

# NUEVA CONSTITUCIÓN Y NUEVO DERECHO INDÍGENA

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA

SUMARIO: I. *Relación entre los derechos indígenas y un nuevo constitucionalismo.* II. *Elementos para el nuevo marco constitucional de los derechos indígenas.* III. *La autonomía indígena es compatible con nuestra historia política y sistema federal.*

## I. RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS INDÍGENAS Y UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO

La necesidad de una nueva Constitución para México ha requerido que se actualicen muchas de las instituciones que actualmente se encuentran bajo sospecha por su inutilidad o incongruencia. Sólo el formalismo jurídico plantea el falso problema de si México necesita una nueva Constitución, producto de un congreso constituyente *ad hoc*,<sup>1</sup> o una reforma integral de aquélla, realizada a través del procedimiento del denominado poder constituyente permanente. Creo que la respuesta a este falso problema debe ser tan ambigua como la pregunta: Da igual, por supuesto, si optamos por la primera opción, debemos reformar, ante todo, el artículo 135 constitucional, con el mismo procedimiento que se ha reformado la Constitución cientos de veces; es decir, de acuerdo con el mismo artículo que se reformaría: una mayoría calificada del Congreso de la Unión, más la mayoría de las legislaturas de los estados.<sup>2</sup> La posible reforma consisti-

1 Por cierto, no está reconocido en el artículo 135 constitucional; esos formalistas deberían de contestar la acusación formulada por Jorge Vera Estañol en su libro *Al margen de la Constitución* (1920), cuando declaró a la “bolchevique” Constitución de Venustiano Carranza como “ilegítima o inconstitucional”, pues había convocado a un Congreso en Querétaro, sin fundamento en el entonces artículo 126 constitucional, similar al actual 135.

2 Tal como se han reformado integralmente las Constituciones de las entidades federativas, como la de Veracruz, cuyo procedimiento de reforma, prescrito en el antiguo artículo 130 de su Constitución, fue modificado mediante decreto número 135, publicado el 9 de noviembre de 1996, precisamente para hacer un procedimiento más cercano al federal, ya que el anterior sistema consistía en un sistema de doble discusión de las iniciativas de reforma en dos consecutivas legislaturas del Congreso del Estado. Con la reforma integral del 3 de febrero de 2000, la nueva Constitución del Es-

ría en la inclusión de nuevos procedimientos de reforma constitucional, como lo serían la convocatoria a un congreso constituyente originario y la reforma a través de referéndum o plebiscito.<sup>3</sup>

Si se optara por seguir el procedimiento tradicional del que se ha abusado para reformar nuestra Constitución desde 1921, sin necesidad de una previa reforma al artículo 135, todavía los formalistas estarían quizá atemorizados de que este procedimiento no podría afectar lo que llaman los “principios políticos fundamentales”, según una interpretación alemana al artículo 136 constitucional.

En otras palabras, si se toma la última opción, todavía habría quienes se instituirían en fieles guardianes de esos vagos e indefinidos “principios” constitucionales, para adelantar obstáculos a la necesaria reforma de la norma fundamental.

No cabe duda que uno de aquellos principios es la máxima del liberalismo: igualdad ante la ley, que subyace en nuestra Constitución y en la filosofía política de México. Como consecuencia de este principio, el Partido Liberal consolidó el nacionalismo mexicano e implantó la forma republicana de gobierno y, en consecuencia, el sistema federal.

