

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO

LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES EN MATERIA INDÍGENA

I. INTRODUCCIÓN

Las normas constitucionales no sólo establecen explícitamente derechos, obligaciones, estructuras orgánicas, funciones, sino también reconocen implícitamente, según Carl Schmitt, las pautas de futuro de un país, es decir, decisiones políticas fundamentales:

Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas *leyes* constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque *la esencia de la Constitución* [las cursivas son nuestras] no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda formación reside una *decisión política del titular del poder constituyente* [las cursivas son del autor], es decir, del Pueblo en la Democracia...¹

Coincido con Octavio Paz en el sentido de que para que algo exista debe ser nombrado, por ello Schmitt *dijo* al analizar la Constitución de Weimar que ésta reconocía implícitamente el Estado burgués de derecho como decisión política fundamental, con base en el establecimiento del *principio* de los derechos humanos y del *principio* de la división de poderes.² Respecto a la noción de Estado de derecho se puede afirmar que es “aquel Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de derecho alude aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el derecho”, y que es llamado *burgués*

* Este trabajo fue presentado en el foro sobre el aniversario de la Constitución mexicana celebrado el 5 de febrero de 2009 en el Senado de la República.

¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 47.

² *Ibidem*, pp. 47, 48, 137 y ss.

como resultado de la influencia del constitucionalismo liberal (adquiriendo así) una connotación técnica y se identificó con un ideal político específico, y se utiliza para designar cierto tipo de Estado que se estimaba que satisfacía las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica.³

Para Felipe Tena Ramírez detrás de los principios constitucionales se encuentran *factores reales de poder* que hacen que una Constitución no pueda “menos que recoger [...] impuestos por la época”.⁴ Y que al incorporarse en la Constitución se convierten “en derecho, en instituciones jurídicas, y quien, atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”.⁵

Ignacio Burgoa señala que los factores reales de poder:

Son los elementos diversos y variables que se dan en la dinámica social de las comunidades humanas y que determinan la creación constitucional en un cierto momento histórico y condicionan la actuación de los titulares de los órganos del Estado en lo que respecta a las *decisiones* [las cursivas son mías] que éstos toman en el ejercicio de sus funciones públicas que tienen encomendadas.⁶

Jorge Carpizo se manifiesta en el mismo sentido al considerar que las decisiones fundamentales son dinámicas, históricas, sujetas a los cambios sociales: “Las decisiones no son universales, sino están determinadas por la historia y realidad socio-política de cada comunidad. Las decisiones fundamentales son principios que se han logrado a través de luchas. Son parte de la historia del hombre y de su anhelo de libertad”.⁷

José Ramón Cossío señala que para la plena efectividad de lo establecido en una Constitución es necesario actualizar su interpretación, explicitar sus contenidos, es necesario construir un nuevo discurso cons-

³ Orozco Henríquez, J. Jesús, “Estado de derecho”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, t. D-H, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 1564.

⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 13a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 29.

⁵ Lasalle, Ferdinand de, *¿Qué es la Constitución?*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 62, citado por Tena, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

⁶ Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 348y 349.

⁷ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 13a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 121 y 122.

tucional.⁸ Considero, en efecto, que existe un déficit explicativo, por ejemplo, de las decisiones políticas fundamentales implícitas en la Constitución con base en algunas de sus reformas. En este trabajo analizaré el caso mexicano en relación con las decisiones políticas fundamentales reconocidas en la reforma constitucional en materia indígena de 2001, pretendo así explicitar su contenido para que se cumpla con lo establecido.⁹

Parto de la hipótesis de que el poder constituyente al establecer los derechos de los pueblos indígenas y políticas públicas de participación indígena reconoció principios inéditos: el pluralismo cultural, el político y el jurídico. Detrás de estos principios están los pueblos indígenas y su lucha por la igualdad y la justicia. Los pueblos indígenas se manifiestan, de esta manera, como un factor real de poder que marcan la pauta del país hacia un Estado pluricultural de derecho.

