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva?<sup>68</sup> ¿qué sucede si el propio sub-sistema indígena —como es frecuente— no prevé un mecanismo para impugnar la decisión tomada por las autoridades tradicionales?<sup>69</sup>

En cualquier caso, lo que no parece ofrecer muchas dudas —aunque ahora sea un asunto tangencial al tema que nos ocupa— es el peligro que supone instalarse en la ambigüedad de que un gobernador pueda decidir, por sí y ante sí, sobre la oportunidad de reconocer o no una decisión tomada por las autoridades indígenas; es mucho más apegado a los principios del Estado de derecho que todo este tipo de cuestiones caiga dentro de la competencia exclusiva (y por tanto excluyente) del Poder Judicial. Tampoco se ajusta a los patrones de un Estado democrático de derecho el que se llame al ejército para realizar tareas que le corresponden a las autoridades civiles; en el caso mexicano, como ya se ha visto, ese llamamiento viola el artículo 129 constitucional en la parte que dispone: “en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”.

<sup>65</sup> “Derechos de las minorías y tolerancia...”, *cit.*, p. 334.

<sup>66</sup> Como se verá más adelante, el fundamento se podría encontrar en el artículo 2o., apartado A, fracciones I y II de la Constitución mexicana.

<sup>67</sup> Sobre el tema, Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002.

<sup>68</sup> Hay que recordar que el apartado B del artículo 20 constitucional recoge los derechos de las víctimas de un delito.

<sup>69</sup> Varias de estas preguntas han sido ya planteadas ante la Corte Constitucional colombiana; véase al respecto, Solano González, “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana...”, *cit.*

En el caso narrado, hay que considerar que las dudas que puedan surgir sobre la compatibilidad de un uso y costumbre indígena con los derechos fundamentales difícilmente podrá ser enjuiciada de forma legítima dentro de los dispositivos institucionales y normativos de un Estado (como el mexicano) que se ha caracterizado en la historia reciente justamente por violar esos mismos derechos. Ni tampoco tendrán una completa legitimidad (en sentido político, no jurídico, desde luego) los ministerios públicos o los jueces que conozcan de los eventuales procesos a que se pueda dar lugar por esas inconsistencias entre los sistemas jurídicos, que en tantas ocasiones han actuado de forma arbitraria, sobre todo contra los indígenas. Convergen en ese tipo de escenarios, y ante casos extremos como el que se ha mencionado, una *suma de ilegitimidades*, pues quien tendría que corregir una violación no tiene credenciales morales para hacerlo e incluso ha sido él mismo ejecutor de actos similares en una buena cantidad de casos.

La autonomía jurisdiccional para los pueblos indígenas está reconocida al menos en las constituciones de Colombia, Ecuador y México. El artículo 246 de la Constitución colombiana establece: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.<sup>70</sup>

Sobre este precepto la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido lo siguiente: “el análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional

---

<sup>70</sup> Este precepto está desarrollado por el decreto 436 de 1992 del Ministerio de Gobierno, relativo a la creación del Consejo Nacional de Política Indigenista y por la Ley 1088 de 1993, que regula la creación de asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas.

sino también al Legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional”.<sup>71</sup>

En sentido parecido a lo que se establece en Colombia, el artículo 191, párrafo cuarto, de la Constitución ecuatoriana dispone: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema jurídico nacional”.

El apartado A del artículo 2o. de la Constitución mexicana se ubica en la misma línea que los dos textos constitucionales que se acaban de mencionar; su texto es el siguiente: “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: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”.

En los textos transcritos aparecen tres elementos constantes: el reconocimiento de la autonomía indígena para aplicar su propio sistema jurídico, la limitación a dicha aplicación consistente en los derechos fundamentales establecidos en la propia constitución y la remisión al legislador para establecer los mecanismos de “validación” o “compatibilización” de las decisiones de las autoridades indígenas por las autoridades judiciales no indígenas.

Ha sido Colombia el país donde se ha explorado con mayor profundidad el tema de los límites de la aplicación del derecho indígena. Su Corte Constitucional ha tenido que definir la constitucionalidad de algunas sanciones de carácter penal impuestas por las autoridades indígenas y que, según algunos, se instalaban en la prohibición de penas inusitadas o incluso en el concepto de tortura; la misma Corte se ha

<sup>71</sup> Sentencia C-139 de 1996.

pronunciado sobre varios casos que, sin afectar a los derechos fundamentales, sí tenían que ver con el tema de la compatibilidad entre el sistema jurídico indígena y el nacional.<sup>72</sup>

### *B. Las instituciones indígenas y las instituciones nacionales*

Si en el apartado anterior el tema de la armonización entre el sistema jurídico nacional y el subsistema indígena tenía una connotación esencialmente individual, hay que mencionar ahora que dicho tema adquiere también una proyección colectiva; es decir, no se trata de la aplicación del derecho indígena a una persona concreta, sino de prácticas colectivas que, en algunos casos, pueden también generar algunas tensiones en el ordenamiento jurídico.

Son varias las constituciones de la región que reconocen, junto a la autonomía jurisdiccional, la autonomía política de los pueblos indígenas para elegir a sus gobernantes según sus usos y costumbres. Concretamente en el estado mexicano de Oaxaca, de sus 570 municipios, 412 eligen a sus autoridades por distintos sistemas consuetudinarios, no por el sufragio universal y secreto (véase el artículo 25 de la Constitución oaxaqueña).<sup>73</sup> Según informes de la Organización de Estados Americanos, dicha forma de elección es compatible con “el pluralismo político, el derecho a la participación y la libertad de expresión”, aunque no sucede lo mismo en otros estados de la República mexicana, como es el caso de Chiapas.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Para una primera aproximación, Aparicio, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina...*, cit., pp. 107 y ss., así como Solano González, *op. cit.*

<sup>73</sup> Al respecto, González Oropeza, Manuel, “Usos y costumbres en las elecciones municipales de Oaxaca”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 433 y ss. Es también interesante para el tema que nos ocupa la “Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca”, aprobada por el Poder Legislativo local el 17 de junio de 1998.