Sin embargo, a pesar de sus benéficos resultados, dicho liberalismo provocó también que la ley fuera uniforme para todos los mexicanos y que no se reconocieran las diferencias étnicas y culturales de sectores de esa aparente uniforme población. A pesar de que el propio Constituyente de Querétaro de 1916-1917, reconoció que el derecho no podía ser inflexiblemente aplicado a todos por igual, ya que hay sectores sociales que son estructuralmente diferentes entre sí —por ejemplo, no tienen la misma capacidad para entrar en relaciones contractuales, como los trabajadores y campesinos—, actualmente se explican por algunos argumentos rígidos según las cuales el principio de la igualdad ante la ley se estaría quebrantando, si se reconociera la autonomía indígena y se reconociera su capacidad de autogobierno, con la posibilidad de dictar sus propias normas de acuerdo con sus usos y costumbres.

tado abandonó el modelo federal de reforma y estableció el procedimiento novedoso de doble discusión, pero en dos periodos consecutivos del Congreso del Estado.

<sup>3</sup> Este último procedimiento ya está incluido en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas, y México está a la zaga. Benito Juárez, por otra parte, anticipó este procedimiento cuando en agosto de 1867 lanzó el decreto de convocatoria para la elección de poderes federales, adjuntando cinco propuestas de reformas constitucionales y sometiénolas al electorado para que las votara.

Para esas opiniones, el reconocer jurídicamente este derecho alternativo no sólo conduciría al desmembramiento del país, pues las comunidades indígenas se disgregarían del resto de la nación y formarían enclaves de soberanía, sino que sería la creación de terribles “fueros”, prohibidos por la Constitución en su artículo 13.

Creo que todos estos argumentos son falaces y encubren intereses patrimoniales o racistas que han perjudicado desde la Colonia la relación que debiera ser equitativa entre las etnias en nuestro país; pretendiendo crear una uniformidad bajo el nombre de “mexicano” a diferentes culturas que en lugar de reconocerlas como aborígenes y dignas de protección por ser minorías diferenciadas, las pretenden asimilar forzosamente a la sociedad mayoritaria del país; también que los fueros son abominables, incluyendo el del propio artículo 13, que crea un sistema legal privilegiado en favor de los militares, y que son ellos mismos los primeros en condenar cuando son sometidos a sus procedimientos de excepción a través de la parcial y jerarquizada justicia militar. Sin embargo, existen otros fueros, como los constitucionales de que gozan los miembros del Senado, que traen benéficos resultados, pues son garantías de la investidura que portan.

El “fuero” —si así se le quisiera denominar—, que tendrían las comunidades indígenas participaría de ese carácter benéfico, para proteger los derechos de las minorías étnicas y culturales, y para garantizar la protección de sus usos y costumbres, según lo establece el artículo 4o. constitucional. Desde ese punto de vista, el fuero indígena no sería inconstitucional o ilegal, porque ya lo reconoce indirectamente la Constitución, y porque, de aprobarse la reforma, sería parte de la propia Constitución. En nuestro país, desde la célebre sentencia de la Suprema Corte de la Justicia en el caso de la Compañía Petrolera “El Águila” S. A., pronunciada en 1939 por el digno jurista, cuyo nombre portan muchos elementos de este instituto universitario: Mario de la Cueva, se ha establecido claramente que no puede haber partes de la Constitución que sean inconstitucionales.

Dicho lo anterior, será posible afirmar que la reforma constitucional que fue enviada al Senado de la República desde diciembre del 2000 por el presidente de la república, la Cocopa y el Congreso de la Unión, atenta contra el principio fundamental liberal de igualdad ante la ley. Resolver esta cuestión es mostrar la inutilidad de la objeción de los formalistas, pues hasta que no se defina con exactitud la naturaleza, los límites y alcances de cada uno de los denominados principios constitucionales, no

pueden blandirse como objeción para llevar a cabo reformas sustanciales e integrales al texto fundamental.

Por ejemplo, nadie duda de las ventajas y los beneficios de la participación ciudadana y de las formas de referéndum y plebiscito, pero sería poco realista manifestar que dichas formas atentan contra la democracia representativa. Por otra parte: ¿Alguien podría asegurar que el problema electoral de Yucatán viola la forma republicana de gobierno, puesto que está obstaculizando la celebración de elecciones libres y periódicas? No creo que pudiéramos llevar a estos extremos tales principios, pero precisamente su indefinición constitucional y jurisprudencial abrigarían éstas y muchas otras concepciones equivocadas para acusar de su violación ante posibles reformas que les afectaran de alguna manera.