Las decisiones fundamentales de una Constitución se han considerado que son *políticas* porque establecen, principalmente, las características del gobierno que un pueblo decide. Así, Carl Schmitt observó que el pueblo, en la Constitución de Weimar, había decidido que su gobierno fuera: democrático, republicano, federal, representativo.¹⁰

Karl Loewenstein a pesar de considerar que las decisiones fundamentales pueden no ser solamente de tipo político, sino también de tipo religioso, moral, social y económico, no consideró que una decisión pudiera ser también de tipo *cultural*:

La determinación de la decisión política fundamental, o toma de la decisión política, consiste en la elección de una, entre varias posibilidades políticas fundamentales frente a las que se encuentra la comunidad estatal. Como decisiones políticas fundamentales, deben considerarse aquellas resoluciones de la sociedad que son decisivas y determinantes, en el presente y frecuentemente en el futuro, para la conformación de dicha comunidad. Conciernen tanto a asuntos extranjeros como internos, materialmente pue-

⁸ Cossío D., José Ramón, “Sobre la eficacia de los derechos sociales”, en Ávila Ortiz, Raúl y Gil Rendón, Raymundo (coords.), *Derecho y Cultura*, t. II, México, Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura, invierno 2002-2003, p. 15.

⁹ “Decreto por el que aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o.; y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, primera sección, México, 14 de agosto de 2001, pp. 2-4.

¹⁰ Schmitt, Carl, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

den ser de naturaleza política, socioeconómica y hasta moral, por ejemplo, cuando se refieren a cuestiones religiosas [...] La decisión conformadora más importante con la que se enfrenta una nación es la elección de su sistema político y, dentro de ese sistema, de la forma específica de gobierno bajo la cual desea vivir [Otros tipos de decisiones son] la elección entre el libre cambio y el proteccionismo [...]; el sistema impositivo y su influencia en la distribución de la riqueza.¹¹

Ignacio Burgoa al clasificar a las decisiones fundamentales calificó como “culturales”: la obligación que tiene el Estado de brindar la educación, es decir, como una función pública.¹² Jorge Carpizo, por su parte, no consideró que la reforma constitucional que reconoció en 1992 a México como una nación pluricultural tuviera implícita una decisión política fundamental, por ello en las ediciones de sus obras *La Constitución mexicana de 1917* de 2002, y *Estudios constitucionales* de 1999, considera sólo las siguientes decisiones fundamentales: la soberanía, el sistema representativo, los derechos humanos, la división de poderes, el federalismo, la supremacía del Estado sobre las iglesias, la protección constitucional de los derechos, y el control de la constitucionalidad de leyes y actos.¹³

Considero que el déficit teórico en la explicación de las decisiones políticas fundamentales implícitas en la Constitución mexicana no es nuevo.¹⁴ Al establecerse, por ejemplo, los derechos sociales en 1917: los derechos de los trabajadores y de los campesinos. La doctrina no remarcó las pautas de futuro, el enriquecimiento del proyecto de país que estos derechos contenían, y que podríamos llamar el principio de justicia agraria (artículo 27) y el principio de justicia social (artículo 123). Estos principios conformaron el llamado Estado *social* de derecho. En el siglo XX:

La idea del Estado de derecho clásico, individualista y liberal [evolucionó] hacia los que se ha dado en llamar ‘Estado social de derecho’ con el objeto de adaptar las estructuras jurídicas y políticas a las nuevas necesidades del

¹¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, pp. 63-64.

¹² Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, pp. 355-356.

¹³ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 13a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 122-123; y *Estudios constitucionales*, 7a. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 298 y ss.

¹⁴ Consideraré aquí el sentido amplio de las Decisiones Fundamentales como *políticas*: al incluir no sólo aquellas que tengan que ver con formas de autogobierno, sino aquellas que modifiquen el ser social, económico y cultural de un pueblo.

desarrollo técnico, social, económico y político y cultural [...] con la concepción del Estado social de derecho se ha pretendido superar las deficiencias del individualismo clásico liberal, caracterizado por el abstencionismo estatal, a través del reconocimiento y tutela de ciertos derechos sociales y la realización de objetos de bienestar y justicia sociales. De este modo, el Estado social de derecho se caracteriza por su intervención creciente en las actividades económicas, sociales, políticas y culturales con un Ejecutivo fuerte, pero controlado, para coordinar y armonizar los diversos intereses de una comunidad pluralistas, y en el que se redistribuyen los bienes y servicios en busca de la justicia social.¹⁵

Se reconoció que el Estado había cambiado pero no se explicitaron los principios que el Estado social de derecho reconoció. Alberto Trueba Urbina, quizá, fue un poco la excepción al destacar la importancia del establecimiento de los derechos sociales en la Constitución, dando lugar al *constitucionalismo social* en el mundo.¹⁶

En relación con la reforma constitucional en materia indígena de 2001 no se puede dejar pasar desapercibidas las decisiones políticas fundamentales contenidas en el principio del pluralismo cultural, el del pluralismo político y el del pluralismo jurídico. Estos principios son inéditos en la teoría constitucional. Con base en dichos principios el Estado asume que la población existente en su territorio es culturalmente diversa; que la democracia se puede ejercer no sólo a través de los partidos políticos y por el voto libre y secreto, sino por medio del consenso que se obtenga a través del debate en asambleas comunitarias, y que al lado de la jurisdicción militar y eclesiástica, se reconoce la jurisdicción indígena. Todo esto conforma las pautas de futuro hacia la consolidación del Estado pluricultural de derecho, como decisión política fundamental del pueblo mexicano. Analicemos sus principios.