<sup>74</sup> Véase el informe sobre la situación de los derechos humanos en México correspondiente al año 1998 (capítulo VII); se puede consultar en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Mexico98sp>. Un panorama interesante sobre los derechos indígenas en las entidades federativas de México puede encontrarse en Olvera, Isidro, “Constituciones estatales y derechos indígenas” en González Galván, Jorge (coordinador), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 165 y ss.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado en diversos casos sobre los alcances de la autonomía indígena en materia electoral y concretamente sobre las elecciones llevadas a cabo por medio de los usos y costumbres; algunas de las tesis correspondientes se encuentran en las páginas que siguen.

*C. La tensión entre derechos de autonomía y derechos sociales*

Por lo general, los grupos que, como los pueblos indígenas, reivindican cuestiones de reconocimiento, sufren también fuertes desigualdades por motivos económicos; las mujeres, que reivindican el reconocimiento de género, sufren discriminación en el empleo, en los salarios, en el acceso a los mejores puestos, etcétera; los afroamericanos en Estados Unidos padecen simultáneamente una discriminación cultural (el racismo entendido como menosprecio, la estereotipación como delincuentes, vagos, malos estudiantes, etcétera) y una discriminación económica (la relegación a los peores trabajos, mayor desempleo, menores salarios, entre otros).

Esto supone una cierta tensión en el sentido de que, para acabar con las discriminaciones por motivos culturales (o en otras palabras, para satisfacer las reivindicaciones de reconocimiento), se suelen crear *status* —jurídicos y sociales— diferenciados, en donde se trata positivamente a la pertenencia cultural hasta entonces discriminada; pero para terminar con la discriminación económica (o en otras palabras, para satisfacer la reivindicación redistributiva) lo que se intenta es un poco lo contrario, es decir, el lograr una igualdad a través de la extensión universal —sin diferenciación, por tanto— de los derechos fundamentales, sobre todo de los de naturaleza social y económica. Por ejemplo en materia de género, Nancy Fraser señala: “mientras la lógica de la redistribución consiste en poner al género como tal al margen del juego, la lógica del reconocimiento consiste en valorar la especificidad de género”.<sup>75</sup>

Los grupos que reivindican a la vez cuestiones redistributivas y cuestiones de reconocimiento son llamados por Fraser “comunidades bivalentes”, que se diferencian del resto en virtud tanto de la estructura

<sup>75</sup> Fraser, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era post-socialista”, *New Left Review*, edición en castellano, Madrid, 2000, p. 139.

socio-económica como de la estructura de la valoración cultural.<sup>76</sup> En casi todos los países de América Latina, los indígenas son una comunidad “bivalente”, pues padecen tanto discriminaciones por falta de reconocimiento, como de tipo socio-económico. Es lo que explica, tal vez, la separación y los objetivos distintos de sus reclamaciones, que lo mismo tienen como meta la autonomía política y administrativa, que las reivindicaciones sociales para combatir la desnutrición, la falta de desarrollo económico y la marginación social.

### III. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO

El texto actual del artículo 2o. constitucional es producto de la reforma a la carta magna publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001 y que tuvo por objeto modificaciones a los artículos 1o., 2o., 4o., 18 y 115. A esa reforma se le ha llamado, quizá no del todo correctamente, la “reforma constitucional en materia indígena”.

La reforma en materia indígena se había venido gestando desde hace varios años y estuvo precedida de un largo proceso de discusión, no únicamente en el ámbito parlamentario, sino también en el de los medios de comunicación y en muchos sectores de la sociedad civil organizada. Obviamente, la posibilidad de ampliar los contenidos constitucionales referidos a los derechos y cultura indígenas había sido estudiada y analizada también por las propias comunidades indígenas y por sus representantes.

Cabe recordar que el reconocimiento de la temática indígena ya figuraba en la Constitución desde la reforma al artículo 4o., publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992; dicho precepto, en su primer párrafo, contenía una parte de las disposiciones que actualmente tiene el artículo 2o.

En el primer párrafo del nuevo texto del artículo 2o. se recoge una afirmación que quizá no tenga un talante del todo democrático, y que más bien contiene algunos ecos propios de las dictaduras que enarbolaban la causa de la unidad nacional como excusa para prolongar su dominio sobre

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 137. De la misma autora, *Iustitia interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.



la sociedad y para cometer los peores vilipendios contra la población. Su texto dice, escuetamente, lo siguiente: “La nación mexicana es única e indivisible”.

En su segundo párrafo se contiene una definición de los “pueblos indígenas”, que son aquellos —nos indica el precepto que se comenta— “que descienden de poblaciones que habitaban el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Ya hemos visto que este tipo de definiciones, pese a sus ambigüedades, no parecen ser extrañas en el derecho comparado que se refiere al tema indígena.