## II. ELEMENTOS PARA EL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

En 1991 entró en vigor en México el Convenio 169 de la OIT, donde se consagran prácticamente todos los derechos de las comunidades indígenas que ahora están contenidas en la iniciativa presidencial y de la Copca, de inmediato surgen dos preguntas al respecto:

- a) ¿Para qué es necesario elevarlas a nivel constitucional, si ya dicho convenio internacional es “ley suprema de la Nación”, según lo determina el artículo 133 constitucional?
- b) ¿Por qué no hay acuerdo en el Senado de la República a esta altura para aprobar la iniciativa de reforma constitucional, si ya los principios contenidos en la iniciativa fueron ratificados por el mismo Senado hace diez años?

Para responder a estas preguntas habrá la necesidad de hacer las siguientes consideraciones:

- a) Según el artículo 133 constitucional, los tratados internacionales debidamente ratificados por el Senado, tienen la misma jerarquía que las leyes federales como ley suprema de la Unión; sin embargo, en la reciente ejecutoria de la Suprema Corte, publicada en la *Gaceta y Semanario Judicial de la Federación*, correspondiente a

noviembre de 1999, el máximo tribunal tiende a considerar a los tratados como superiores jerárquicamente a las leyes federales, pero no así respecto de la Constitución. Pues bien, ésta es una tendencia europea y, en cierta medida, de los Estados Unidos de América,<sup>4</sup> que hace prevalecer el derecho internacional sobre el derecho nacional con la única excepción de la Constitución, cuyos preceptos son considerados como principios fundamentales, según se puede derivar de la Convención de Viena sobre Tratados, firmado por México desde 1973.

Uno de estos principios constitucionales es el relativo a que las leyes no pueden derogarse o modificarse si no es siguiendo el mismo procedimiento para su creación, según se determina en el inciso *f*) del artículo 72 constitucional, y que es producto de una larga línea de precedentes que parten desde la Constitución de Cádiz de 1812. Planteado así el panorama, ¿puede un Tratado contravenir una ley federal? En ese supuesto, la Constitución sostendría una teoría dual, mediante la cual no se podría reformar o derogar a la ley federal, de manera automática, si no es mediante otra ley; es decir, que el Tratado se convirtiera en ley nacional. La tesis de jurisprudencia antes mencionada parece olvidar este supuesto y sostiene una hipótesis monista del derecho, cuando nuestra Constitución no lo hace así.

Por ello, es necesario que los preceptos de un Tratado sean “asimilados” al derecho nacional, bien a través de la Constitución o las leyes federales, para evitar cualquier conflicto que es muy real, ya que nuestro derecho está imbuido del espíritu liberal, donde no existen diferencias entre los mexicanos, sin reconocer la sociedad pluriétnica a la que pertenecemos.

- b) La actual discusión en el Senado nos parece más aparente que sostenida en argumentos serios. Más bien es producto de la lucha partidista que de cuestionamientos legales atendibles. El Convenio 169 de la OIT, aprobado ya por el Senado hace una década, contiene los mismos elementos que la iniciativa del presidente y de la Cocopa. El primer artículo del convenio fija los parámetros de lo

4 Las Constituciones de Francia y Alemania, por ejemplo, consagran expresamente la superioridad del derecho internacional sobre el derecho nacional, y en los Estados Unidos de América, el caso *Curtiss Wright Export Corporation v. U. S.* de 1936, explicó que los tratados no están sometidos a los límites competenciales de las leyes federales.