II. EL PRINCIPIO DEL PLURALISMO CULTURAL

Al establecerse en la Constitución que la nación tienen una composición culturalmente diversa sustentada originalmente en sus pueblos indígenas (artículo 2o., segundo párrafo), se está reconociendo que la pobla-

¹⁵ Orozco Henríquez, J. Jesús, *op. cit.*, p. 1565.

¹⁶ Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo. Teoría y proyección*, México, Porrúa, 1971, pp. 46 y ss.

ción mexicana es pluricultural. De esta manera, se abandona el discurso del mestizaje, el cual nos impuso una identidad única basada en la homogeneidad cultural. Se nos dijo que éramos el producto de una mezcla y que teníamos una continuidad cultural evolutiva, cuando en realidad no hablamos *náhuatl*, sino el idioma del colonizador, ni la llamada cultura nacional es superior ni mejor —por ser la cultura dominante— a las culturas indígenas.

El principio del pluralismo cultural significa que el Estado se obliga a establecer las políticas que garanticen el respeto y desarrollo de las diferentes maneras de hablar, pensar, imaginar, vestir y actuar de los habitantes del país, en general, y de los pueblos indígenas, en particular. Se pasa de considerar que culturalmente el pueblo, como elemento legitimador del poder político, ya no debe aspirar a ser culturalmente homogéneo, sino que desde el punto de vista sociológico es y ha sido diverso en lo cultural.

Se pasa de un proceso de identidad impuesta a un proceso de identidad revalorada. Por ello, la reivindicación de los derechos culturales no debe interpretarse como un “nuevo racismo”.¹⁷ La revalorización de la identidad cultural, ciertamente, puede llevar a que el grupo imponga una cultura única (una cultura aislada), una cultura independiente (una cultura separada de las demás), o una cultura cerrada (una cultura que limita su desarrollo). Esto, por supuesto, sería una patología, sería caer en aquello que se está tratando de evitar. El proceso de reivindicación de los derechos culturales, por el contrario, pretende revalorar la identidad cultural considerando que cada grupo desarrolla una cultura *propia*, no única, es decir, una cultura que se considera parte del todo; una cultura *complementaria*, no independiente, o sea, una cultura que tiene concepciones y prácticas que aportan a la dinámica del conjunto, y una cultura *abierta*, no cerrada, es decir, receptiva a las influencias positivas que el todo proponga. En este sentido, la identidad del pueblo mexicano, con base en la reforma constitucional en materia indígena, no puede seguirse considerando, por un lado, *única e indivisible* (artículo 2o., primer párrafo) como argumento para justificar la “unidad nacional” (ya que esto ha ocasionado en los hechos la exclusión de los pueblos indígenas), y por otro lado, que la identidad mexicana es *pluricultural* (artículo 2o., segundo párrafo). No

¹⁷ *Diversity & Multiculturalism: The New Racism*, sponsored by the Ayn Rand Institute, en www.multiculturalism.anyrand.org, consulta de 3 de septiembre de 2003.

pueden coexistir la *etnofobia* que considera la existencia de una cultura (en abstracto), y la *etnofilia* que revaloriza las concepciones y prácticas culturales diversas como parte de las manifestaciones de los grupos por ser y estar sobre la Tierra. La unidad en la diversidad tiene que ser también revalorada.

III. EL PRINCIPIO DEL PLURALISMO POLÍTICO

La Constitución establece que el nombramiento de las autoridades indígenas puede llevarse a cabo sin la participación de los partidos ni a través del voto libre y secreto, sino por medio de las asambleas comunitarias en donde el consenso determina la elección o por la decisión de un Consejo de Ancianos, es decir, por medio de las propias normas electorales vigentes en las comunidades indígenas (artículo 2o., apartado “A”, fracción III).