El párrafo tercero del artículo 2o. intenta aportar un criterio para determinar el “ámbito personal de validez” del resto de disposiciones del mismo precepto. Establece: “la conciencia de su identidad indígena deberá ser el criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas” (texto tomado del artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT). Dicha disposición, como puede verse, no delimita con precisión el ámbito personal de validez de los derechos indígenas, y el criterio que ofrece para concretarlo es vago y genérico, por decir lo menos: la conciencia de una identidad. Se entiende que debe ser la conciencia *individual* del sujeto, lo cual puede generar algunos problemas en el momento de intentar delimitar si a cierta persona se le debe aplicar el régimen jurídico común (ya sea local o federal) o el derivado de los usos y costumbres indígenas que también tiene reconocimiento constitucional expreso, como veremos enseguida.

El párrafo cuarto contiene la definición de las comunidades que integran un pueblo indígena, que son “aquéllas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

El párrafo quinto contiene la remisión del desarrollo del reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas a las constituciones y leyes locales, lo cual supone una vía importante de apertura para que sean las legislaturas locales las que determinen —según sus propias necesidades y problemas— el régimen jurídico de los pueblos y comunidades indígenas. Aunque ya se ha mencionado, conviene repetir que este párrafo es una de las claves para entender el sistema que la Constitución establece en materia de derechos indígenas. No solamente porque abre vías de desarrollo de esos derechos al mismo tiempo que asigna responsabilidades a las

autoridades de las entidades federativas, sino porque pone de manifiesto que la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001 no cerró el debate sobre el tema, sino que apenas lo abrió.

En interpretación del párrafo quinto y del artículo 2o. constitucional en su conjunto la Corte ha sostenido un par de tesis aisladas que reafirman lo que se acaba de decir; la primera al sostener que los derechos indígenas establecidos en la Constitución federal pueden ser ampliados por los congresos locales; la segunda al precisar que los derechos indígenas que ya estaban establecidos antes de la reforma de 2001 y que pueden tener una mayor amplitud que los que quedaron plasmados en el texto constitucional a partir de esa reforma, no fueron afectados por la misma, de forma que siguen estando plenamente vigentes. El texto de las tesis en las que se contiene lo que se acaba de decir es el siguiente:

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUÉLLA. El artículo 1o. de la Constitución Federal establece que las garantías que otorga no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, de lo que deriva que ninguna ley secundaria puede limitar las disposiciones constitucionales correspondientes; sin embargo, sí son susceptibles de ser ampliadas por el legislador ordinario, ya sea federal o local, en su reglamentación, al pormenorizar la norma constitucional que prevea el derecho público subjetivo a fin de procurarse su mejor aplicación y observancia. En consecuencia, los congresos locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. Nota: Conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta

tesis no es apta para integrar jurisprudencia. Novena Epoca Instancia: Segunda Sala Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: XVI, Noviembre de 2002 Tesis: 2a. CXL/2002 Página: 446 Materia: Constitucional Tesis aislada.

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LAS LEGISLACIONES LOCALES EN FAVOR DE ELLOS NO FUERON LIMITADOS POR LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN LA MATERIA, VIGENTES A PARTIR DEL QUINCE DE AGOSTO DE DOS MIL UNO. Las reformas en materia indígena a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, en vigor a partir del día siguiente conforme a su artículo primero transitorio, dejan a las entidades federativas la regulación jurídica relativa al reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas, por lo que sólo están sujetas a las definiciones y criterios generales que al respecto se establecen, a la estructuración legal de las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de cada entidad, al postulado básico de unidad e indivisibilidad nacional y a que la autonomía se ejerza dentro del marco constitucional, ello en virtud de que el artículo 40 de la Constitución Federal consigna la unión del pueblo mexicano en una Federación establecida de acuerdo con sus principios fundamentales, de manera tal que cualquier norma contraria a los principios de unidad e indivisibilidad de la Nación Mexicana serían contrarios al Pacto Federal, además de que el numeral 133 de la propia Ley Fundamental prevé el principio de supremacía constitucional mediante el cual las Constituciones y leyes locales deben ser acordes con el Ordenamiento Supremo. En ese tenor, los derechos establecidos en favor de los pueblos y comunidades indígenas, así como de los indígenas en lo individual, deben ser considerados como mínimos a garantizarse por los Estados en la regulación y organización jurídica que al efecto realicen en sus Constituciones y leyes respectivas, razón por la cual los derechos que tales entidades federativas pudieran haber establecido con anterioridad a favor de los indígenas, no pueden considerarse limitados por los derechos consagrados en las normas constitucionales referidas, pues estos últimos sólo son derechos mínimos a satisfacer, a no ser que fueran contrarios a los postulados básicos de unidad e indivisibilidad nacional y de no sujeción al marco constitucional, caso en el cual serían contrarios, desde su origen y no en virtud de las reformas, a la carta magna, o bien, que los derechos que en tales legislaciones se hubieran previsto no sean los que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de la entidad, lo que no

constituye una limitante a tales derechos, sino una exigencia de que se ajusten a la realidad social. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. Nota: Conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta tesis no es apta para integrar jurisprudencia.