que se debe entender por pueblos indígenas; el segundo contiene disposiciones sobre la participación de esos pueblos en la formulación de su derecho alternativo, creando sus propias normas que son reconocidas por los gobiernos; el artículo 3o. se refiere a la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer; el artículo 8o. se refiere a la obligación de los gobiernos de respetar los usos y costumbres de dichos pueblos, y por parte de éstos, a no transgredir con sus usos y costumbres a los “derechos fundamentales” sostenidos por el derecho nacional; el artículo 9o. determina que se preferirá la sanción tradicional de los pueblos a las penas del derecho nacional, y así continúa el convenio previendo cada aspecto del autogobierno de los pueblos, de su economía y desarrollo. Por ello, resulta paradójico que el Senado intente en esta ocasión retrasar más la consagración de dichos derechos; sobre todo si es de sobra conocido que México muestra un retraso considerable en materia de derechos indígenas.

### III. LA AUTONOMÍA INDÍGENA ES COMPATIBLE CON NUESTRA HISTORIA POLÍTICA Y SISTEMA FEDERAL

La base de la discusión que se da en torno a los derechos indígenas es si es conveniente o no reconocerles su autonomía como pueblos diferenciados, con capacidad normativa propia y generadores de un derecho alternativo distinto del nacional. Como consecuencia de que todos los países de América del Norte y de América Latina han dado este reconocimiento a sus pueblos indígenas, es contrastante que en México, con la diversidad indígena que posee y el número tan considerable que integran sus pueblos indígenas, todavía esté dubitativo acerca de la viabilidad y posibilidad de este reconocimiento.

Hace más de ciento cincuenta años, un prestigiado internacionalista describió así la realidad indígena en los Estados Unidos de América: “Las relaciones políticas de las tribus indígenas de la América del Norte con los Estados Unidos, son las de un Estado medio soberano con las del Estado bajo cuya protección se encuentra”.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Wheaton, Henry, *Elementos de derecho internacional*, México, Imprenta de J. M. Lara, 1854, t. I, p. 52.

Con esta afirmación, Wheaton llegaba a la conclusión de que: “Una potencia débil no renuncia a su soberanía y al derecho a gobernarse por sí misma al colocarse bajo la protección de una potencia más fuerte. *Tal es la doctrina del derecho de gentes*”.<sup>6</sup>

Aunque las ideas de Wheaton fueron de gran influencia en México, el liberalismo político del siglo XIX no prestó atención a esta afirmación ni a la tesis de Tocqueville, quien caracterizaba al sistema federal como una coexistencia de soberanías en un mismo territorio, lo cual se traducía en diferentes gobiernos propios de cada comunidad, con capacidad de expedir su legislación, pues ésta fue la definición de soberanía en el primer documento constitucional de México: los *Sentimientos de la nación*, de Morelos.

¿Cómo entonces puede ser destructor de nuestro sistema el reconocimiento de las autonomías entre los pueblos indígenas?

En la época revolucionaria del siglo XX, el creador de los artículos 27 y 123 constitucionales vislumbró la necesidad de reconocer esta autonomía a los pueblos, no sólo indígenas, sino a cualquier comunidad. Pastor Rouaix, como gobernador provisional del estado de Durango, expidió un decreto el 20 de noviembre de 1920, mediante el cual creó los denominados “pueblos libres” con el objeto de fragmentar las grandes propiedades rurales, a las que describió como “nuevas manos muertas”, siendo el primero el denominado Villa Madero, formado de los terrenos de la gran Hacienda de Taponá, en el pueblo de San Juan del Río, Durango.<sup>7</sup>

Con esos antecedentes del propio ideólogo de la propiedad rural en México, es innegable que la autonomía indígena, generadora de los demás derechos indígenas, está de acuerdo con el derecho internacional, el nacional y con los ideales del derecho social de la revolución mexicana.

6 *Idem*, p. 54.

7 En la Constitución de Durango, de 1918, se estableció en el artículo 50 la facultad de erigir “pueblos libres”, para emancipar a todas aquellas poblaciones que fuesen centros mineros, industriales o agrícolas, con un número mínimo de habitantes.