Por “pluralismo político” se ha entendido la existencia de diferentes instituciones u organismos que ofrecen sus programas y candidatos a la ciudadanía, para que a través del voto se elijan a los mejores. Me parece que en el contexto de este trabajo es posible hablar también de *pluralismo político* si consideramos que sea a través de partidos políticos o sin éstos la Constitución reconoce ahora que la elección de autoridades tiene procedimientos diferentes. En este sentido, el principio del pluralismo político significa que el Estado se obliga a establecer las políticas que garanticen el respeto y desarrollo de las diferentes maneras de elegir a las autoridades y su funcionamiento, en general, y a las de los pueblos indígenas, en particular.

Este derecho político colectivo *interno* de los pueblos indígenas debería ejercerse sobre una nueva reestructuración política municipal, la cual en la mayoría de los estados del país sigue sin reconocerse, a pesar del mandato expreso de la Constitución.

En cuanto al derecho político *externo* de los pueblos indígenas, es decir, su derecho a formar parte de los órganos legislativos federal y locales, la reforma no recogió la propuesta de realizar una redistribución en los padrones electorales correspondientes. Sólo estableció en un artículo transitorio que ello se haría, en su caso, para la elección de diputados federales. El Instituto Federal Electoral lo hizo para la elección de 2006 y se crearon 28 distritos con población mayoritaria indígena, con el fin de que los partidos postularan candidatos de origen indígena y así llevar la

voz indígena al Congreso. De los 28 que ganaron la elección sólo siete se reconocen como indígenas.¹⁸

Esperemos que los partidos en la elección interna de sus candidatos en estos 28 distritos, cumplan con el espíritu de la norma al hacer suyos los candidatos que los pueblos indígenas decidan y así comenzar a escuchar las voces de los pueblos indígenas en el Congreso de 2009.

IV. EL PRINCIPIO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Al establecer el poder constituyente en la Constitución que los pueblos indígenas tienen el derecho a aplicar sus sistemas normativos (artículo 2o., apartado A, fracción II), reconoce que al interior del territorio nacional el Estado se obliga a garantizar la existencia y desarrollo de la jurisdicción indígena, es decir, de establecer los contenidos del principio del pluralismo jurídico, entendido como la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes al interior del Estado mexicano. Esto nos enfrenta a un desafío jurídico inédito históricamente: ¿cómo coordinar la coexistencia de la jurisdicción estatal y la indígena?

Me parece que se pueden encontrar elementos de respuesta a esta pregunta si se enfoca este desafío desde la perspectiva del derecho al acceso a la justicia. Para ello, es necesario distinguir el derecho al acceso a la justicia impartida por los pueblos indígenas, y el derecho al acceso a la justicia impartida por los tribunales del Estado.

1. *El derecho al acceso a la justicia impartida por las instituciones indígenas propias*

La Constitución mexicana establece que para garantizar la existencia y desarrollo de las jurisdicciones indígenas será necesario desarrollar los contenidos reglamentarios de los siguientes mandatos constitucionales:

¹⁸ González Galván, Jorge Alberto, “La redistribución electoral y la participación política de los pueblos indígenas en México: balance y perspectivas (2006-2009)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XLI, núm. 121, enero-abril de 2008, pp. 173-211.

- a) El reconocimiento a la jurisdicción indígena.
- b) La determinación de los principios-marco de funcionamiento de la jurisdicción indígena.
- c) La elaboración de la ley sobre validación de las resoluciones de la jurisdicción indígena.

A. El reconocimiento a la jurisdicción indígena

La Constitución mexicana reconoce la existencia de los sistemas normativos de los pueblos indígenas para regular y solucionar sus conflictos internos, es decir, el derecho de los pueblos indígenas a decir su derecho, su *juris dictio*, su jurisdicción (artículo 2o., apartado A, fracción II). Este reconocimiento significa que los órganos indígenas encargados de impartir justicia forman parte de la función judicial del Estado mexicano.

El mandato constitucional implícito en este reconocimiento está encaminado a que entendida la jurisdicción como la “potestad-deber atribuida e impuesta a un órgano gubernamental para dirimir litigios de trascendencia jurídica, aplicando normas sustantivas e instrumentales por un oficio objetivamente competente y un agente imparcial”,¹⁹ se señale reglamentariamente los elementos que expliquen:

- a) Las características de las normas indígenas.
- b) Los fines de las normas indígenas.
- c) Los órganos y procedimientos de aprobación de las normas indígenas.
- d) La competencia de las normas indígenas.
- e) Los órganos y procedimientos de aplicación de las normas indígenas.

a. Las características de las normas indígenas

Las normas indígenas son, en general, consuetudinarias, orales, colectivistas y cosmológicas. Son consuetudinarias porque se considera que la repetición de conductas adquiere, por su confirmación a través del tiempo, carácter de validez, de vigencia, de positividad, de obligatoriedad.