Luego del párrafo quinto, el artículo 2o. se divide en dos apartados: A y B. En el primero de ellos se contienen una serie de disposiciones tendientes a garantizar la libre determinación y la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas; se trata de que los Will Kymlicka ha llamado “derechos de autogobierno”, que son aquellos que se les reconocen a uno o más grupos minoritarios dentro de un Estado diseñar y ejercer de forma autónoma atribuciones de carácter político y/o jurisdiccional.<sup>77</sup> Los derechos de autogobierno han sido una de las piezas centrales del debate multiculturalista y representan quizá la reivindicación más permanente y enérgica de muchos grupos minoritarios.<sup>78</sup>

En el apartado B se enlistan una serie de medidas de carácter positivo que deberán llevar a cabo las autoridades federales, las locales y las municipales para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas (no está claro si entre ellos o también en relación con el resto de habitantes de la República; supongo que esto último es lo más razonable) y eliminar cualquier práctica discriminatoria; en dicho apartado se contienen lo que el propio Kymlicka llama “derechos poliétnicos”,<sup>79</sup> que tienen por objetivo erradicar las discriminaciones y los prejuicios existentes contra las minorías culturales y que se concretan, entre otras cuestiones, en la exigencia de subvención pública para las prácticas culturales de las comunidades o para

<sup>77</sup> *Ciudadanía multicultural...*, cit., pp. 47-52.

<sup>78</sup> Al respecto Boaventura de Sousa Santos afirma que “La lucha indígena por la legalidad es doble: es la lucha por un derecho colectivo a crear leyes y derechos. Por una parte, los pueblos indígenas piden, tanto al derecho nacional como al derecho internacional, el reconocimiento de sus derechos colectivos como pueblos, sobre todo el derecho a la autodeterminación; por otra parte, de acuerdo con el derecho indígena autónomo, el contenido sustantivo supremo de dicho derecho es el autogobierno”, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002, pp. 172 y 173.

<sup>79</sup> *Ciudadanía multicultural...*, cit., pp. 52 y 53.

tener acceso en condiciones de cierta igualdad a los mercados de intercambio de bienes y servicios. En realidad tampoco es muy claro que se trate de *derechos* en sentido estricto, pues por su redacción más bien parece tratarse de tareas públicas que obligan a los órganos de los tres niveles de gobierno a desarrollar determinadas políticas para mejorar la situación social y económica de los indígenas.

### 1. *Derechos de autogobierno*

El contenido del apartado A, dicho de forma sucinta, es el siguiente: los pueblos indígenas tienen autonomía para:

- Decidir sus formas internas de convivencia y su organización social.
- Aplicar sus propios sistemas normativos; dicha aplicación está limitada por las garantías individuales, los derechos humanos y, en particular, por la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces y tribunales correspondientes.
- Elección por usos y costumbres de sus propias autoridades para el ejercicio del gobierno interno.
- Preservar y enriquecer sus lenguas y demás elementos de su cultura e identidad.
- Conservar y mejorar su hábitat y preservar la integridad de sus tierras.
- Acceder a la propiedad y tenencia de la tierra en los términos de la misma Constitución y de las leyes aplicables.
- Elegir, en su caso, representantes ante los municipios.
- Acceder a la jurisdicción del Estado, para lo cual se deberá tomar en cuenta, en los procesos en los que sean parte, sus costumbres y especificidades culturales; se debe contar con la asistencia de intérprete cuando sea necesario y defensores que conozcan su lengua y su cultura.

La interpretación jurisprudencial de los derechos de autogobierno no es muy abundante, aunque existen diversas tesis relacionadas con la materia electoral y particularmente con los usos y costumbres indígenas como método para elegir a las autoridades de sus pueblos y comunidades.

Son todos criterios dictados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que por su importancia, vale la pena transcribir íntegramente.

El primero de ellos establece el principio de la interpretación más favorable a las comunidades indígenas en la aplicación de las reglas procesales; su texto es el siguiente:

PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES DEBE HACERSE DE LA FORMA QUE LES SEA MÁS FAVORABLE. Las normas procesales, especialmente aquellas que imponen determinadas cargas, deben interpretarse de la forma que resulte más favorable a las comunidades indígenas. Así se considera si se toma en cuenta que, por una parte, el artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza a los pueblos indígenas, el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, y por otra, que el legislador ha establecido diversos procedimientos tuitivos o tutelares, en los que primordialmente se atiende a la necesidad de establecer protecciones jurídicas especiales en favor de las comunidades indígenas y de los sujetos que las conforman, por sus particulares condiciones de desigualdad, facilitándoles el acceso a la tutela judicial para que ésta sea efectiva, mediante el establecimiento de plazos más largos, entre otras situaciones más benéficas, supuesto en el que se encuentran las comunidades indígenas. De esta manera, no se debe colocar a los integrantes de los pueblos indígenas en un verdadero y franco estado de indefensión, al exigirles la satisfacción o cumplimiento de cargas procesales que sean irracionales, de acuerdo con su circunstancia de desventaja ampliamente reconocida por el legislador en diversos ordenamientos legales. Además, no debe perderse de vista que los medios procesales encaminados a la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, igualmente poseen la característica de ser procesos tuitivos o tutelares de éstos, con formalidades especiales para su adecuada protección. *Sala Superior, tesis S3EL 047/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99.-Hermínio Quiñónez Osorio y otro.-10 de febrero de 2000.-Unanimidad de votos.-Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez.-Secretario: Juan Carlos Silva Adaya.*  
*Nota: El primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pasó a ser la fracción VIII del apartado A, del artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 14 de agosto de 2001.*

Otras tesis tienen que ver directamente con el alcance de los usos y costumbres en materia electoral, así como los deberes de las autoridades

electorales para respetar dichos usos y costumbres; entre ellas se encuentran las siguientes:

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS. ATRIBUCIONES DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO ESTATAL ELECTORAL DE OAXACA EN LAS ELECCIONES. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 125 del Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca, el Instituto Estatal Electoral, cuando se declaren nulas las elecciones de ayuntamientos, debe sujetar las elecciones extraordinarias que celebre a lo dispuesto en el propio código electoral local, así como a lo que el mismo instituto disponga en la convocatoria que expida, sin restringir los derechos que se reconocen a los ciudadanos y alterar los procedimientos y formalidades que en el propio ordenamiento jurídico se establecen (salvo el ajustar los plazos, conforme con los de la convocatoria). Asimismo, el Instituto Estatal Electoral, a través de su Consejo General, debe conocer, en su oportunidad, de los casos de controversia que surjan respecto de la renovación de los ayuntamientos bajo las normas de derecho consuetudinario y, previamente a cualquier resolución, buscar la conciliación entre las partes, o bien, una consulta con la comunidad, lo cual puede implicar que una vez que se agoten los mecanismos autocompositivos se acuda al expediente heterocompositivo, decidiendo lo que en derecho proceda. Así, el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca debe hacer un uso tenaz, pertinente y constante de las atribuciones que a su cargo se prevén en el artículo 125 del código electoral local y, atendiendo a las finalidades que se prevén en el numeral 58 de ese mismo ordenamiento jurídico, realizar un significativo y razonable número de pláticas de conciliación entre los integrantes de cierta comunidad o población indígena, o bien, municipio que se rija por dicho sistema normativo, y, en todo caso, si persisten los puntos de disenso entre los mismos, realizar una consulta a la comunidad para que ella se pronuncie sobre las diferencias y, en su oportunidad, el propio Consejo General resuelva lo conducente, atendiendo al interés superior de la comunidad de que se trate. De lo anterior, se concluye que, aunado a los alcances de los principios de objetividad, certeza, legalidad y profesionalismo, sobre el instituto pesa una carga o imperativo que no admite excusa alguna para eludir la observancia de una obligación instrumental que debe entenderse como dirigida a dar vigencia a la prescripción constitucional de todo Estado republicano que se centra en la renovación periódica de los órganos de elección popular, a través del sufragio, en términos de lo dispuesto en los artículos 41, párrafo primero, y 115, párrafo primero, fracción I y 116, fracción IV, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se reitera en los

artículos 29, párrafo primero y 98, párrafos primero y tercero de la Constitución local, y 3o., 17, 20, 22, 23, 24 y 124 del código electoral local (al preverse que: a) El Estado adopta la forma de gobierno republicano, para su régimen interior; b) Los ayuntamientos son asambleas electas mediante sufragio, y c) Los concejales que los integren duran en su encargo tres años, incluidos los electos por el sistema de usos y costumbres, ya que, aunque desempeñaran el cargo durante el tiempo que sus tradiciones y prácticas democráticas determinen, dicho nombramiento no podrá exceder de tres años). Además, si constitucionalmente se ha establecido que, a través de la ley, se protegerá y promoverá el desarrollo de los usos y costumbres, así como las formas específicas de organización social de los pueblos indígenas (artículo 4o., párrafo primero) y, consecuentemente, en el ámbito normativo de la competencia del Constituyente del Estado de Oaxaca (artículos 16, párrafo segundo; 25, párrafo decimoquinto, y 29, párrafo segundo), se ha aceptado y determinado que el legislador local está obligado a establecer las normas, medidas y procedimientos que promuevan el desarrollo de las formas específicas de organización social de las comunidades indígenas, y proteger las tradiciones y prácticas democráticas de tales comunidades, las cuales hasta ahora se han utilizado para la elección de sus ayuntamientos, razón por la cual debe ser apegado a la Constitución Federal y a la Constitución local, el proceder del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca, disponiendo y previendo lo suficiente, razonable y necesario para dar vigencia al derecho político del pueblo o comunidad indígena de que se trate, para elegir a los concejales al ayuntamiento municipal respectivo, de acuerdo con sus usos y costumbres; esta situación deriva, además, de que el citado instituto es la autoridad competente en la que se delega la función estatal de organizar y desarrollar los actos de interés público relativos a las elecciones y que agrupa para su desempeño, en forma integral y directa, las facultades relativas a la preparación de la jornada electoral, la realización de cómputos y el otorgamiento de constancias, entre otras, en términos de lo prescrito en los artículos 116, párrafo segundo, fracción IV, inciso b), de la Constitución Federal y 25, párrafos primero, tercero y cuarto, de la Constitución local. *Sala Superior, tesis S3EL 143/2002.*

*Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99.-Herminio Quñónez Osorio y otro.-10 de febrero 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. Asimismo, el contenido del artículo 98 de la Constitución Política del Estado Libre*



*y Soberano de Oaxaca, que se invoca en la tesis, quedó incorporado en el artículo 113 del mismo ordenamiento conforme con la reforma publicada en el periódico oficial de la misma entidad el 8 de diciembre de 2000.*