¹⁹ Flores García, Fernando, “Jurisdicción”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. IV F-L, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 784.

Son orales porque la palabra tiene un valor, un compromiso, por sí misma, aunque no exista un escrito que la avale. Son colectivistas porque las permisiones o prohibiciones que se aprueban toman en cuenta el beneficio de la comunidad o para evitar un perjuicio a la misma, y son cosmológicas porque la norma interna que canaliza las acciones u omisiones está arraigada en la razón humana y las razones de los elementos naturales del entorno: tierra, aire, fuego, agua.²⁰

b. Los fines de las normas indígenas

Los fines de un conjunto de reglas colectivas es mantener un orden. Este orden pretende ser justo para cada uno de los integrantes de la comunidad y asegurar la continuidad del grupo. Estos fines no son ajenos a las culturas jurídicas indígenas, sin embargo, por considerar que sus normas internas están relacionadas con los mandatos de los elementos de la naturaleza, sus fines se caracterizan por ser ecológicos, es decir, la relación entre los seres vivos es de fraternidad, el hombre es el hermano hombre; el fuego, el hermano fuego; el agua la hermana agua, todos relacionados en un equilibrio inestable donde el sol es el padre sol, y la tierra la madre tierra.

c. Los órganos y procedimientos de aprobación de las normas indígenas

El órgano que, tradicionalmente, aprueba las normas al interior de una comunidad indígena es el Concejo de Ancianos. Los requisitos para formar parte de esta institución pueden ser que la persona ha cumplido con todos los cargos o puestos públicos reconocidos por la comunidad, o que por su formación como *hombre de conocimiento* (chaman, sacerdote, brujo) es socialmente aceptado. Los procedimientos que estos órganos legislativos aplican para la aprobación de las normas están relacionados con las características de éstas al ser aplicadas al caso concreto: consuetudinario, oral, colectivista y cosmológico.

²⁰ “Derecho indígena”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. IX, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 425-549. Los demás puntos listados serán desarrollados también con base en esta fuente.

d. La competencia de las normas indígenas

El orden jurídico de cualquier cultura debe ser competente para resolver *todos* los casos que se presenten en su ámbito territorial reconocido. La competencia de las normas indígenas, por cuestiones históricas relacionadas con el colonialismo jurídico en que sus jurisdicciones se han desarrollado, ha estado limitada o condicionada. La Colonia española reconoció su existencia pero condicionó su aplicación al respeto de los principios de la moral cristiana, ni las leyes de Castilla, por ello, en particular le impuso que la materia *criminal* quedara en manos exclusivamente de los tribunales novohispanos. Esta herencia se siguió aplicando a los pueblos indígenas después del periodo de Independencia: sólo los delitos menores fueron parte de su competencia, quedando en manos de la jurisdicción estatal la competencia de los delitos graves (como el homicidio).

En la actualidad sigue sucediendo que el presunto responsable del delito de homicidio cometido en una comunidad indígena siendo aquél parte de ésta no es juzgado por sus pares (culturalmente hablando), sino en espacios jurisdiccionales donde se aplican procedimientos y criterios de una cultura diferente. Por supuesto, para enmendar esta imposición cultural será necesario establecer que la competencia de los tribunales indígenas, en particular, deberá ser plena y que la validación de su ejercicio deberá ser a petición de parte cuando ésta considere que se han violado sus derechos humanos.

e. Los órganos y procedimientos de aplicación de las normas indígenas

El órgano encargado de aplicar las normas para autorizar una acción o resolver un conflicto es el gobernador, tatamandón, principal, o en su caso, el alcalde o juez, de la comunidad. En casos de interés general en lo administrativo, como en lo penal, suelen intervenir en las resoluciones definitivas el Concejo de Ancianos.

El procedimiento principal de aplicación de una norma indígena al caso concreto es la oralidad. Se caracteriza también, en general, por su inmediatez, publicidad, y, dependiendo el caso, por su brevedad.

Por ser comunidades pequeñas, donde, como se suele decir, *todo el mundo se conoce*, los procesos judiciales se suelen desarrollar en un ambiente casi familiar, donde la autoridad pareciera comportarse más como

un padre comprensivo que como una lejana y fría autoridad. Por el contrario, la autoridad indígena suele escuchar los conflictos y solucionarlos con regaños (como buen padre de familia), recomendaciones, cuidados, compensaciones, y hasta expulsiones, destierros.

B. La determinación de los principios-marco de funcionamiento de la jurisdicción indígena

La norma constitucional establece que los sistemas normativos de los pueblos indígenas se sujetarán a los principios generales de la Constitución federal, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres (artículo 2o., apartado A, fracción II).

El mandato constitucional explícito en esta norma tiende a establecer un desarrollo reglamentario cuyos elementos de contenido en relación con el marco jurídico de su funcionamiento serían los siguientes:

- El principio de soberanía del Estado federal.
- El principio del sistema representativo.
- El principio de los derechos humanos.
- El principio de división de poderes.
- El principio del régimen federal.
- El principio de supremacía del Estado sobre las iglesias.
- El principio de control de la constitucionalidad de leyes y actos.

Es decir, el marco jurídico del funcionamiento de las jurisdicciones indígenas estará basado en el respeto a las decisiones políticas fundamentales ya reconocidas por el constituyente. Este marco constitucional me parece tiene que ser reinterpretado en función de las decisiones políticas fundamentales reconocidas en materia indígena. La soberanía del Estado mexicano incluye ahora, además de las autonomías de las entidades federativas, la autonomía de las entidades indígenas. El sistema representativo federal y local deberá entenderse que en su formación y ejercicio tienen que participar los pueblos con representantes propios elegidos con base en sus procedimientos electorales.

Los derechos humanos tienen que ser entendidos (tanto la sociedad mexicana como la indígena) en el sentido que los son tanto los derechos de las personas en lo individual, como los derechos de los pueblos en lo

general. La división de poderes debe entenderse en el sentido de que las comunidades indígenas en ejercicio del poder político conferido, dicho ejercicio no deberá ser autoritario, despótico.

El régimen federal deberá ser entendido como un nuevo pacto en proceso de consolidación donde se deberán incluir los territorios y gobiernos indígenas en una nueva división política territorial. La supremacía del Estado sobre las iglesias implica que las concepciones y prácticas religiosas que los pueblos indígenas y sus comunidades elijan no serán *oficiales* en su interior, es decir, no podrán existir autonomías indígenas confesionales.

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

C. La elaboración de la ley sobre validación de las resoluciones de la jurisdicción indígena

La reforma constitucional en materia indígena remite de manera explícita a la elaboración de una norma reglamentaria cuando se establece que la ley establecerá los casos y procedimientos de validación de los sistemas normativos de los pueblos indígenas por los jueces o tribunales correspondientes (artículo 2o., apartado A, fracción II).

En el contexto del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas destaca la necesidad de establecer los pilares que sostengan el desarrollo de las culturas indígenas. Uno de estos pilares es el respeto a su manera de hablar, vestir, gobernarse, pensar, sentir, actuar. Por ello, resulta poco afortunada la utilización de la palabra *validación* de los sistemas normativos indígenas que harán los tribunales “correspondientes”, ya que al reconocer los sistemas normativos indígenas en la Constitución se está considerando que las normas indígenas forman parte del orden jurídico del Estado, del derecho del Estado, y en consecuencia son válidas por sí mismas. La doctrina así lo entiende:

La gran mayoría de los juristas están de acuerdo en afirmar que el derecho es un conjunto de normas. Con base en esta tesis es común encontrar la expresión “validez” referida a estas normas que en conjunto integran el orden jurídico. Se dice que cada una de las normas que pertenecen a un

orden son válidas. De esto se deduce que una norma inválida no es una norma. La expresión ‘norma inválida’ constituye una contradicción, pues si de algo se afirma que es una norma, entonces se afirma simultáneamente que es válida. Una norma inválida no es una norma alguna. Es la negación del carácter normativo de algo.²¹

No es el espíritu de la reforma indígena negar el carácter normativo del derecho indígena. Por el contrario, el mandato constitucional implica desarrollar los contenidos reglamentarios donde se otorgue jurisdicción *definitiva* a los sistemas normativos indígenas, para resolver las controversias en cuanto al fondo. Estas resoluciones por estar sujetas al respeto de los derechos humanos podrán ser impugnadas ante órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía.²² De este modo, un tribunal de segundo grado revisará, a petición de una o ambas partes, dichas resoluciones.

¿Qué características deberán tener estos tribunales de apelación en materia indígena para garantizar el derecho a la justicia que imparten?