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, CUANDO SE TRATA DE ACTOS MATERIALMENTE ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER ELECTORAL DE UN CONGRESO ESTATAL. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como máxima autoridad jurisdiccional en la materia, salvo lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 constitucional, según se dispone en el artículo 99, párrafo segundo, fracción V, de la Constitución Federal, tiene atribuciones para reparar el orden constitucional violado en ciertos casos determinados y restituir a los promoventes en el uso y goce del derecho político-electoral que les sea conculcado, con independencia de los actos o resoluciones que deban ordenarse, modificarse, revocarse o dejar sin efectos, como consecuencia de la sentencia y en plenitud de jurisdicción a fin de garantizar, en términos de lo preceptuado en el artículo 4o., párrafo primero, de la propia Ley Fundamental, a los integrantes de los pueblos indígenas, el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En este sentido, si en cierto asunto, el medio de impugnación fue presentado por sólo uno o algunos ciudadanos de una comunidad contra un acto de autoridad que la afecte en su conjunto, como puede ser un decreto legislativo, debe considerarse que el medio de impugnación está dirigido a permitir el control de la constitucionalidad de actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales del ciudadano, ya que ni en la Constitución Federal (artículo 99, párrafo cuarto, fracción I) como tampoco en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se establece que estén excluidos los actos de los órganos legislativos, siempre que esos actos no tengan el alcance de una ley —abstracción, heteronomía, generalidad e impersonalidad— (puesto que en caso contrario se trataría de una norma general o ley respecto de la cual sería procedente la acción de inconstitucionalidad, en términos de lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, tercer párrafo, de la carta magna). Es decir, es equivocado admitir que los actos de un Congreso local no puedan ser modificados como efecto de una sentencia que recaiga en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, puesto que, en los preceptos citados de la Ley Suprema y de la ley adjetiva federal, expresamente se alude a actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación sin que se establezca una particular naturaleza del órgano del que provengan. Así, debe entenderse que los eventuales efectos de la sentencia beneficien o

les paren perjuicios a los demás integrantes de la comunidad, ya que, además, sería como resultado del carácter de máxima autoridad jurisdiccional en la materia y la plenitud de jurisdicción que le están reconocidas al Tribunal Electoral, así como consecuencia de los efectos de la sentencia a fin de restituir, en su caso, el uso y disfrute del derecho político-electoral violado por los actos de autoridad, en términos de lo que se establece en los artículos 99, párrafo primero, de la Constitución Federal y 6o., párrafo 3; y 84, párrafo 1, inciso c), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. *Sala Superior, tesis S3EL 144/2002.*

*Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99.-Herminio Quiñónez Osorio y otro.-10 de febrero 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.*

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS. COMPRENDEN EL LUGAR EN QUE SE LLEVAN A CABO LAS ELECCIONES (Legislación del estado de Oaxaca). La posibilidad jurídica y material de que las elecciones se efectúen en cierto lugar, cuando deriva de una costumbre, es una decisión adoptada por la libre determinación de una comunidad indígena, lo cual no debe ser quebrantado por persona o grupo alguno. De esta manera, si 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, se preceptúa que, en la ley, se establecerán las medidas y procedimientos que permitan proteger y promover, así como hacer valer y respetar esos usos, costumbres, tradiciones y prácticas democráticas, incluidos sus derechos sociales, es que se debe preservar la realización de esas elecciones en el sitio en el que inveteradamente ha tenido su desarrollo la correspondiente asamblea electoral, bajo condiciones que aseguren la realización con regularidad y en un ambiente que genere las circunstancias propicias para dar vigencia a unas elecciones auténticas y libres, en las que se pueda ejercer libremente el derecho de sufragio, tal y como se establece en los artículos 35, fracción II; 41, párrafo segundo, fracción I, segundo párrafo, de la Constitución Federal; 24, fracción I; 29, párrafo segundo, y 98, párrafo primero, de la Constitución local, así como 3o., 6o., párrafo 3; 113 y 116 del código electoral local. *Sala Superior, tesis S3EL 145/2002.*

*Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-7JDC-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. Asimismo, el contenido del artículo 98 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, que se invoca en la tesis, quedó incorporado en el artículo 113 del mismo ordenamiento conforme con la reforma publicada en el periódico oficial de la misma entidad el 8 de diciembre de 2000.*

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS RELACIONADOS CON EL PROCEDIMIENTO ELECTORAL CONSUECUDINARIO. CIUDADANOS Y AUTORIDADES ESTÁN OBLIGADOS A RESPETARLOS (Legislación del Estado 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. *Sala Superior, tesis S3EL 146/2002.*

*Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-7JDC-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.*

Una limitación muy importante a los usos y costumbres en materia electoral es la establecida por el principio de universalidad del sufragio, de acuerdo con la siguiente tesis:

USOS Y COSTUMBRES. ELECCIONES EFECTUADAS BAJO ESTE RÉGIMEN PUEDEN SER AFECTADAS SI VULNERAN EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SUFRAGIO. Si bien las elecciones por usos y costumbres indígenas no

contravienen el principio constitucional de igualdad; cuando impliquen actividades que violenten la universalidad del voto, no serán válidas. En efecto, de la interpretación de los artículos 30, 34, 35, fracción I y 36, fracción III, 115, primer párrafo, fracción I; 116, segundo párrafo, fracción I, párrafo segundo y fracción IV, inciso a); así como 122, párrafos cuarto y sexto, apartado c, base primera, fracción I de la Constitución Federal, se infiere que el derecho de sufragio constituye la piedra angular del sistema democrático, en tanto que, con su ejercicio, se permite la necesaria conexión entre los ciudadanos y el poder público, legitimando a éste; de ahí que, si se considera que en una elección no se respetó el principio de universalidad del sufragio, ello conduce a establecer que se han infringido los preceptos que lo tutelan y que, además, se ha atentado contra la esencia misma del sistema democrático. Por lo tanto, la característica de universalidad del sufragio implica que, salvo las excepciones expresamente permitidas por los ordenamientos nacional y estatal, toda persona física se encuentra en aptitud de ejercerlo en las elecciones populares que se celebren, para la renovación de los órganos públicos representativos del Estado mexicano, sean estas federales, estatales o municipales ordinarias, o mediante reglas de derecho consuetudinario, sin que para tales efectos sean relevantes cualesquiera otras circunstancias o condiciones sociales o personales, tales como etnia, raza, sexo, dignidad, mérito, experiencia, formación, rendimiento, etcétera. Por ello, es posible afirmar que la universalidad del sufragio se funda en el principio de un hombre, un voto; con el cual se pretende el máximo ensanchamiento del cuerpo electoral en orden a asegurar la coincidencia del electorado activo con la capacidad de derecho público. Consecuentemente, si en una comunidad indígena no se permitiera votar a los ciudadanos que no residieran en la cabecera municipal, dicha restricción se traduciría en la negación o anulación de su derecho fundamental a sufragar, y ello significaría la transgresión al principio de igualdad, visto desde el punto de vista subjetivo que emana de dicha norma, el derecho a no ser discriminado injustamente; por lo tanto, esta situación violatoria de derechos fundamentales, queda excluida del ámbito de reconocimiento y tutela de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas previstos por la Constitución Federal, al resultar incompatible con los derechos fundamentales que han quedado precisados; por lo que, en consecuencia, esa práctica o tradición adoptada por una comunidad indígena no tendría el carácter de democrática. *Sala Superior, tesis S3EL 151/2002.*

*Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-013/2002.-Indalecio Martínez Domínguez y otros.-5 de junio de*

*2002.-Unanimidad de votos.-Ponente: José Luis de la Peza.-Secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo.*

Finalmente, el Tribunal Electoral reconoce que las elecciones celebradas por medio de los usos y costumbres no vulneran el principio de igualdad; el texto de la tesis correspondiente es el que sigue:

USOS Y COSTUMBRES. LAS ELECCIONES POR ESTE SISTEMA NO IMPLICAN POR SÍ MISMAS VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD. El hecho de que se reconozca jurídicamente la existencia de procedimientos electorales consuetudinarios, no implica prácticas discriminatorias prohibidas por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Una de las concreciones normativas del principio de igualdad, en específico, la contenida en el tercer párrafo del artículo de referencia, según el cual está prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Si este precepto se leyera de manera superficial, podría conducir al equívoco de considerar que lo que se encuentra prohibido es toda discriminación, entendida como mera diferenciación por los motivos ahí enunciados, pues, literalmente, si distinguir por cualquier condición o circunstancia personal o social fuera discriminatorio, serían incompatibles con esta disposición innumerables leyes e, incluso, diversas normas constitucionales, como la tutela privilegiada a los trabajadores o normas establecidas para regular los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas y sus miembros (artículo 2o. constitucional), dado que el punto de referencia para la diferenciación o discriminación en tales supuestos es, precisamente, una determinada situación personal. Sin embargo, una lectura más detallada del artículo 1o., tercer párrafo, en cuestión, lleva a percatarse que, tras describir los motivos que son causa de discriminación, se agrega "... o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas", enunciado que permite concluir que la discriminación no es ocasionada por la diferenciación basada en alguna de las circunstancias allí mencionadas, sino que por discriminación, en el sentido jurídico constitucional que es utilizado, se ha de entender la diferenciación injusta, aquella que no toma en cuenta criterios objetivos, razonables y proporcionales para diferenciar o, utilizando la expresión empleada por el Poder revisor de la Constitución, aquella que atenta contra la dignidad humana y tiene como propósito o consecuencia reducir o dejar

sin efecto los derechos y libertades de los individuos. *Sala Superior, tesis S3EL 152/2002.*

*Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-7DC-013/2002. Indalecio Martínez Domínguez y otros.-5 de junio de 2002. Unanimidad de votos.-Ponente: José Luis de la Peza. Secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo.*

## 2. *Derechos poli-étnicos*

El apartado B del artículo 2o. constitucional contiene las siguientes previsiones, que se enlistan de forma resumida: las autoridades de los tres niveles de gobierno están obligadas a:

- Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas y mejorar su economía local.
- Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo, entre otras cuestiones, la educación bilingüe e intercultural.
- Asegurar el efectivo acceso a los servicios de salud, aprovechando debidamente la medicina tradicional.
- Facilitar el acceso de los indígenas al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda.

Cabe apuntar que esta disposición es más amplia que la previsión contenida en el artículo 4o. constitucional que hace referencia al derecho a la vivienda digna y decorosa de “toda familia”. Además, en el artículo 4o. no se hace referencia al “financiamiento”, sino simplemente al “goce” de la vivienda.

- A) Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo.
- B) Extender la red de comunicaciones para integrar a las comunidades, incluyendo la posibilidad de contar con medios de comunicación cuya propiedad, administración y utilización esté a cargo de los indígenas.
- C) Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas.
- D) Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes indígenas.

- E) Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales (véase artículo 6.1 inciso A del Convenio 169 de la OIT).

El objetivo de todas esas medidas, según señala el encabezado del mismo apartado B, es promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria.

El apartado B del artículo 2o. contiene una serie de obligaciones de innegable pertinencia. Son acciones que el gobierno, en todos sus niveles, debe de tomar a la brevedad para compensar un rezago social secular. La duda que surge es si todas esos nobles y justificados propósitos deben o no de formar parte del texto constitucional.

Hay algunas fracciones del apartado B que parecen extraídas de un Plan Nacional de Desarrollo, de un plan de políticas públicas o incluso de un informe de gobierno. ¿No estamos banalizando con ello la normatividad constitucional? ¿no estamos estirando demasiado la capacidad retórica —ampliamente probada por décadas de reformas constitucionales demagógicas— de la Constitución?, ¿algunos de esos contenidos no son más propios de la legislación secundaria?, ¿no estamos inflando desmedidamente el contenido del artículo 2o. y, en general, de toda la Constitución con ese tipo de preceptos?

Quizá anticipando el alto impacto retórico que tienen dichas disposiciones, al final del apartado B se dispuso que las autoridades legislativas de los tres niveles de gobierno, “establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas”.