2. El derecho al acceso a la justicia impartida por las instituciones estatales y federales

El derecho al acceso a la justicia impartida por las instituciones locales y federales deberá ser reglamentado con base en los siguientes mandatos constitucionales (artículo 2o., apartado A, fracción VIII):

- a) El reconocimiento del acceso pleno a la jurisdicción del Estado.
- b) El reconocimiento del derecho indígena como fuente formal del derecho mexicano.
- c) La creación de una defensoría de oficio indígena.
- d) La creación de tribunales especializados en materia indígena.

A. El acceso pleno a la jurisdicción del Estado

La Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la

²¹ Schmill Ordóñez, Ulises, “Validez del derecho”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. VI, Q-Z, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 950.

²² Sobre los tipos de resoluciones judiciales, véase Fix-Zamudio, Héctor, “Resoluciones judiciales”, *ibidem*, pp. 274-275.

autonomía para acceder plenamente a la jurisdicción del Estado (artículo 2o., apartado A, fracción VIII).

El mandato constitucional marca la pauta para el establecimiento de los criterios y mecanismos generales de coordinación jurisdiccional con las instituciones de impartición de justicia del Estado.

La distinción entre las jurisdicciones ya existentes y las indígenas debe entenderse de manera didáctica, ya que ambas al ser reconocidas por las normas constitucionales son *estatales*. El Estado conserva el monopolio de la producción y aplicación de las normas y en ejercicio del mismo organiza su funcionamiento reconociendo, por ejemplo, en relación con las jurisdicciones indígenas, que parte de su población existente en su territorio por ser culturalmente diferente se les aplicarán las normas aprobadas por dichas poblaciones. Las demás normas existentes aprobadas a nivel federal y estatal se aplicarán por parte de las autoridades correspondientes en territorios indígenas en coordinación con las autoridades de los pueblos indígenas.

Este enfoque pretende superar la etapa de confrontación entre jurisdicción estatal *versus* jurisdicción indígena al explicar su coexistencia antes del reconocimiento formal de ésta última en el seno del Estado.

B. El reconocimiento del derecho indígena como fuente formal del derecho mexicano

En todos los juicios y procedimientos en que sean parte los indígenas, individual y colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución (artículo 2o., apartado A, fracción VIII). Este mandato constitucional apunta a que se explicité reglamentariamente que los sistemas normativos de los pueblos indígenas serán aplicados en las instituciones de impartición de justicia del Estado, señalándose los principios normativos generales y específicos que los juzgadores deberán aplicar en sus actuaciones, recomendaciones, resoluciones o sentencias.

El operador judicial en los tribunales ya establecidos por su competencia está obligado a aplicar, principalmente, si su materia es civil, por ejemplo, el derecho civil, si es penal el derecho penal, si es materia administrativa el derecho administrativo, si es fiscal el derecho fiscal... ahora *todos* estos tribunales cuando un indígena se presente ante ellos (a falta

de tribunales en materia indígena) tienen la obligación de aplicar el derecho indígena.

Para que esta obligación se cumpla el Estado debe, como en otras materias, actualizar a sus operadores judiciales en el conocimiento y aplicación de las normas que los pueblos indígenas consideran vigentes en sus comunidades. Para ello, el Estado deberá reconocer, es decir, redactar, con la participación de los pueblos indígenas, los principios normativos conceptuales y funcionales del derecho indígena en general a nivel federal por el Congreso de la Unión, y en particular a nivel local por los Congresos de las entidades federativas. En este ejercicio legislativo tendrá que establecerse las competencias de las jurisdicciones federal y locales y las indígenas. Este ejercicio hará que las contradicciones puedan ser canalizadas respetando los contenidos culturales implícitos y explícitos en las conductas que se pretendan regular en las diferentes jurisdicciones. Este ejercicio me recuerda el que se presenta cuando se propone regular las marchas, las manifestaciones públicas, para poder canalizar las contradicciones entre el derecho a manifestarse y el derecho al libre tránsito de cada persona.

Una de las formas, institucionalmente hablando, de apoyar a los operadores judiciales del Estado a garantizar el pleno acceso de los indígenas a la justicia que imparten es la creación de una defensoría de oficio indígena.

C. La creación de una defensoría de oficio indígena

Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura (artículo 2o., apartado A, fracción VIII). El mandato constitucional señala la obligación de reglamentar la creación de una defensoría de oficio indígena que señale los requisitos de ingreso, formación, actualización y funcionamiento del personal de asesoría y gestoría jurídica del operador judicial en materia de derecho indígena.