Desde luego, pese a su ambigüedad, todas las fracciones del apartado B son, de alguna manera, justiciables y exigibles; tienen un contenido normativo mínimo que no puede ser vulnerado y que, en su caso, podrá ser exigido ante la jurisdicción constitucional. Es tarea de los intérpretes poner de manifiesto (o intentarlo) que no son una lista de recomendaciones o de buenos deseos que las autoridades puedan ir cumpliendo como mejor les parezca: son, por el contrario, mandatos constitucionales, es decir, normas jurídicas vinculantes para autoridades y particulares.

El último párrafo del artículo 2o. extiende las provisiones contempladas para los pueblos y comunidades indígenas a “toda comunidad equiparable

a aquéllos”. De nuevo, parece difícil de precisar el ámbito personal de validez de esta disposición.

En suma, la regulación constitucional de los derechos y cultura indígenas encuentra una base razonable en el artículo 2o. Se trata de una regulación inicial que deberá ser desarrollada por la legislación ordinaria federal y por las constituciones y leyes de las entidades federativas (obligación explícitamente prevista en el artículo segundo transitorio del decreto de reforma constitucional publicado el 14 de agosto de 2001). También requerirán ser desarrollados los criterios teóricos y prácticos (por ejemplo por parte de los jueces) para ir analizando y delimitando los alcances de cada disposición concreta sobre la materia.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RIVERA, José Antonio, “La casa de muchas puertas: diversidad y tolerancia” en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- ANTÓN, Antonio (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, Talasa, 2000.
- APARICIO, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CEDECS, 2002.
- CARBONELL, Miguel, “Minorías y derechos: un punto de vista constitucional” Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- , “Minorías etno-culturales y derechos colectivos: premisas conceptuales” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- , “Artículo 2o.”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2003.
- , *Problemas constitucionales del multiculturalismo*, Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Política y Administración, Colegio de



- Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, 2002.
- y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, “Autonomia degli individui o autonomia delle culture?”, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milán, Giuffrè, 1997.
- , “Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e classificazione” en Vitale, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- , “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado” en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 12, 1998.
- FRASER, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era post-socialista”, *New Left Review*, edición en castellano, Madrid, 2000.
- , *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997.
- GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca de la legitimidad democrática y el papel de las minorías” en Labastida Martín del Campo, Julio y Camou, Antonio (coords.), *Globalización, identidad y democracia. México y América Latina*, México, Siglo XXI-UNAM, 2001.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , “Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 97, 2000.
- GONZÁLEZ GUERRA, Gisela (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Usos y costumbres en las elecciones municipales de Oaxaca”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- IGNATIEFF, Michael, “Derechos humanos y autodeterminación colectiva”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 130, marzo de 2003.
- ITURRASPE, Francisco, “Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarias en la Constitución venezolana de 1999” en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- KELLAS, James, *The politics of nationalism and ethnicity*, 2a. ed., Nueva York, St. Martin’s Press, 1998.
- KYMLICKA, Will (ed.), *The rights of minority cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- , *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.
- , “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, Del Águila, Rafael *et al.*, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- , *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.
- y Norman, Wayne, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, Paidós, núm. 3, 1997.
- , “Citizenship in culturally diverse societies: issues, contexts, concepts” en Kymlicka, Will y Norman, Wayne (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- LEVY, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo*, Madrid, Tecnos, 2003.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Distintas concepciones de pueblo indígenas, como sujeto de derecho colectivo*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1998.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.
- MARIÑO, Fernando, “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros” en Prieto, Luis (ed.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*, Cuenca, UCLM, 1996.

- MARTÍNEZ de PISÓN, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, México, UNAM, Paidós, 1999.
- OLVERA, Isidro, “Constituciones estatales y derechos indígenas” en González Galván, Jorge (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- PACKER, John, “On the content of minority rights” en Rääkkä, Juha (ed.), *Do we need minority rights? Conceptual issues*, La Haya, Kluwer Law International, 1996.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Minoranze e maggioranze*, Turín, Einaudi, 1993.
- , “I diritti degli individui, dei gruppi e delle minoranze” en Vitale, Ermanno (editor), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- POGGE, Thomas W., “Group rights and ethnicity” en Kymlicka, Will y Shapiro, Ian (eds.), *Ethnicity and group rights*, Nueva York, University Press, 1997.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, Luis, “El debate sobre los derechos de grupo” en Díaz, Elías y Colomer, Juan Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.
- SOUSA, Boaventura de, “Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo” en Silveira Gorski, Héctor C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- , *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000.
- SULLIVAN, Kathleen M., “Representation of racial minorities”, Brinkley, Alan et al., *The new federalist papers. Essays in defense of the Constitution*, Nueva York, Londres, W.W. Norton and Company, 1997.
- TORBISCO, Neus, *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, tesis doctoral, 2000.
- , “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas” en Carbonell, Miguel et al (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*,

- 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- , “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos” en De Lucas, Javier (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, CGPJ, 2001.
- , “Derechos colectivos”, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , “Minorías culturales”, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , “Multiculturalismo”, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- VALLESPÍN, Fernando, “Cosmopolitismo político y sociedad multicultural”, *Participación y representación en las sociedades multiculturales*, Málaga, Universidad de Málaga, 1998.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Liberalismo, estado de derecho y minorías*, México, Paidós-UNAM, 2001.
- , “Derechos de las minorías y tolerancia” en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- VITALE, Ermanno, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, pról. de M. Bovero, Roma-Bari, Laterza, 2000.