La prestación de asistencia jurídica gratuita es una de las obligaciones del Estado para garantizar el acceso a la justicia que imparte. Se ha considerado que la falta de conocimiento jurídico y el débil desarrollo económico de las personas les impide ejercer ante los espacios judiciales plenamente sus derechos, por ello el Estado mexicano reconoce que es obligatoria la designación de un abogado a la persona que no pueda sufragar los gastos de un abogado particular, para que lo asesore. Así, a

nivel federal la Ley Federal de Defensoría Pública, creó el Instituto Federal de Defensoría Pública adscrita al Poder Judicial de la Federación. A nivel local existen leyes de defensorías de oficio adscritas a los tribunales superiores de justicia. Las leyes federales establecen que es obligatoria la designación de un defensor de oficio en materia penal y agraria, y el Código de Justicia Militar reconoce la Defensoría de Oficio Militar.²³

Estos precedentes ayudan a explicar, y canalizar, el precepto constitucional que reconoce que los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. La creación de una defensoría de oficio indígena con estas características, dadas las condiciones de desventaja económica de la población indígena, y por ser culturalmente diferentes, se justifica plenamente.

D. *La creación de los tribunales especializados en materia indígena*

El Estado mexicano se obliga a garantizar a los indígenas el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, *validando*, asimismo, las resoluciones de sus instituciones de impartición de justicia propios (artículo 2o., apartado A, fracciones II y VIII). El mandato constitucional implícito en esta norma es que el desarrollo reglamentario tiene que considerar que para garantizar a los indígenas su derecho a acceder a la jurisdicción plena del Estado, se tiene que considerar la creación de tribunales de apelación *ad hoc*, en materia indígena, al interior de los poderes judiciales, federal y locales, que revisen, a petición de parte, las resoluciones de las instituciones judiciales indígenas. Para ello, se tendrá que determinar su competencia, integración, funcionamiento y naturaleza jurídica de las sentencias.

Los estados de la República mexicana que han legislado hasta ahora en materia de derechos jurisdiccionales indígenas estableciendo una ley reglamentaria especializada en la materia son tres: Quintana Roo (“Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo”, *Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo*, 17 de diciembre de 1997); San Luis Potosí (“Decreto 501. Ley de Administración de Justicia Indígena y Comunitaria del Estado de San Luis Potosí”, *Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí*, edición extraordinaria, 1o. de junio de 2006), y Michoacán (“Ley de Justicia

²³ Ovalle Favela, José, “Defensoría de Oficio”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. III D-E, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 63-66.

Comunal del estado de Michoacán de Ocampo”, *Periódico Oficial del Estado de Michoacán*, 8 de mayo de 2007).²⁴ Otros estados han legislado en capítulos sobre derechos jurisdiccionales en una ley con otros contenidos.²⁵ Mención especial merece el caso de la justicia indígena en Guerrero, donde desde 1995 los tlapanecos, mixtecos y nahuas de diez municipios y ahora 72 comunidades, con una población de 100 000 personas, cuentan con 700 policías y un conjunto de jueces menores llamados comisarios y un colegiado de jueces que resuelven los delitos graves y las apelaciones en llamadas Casas de Justicia y Seguridad Comunitaria, sin que exista una legislación correspondiente del Congreso local, aunque tiene fundamento constitucional federal (artículo 2o.) e internacional (Convenio 169 de la OIT).²⁶

²⁴ González Galván, Jorge Alberto, “El pluralismo jurídico intercultural en los estados de México”, *Memoria del Congreso Nacional de Derecho Constitucional de los Estados*, coordinador César Astudillo, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 29 pp.

²⁵ Después de la reforma constitucional federal de 2001 los estados que han reglamentado en materia de Derechos y Culturas Indígenas son: Estado de México (1 de septiembre de 2001), San Luis Potosí (13 de septiembre de 2003), Nayarit (18 de diciembre de 2004), Jalisco (11 de enero de 2007), Durango (22 de julio de 2007), Querétaro (27 de julio de 2007) y Baja California (26 de octubre de 2007), en: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (editora), *La vigencia de los derechos indígenas en México. Análisis de las repercusiones jurídicas de la reforma constitucional federal sobre derechos y cultura indígenas en la estructura del Estado*, diciembre 2007, en www.cdi.gob.mx, consultada el 2 de septiembre de 2008.

²⁶ Muñoz Ramírez, Gloria, “La policía comunitaria de Guerrero no deja de crecer. Trece años”, *Ojarasca*, suplemento de La Jornada, en www.jornada.unam.mx, consultada el 20 de noviembre de 2008; “13 aniversario. 14 y 15 de octubre 2008, Tilaza, Malinaltepec, Guerrero”, en www.policiacomunitaria.org, *idem*.